Revista Brasileira de Direito Processual Penal

Volume 6 - Nº 02 - mai./ago. 2020
ISSN 2525-510X
https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i2

Dossiê "Confisco, medidas cautelares patrimoniais, pretensão civil cumulada e garantias processuais penais"

IBRASPP

Revista Brasileira de Direito Processual Penal
Brazilian Journal of Criminal Procedure
http://www.ibraspp.com.br/revista/
ISSN 2525-510X

Volume 6 - Número 02
Porto Alegre/RS
mai./ago. 2020
(publicado em junho/2020)

Expediente / Masthead

Editores-chefes / Editors-in-chief

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

Prof. Dr. Vinicius Gomes de Vasconcellos (Instituto Brasiliense de Direito Público - Brasília/DF , Brasil; Universidade Estadual de Goiás – Goiânia/GO, Brasil)

Editores-associados / Associate-editors

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

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

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

Prof. Dr. José Javier Estrada Contreras (Universidad Modelo, Campus Mérida/México)

Editores-assistentes / Assistant-editors

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

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

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

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

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

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

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

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

Conselho Editorial / Editorial board

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Prof. Dr. Raúl Cervini, Universidad Católica de Uruguai, Uruguai

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

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

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

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

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

Pareceristas (deste número) / Reviewers (of this number)

Agata Ciavola (Università degli studi di Enna "Kore", Italia)

Alejandro Turienzo (Universidad de Barcelona, España)

Alexandre Ribas de Paulo (Universidade Estadual de Maringá/PR, Brasil)

Américo Bedê Freire Júnior (Faculdade de Direito de Vitória - Vitória/ES, Brasil)

Ana Cristina Gomes (Universidad de Salamanca/Espanha)

André Ferreira de Oliveira (Universidade de Coimbra/Portugal)

António Vaz de Castro (Universidade de Coimbra/Portugal)

Arthur Levy Brandão Kullok (Universidade de Coimbra, Portugal)

Bruno Tadeu Buonicore (Universidade Católica de Brasília, Distrito Federal, Brasil)

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

Cristina Rego Oliveira (Universidade de Coimbra/Portugal)

Denis Andrade Sampaio (Faculdade de Direito de Lisboa/Portugal)

Diego Nunes (Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil)

Dyellber Oliveira Araújo (Universidade de Coimbra/Portugal)

Eduardo Saad-Diniz (Universidade de São Paulo - Ribeirão Preto/SP, Brasil)

Eskándar Gánem Hernández (Universidad Autónoma del Carmen, Ciudad del Carmen/Mexico)

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

Federico Lefranc Weegan (Universidad Modelo, Mérida/Mexico)

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

Fernanda Regina Vilares (Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, DF, Brasil)

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

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

Francisco França Júnior (Universidade de Coimbra/Portugal)

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

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

Giovani Frazão Della Villa (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - Porto Alegre, RS, Brasil)

Izabel Saenger Nuñez (Universidade Federal Fluminense, Programa de Pós Graduação em Antropologia, Niterói, Rio de Janeiro, Brasil)

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

José Danilo Tavares Lobato (Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro - Seropédica/RJ)

José de Assis Santiago Neto (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - Belo Horizonte/MG, Brasil)

José Zamora Grant (Universidad Modelo, Mérida/Mexico)

Karolina Kremens (Uniwersytet Wrocławski - Poland)

Lorena Bachmaier Winter (Universidad Complutense de Madrid/España)

Lorenzo Bujosa Vadell (Universidad de Salamanca/Espanha)

Marcelo Sarsur Lucas da Silva (Centro Universitário Newton Paiva - Belo Horizonte/MG, Brasil)

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

Marta Saad (Universidade de São Paulo - São Paulo/SP, Brasil)

Natalia Pérez Rivas (Universidad de Santiago de Compostela, Espanha)

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

Orlandino Gleizer (Humboldt Universität zu Berlin, Alemanha)

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

Raquel Preciosa Tomás Cardoso (Universidade de Coimbra/Portugal)

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

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

Stefano Marcolini (Università Degli Stude Dell'Insubria/Italia)

Túlio Felippe Xavier Januário (Universidade de Coimbra/Portugal)

Uriel Moeller (Europa-Universität Viadrina Frankfurt Oder, Alemanha)

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

Autores de artigos originais (deste número) / Authors of original articles (in this number)

Alexandre Ribas de Paulo (Universidade Estadual de Maringá – Maringá/PR, Brasil)

Ana E. Carrillo del Teso (Universidad de Salamanca – España)

Francisco José Parra Lara (Universidad de Guanajuato – Guanajuato, Mexico)

Gabriel Marson Junqueira (Centro Regional Universitário de Espírito Santo do Pinhal/SP, Brasil)

Gabriel Orsini Maziero (Grupo Ibmec Educacional – São Paulo/SP, Brasil)

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

Ivan Navarro Zonta (Universidade Federal do Paraná, Curitiba/PR, Brasil)

Javier Escobar Veas (Università Commerciale Luigi Bocconi, Milano, Italia)

Jorge Rivero Evia (Tribunal Superior de Justicia del Estado de Yucatán, México)

Luiz Eduardo Dias Cardoso (Universidade Federal de Santa Catarina – Florianópolis/SC, Brasil)

Luiz Fernando Kazmierczak (Universidade Estadual do Norte do Paraná – Jacarezinho/PR, Brasil)

Marcos Eugênio Vieira Melo (Faculdade Raimundo Marinho – Maceió/AL, Brasil)

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

Nicolás Rodríguez-García (Universidad de Salamanca – España)

Omar Gabriel Orsi (Ministerio Fiscal – Argentina)

Paulo Gustavo Rodrigues (Universidade Federal de Alagoas, Maceió/AL, Brasil)

Rodrigo Régnier Chemim Guimarães (Universidade Positivo – Curitiba/PR, Brasil)

Samyle Regina Matos Oliveira (Universidade Federal da Bahia – Salvador/BA, Brasil)

Sarah Gonçalves Ribeiro (Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná – Curitiba/PR, Brasil)

Thyerrí José Cruz (Universidade Tiradentes – Aracaju/SE, Brasil)

Valine Castaldelli Silva (Universidade Federal de Santa Catarina – Florianópolis/SC, Brasil)

Projeto Gráfico [Diagramação e Capa] Camila Provenzi (be.net/camilaprovenzi)

Sumário

525 ***Dossiê:***
Confisco, medidas cautelares patrimoniais, pretensão civil cumulada e garantias processuais penais
Confiscation, cumulated civil claim and criminal procedure guarantees

527 Editorial do dossiê "Confisco, medidas cautelares patrimoniais, pretensão civil cumulada e garantias processuais penais" – Novos mecanismos de restrições patrimoniais e a proteção de direitos fundamentais
Editorial of dossier "Confiscation, cumulated civil claim and criminal procedure guarantees" – New instruments to constrain assets and the protection of fundamental rights
José Javier Estrada Contreras
Vinicius Gomes de Vasconcellos

539 La protección reforzada en España de los terceros afectados por el decomiso de bienes ilícitos
The special protection in Spain for third parties supporting the forfeiture of illicit assets
A proteção especial dos terceiros afetados pelo confisco de bens derivados de atos ilícitos na Espanha
Nicolás Rodríguez-García
Omar Gabriel Orsi

577 Recuperación de activos en el sistema penal alemán: luces y sombras del actual régimen de decomiso de ganancias
Asset Recovery in the German Criminal Justice System: Lights and Shadows of the New Regulation of the Confiscation of the Proceeds Of Crime
Ana E. Carrillo del Teso

617 La acción civil de extinción de dominio: el retorno al cuerpo del delito
The civic action of forfeiture: Return to corpus delicti
Jorge Rivero Evia

667 Extinción de Dominio en México: Revisión de su estructura constitucional y convencional

Asset Recovery Law in Mexico: Revision of its Constitutional and Conventional Structure

Francisco José Parra Lara

701 The Constitutionality of Parallel Civil Forfeiture Proceedings and Criminal Prosecutions under the Double Jeopardy Clause in the United States

La constitucionalidad de procedimientos de comiso civil y procesos penales paralelos bajo la cláusula double jeopardy en los Estados Unidos

Javier Escobar Veas

735 Sequestro dos proventos do crime: limites à solidariedade na decretação de medidas assecuratórias

Seizing proceeds of crime: limits to solidarity in decreeing preservative measures

Guilherme Brenner Lucchesi

Ivan Navarro Zonta

765 A recuperação de ativos, o regime do reconhecimento mútuo e os pedidos de cooperação judiciária relacionados a confisco *non-conviction based* em Portugal

The assets recovery, the mutual recognition scheme and the requests for judicial cooperation related to non-conviction based forfeiture in Portugal

Gabriel Marson Junqueira

799 A inversão do ônus da prova na decretação da perda alargada: entre o Código Penal e a Lei n. 11.343/06

The reversion of the burden of proof underlying the extended confiscation: between the Penal Code and the Drugs Act

Luiz Eduardo Dias Cardoso

833 ***Fundamentos de Direito Processual Penal***

Fundamentals of Criminal Procedure

835 O caso das Bruxas de Salem e a origem do *plea bargaining* norte-americano: contrapondo o entendimento dicotômico dos sistemas processuais penais

The Salem witchcraft and the origin of the north American plea bargaining: contrasting the dichotomous knowledge of the criminal justice systems

Sarah Gonçalves Ribeiro

Rodrigo Régnier Chemim Guimarães

873 Redefinindo o trânsito em julgado a partir da soberania dos veredictos: a coisa julgada parcial no tribunal do júri
Redefining claim preclusion from verdict sovereignty: partial res judicata in jury trials
Paulo Gustavo Rodrigues

911 ***Persecução penal: investigação, juízo oral e etapa recursal***
Criminal prosecution: investigation, public oral trial and appeal

913 O Inquérito Penal: vicissitudes e mudanças necessárias
The Brazilian criminal investigation: mistakes and necessary changes
Maria Carolina de Melo Amorim

951 Neoinquisitorialismo processual penal e a contaminação do julgador com os atos de investigação: a burla interna no processo penal brasileiro como obstáculo ao contraditório
Criminal procedural neoinquisitorialism and the judger's contamination with the acts of investigation: the internal burla in brazilian criminal proceedings as obstacles to the contradictory
Marcos Eugênio Vieira Melo

993 ***Teoria da Prova Penal***
Criminal evidence theory

995 A iniciativa do magistrado para produção de provas no processo penal brasileiro conforme um olhar foucaultiano
The initiative of the magistrate on the production of evidence in the Brazilian criminal proceedings from a foucaultian perspective
Alexandre Ribas de Paulo
Valine Castaldelli Silva
Gabriel Orsini Maziero

1025 Quebra do segredo profissional por padres católicos: (im)possibilidade de violação do sigilo sacramental
Breach of professional secret by catholic priests: (im)possibility of violation of sacramental secrecy
Samyle Regina Matos Oliveira
Thyerrí José Cruz Silva
Luiz Fernando Kazmierczak

1057 *Crítica científica*

Scientific criticism

1059 Crítica científica de “Redefinindo o trânsito em julgado a partir da soberania dos veredictos: a coisa julgada parcial no tribunal do júri”

Scientific criticism of “Redefining claim preclusion from verdict sovereignty: parcial res judicata in jury trials”

Antonio Pedro Melchior

Dossiê:
Confisco, medidas cautelares patrimoniais, pretensão civil cumulada e garantias processuais penais

Confiscation, cumulated civil claim and criminal procedure guarantees

Editorial do dossiê "Confisco, medidas cautelares patrimoniais, pretensão civil cumulada e garantias processuais penais" – Novos mecanismos de restrições patrimoniais e a proteção de direitos fundamentais

Editorial of dossier "Confiscation, cumulated civil claim and criminal procedure guarantees" – New instruments to constrain assets and the protection of fundamental rights

José Javier Estrada Contreras[1]

Universidad Modelo, Mérida, Yucatán, México

javier@modelo.edu.mx

orcid.org/0000-0003-0859-1418

Vinicius Gomes de Vasconcellos[2]

Universidade Estadual de Goiás, Goiânia, Goiás, Brasil

Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, Distrito Federal, Brasil

vinicius.vasconcellos@ueg.br

lattes.cnpq.br/9628659956663949

orcid.org/0000-0003-2020-5516

publons.com/a/1174099/

[1] Doctor en Derecho mención "Cum Laude" por la Universitat Jaume I, de Castellón de la Plana, España; Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Yucatán. Director del Centro de Investigaciones Silvio Zavala y Profesor en la Escuela de Derecho de la Universidad Modelo, en Mérida, Yucatán.

[2] Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo, com período de sanduíche na Universidad Complutense de Madrid/ESP (bolsa PDSE/CAPES) e estágio de pós-doutoramento pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Professor permanente do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP/DF (mestrado/doutorado). Professor efetivo da Universidade Estadual de Goiás. Editor-chefe da *RBDPP*. Assessor de Ministro no Supremo Tribunal Federal.

Resumo: Este editorial pretende expor pontos pertinentes relacionados à temática de confisco e medidas patrimoniais para restrição de bens potencialmente oriundos de atividades ilícitas. Isso pode ocorrer no próprio âmbito processual penal ou em ações de natureza civil, como a extinção de domínio mexicana. De qualquer modo, existem inúmeros questionamentos sobre a legitimidade de tais medidas, como em termos de proteção de direitos fundamentais, o que perpassa a apresentação dos artigos publicados neste dossiê.

Palavras-chave: editorial; medidas patrimoniais; perda de bens; confisco; pretensão civil cumulada; garantias processuais penais.

Abstract: *This editorial aims to analyze relevant topics related to confiscation and patrimonial restrictions to constrain assets that potentially have illicit origin. That may be implemented in the criminal process itself or in civil claims, like the Mexican "extinción de dominio". In both perspectives, there are many possible issues about legitimacy of those mechanisms, like in terms of protection of individual guarantees and rights, that are examined in the articles published in this dossier.*

Key-words: *editorial; patrimonial restrictions; assets constrain; confiscation; cumulated civil claim; criminal procedure guarantees.*

Em um momento em que a persecução penal volta-se à face financeira (*follow the money*) das organizações criminosas e dos delitos em rede (como discurso de ódio e temas correlatos a *fake news)*, o dossiê agora publicado na *Revista Brasileira de Direito Processual Penal* almejou primordialmente analisar os instrumentos - chamados de modo distinto em cada país – por meio dos quais o Estado, para combater o crime organizado, busca bens de origem ou destino potencialmente ilícitos, por meio de um processo judicial e com o objetivo de declarar a perda do direito de propriedade sobre esses ativos. Isso geralmente ocorre em pretensões derivadas ou vinculadas a um processo criminal, cujo conhecimento e resolução podem ser atribuídos ao próprio juiz do caso criminal ou, dependendo da situação, a diferentes juízes, inclusive civis.

Em países como o México, por exemplo, existem basicamente duas possibilidades. A primeira é o desenvolvimento de um "processo

civil cumulado", perante o juiz competente no caso criminal, com objeto na pretensão de natureza patrimonial para reparação contra o acusado-réu ou contra aqueles que possuem apenas o status de uma parte passiva civil. A segunda é o processo de extinção da propriedade, que acarreta a perda dos direitos que uma pessoa possui em relação aos bens sujeitos a esse procedimento, sem contraprestação ou qualquer compensação ao seu proprietário ou àqueles que possuem ou se comportam como tal, nem para quem, sob quaisquer circunstâncias, possui ou mantém esses bens. A extinção da propriedade é declarada por sentença de uma autoridade judicial distinta da competente no caso penal, por meio de um processo autônomo e independente daquele de onde deriva e cujos fatos possuem aparente tipicidade que fundamenta a pretensão de extinção do domínio.[3]

Sobre a sistemática da extinção de domínio mexicana, *Jorge Rivero Evia* descreve que a ação civil de extinção de domínio possui quatro requisitos: 1) a existência de um fato ilícito; 2) a existência de bens produto do ilícito ou que foram utilizados para o seu cometimento; 3) o nexo causal entre os dois primeiros requisitos; e, 4) que o proprietário do bem tenha conhecimento de tais atividades ilícitas. Contudo, a comprovação do "fato ilícito" na seara do procedimento de natureza civil pode ocorrer de modo independente ao processo penal, sem a necessidade, por exemplo, de verificação da culpabilidade do agente. Considerando tal cenário, o autor examina as categorias fundamentais da extinção de domínio a partir de construções de direito penal material e da teoria do delito.[4]

---

[3] Sobre isso, na doutrina brasileira: ROCHA, Silvio L. F.; MORGANTI, Daniela M. A constitucionalidade do confisco alargado e da ação de extinção de domínio. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, v. 16, n. 93, p. 26-35, dez./jan. 2020; VASCONCELOS, André P. *Extinção civil do domínio*. Perdimento de bens. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. Sobre projeto de lei para introduzir espécie de ação civil pública para extinção de domínio no Brasil: RIOS, Rodrigo Sánchez; PUJOL, Luiz Gustavo. Confisco alargado: reflexões acerca de suas possibilidades no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo*, v. 24, n. 118, p. 123-158, jan./fev. 2016.

[4] RIVERO EVIA, Jorge. La acción civil de extinción de dominio: el retorno al cuerpo del delito. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal,* Porto Alegre, vol. 6, n. 2, mai./ago. 2020

Em uma perspectiva mais ampla, *Francisco José Parra Lara* expõe a tendência de expansão dos instrumentos de apropriação de bens pelo Estado, cada vez mais percebidos com finalidades punitivas, o que ocorre por meio de ação de natureza civil assim denominada. O autor questiona a constitucionalidade e a convencionalidade da atuação estatal que toma o domínio de patrimônios cuja procedência legítima não possa ser comprovada. Assim, conclui que tal processo de natureza civil deve ser suprimido em prol da realização das restrições patrimoniais em um procedimento penal com todas as garantias a ele inerentes.[5]

Como exposto no edital de chamada de autores ao dossiê, pretendia-se promover o debate científico em torno desses instrumentos, em relação aos diferentes contextos - nacionais e internacionais - e a partir das recentes mudanças normativas e das múltiplas decisões dos tribunais nacionais e supranacionais. Foram destacados os temas da natureza jurídica de ambos os procedimentos (quando existirem) e seu vínculo com as garantias do processo criminal a que derivam; sobre os efeitos que podem ter sobre a coisa julgada nos processos criminais de origem, e inclusive entre esses dois processos derivados; sobre as garantias processuais próprias, de acordo com sua natureza processual e, especialmente, se houver o risco de fragilização das garantias processuais do réu.

Esse debate mostra-se atual e extremamente relevante ao cenário brasileiro, onde também se discute a perda de bens como efeito da condenação ou como pena autônoma.[6] Recentemente inserido no ordenamento pela Lei 13.964/19 (denominada Lei Anticrime), o confisco alargado foi previsto no art. 91-A do Código Penal nos seguintes termos: "Na hipótese de condenação por infrações às quais a lei comine

---

[5] PARRA LARA, Francisco José. Extinción de Dominio en México: Revisión de su estructura constitucional y convencional *Revista Brasileira de Direito Processual Penal,* Porto Alegre, vol. 6, n. 2, mai./ago. 2020.

[6] Sobre isso e a natureza da medida, remete-se a: ESSADO, Tiago E. *Perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 6-17; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Confisco penal:* alternativa à prisão e aplicação aos delitos econômicos. São Paulo: IBCCRIM, 2006. p. 39-42; LINHARES, Solon C. *Confisco de bens.* Uma medida penal, com efeitos civis contra a corrupção sistêmica. São Paulo: RT, 2016. p. 165-174; SILVESTRE, Raquel C. R. *Perda de bens.* Efeito da sentença condenatória. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 23-36.

pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão, poderá ser decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito".

Sem dúvidas, trata-se de dispositivo inovador no ordenamento brasileiro, que demandará ampla discussão doutrinária e jurisprudencial. Um ponto que imediatamente se destaca é a possível crítica relacionada à inversão do ônus da prova,[7] pois a referida perda se dá sem a necessidade de efetiva comprovação pela acusação da origem ilícita dos bens, o que, na redação acima transcrita, parece ser presumido da "diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito". O que depois é ressaltado pelo § 2º do mesmo artigo: "O condenado poderá demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio".

Essa questão é analisada por *Luiz Eduardo Dias Cardoso,* tanto em relação ao novo dispositivo quanto a mecanismo semelhante previsto na

---

[7] Sobre isso, remete-se a: BARGI, Alfredo. 'Processo al patrimonio' e principi del giusto processo: regola probatorie e regole decisorie nella confisca penale. In: BARGI, Alfredo; CISTERNA, Alberto (coord.). *La giustizia patrimoniale penale*. Torino: UTET, 2011, p. 3-48; CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco e a criminalização do enriquecimento "ilícito"). *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* a. 21, n. 100, p. 453-501, jan./fev. 2013. Ainda, em relação aos possíveis conflitos entre normas nacionais e supranacionais, ver: GAITO, Alfredo; FURFARO, Sandro. Giustizia penale patrimoniale. *Archivio penale,* n. 3, p. 1-18, 2016. Na doutrina brasileira: BERTONCINI, Mateus E.; GUARAGNI, Fábio A.; MACEDO, Gustavo H. Modelos de constatação de provas em lides de improbidade administrativa e confisco alargado no processo penal. *Revista Relações Internacionais no Mundo Atual,* v. 3, n. 24, p. 1-19, 2019.

Nesse debate, há quem sustente que a presunção de inocência pode ser restringida ao se tratar de questões patrimoniais posteriores ao juízo da culpabilidade penal do imputado: ESSADO, Tiago E. *Perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 268-271. De modo semelhante: LINHARES, Solon C. *Confisco de bens*. Uma medida penal, com efeitos civis contra a corrupção sistêmica. São Paulo: RT, 2016. 189-190; LOPES, João Felipe Menezes. Confisco de bens como instrumento de combate à criminalidade organizada: análise dos regimes estrangeiros e de sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro. *Revista da AJUFE*, v. 28, n. 95, p. 207-240, 2º sem. 2015.

Lei 11.343/06 (art. 63-F, inserido pela Lei 13.886/19), afirmando que há inversão do ônus probatório na previsão inserida no art. 91-A do CP, mas não naquela do art. 63-F da Lei de Drogas. Fundamenta tal afirmação na constatação de que no texto do CP foi excluído parágrafo que assentava "a decretação da perda prevista no caput fica condicionada à existência de elementos probatórios que indiquem conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional do condenado ou sua vinculação à organização criminosa", o qual consta na Lei de Drogas e seria determinante para a consolidação de um ônus probatório ao acusador.[8]

Previamente à inserção da perda alargada, os mecanismos tradicionais de restrição patrimonial eram objeto de críticas por sua inefetividade e de propostas de alterações para aprimoramentos. Sem dúvidas, além das novas discussões sobre a recente alteração, subsistem fundamentais questionamentos em relação ao sistema já antes previsto no CPP brasileiro.[9]

Em relação à medida assecuratória patrimonial de sequestro, *Guilherme Lucchesi e Ivan Zonta* analisam questões relevantes sobre os limites à solidariedade na restrição patrimonial nos casos de crimes cometidos em coautoria. Assim, sustentam que, diferentemente da obrigação de reparar o dano (que possui natureza solidária por expressa previsão do Código Civil), o perdimento deve observar estritos limites subjetivos, em respeito à intranscendência da pena, e, consequentemente,

---

[8] CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. A inversão do ônus da prova na decretação da perda alargada: entre o Código Penal e a Lei n. 11.343/06. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal,* Porto Alegre, vol. 6, n. 2, maio/ago. 2020. Do mesmo autor, já anteriormente afirmando a constitucionalidade da perda alargada a partir do exemplo da Diretiva 2014/42 da União Europeia: SOUZA, Cláudio M.; CARDOSO, Luiz Eduardo D. A perda alargada em face da principiologia processual penal brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 24, n. 118, p. 233-271, jan./fev. 2016.

[9] Nesse sentido, cita-se relevante pesquisa realizada no Projeto do governo federal denominado Pensando o Direito: AMARAL, Thiago Bottino do (Coord.). Medidas assecuratórias do processo penal. *Série Pensando o Direito* (n. 25/2010). No que diz respeito ao regime previsto no CPP: GIMENES, Marta Cristina Cury Saad. *As medidas assecuratórias do Código de Processo Penal como forma de tutela cautelar destinada à reparação do dano causado pelo delito*. 2007. Tese (Doutorado em Direito Processual Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

isso também deve ser atendido na hipótese de sequestro, como medida assecuratória que visa a constringir bens que, ao final, serão atingidos pelo perdimento.[10]

Em termos de direito comparado,[11] além dos exemplos mexicano e brasileiro, o dossiê conta com artigos relacionados aos regimes alemão, espanhol, português e estadunidense. A partir do exemplo do ordenamento de Portugal, *Gabriel Marson Junqueira* analisa importantes questões sobre cooperação jurídica internacional quando embasada em confisco *non-conviction based*. O autor conclui que "o modelo de reconhecimento mútuo, nos dias de hoje, abrange quer a perda clássica, quer a perda alargada, mas não qualquer das formas de confisco *non-conviction based* – civil ou em processo criminal".[12]

Já *Javier Escobar Veas* expõe a discussão existente nos Estados Unidos sobre a perda de bens em processos de natureza civil, sem as garantias comuns ao processo penal, o que gera tensões com a proibição de dupla persecução (*double jeopardy clause*). A partir do estudo de casos da Suprema Corte estadunidense, o autor afirma que os precedentes assentam inexistir violação ao *double jeopardy clause* quando o Estado apresenta paralelamente ação civil para perda de bens e processo penal, embora certos limites devam ser aplicados, como a vedação de multas excessivas.[13]

Em relação ao sistema alemão, *Ana E. Carrillo del Teso* examina nova legislação que realizou reforma para a recuperação de ativos penais

---

[10] LUCCHESI, Guilherme Brenner; ZONTA, Ivan Navarro. Sequestro dos proventos do crime: limites à solidariedade na decretação de medidas assecuratórias. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal,* Porto Alegre, vol. 6, n. 2, maio/ago. 2020

[11] Sobre isso, ver também: VIEIRA, Roberto D. *Confisco alargado de bens.* Análise de direito comparado. Salvador: JusPodivm, 2019.

[12] JUNQUEIRA, Gabriel Marson. A recuperação de ativos, o regime do reconhecimento mútuo e os pedidos de cooperação judiciária relacionados a confisco non-conviction based em Portugal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal,* Porto Alegre, vol. 6, n. 2, mai./ago. 2020.

[13] ESCOBAR VEAS, Javier. The Constitutionality of Parallel Civil Forfeiture Proceedings and Criminal Prosecutions under the Double Jeopardy Clause in the United States. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal,* Porto Alegre, vol. 6, n. 2, mai./ago. 2020.

(*Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung*), em vigor desde 1 de julho de 2017. Em tal alteração houve a atualização do regime de perda de bens tanto em termos materiais quanto processuais. A partir de tal cenário, a autora destaca pontos positivos e negativos das modificações, como na tensão sobre a natureza penal ou civil do mecanismo e a facilitação à reparação das vítimas.[14]

Por fim, no que diz respeito ao cenário espanhol, *Nicolás Rodríguez-García e Omar Gabriel Orsi* ressaltam a necessidade de uma proteção reforçada a terceiros afetados pela perda de bens de origem ilícita, especialmente com a sua participação no processo para exercício do contraditório.[15] Trata-se de temática ainda mais pertinente ao debate brasileiro, pois o regime inserido no Código Penal pela Lei 13.964/19 definiu que a perda de bens deve recair sobre o patrimônio do condenado, que engloba bens "I - de sua titularidade, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício direto ou indireto, na data da infração penal ou recebidos posteriormente; e II - transferidos a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, a partir do início da atividade criminal" (art. 91-A, § 1º, CP).

Referências

AMARAL, Thiago Bottino do (Coord.). Medidas assecuratórias do processo penal. *Série Pensando o Direito* (n. 25/2010). Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/25Pensando_Direito3.pdf>. Acesso em 11 jun. 2020.

BARGI, Alfredo. 'Processo al patrimonio' e principi del giusto processo: regola probatorie e regole decisorie nella confisca penale. In: BARGI, Alfredo; CISTERNA, Alberto (coord.). *La giustizia patrimoniale penale*. Torino: UTET, 2011, p. 3-48.

[14] CARRILLO DEL TESO, Ana E. Recuperación de activos en el sistema penal alemán: luces y sombras del actual régimen de decomiso de ganancias. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal,* Porto Alegre, vol. 6, n. 2, maio/jun. 2020.

[15] RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás; ORSI, Omar Gabriel. La protección reforzada en España de los terceros afectados por el decomiso de bienes ilícitos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal,* Porto Alegre, vol. 6, n. 2, mai./ago. 2020. Também do primeiro autor: RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. *El decomiso de activos ilícitos*. Navarra: Aranzadi, 2017.

BERTONCINI, Mateus E.; GUARAGNI, Fábio A.; MACEDO, Gustavo H. Modelos de constatação de provas em lides de improbidade administrativa e confisco alargado no processo penal. *Revista Relações Internacionais no Mundo Atual,* v. 3, n. 24, p. 1-19, 2019. https://doi.org/10.21902/revrima.v3i27.3927

CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco e a criminalização do enriquecimento "ilícito"). *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* a. 21, n. 100, p. 453-501, jan./fev. 2013.

CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. A inversão do ônus da prova na decretação da perda alargada: entre o Código Penal e a Lei n. 11.343/06. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal,* Porto Alegre, vol. 6, n. 2, maio/ago. 2020. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i2.362

CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Confisco penal:* alternativa à prisão e aplicação aos delitos econômicos. São Paulo: IBCCRIM, 2006.

CARRILLO DEL TESO, Ana E. Recuperación de activos en el sistema penal alemán: luces y sombras del actual régimen de decomiso de ganancias. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal,* Porto Alegre, vol. 6, n. 2, maio/jun. 2020. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i2.355

ESCOBAR VEAS, Javier. The Constitutionality of Parallel Civil Forfeiture Proceedings and Criminal Prosecutions under the Double Jeopardy Clause in the United States. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal,* Porto Alegre, vol. 6, n. 2, mai./ago. 2020. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i2.338

ESSADO, Tiago E. *Perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

GAITO, Alfredo; FURFARO, Sandro. Giustizia penale patrimoniale. *Archivio penale,* n. 3, p. 1-18, 2016.

GIMENES, Marta Cristina Cury Saad. *As medidas assecuratórias do Código de Processo Penal como forma de tutela cautelar destinada à reparação do dano causado pelo delito*. 2007. Tese (Doutorado em Direito Processual Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

JUNQUEIRA, Gabriel Marson. A recuperação de ativos, o regime do reconhecimento mútuo e os pedidos de cooperação judiciária relacionados a confisco non-conviction based em Portugal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal,* Porto Alegre, vol. 6, n. 2, mai./ago. 2020. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i2.294

LINHARES, Solon C. *Confisco de bens.* Uma medida penal, com efeitos civis contra a corrupção sistêmica. São Paulo: RT, 2016.

LOPES, João Felipe Menezes. Confisco de bens como instrumento de combate à criminalidade organizada: análise dos regimes estrangeiros e de sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro. *Revista da AJUFE*, v. 28, n. 95, p. 207-240, 2º sem. 2015.

LUCCHESI, Guilherme Brenner; ZONTA, Ivan Navarro. Sequestro dos proventos do crime: limites à solidariedade na decretação de medidas assecuratórias. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal,* Porto Alegre, vol. 6, n. 2, maio/ago. 2020. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i2.353

PARRA LARA, Francisco José. Extinción de Dominio en México: Revisión de su estructura constitucional y convencional. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal,* Porto Alegre, vol. 6, n. 2, mai./ago. 2020. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i2.351

RIOS, Rodrigo Sánchez; PUJOL, Luiz Gustavo. Confisco alargado: reflexões acerca de suas possibilidades no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo*, v. 24, n. 118, p. 123-158, jan./fev. 2016.

RIVERO EVIA, Jorge. La acción civil de extinción de dominio: el retorno al cuerpo del delito. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal,* Porto Alegre, vol. 6, n. 2, mai./ago. 2020. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i2.357

ROCHA, Silvio L. F.; MORGANTI, Daniela M. A constitucionalidade do confisco alargado e da ação de extinção de domínio. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, v. 16, n. 93, p. 26-35, dez./jan. 2020.

RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. *El decomiso de activos ilícitos*. Navarra: Aranzadi, 2017.

RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás; ORSI, Omar Gabriel. La protección reforzada en España de los terceros afectados por el decomiso de bienes ilícitos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal,* Porto Alegre, vol. 6, n. 2, mai./ago. 2020. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i2.360

SILVESTRE, Raquel C. R. *Perda de bens.* Efeito da sentença condenatória. Salvador: JusPodivm, 2018.

SOUZA, Cláudio M.; CARDOSO, Luiz Eduardo D. A perda alargada em face da principiologia processual penal brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 24, n. 118, p. 233-271, jan./fev. 2016.

VASCONCELOS, André P. *Extinção civil do domínio.* Perdimento de bens. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

VIEIRA, Roberto D. *Confisco alargado de bens.* Análise de direito comparado. Salvador: JusPodivm, 2019.

Informações adicionais e declarações do autor (*integridade científica*)

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

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

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

COMO CITAR ESTE EDITORIAL:

ESTRADA CONTRERAS, José Javier; VASCONCELLOS, Vinicius G. Editorial do dossiê "Confisco, medidas cautelares patrimoniais, pretensão civil cumulada e garantias processuais penais" – Novos mecanismos de restrições patrimoniais e a proteção de direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 2, p. 527-538, mai./ago. 2020. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i2.398

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

La protección reforzada en España de los terceros afectados por el decomiso de bienes ilícitos[1]

The special protection in Spain for third parties supporting the forfeiture of illicit assets

A proteção especial dos terceiros afetados pelo confisco de bens derivados de atos ilícitos na Espanha

Nicolás Rodríguez-García[2]
Universidad de Salamanca – España
nicolas@usal.es
http://orcid.org/0000-0003-0045-796X

Omar Gabriel Orsi[3]
Ministerio Fiscal – Argentina
ogorsi@gmail.com
https://orcid.org/0000-0002-2803-1154

Resumen: España ha profundizado sus políticas de decomiso de bienes ilícitos de modo de lograr mayor eficiencia en la prevención y persecución de delitos. En esa línea, el decomiso trasciende a la persona penalmente

[1] Este trabajo se ha elaborado en el marco de dos Proyectos de Investigación, uno del Ministerio de Economía y Competitividad (DER2016-79895-P) y otro de la Junta de Castilla y León (SA129G18). Ambos autores son investigadores del «Grupo de Investigación Reconocido *Justicia, sistema penal y criminología*» de la Universidad de Salamanca, así como de su Centro de Investigación para la Gobernanza Global (CIGG-USAL).

[2] Catedrático Derecho Procesal en la Universidad de Salamanca (España). Doctor en Derecho. Director del «Programa de Doctorado en Estado de Derecho y Gobernanza Global», del «Máster Universitario en Estrategias anticorrupción y políticas de integridad», del «Máster Iberoamericano en Políticas Anticorrupción *(on-line)*» y del «Máster Iberoamericano en Compliance *(on-line)*».

[3] Ministerio Fiscal (Argentina). Doctor en Derecho.

responsable para alcanzar a terceros poseedores de bienes. La búsqueda de mayor eficiencia pone así en tensión dos principios fundamentales del ordenamiento jurídico: de un lado, enfrentar con eficiencia las conductas delictivas; del otro lado, la necesidad de conservar los principios del debido proceso y de resguardar el derecho de propiedad. El trabajo busca explorar esta tensión abordando, en una primera sección, la regulación jurídica de la figura del decomiso de bienes ilícitos en posesión de terceros ajenos al delito. Con posterioridad, se enfoca la necesaria intervención de esas personas en el proceso penal, ante la eventual aplicación del instituto de decomiso.

Palabras clave: bienes ilícitos; decomiso; terceros poseedores; derecho de propiedad; debido proceso.

Abstract: *Spain has developed its legal framework regarding the forfeiture of illicit assets in order to increase efficiency in the prevention and the repression of crimes. To reach that goal, the forfeiture transcends the individual responsible for the crime, reaching third parties in possession of the assets. This quest to reach higher standards of efficiency brings tension between two fundamental principles of the legal framework: on the one hand, to fight crimes efficiently; on the other hand, to preserve due process and property rights. This paper discusses this tension analyzing, in the first section, the legal framework for the forfeiture of assets in possession of third parties unrelated to the crime. The following section focuses on the mandatory intervention of these individuals in the criminal process as a consequence of the asset forfeiture.*

Keywords: *illicit assets; forfeiture; third parties (in possession of assets); property rights; due process.*

Resumo: *A Espanha tem desenvolvido sua política de confisco de bens derivados de atos ilícitos para aumentar a eficiência na prevenção e na persecução de delitos. Nesse sentido, a recuperação de ativos transcende o âmbito da pessoa penalmente responsável pelos delitos e alcança terceiros que possuam os bens. A busca de maior eficiência coloca tensão entre dois princípios fundamentais do sistema jurídico: por um lado, a necessidade de enfrentar com eficiência as condutas delituosas; por outro, a necessidade de garantir os princípios do devido processo legal e de resguardar os direitos relacionados à propriedade. Este trabalho tem a finalidade de explorar essa tensão e aborda, em uma primeira seção, o regime jurídico da figura de confisco de ativos ilícitos em posse de terceiros não responsáveis pelo*

delito. Posteriormente se enfoca a intervenção necessária dessas pessoas no processo penal diante da possibilidade de utilização do instituto de confisco de bens.

Palavras-chave: *bens derivados de atos ilícitos; confisco; terceiros interessados; direito de propriedade; devido processo legal.*

Sumario: I. Acotaciones introductorias. II. Decomiso de bienes de terceros. III. Intervención de terceros en el proceso penal. IV. Conclusiones. V. Referencias bibliográficas.

I. ACOTACIONES INTRODUCTORIAS

Dentro de las políticas de recuperación de activos ilícitos, el instituto del decomiso —y sus variaciones[4]— están de *moda*[5], tanto en países del *common law* como del *civil law*[6], a consecuencia de las expectativas en él

[4] *Vid.* BRUN, Jean-Pierre; GRAY, Larissa; SCOTT, Clive; STEPHENSON, Kevin M. *Asset Recovery Handbook: A Guide for Practitioners*. Washington: The International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank, p. 103 y ss., 2011.

[5] *Vid.* en detalle, con relación a esta institución jurídica en el sistema penal español, GARRIDO CARRILLO, Francisco Javier. *El decomiso: innovaciones, deficiencias y limitaciones en su regulación sustantiva y procesal*. Madrid: Dykinson, 2019; CARRILLO DEL TESO, Ana Elena. *Decomiso y recuperación de activos en el sistema penal español*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018; MARTÍNEZ ARRIETA MÁRQUEZ DE PRADO, Cristina. *El decomiso y la recuperación y gestión de activos procedentes de actividades delictivas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018; RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás. *El decomiso de activos ilícitos*. Pamplona: Aranzadi, 2017; OCAÑA RODRÍGUEZ, Antonio. *Medidas cautelares reales en el proceso penal y decomiso*. Madrid: Sepín, 2016.

[6] *Vid.* BOUCHT, Johan. *The Limits of Asset Confiscation. On the Legitimacy of Extended Appropriation of Criminal Proceeds*. London: Hart Publishing, p. 95 y ss., 2017; VV.AA. *Common Law Legal Systems Model Legislative Provisions on Money Laundering, Terrorism Financing, Preventive Measures and Proceeds of Crime*. London: Commonwealth Secretariat, p. 55 y ss., 2016; ALLDRIDGE, Peter. *Money Laundering Law. Forfeiture, Confiscation, Civil Recovery, Criminal Laundering and Taxation of the Proceeds of Crime*. London: Hart Publishing, p. 71 y ss., 2003. Y más: a mayores del juego procesal que el decomiso pueda desempeñar en las actuaciones jurisdiccionales nacionales, el decomiso

localizadas para combatir la corrupción, el crimen organizado, el blanqueo de capitales y la delincuencia económica[7], se encuentra naturalmente asociado a los elementos patrimoniales del responsable penal[8], sin que pueda extenderse a quienes no han tenido vinculación con el delito o hayan adquirido los bienes de buena fe, es decir, a partir de una transmisión legal y carente de hasta elementos negligentes que la puedan enturbiar[9], buscado con ello ser respetuosos con la seguridad del tráfico patrimonial[10]. Unas personas que, como fácilmente se infiere, no han sido declarados culpables de infracción penal alguna[11], ni tan siquiera responsable civil[12].

---

también puede estar presente en el proceso ante la Corte Penal Internacional, como estudia BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. La perspectiva procesal del decomiso. In: CASTILLEJO MANZANARES, Raquel (dir.). *El nuevo proceso penal sin Código Procesal Penal*. Barcelona: Atelier, p. 688 y ss., 2019.

7 *Vid.* TRINCHERA, Tommaso. Confiscation and asset recovery: Better tools to fight bribery and corruption crime. *Criminal Law Forum*, p. 1 y ss., 2020; RUZ GUTIÉRREZ, Pablo Rafael. Prevención, sanción y recuperación de activos de la corrupción: la experiencia española. In: FERNÁNDEZ BLANCO, Carolina; FERRER BELTRÁN, Jordi (dirs.). *Seguridad jurídica, pobreza y corrupción en Iberoamérica*. Madrid: Marcial Pons, p. 185 y ss., 2018; FERNANDEZ-BERTIER, Michaël. The History of Confiscation Laws: From the Book of Exodus to the War on White-Collar Crime. In: LIGETI, Katalin; SIMONATO, Michele (eds.). *Chasing Criminal Money. Challenges and Perspectives on Asset Recovery in the EU*. London: Hart Publishing, p. 53 y ss., 2017. Unos delitos cuyo *leiv motiv* fundamental es obtener, de la manera más rápida y segura, un beneficio económico, y ello, como enfatiza NOREÑA SALTO, ya se encuentre plasmado como elemento subjetivo del tipo —denominado ánimo de lucro— como si simplemente está implícito en la actividad delictiva. *Cfr.* NOREÑA SALTO, José Ramón. El procedimiento de decomiso autónomo. In: VV.AA. *El decomiso: aspectos sustantivos y procesales*. Madrid: Centro de Estudios Jurídicos, p. 3, 2020.

8 En función del decomiso final, producto del dictado de una sentencia firme, o, dadas ciertas condiciones, de manera anticipada: por caso, cuando el órgano judicial competente vaya a acordar la destrucción de los bienes decomisados (art. 367 *ter* 1.I *in fine* LECR).

9 *Vid.* QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 12-rl, p. 2 y ss., 2010.

10 GARCÍA CAVERO, Percy. El decomiso de bienes relacionados con el delito en la legislación penal peruana. *Derecho PUCP*, n. 81, p. 122-123, 2018.

11 URIARTE VALIENTE, Luis María. 21 cuestiones sobre el decomiso: Disposiciones generales, decomiso directo y de sustitución. VV.AA. *El decomiso: aspectos sustantivos y procesales*. Madrid: Centro de Estudios Jurídicos, p. 7, 2020.

12 *Vid.* STS de 27 de junio de 2003 (n. 928).

Fue en el terreno del blanqueo de capitales donde el legislador penal prestó particular atención a la hora de precisar las excepciones a este postulado[13]: el principio de buena fe queda exceptuado, en materia de blanqueo, cuando se haya prestado alguna forma de *ayuda* al sujeto pasivo del proceso penal para eludir su responsabilidad patrimonial, asumiendo, de manera real o ficticia, la titularidad de los bienes a decomisar, y obstaculizando con ello la acción de la justicia antes del dictado del decomiso[14]. Una respuesta jurídica que permite *decomisar sin castigar*[15] al darse situaciones patrimoniales ilícitas, pero con relación a la cual no existe ni consenso doctrinal ni jurisprudencial con relación a su naturaleza civil o sancionadora, dicotomía para nada baladí por cuanto la opción por una u otra tiene importantes consecuencias en los derechos, garantías y principios que son de aplicación a partir del marco jurídico que vamos a exponer[16].

---

[13] *Vid.* QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. El procedimiento especial y autónomo para el comiso. In: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (coord.). *Comentarios a la reforma penal de 2015*. Pamplona: Aranzadi, p. 300 y ss., 2015. El tercero puede ser alcanzado, en principio, por el contenido de la resolución judicial sobre la responsabilidad civil del art. 122 CP: quien por título lucrativo hubiere participado de los efectos de un delito, está obligado a la restitución de la cosa o al resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación. Más ampliamente *vid.* RASILLO LÓPEZ, Pilar. El decomiso. *Cuadernos Digitales de Formación*, n. 3, p. 17 y ss., 2017; GÓMEZ TOMILLO, Manuel. La responsabilidad civil de las personas jurídicas: especial problemática del tercero lucrativo. *Cuadernos Digitales de Formación*, n. 19, p. 11 y ss., 2016; DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto. El partícipe a título lucrativo tras las reformas del decomiso. *Diario La Ley*, n. 8667, p. 4 y ss., 2015; SÁEZ-SANTURTÚN PRIETO, Miguel. El responsable civil a título lucrativo: artículo 122 del Código Penal. *Diario La Ley*, n. 8497, p. 1 y ss., 2015.

[14] Bajo esta lógica, poco importa la naturaleza del sujeto que incurre en mala fe, y si está unido al sujeto pasivo del proceso penal principal por lazos familiares o afectivos —un *allegado*, según la expresión utilizada en instrumentos jurídicos previos—, o económicos. En detalle con relación a este delito *vid.* MARTÍN SAGRADO, Óscar. El decomiso en la investigación y enjuiciamiento del delito de blanqueo de capitales». *Revista General de Derecho Penal*, n. 31, p. 29 y ss., 2019.

[15] Modalidad distinta al decomiso ampliado y sin condena, debido a que, como estudia en detalle CASTELLVÍ MONSERRAT, Carlos. Decomisar sin castigar. Utilidad y legitimidad del decomiso de ganancias. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. 1, p. 4 y ss., 2019, recae sobre personas distintas a las que deberían ser castigadas por el delito que ha originado los instrumentos, efectos y ganancias.

[16] SSTS de 30 de mayo de 2007 (n. 450); de 7 de junio de 2019 (n. 299). Más ampliamente *vid.* FARTO PIAY, Tomás. Los terceros afectados por el decomiso

Pero más allá de la mayor o menor precisión que pueda alcanzar el legislador, es claro que la demarcación entre la regla y la excepción no responde a una operación abstracta, sino que requiere de una indagación, de un proceso de conocimiento que establezca en qué ocasiones, y por qué motivos, cabrá extender el decomiso a bienes ubicados bajo el dominio de terceros[17]. Es por ello que la DIR 2014/42/UE[18] recurre a la expresión «personas afectadas» cuando se dedica a ordenar a los países miembros que adopten las medidas necesarias para garantizarles una tutela judicial efectiva y un juicio justo, a fin de preservar sus derechos (art. 8.1).

Es en el terreno práctico donde queda claro que la vinculación con el delito y la mala fe no son extremos de fácil acreditación, como lo ha enseñado la operativa en muchos litigios penales[19], ya frustrando la eficacia del decomiso, ya ralentizando y encareciendo las actuaciones judiciales. Estas dificultades fueron las que motorizaron, a la postre, una

---

ante el proceso penal. In: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel; RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás (edits.). *Decomiso y recuperación de activos*. Crime doesn't pay. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020 —en prensa—.

17 *Vid*. SSTS de 16 de julio de 2001 (n. 1410); de 16 de marzo de 2004 (n. 339); de 12 de noviembre de 2008 (n. 798); de 13 de noviembre de 2014 (n. 746); de 23 de marzo de 2017 (n. 183); de 4 de febrero de 2019 (n. 48); de 16 de octubre de 2019 (n. 493).

18 Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, *sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea* [*DOUE* n. L 127, de 29 de abril de 2014]. Destacar como en el ámbito internacional es de gran ayuda, tanto para las actuaciones jurisdiccionales patrias como para resolver los pedidos de auxilio y cooperación judicial internacional, el tener un texto normativo de referencia que haya servido, cuando menos, de orientación en los procesos de reforma legislativa de los sistemas penales nacionales. A nivel europeo, este rol fundamental lo cumple la DIR 2014/42/UE en su doble faz de instrumento preventivo y restablecedor del equilibrio patrimonial modificado injustamente por los hechos delictivos. El panorama es completamente divergente en el ámbito iberoamericano, presidido por la heterogeneidad normativa —códigos penales, códigos de proceso penal, legislación especial por ámbitos delictivos, etc.— y la disparidad de soluciones acogidas para legitimar ataques al derecho constitucional a la propiedad, entre las que van ganando pujanza modalidades de extinción de dominio.

19 La Unión Europea justifica de modo similar el porqué del decomiso de bienes de terceros en el Considerando n. 24 DIR 2014/42/UE.

reforma de calado en esta materia por la LO 1/2015[20], bajo las directrices armonizadoras vinculantes de la Unión Europea (art. 6 DIR 2014/42/UE[21])[22]. En el decomiso de bienes de terceros los órganos jurisdiccionales tienen entonces el deber de particularizar su actuación, basándose en hechos y circunstancias concretas[23].

Estos breves párrafos pretender servir de justificación para la doble vertiente empleada a la hora de analizar el problema: *(i)* la base jurídica que permite operar el decomiso de bienes de terceros y *(ii)* las normas que rigen la intervención de estas personas en el proceso penal.

II. DECOMISO DE BIENES DE TERCEROS

El Preámbulo de la LO 1/2015 alude al «decomiso de bienes de terceros», como vía novedosa junto al «decomiso sin sentencia» y

---

20 Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal* [*BOE* n. 77, de 31 de marzo de 2015].

21 El legislador patrio, más que sentirse vinculado por el mandato de este art. 6 DIR 2014/42/UE, lo ha estado por el art. 6 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo *sobre el embargo preventivo y el decomiso de los productos de la delincuencia en la Unión Europea* [COM(2012) 85 final] (PDIR 2014/42/UE), más amplio en su contenido y severidad con relación a los intereses jurídicos de los terceros.

22 Con relación a la influencia del Derecho supranacional e internacional en esta novedosa regulación española del decomiso, y de algunas de sus modalidades más controvertidas como el decomiso ampliado, el decomiso sin condena o el propio decomiso de bienes de terceros, *vid.* VIDALES RODRÍGUEZ, Catalina; PLANCHADELL GARGALLO, Andrea. *Decomiso: Estudio de la normativa internacional y de la legislación española (Aspectos penales y procesales)*. Miami (Florida). Center for the Administration of Justice, p. 34 y ss., 2018; CARRILLO DEL TESO, Ana Elena. *Decomiso y recuperación..., cit.*, p. 39 y ss.; RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás. Redescubrimiento de las bonanzas del decomiso en las tácticas supranacionales e internacionales para poner freno a la «sociedad incivil». BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel; RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás (coords.). *Recuperación de activos y decomiso. Reflexiones desde los sistemas penales iberoamericanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 317 y ss., 2017.

23 Art. 6.1 DIR 2014/42/UE.

al «decomiso ampliado»[24], en una nueva vuelta de tuerca a la hora de facilitar instrumentos legales que sean más eficaces en la recuperación de activos procedentes del delito y en la gestión económica del mismo. En este sentido, el legislador no hace más que profundizar en su intención de hacer más efectivo el instituto de decomiso, frente al abuso de las normas tuitivas del derecho de propiedad. Pero, más allá de las intenciones del legislador, es claro que los terceros son detentadores de derechos y libertades constitucionales, desde la propiedad a la presunción de inocencia, pasando por la tutela judicial efectiva, la garantía a un proceso justo[25] y el derecho a formular medios de impugnación[26]. La resolución de este tipo de dilemas pasará entonces, en gran medida, por dónde coloquemos los límites[27] entre el interés por incrementar la eficacia, dar mayor seguridad jurídica y mejorar técnicamente la regulación del decomiso de bienes en poder de terceros, lo que a la postre viene a

---

[24] Entre ellos, como destaca BOUCHT, podemos encontrar como punto de encuentro la difícil demostración de una *conexión* entre un hecho delictivo en particular y un activo patrimonial, y entre éstos y personas físicas y jurídicas distintas a las que han tenido relación con los ilícitos penales. *Vid.* BOUCHT, Johan. Extended Confiscation: Criminal Assets or Criminal Owners? In: LIGETI, Katalin; SIMONATO, Michele (edits.): *Chasing Criminal Money. Challenges and Perspectives on Asset Recovery in the EU*. London: Hart Publishing, p. 117 y ss., 2017.

[25] De ahí que como destaca SÁNCHEZ SISCART, José Manuel. Intervención de terceros afectados por el decomiso y el decomiso autónomo. La recuperación y gestión de activos. *Formación a Distancia*, n. 3, p. 4, 2016, antes de que la Ley de Enjuiciamiento Criminal haya previsto expresamente el estatus procesal de los terceros que puedan ser objeto de decomiso ha tenido que ser la jurisprudencia la que haya tenido que colmar esa laguna legal fijando pautas para evitar la indefensión de esos sujetos y haciendo efectivos sus derechos y garantías procesales constitucionales. Sobre su contenido y alcance *vid.* PLANCHADELL GARGALLO, Andrea; VIDALES RODRÍGUEZ, Catalina. Decomiso: comentario crítico desde una perspectiva constitucional. *Estudios Penales y Criminológicos*, n. 38, p. 37 y ss., 2018.

[26] *Vid.* STS de 25 de julio de 2017 (n. 602).

[27] En opinión de AGUADO CORREA, «[p]ara el legislador los fines justifican los medios aun cuando con éstos se vulneren derechos fundamentales y principios constitucionales, y la eficacia está por encima de las garantías». *Cfr.* AGUADO CORREA, Teresa. Artículo 127 quater. In: GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Comentarios prácticos al Código Penal. Parte General. Tomo I*. Pamplona: Aranzadi, p. 1032, 2015.

significar focalizar el trabajo de los operadores jurídicos en el concepto de *disponibilidad*[28].

Veamos primero los cambios introducidos por el legislador en el Código Penal y las características dimanantes de ello:

a) Autonomía: este decomiso ha pasado de ser un *apéndice* a tener un artículo propio (art. 127 *quater* CP).

b) Equivalencia: la tutela de los terceros está ubicada al mismo nivel que algunas[29] otras clases de decomiso[30], sin que esté subordinado a la ineficacia aplicativa del decomiso directo o del decomiso por sustitución[31], razón por la cual podemos catalogar al decomiso de bienes de tercero como *autónomo*[32].

---

[28] Sobre ello, y para el caso del Derecho italiano, *vid.* MAUGERI, Anna Maria. La trasposición de la Directiva 2014/42/UE en Italia. In: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel; RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás (edits.). *Decomiso y recuperación de activos*. Crime doesn't pay. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020 —en prensa—.

[29] Aunque el art. 127 *quater*.1 CP señala la posible aplicación por los jueces y tribunales de las clases de decomiso sobre bienes, efectos y ganancias «[...] a que se refieren los artículos anteriores» transferidos a terceras personas, no parece acertado incluir el decomiso autónomo del art. 127 *ter* CP, en el que no se va a dictar sentencia en el proceso penal principal, supuesto que además solamente puede dirigirse contra quien haya sido formalmente acusado o contra el investigado con relación al que existan indicios racionales de criminalidad (art. 127 *ter*.2 CP).

[30] En el art. 127 *quater* 1 CP se utiliza el adverbio «también» al atribuir la facultad a los jueces y tribunales para que puedan acordarlo, indicando la igualdad de este decomiso de bienes de terceros con el decomiso directo, con el decomiso por sustitución y el decomiso ampliado, estrategia punitiva que para AGUADO CORREA puede implicar la vulneración del derecho a la propiedad del tercero y del principio de proporcionalidad. *Cfr.* AGUADO CORREA, Teresa. Artículo 127..., *cit*., p. 1033.

[31] O inclusive como una alternativa a los mismos, como se posibilita en el Considerando n. 25 DIR 2014/42/UE: «Los Estados miembros tienen la facultad de considerar el decomiso de los bienes de un tercero como medida subsidiaria o alternativa al decomiso directo, según proceda de conformidad con el Derecho nacional».

[32] GONZÁLEZ CANO, María Isabel. *El decomiso como instrumento de la cooperación judicial en la Unión Europea y su incorporación al proceso penal español*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 115, 2016.

c) Amplitud subjetiva: debido a que en «terceras personas» debemos entender incluidas tanto a personas físicas como a jurídicas —a las que se deberá aplicar la teoría del *levantamiento del velo*[33] en la búsqueda del titular real[34]—; éstas pueden ser sujeto pasivo de un proceso penal, desde la LO 5/2010, en condiciones de igualdad con las personas físicas, quienes además son las que realmente actúan amparadas en esa estructura jurídica de las empresas.

d) Amplitud objetiva: más extenso, dado que si por cualquier circunstancia no se pueden decomisar los bienes, efectos y ganancias transferidos a un tercero, lo serán bienes de éste por un valor equivalente a los mismos[35].

e) Carácter potestativo: en el momento de ser impuesto por los órganos jurisdiccionales[36], dejando atrás veinte años donde el decomiso de bienes de terceros ha sido obligatorio, sin ninguna excepción, lo que impedía cualquier tipo de ponderación por parte de los juzgados y tribunales al apreciar las circunstancias concurrentes y las alegaciones defensivas que pudiera esgrimir ese tercero, si es que se le daba *graciosamente* audiencia en las actuaciones judiciales, participación que no estaba prevista normativamente.

f) Carácter sospechoso: que subyace en toda la regulación de las «terceras personas» relacionadas con los bienes a decomisar, en la que ni en una sola ocasión se verbaliza el principio general del Derecho de la

---

[33] *Vid.* MARTÍN PÉREZ, José Antonio. El comiso de bienes de propiedad de 'tercero': Análisis del respeto de las reglas sobre titularidad por las sentencias penales (A propósito del Auto TC 125/2004, de 19 de abril). *Derecho Privado y Constitución*, n. 205, p. 228 y ss., 2005; OCAÑA RODRÍGUEZ, Antonio. *Medidas cautelares reales..., cit.*, p. 217 y ss. Como se destaca en la STS de 2 de junio de 2015 (n. 338), ésta es una teoría que encuentra su apoyo en instituciones como el fraude a la ley, el abuso del derecho o la buena fe, y que sirve para eliminar la ficticia estructura societaria y descubrir la realidad patrimonial del verdadero titular de los bienes.

[34] Sin que importe dónde pueda estar el administrador formal de la empresa, como advierte CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia*. Madrid: Dykinson, p. 37, 2001.

[35] También así se prevé en el art. el art. 6.1 DIR 2014/42/UE.

[36] «[...] [P]odrán acordar», se recoge literalmente en el art. 127 *quater* 1 CP.

bona fides[37], es decir, su posible condición como «terceros de buena fe», como se hacía en las versiones anteriores del art. 127 CP[38].

La tendencia a maximizar la aplicación del instituto se expresa de manera palmaria en el relajamiento del principio de buena fe. En efecto, el art. 127 *quater* 1 CP desprotege la posición jurídica de las terceras personas que hayan recibido la transferencia de bienes, efectos y ganancias —o de su valor equivalente—, en dos situaciones, diferenciadas por el objeto sobre el que va a recaer el decomiso:

a) En primer término, cuando se trate de efectos y ganancias, si los terceros los hubieran adquirido con conocimiento de que proceden de una actividad ilícita, o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, de su origen ilícito[39]. En este supuesto el legislador recurre a tres estados subjetivos relacionados con la conducta de la tercera persona —la adquisición—, que le hace acreedor de una consecuencia jurídica por su actuación conocida, querida y buscada —la pérdida de efectos y ganancias—: «con conocimiento», «persona diligente» y «sospecha»[40].

b) En segundo lugar, en el caso de otros bienes, cuando los hubieran adquirido con conocimiento de que de este modo se dificultaba

---

[37] Disciplinado con carácter general en los arts. 433 a 435 CC.

[38] Por el contrario, en el art. 6.1 DIR 2014/42/UE se puede leer como la regulación de bienes de terceros «[...] no perjudicará los derechos de terceros de buena fe».

[39] *Vid.* ROIG TORRES, Margarita. El comiso como estrategia frente a la corrupción en Alemania: interpretación jurisprudencial. *Estudios Penales y Criminológicos*, n. extra 38, p. 560 y ss., 2018, quien al contraponer la regulación nacional del decomiso de terceros con la alemana deja planteadas dudas de constitucionalidad por los *excesos* de la norma española. Además *vid.* CARRILLO DEL TESO, Ana Elena. El nuevo régimen de recuperación de activos en Alemania o la sublimación del principio *crime doesn't pay*. In: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel; RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás (edits.). *Decomiso y recuperación de activos*. Crime doesn't pay. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020 —en prensa—.

[40] *Vid.* GONZÁLEZ CANO, María Isabel. *El decomiso..., cit.*, p. 116 y ss., quien con todo acierto plantea la *conexión* de estas exigencias del art. 127 *quater* 1 CP con los requisitos que tienen que concurrir para que la actuación del tercero pueda derivar en su imputación por blanqueo de capitales (art. 3010.1 CP) o por receptación (art. 298.1 CP), delitos por los que hasta ese momento no estaba siendo investigado.

su decomiso, o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, que de ese modo se dificultaba su decomiso. Ahora, lo relevante no es ya el origen —ilícito— de los bienes sino el saber que con su actitud el tercero impide, en todo o en parte, la eficacia del decomiso.

En ambos supuestos se castiga al tercero por su dolo —*con conocimiento*— o negligencia[41] —no ha sido una *persona diligente que sospeche*— con la pérdida de los bienes decomisados que fueron en su día del penado. Sin embargo, y dispuesto a allanar la dificultad probatoria que estas cláusulas suponen, el legislador se ha decantado, una vez más, y al igual que hace con el condenado en el decomiso ampliado de sus bienes, por alterar las reglas del juego acusatorio: será el tercero el que tenga que cuestionar que no ha conocido o que no ha tenido motivos para sospechar que se trataba de bienes procedentes de una actividad ilícita, o que le eran transferidos para evitar su decomiso. Y ello en especial cuando los bienes o efectos, siendo de comercio legal, le hubieran sido transferidos a título gratuito o por un precio inferior al real de mercado, en el único supuesto de que los mismos fueran de comercio legal. En estas dos situaciones, el art. 127 *quater* 2 *in fine* CP presume que su adquisición por el tercero ha sido *ilegítima*[42].

La construcción de esta presunción *iuris tantum* amerita algunos señalamientos[43]:

---

[41] GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. Aspectos procesales del decomiso: intervención de terceros afectados por el decomiso, el proceso de decomiso autónomo y la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos. In: MARCHENA GÓMEZ, Manuel; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*. Madrid: Castillo de Luna, p. 446, 2016, hace equivaler «culpa leve» a la «buena fe» para eximir en esos casos de responsabilidad penal al tercero.

[42] Un planteamiento inverso al seguido en el ordenamiento jurídico alemán, en el que como apunta ROIG TORRES, Margarita. El comiso..., *cit.*, p. 577-578, se parte de la idea de que el decomiso no se debe practicar cuando se está ante un tercero de buena fe, lo que acontece cuando estamos ante una persona que adquiere el elemento patrimonial delictivo mediante un negocio oneroso.

[43] Donde el comportamiento esperable del tercero, más que *diligente*, parece *suspicaz*. Sobre el punto, *vid*. CARRILLO DEL TESO, Ana Elena. Consideraciones sobre la actividad probatoria en torno a la delincuencia económica. *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, n. 2, p. 524 y ss., 2019; HAVA GARCÍA,

a) El uso del término «transferir», y no «adquirir» —sobre el cual no hay dudas de quien la realiza—, sin identificar el sujeto activo[44], lo cual tiene en algunos casos una particular relevancia, en especial cuando se trata de personas jurídicas[45].

b) Nada indica con relación al momento en el cual se ha llevado a cabo la transferencia de los bienes, efectos y ganancias, que puede ser coetánea a la celebración del proceso penal principal contra el titular originario de los mismos, como también anterior, dónde más alejamiento temporal implica mayores posibilidades de que el tercero desconociera su origen ilícito.

c) Cabe estimar que el instituto no se limita a los bienes, efectos y ganancias, sino a su «mezcla» o «transformación», tanto cuando el decomiso sea directo, por sustitución o ampliado, como también cuando las operaciones se realicen para favorecer la propia transferencia y la ocultación de las responsabilidades.

Esther. La nueva regulación del comiso». In: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (coord.). *Comentarios a la reforma penal de 2015*. Pamplona: Aranzadi, p. 222, 2015. Y en general, sobre esta tipología de presunciones, *vid*. DURÁN SILVA, Carmen. Las presunciones legales iuris tantum en la figura del decomiso». *Revista General de Derecho Procesal*, n. 48, p. 15 y ss., 2019.

[44] Es lógico pensar que usualmente será el condenado penal, con lo cual la transmisión es *directa*. Sin embargo, no será infrecuente que tal y como acontece con el lavado de activos, la transmisión de los bienes entre el condenado penal y el tercero sea *indirecta*, en un intento por distanciar los bienes de su origen delictivo con la intervención de testaferros, sociedades pantalla, etc., lo que demandará una investigación patrimonial de calado para localizar el destinatario final de los bienes sobre el cual actuar y probar su conducta maliciosa que legitime la intervención y pérdida de los mismos. Esta realidad puede valerle al tercero de cobertura para alegar su desconocimiento y ausencia de sospechas con relación a la procedencia de los bienes, puesto que su deber de diligencia no debe significar que ese tercero quede compelido a hacer su propia investigación patrimonial sobre el tracto seguido por los bienes. Con relación a las implicaciones probatorias para las acusaciones con relación a este elemento de la transmisión, *vid*. CAMPOS NAVAS, Daniel. Otras modalidades de decomiso: el decomiso ampliado, el decomiso de bienes de tercero y el decomiso sin sentencia condenatoria. In: VV.AA. *El decomiso: aspectos sustantivos y procesales*. Madrid: Centro de Estudios Jurídicos, p. 16 y ss., 2019; MARTÍN SAGRADO, Óscar. El decomiso de las sociedades pantalla. *Diario La Ley*, n. 8768, p. 1 y ss., 2016.

[45] SSTS de 29 de julio de 2002 (n. 867); de 19 de septiembre de 2019 (n. 422).

d) La referencia a un «precio inferior al real de mercado» ha merecido ya apropiadas objeciones lingüísticas[46]. De otro lado, no se ha precisado si el precio alude al momento de comisión del delito o al de adquisición, ni cómo establecer el precio de mercado. En lo sustancial, se echa en falta que no haya incluido un parámetro de proporcionalidad, utilizando el adverbio «significativamente», tal y como hace el europeo[47].

e) Es evidente que el dispositivo busca generar un efecto preventivo general, como parte de una estrategia de política criminal[48]. Llama la atención, por ello, que el precepto no incluya ni una mención a que el decomiso supone la *mala fe* del tercero[49] como así tampoco a

---

[46] Se podría haber *copiado* la expresión usada por la Unión Europea en el art. 6.1 DIR 2014/42/UE: «[...] la transferencia o adquisición se haya realizado... a cambio de un importe... inferior a su valor de mercado». Por ejemplo, en el caso de Portugal, como estudia ANTUNES, Maria João. Recuperación de activos. Garantías procesales del decomiso de bienes en el Derecho portugués. In: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel; RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás (edits.). *Decomiso y recuperación de activos*. Crime doesn't pay. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020 —en prensa—, en la legislación contra la criminalidad organizada y económica financiera se utiliza como presupuesto del decomiso la trasmisión a terceros de bienes a cambio de una «contraprestación irrisoria».

[47] En el art. 6.1 DIR 2014/42/UE, introducido en la tramitación legislativa, por cuanto el mismo no se contenía en 2012 en el art. 6.2.b) PDIR 2014/42/UE.

[48] En general, aleccionar al penado, al tercero y a la colectividad sobre lo ilegal de su conducta. Un reproche penal con consecuencias patrimoniales: finiquitar su enriquecimiento ilegítimo, porque en los supuestos recogidos en el Código Penal ha adquirido los bienes de forma gratuita, o con una rebaja sustancial en el precio de los mismos. *Vid*. NIEVA FENOLL, Jordi. El procedimiento de decomiso autónomo. En especial, sus problemas probatorios. *Diario La Ley*, n. 8601, p. 3, 2015, que caracteriza de «civil» la naturaleza jurídica del decomiso de los bienes de un tercero.

[49] Comportamiento que encuentra reproche en el Código Penal y que debiera determinar que el juez o tribunal dé tanto de culpa para que se determine su alcance y eventual responsabilidad penal por blanqueo —doloso o imprudente—, receptación civil —cuando los adquiera con absoluto desconocimiento del origen ilícito—, simulación de contrato, alzamiento de bienes, encubrimiento, etc., puesto que en caso de no hacerse además de ser intolerable la dejación de la legalidad penal en el Estado de Derecho por una complacencia —e incluso conveniencia— mal entendida de los operadores jurídicos se estaría generando desde las propias salas de los tribunales un grave foco de impunidad, contrario a los efectos de prevención general buscados. AGUADO CORREA ya puso de manifiesto antes de la aprobación de la LO 1/2015 como

la forma de regularización de la situación jurídica de esos bienes con relación a los terceros, y a los —eventuales— terceros de los terceros[50].

III. INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN EL PROCESO PENAL

La posibilidad de que un tercero intervenga en el proceso penal radica en que pueda ser considerado poseedor de un derecho puesto en crisis por el instituto de decomiso. En este sentido, se entiende por tercero de buena fe a toda persona que ha consolidado su derecho sobre un bien mediante un acto legítimo de adquisición, ignorando que en su título concurre un *vicio* que pueda invalidarlo. Esta delimitación excluye

---

«[...] a través de este precepto lo que se permite es acordar el comiso sobre los bienes de sujetos que son responsables de un delito de blanqueo de capitales, doloso o imprudente, sin necesidad de iniciar un proceso penal con el fin de declarar la responsabilidad criminal de los mismos, por la vía de considerarlos «terceros» a efectos del decomiso», idea en la que persiste VIDALES RODRÍGUEZ, aludiendo a que una vez incautados los bienes puede decaer el *interés* por la represión del eventual delito cometido. Y GASCÓN INCHAUSTI señala como «[...] los contornos imprecisos y difuminados de la figura del 'tercero que puede resultar afectado por el decomiso' ofrecen cabida a una estrategia de política criminal encaminada a lograr el máximo decomiso con el mínimo esfuerzo (procesal) posible: si se da prioridad al decomiso frente al castigo penal en sentido estricto —en especial cuando hay personas jurídicas involucradas—, tanto el Juez de Instrucción como la Fiscalía pueden considerar más hacedero enfrentarse a un sujeto atribuyéndole la condición de tercero que la de encausado o partícipe a título lucrativo». *Cfr.* GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. Las nuevas herramientas procesales para articular la política criminal de *decomiso total*: La intervención en el proceso penal de terceros afectados por el decomiso y el proceso para el decomiso autónomo de los bienes y productos del delito. *Revista General de Derecho Procesal*, n. 38, p. 14, 2016; VIDALES RODRÍGUEZ, Catalina. Consecuencias accesorias: Decomiso (arts. 127 a 127 octies). In: GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (dir.). *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 403, 2015; AGUADO CORREA, Teresa. Comiso: crónica de una reforma anunciada. Análisis de la propuesta de Directiva sobre embargo y decomiso de 2012 y del Proyecto de reforma del Código Penal de 2013. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. 1, p. 49 y 50, 2014.

[50] Toda vez que se ordena el decomiso de manera directa, e implícitamente, sin juzgarlo civilmente —por ser ilegal la causa del contrato— la nulidad de los acuerdos de transmisión del —ahora— penado con los terceros, y la transferencia de los bienes, no al anterior titular —el condenado penal—, sino directamente al Estado.

ab initio que pueda ser considerado con expectativas de defender ese derecho en un proceso penal a aquella persona que aparece como titular administrativo o registral de un bien[51].

La Ley de Enjuiciamiento Criminal[52], formalizando la práctica seguida por los órganos jurisdiccionales[53], que ha sido proclive a dar cobertura en las acciones confiscatorias estatales —máxime desde que posible legalmente imputar a personas jurídicas[54]—, despeja las dudas sobre si se pueden personar y cómo pueden intervenir en los procesos penales terceras personas para defender su propiedad[55], cuando sus derechos e intereses puedan resultar afectados por una resolución judicial de decomiso, aspecto que, como hemos dicho, no fue una novedad introducida por el legislador de 2015. Y no se hace en el Código Penal, que se *limita* a establecer cuándo, cómo, por qué y por quién se puede producir la pérdida de bienes, efectos y ganancias de terceras personas. Una elección del cuerpo normativo procesal básico correcta, mantenida en el tiempo,

---

[51] *Vid*. STS de 11 de abril de 2016 (n. 296).

[52] Capítulo I («De la intervención en el proceso penal de los terceros que puedan resultar afectados por el decomiso»), del Título III *ter* («De la intervención de terceros afectados por el decomiso y del procedimiento de decomiso autónomo») del Libro IV («De los procedimientos especiales») de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

[53] *Vid*. SSTS de 20 de enero de 1997 (n. 56); de 29 de julio de 2002 (n. 867). Más recientemente, en la STS de 2 de junio de 2015 (n. 338) se establece como «[...] en todo juicio penal debe agotarse los medios para conseguir que el acusado y el responsable civil o personas afectadas por cualquier pronunciamiento de esta índole —en este caso el comiso— sean llamados al proceso para que tengan opción de defenderse, alegando lo que estimen conveniente y aportando las pruebas de que intenten valerse. Por ello, deben agotarse previamente todas las modalidades de citación de unas garantías y debe existir constancia formal de haberse practicado éstas o en su caso haberse intentado y además debe hallarse fundada en criterios de razonabilidad, que lleven a la convicción o certeza de la inutilidad de aquellos otros medios de comunicación». Más ampliamente sobre pronunciamientos jurisdiccionales en esta materia, en particular para poner coto a las actuaciones de los testaferros, *vid*. CARRILLO DEL TESO, Ana Elena. *Decomiso y recuperación..., cit.*, p. 209 y ss.

[54] STS de 29 de julio de 2002 (n. 867). *Vid*. GONZÁLEZ CANO, María Isabel. *El decomiso..., cit.*, p . 119 y ss., 2016.

[55] STS de 25 de julio de 2017 (n. 602).

complemento necesario de la modificación penal[56], pero sobre la que se puede discutir el trámite parlamentario seguido, y el tiempo empleado, hasta regular esta materia en los artículos 803 *ter* a y siguientes LECR.

Ni en el Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2012, ni el de 2013, encontramos en las Disposiciones Finales alusión alguna a la intervención en el proceso penal de terceras personas afectadas por el decomiso. Sin embargo, en la Disposición Final Segunda Noveno del Proyecto de Ley de reforma del Código Penal de 2013 se creó, dentro del nuevo Título VIII del Libro IV, un «Capítulo I» con la rúbrica «De la intervención en el proceso penal de los terceros que puedan resultar afectados por el comiso», en el que quedaban integrados los nuevos artículos 846 *bis* a) a 846 *bis* d) CP, que eran objeto de articulación en las cuatro siguientes disposiciones finales.

Sin mayor explicación, en 2015, y estando muy avanzada la tramitación parlamentaria de este Proyecto de reforma del Código Penal, se presentó en el Congreso de los Diputados el Proyecto de Ley de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, cuyo Artículo Único Ocho hacía suya la propuesta de introducir un nuevo Título III *ter* a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con lo cual fue retirada esta materia de la reforma penal que se seguía en el Senado. Un cambio

---

[56] En el Preámbulo de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, *de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales* [*BOE* n. 239, de 6 de octubre de 2015], se reconoce como la reforma procesal en materia de decomiso «[...] ha de ponerse en contexto con las modificaciones del decomiso que por su parte introduce la reforma del Código Penal, y en concreto, como complemento de aquella, se ha previsto ahora la intervención en el procedimiento de los terceros que puedan verse afectados por el decomiso. Sus derechos se garantizan no solo en este procedimiento, sino con la articulación de un recurso de anulación, por remisión nuevamente a la Ley de Enjuiciamiento Civil, en caso de que la resolución se haya dictado sin considerar su condición de interesado en la causa». Más allá de esta inicial justificación *teórica*, la puesta en práctica de los nuevos preceptos —penales y procesales— reguladores del decomiso de terceros ha puesto de manifiesto, como enfatiza CONDE FUENTES, Jesús. La intervención en el proceso penal de terceros afectados por el decomiso. *Revista Penal*, n. 42, p. 65, 2018, contradicciones, solapamientos y errores técnicos que lastran notablemente su adecuada aplicación por los operadores jurídicos.

sobrevenido, inesperado y quizá improvisado[57], que ha sido criticado por dar lugar a un «exceso por retraso» que redunda negativamente en la seguridad jurídica y en el respeto a los derechos fundamentales de los terceros afectados por el decomiso[58] en los cinco meses de desfase por la entrada en vigor de la reforma procesal con relación a la reforma penal[59].

Analizaremos a continuación la normativa vinculada a la intervención de terceras personas en el proceso penal español, a través de algunos rasgos concretos:

a) Sujeto pasivo: Tanto en el rótulo del Título y del Capítulo, como en el comienzo del art. 803 ter a LECR, el legislador ha acogido la terminología europea para referirse al sujeto al cual se le abre el cauce de participación en un proceso penal, en la cual se utilizan dos términos concretos: *(i)* tercero, y por lo tanto no personado en las actuaciones orientadas a dirimir la responsabilidad penal por los hechos delictivos; y, además, *(ii)* restringida sólo a aquellos que puedan resultar afectados por el decomiso. Partiendo de ellos, en la cuestión trascendental de la identificación de los terceros *afectados* —directa o indirectamente— por el decomiso y que tienen que ser *llamadas* al procedimiento, en el que más adelante se discutirá y resolverá sobre una eventual mala fe en su

---

[57] De hecho, nada presagiaba que esta fuera a ser la estrategia legislativa a seguir por cuanto el Artículo único Diecinueve del Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas, de 5 de diciembre de 2014, nada hablaba de esta intervención de terceros afectados por el decomiso en el proceso penal principal, ya que el Título III *ter* propuesto tenía como único contenido la regulación del procedimiento de decomiso autónomo.

[58] AGUADO CORREA, Teresa. Artículo 127 quater. In: GÓMEZ TOMILLO, M.: *Comentarios prácticos al Código Penal. Parte General. Tomo I*. Pamplona: Aranzadi, p. 1032, 2015.

[59] Además, en la Disposición Transitoria Única Ley 41/2015 se establece que esta reforma legal «[...] se aplicará a los procedimientos penales incoados con posterioridad a su entrada en vigor». Con relación al régimen transitorio de esta reforma, entrada en vigor el 6 de diciembre de 2015, *vid*. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. Aspectos procesales..., *cit*., p. 518 y ss.; JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, Francisco. La nueva regulación del decomiso y la recuperación de activos delictivos en el ordenamiento jurídico español. *Revista del Ministerio Fiscal*, n. 0, p. 121 y ss., 2015.

relación con los bienes decomisados[60], el art. 803 *ter* a.1 LECR señala, en primer lugar, a aquellas personas —físicas o jurídicas, según nuestro criterio— distintas del investigado o encausado a quien pertenezca el bien cuyo decomiso se solicita[61]. La relación con el bien se limita al derecho de propiedad, en este primer caso, pues las personas que vean afectado el derecho de uso y disfrute de los bienes por el decomiso encuentran cobertura jurídica en el siguiente apartado del artículo. El decomiso del bien o de los bienes no puede disponerse de oficio, sino que tiene que ser solicitado por el Ministerio Fiscal o por otra parte acusadora personada en autos.

b) Derechos del sujeto pasivo: La Ley de Enjuiciamiento Criminal brinda a estar personas el mismo tipo de protección. En general, el derecho constitucional de tutela judicial efectiva, con derecho a la defensa y a un proceso justo. En particular, el resguardo de los principios de audiencia y contradicción, y a contar desde el inicio con un letrado de su confianza —de oficio o de libre designación— para que desarrolle la defensa en los términos que estime pertinentes.

c) Oportunidad de intervención en el proceso: El art. 803 *ter* a LECR, rotulado «Resolución judicial de llamada al proceso», nada dice sobre la oportunidad en que debe ser acordada la intervención judicial, siendo que este momento es *esencial* para el correcto y pleno ejercicio del derecho de defensa. Esencial, cuanto menos, para que antes de la sentencia de decomiso el órgano judicial tome en cuenta eventuales alegaciones del tercero. Entre otros aspectos: *(i)* el de alegar su condición de adquirente de buena fe, conforme a los parámetros del art. 127 *quater* CP; *(ii)* el de obtener una indemnización por los daños y perjuicios provocados sobre su patrimonio, en caso de operarse el decomiso; y *(iii)* el de demostrar

---

[60] *Vid.* BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. La perspectiva procesal del decomiso. In: CASTILLEJO MANZANARES, Raquel (dir.). *El nuevo proceso penal sin Código Procesal Penal*. Barcelona: Atelier, p. 710-711, 2019, con quien compartimos el criterio de maximizar la llamada al proceso de los terceros para que en el ejercicio a su derecho a la tutela judicial efectiva puedan ser oídos y se puedan defender, inclusive proponiendo prueba para rebatir las presunciones que en la norma penal se contienen.

[61] En este sentido *cfr.* GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. Las nuevas herramientas..., *cit.*, p. 17.

su ajenidad respecto de las conductas fraudulentas u obstruccionistas del imputado, a raíz de la transferencia de los bienes.

Cabe tener presente que durante todo el trámite del procedimiento penal se pueden dictar resoluciones judiciales que afecten directamente los derechos de terceros. Pensemos en medidas cautelares —*v. gr.*, el embargo—, en el decomiso provisional, en el uso provisional de los bienes o en la destrucción de los mismos. Antes de pronunciar cualquiera de ellas, el tercero tiene que ser oído por el órgano judicial actuante, siendo nula de pleno Derecho toda resolución que se dicte sin dar a esa tercera persona la posibilidad real y efectiva de defenderse. En cualquiera de las situaciones, no hay que desconocer que para que sea legal el decomiso de bienes de terceros éste tiene que haber sido oído, cuando menos en el juicio oral, antes de ser tomada una decisión de este calado para sus intereses jurídicos. De no hacerlo, se le reconoce el derecho a pedir la rescisión de la sentencia por afectar la misma a sus bienes, derechos o situación jurídica (art. 803 *ter* d.1.I LECR), puesto que se habrá acordado el decomiso sin darle la oportunidad de oponerse al mismo, por desconocer su existencia (art. 803 *ter* d.2 LECR)[62].

d) Forma de acordar el derecho a la intervención: Sabemos que la llamada al proceso, como cualquier otra actuación procesal, es de la exclusiva responsabilidad del juzgado o tribunal que, en ese momento concreto, esté conociendo del asunto. Por tanto, habrá que aplicar las normas generales de competencia objetiva y funcional, pudiendo ser tomada, como hemos señalado, tanto en la fase de investigación como en la vista pública. Es una decisión judicial particularizada en cada caso, en función de las circunstancias concurrentes relativas a los bienes, a los sujetos y a sus relaciones jurídicas y fácticas previas. Ahora bien, para llegar a ese punto, el órgano jurisdiccional podrá estar actuando de oficio, pero también el art. 803 *ter* a.1 LECR permite que sean las partes

[62] Como bien señala GASCÓN INCHAUSTI, esta previsión sirve de cláusula de cierre general, al dar cabida tanto a los casos en que se produjo la llamada al proceso, pero no fue eficaz por motivos diversos a los previstos en el art. 501 LEC, como a aquellos otros en los que la llamada no tuvo lugar, tanto si la cuestión se planteó, pero no se decidió —erróneamente— que no era procedente, como si ni siquiera llegó a plantearse la existencia del tercero afectado por el decomiso. *Cfr.* GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. Las nuevas herramientas..., *cit.*, p. 26.

personadas quienes le insten la toma de esa decisión. Y tanto las activas como las pasivas, referidas a la responsabilidad penal como a la civil, ya que todas ellas estarán interesadas no tanto en preservar los derechos de los terceros como en que con posterioridad no se anulen las resoluciones tomadas sin audiencia previa, con lo cual se habrán generado gastos, dilaciones y riesgos para la ejecución adecuada del decomiso. Va de suyo que el propio tercero, siendo el más interesado, puede acudir al proceso, una vez tomado conocimiento de su existencia.

e) Requisitos de admisibilidad: Cuando el juez o tribunal actúe de oficio, en función de la primera opción del art. 803 *ter* a.1 LECR, será porque estima adecuada la llamada del tercero al proceso penal, lo cual presupone un análisis y control positivo de las circunstancias concretas que hacen a su admisibilidad.

El Ministerio Fiscal —a resultas de la investigación patrimonial llevada a cabo, junto a la Policía y demás unidades técnicas que colaboren con el mismo—, las acusaciones —con sus indagaciones propias—, la víctima —cuando no sea parte, y a la cual se le requiere su colaboración—, el encausado —de quien se presume su previa actuación fraudulenta— o el mismo tercero —el mejor posicionado—, pueden instar al tribunal, tal y como hemos dicho, a la citación del tercero al proceso. De este modo, y cualquiera sea la vía, corresponde al juzgado o tribunal el control de los requisitos de admisibilidad: *(i)* los elementos subjetivos, relacionados con la persona, esto es, la condición de tercero, en cualquiera de las dos categorías del art. 803 *ter* a.1 LECR, en función de su titularidad del bien u ostentación de un derecho distinto sobre el mismo; y *(ii)* los elementos objetivos, relacionados con los bienes, efectos y ganancias, que tienen que ser producto del delito y que tienen que haber pertenecido al encausado. Cuando este doble juicio valorativo haga acreedor al tercero de su llamada al proceso, efectuado sobre apreciaciones, sospechas e indicios no totalmente concluyentes, se tendrá que llevar a efecto su citación. Y no hacerlo, no es garantía de que no lo vaya a hacer con posterioridad, o que lo acuerde otro órgano jurisdiccional —el de enjuiciamiento, si se estaba en la fase de investigación—, o que al final se le sancione con el decomiso de sus bienes.

f) Revocabilidad: La llamada del tercero al proceso es revocable, si a la luz del desarrollo de las diligencias los condicionantes objetivos o

subjetivos que la han motivado desaparecen. Lo mismo en la situación inversa: si el juzgado o tribunal no apreció —de oficio— la necesidad de llamar a las actuaciones al tercero, o si, incluso, denegó la petición que le hubiera podido efectuar en este sentido alguno de los sujetos legitimados, nada impide que por cualquiera de las dos vías —de oficio, o a instancia de parte— avanzada la tramitación procesal del litigio, pueda acordar la citación del tercero a las mismas.

g) Facultad de negarse a declarar: De conformidad con el art. 803 *ter* a.5 LECR, en caso de que se acuerde la participación del afectado por el decomiso en el proceso penal, antes de tomársele declaración se le informará de las situaciones previstas en el art. 416 LECR y que exime a los incursos en ellas de la obligación de declarar. Y es que el tercero puede ser eventualmente responsabilizado no sólo con la pérdida de su patrimonio, sino con una sanción penal, en caso de haber participado en la actividad fraudulenta u obstruccionista del autor del delito. El tercero no es parte en sentido estricto, desde el inicio de las actuaciones, como sí lo son el encausado o el investigado, pero a partir de su llamada y entrada en el proceso, y más allá de la denominación que se le dé[63], se le deben reconocer y respetar los derechos procesales que las partes pasivas del proceso penal tienen, tanto las defensivas —*v. gr.*, pudiendo guardar silencio, no estando obligado a declarar contra sí mismo[64]—, las alegatorias —*v. gr.*, la última palabra a la finalización de las sesiones del

---

[63] Como señala RAMOS MÉNDEZ, una vez que los terceros son *llamados* por el órgano jurisdiccional competente para tramitar el procedimiento y se les da *intervención*, «[...] su postura de tercería se resuelve en la condición de parte. A partir de dicho momento, la situación transitoria se ha transformado en la postura típica de parte». *Cfr.* RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *El sistema procesal español* (9.ª ed.). Barcelona: Atelier, 2013, p. 95.

[64] Recordar como el art. 7 DIR 2016/343/UE fija para los Estados miembros la obligación de garantizar que los sospechosos o acusados tengan derecho a guardar silencio en relación con la infracción penal de que sean sospechosos o se les acuse. De igual forma, estas mismas personas tendrán derecho a no declarar contra sí mismos, lo que no tiene que impedir a las autoridades competentes recabar las pruebas que puedan obtenerse legalmente mediante el ejercicio legítimo de poderes coercitivos y que tengan una existencia independiente de la voluntad de los sospechosos o acusados. En definitiva, un derecho de acusados y sospechosos que cuando hagan uso de los mismos no podrá ser utilizado en su contra ni se considerará prueba de haber cometido la infracción penal de que se trate.

juicio oral—, así como las probatorias —restringidas a todo lo que afecte al eventual decomiso de sus bienes—; inclusive, *premiando* su actitud colaboradora en la depuración de las responsabilidades[65]. Con ello, se reforzaría su estatuto jurídico marcado genéricamente con los derechos a la tutela judicial efectiva, al juicio justo y a la defensa técnica por un abogado en todas las actuaciones.

h) Aplicación estricta de las regulaciones atinentes al proceso penal: Los preceptos no aluden a ningún recaudo específico respecto de la comunicación de la llamada al proceso del tercero, como por ejemplo sí se hace en el desarrollo del procedimiento autónomo de decomiso, en el que son de aplicación las normas del enjuiciamiento civil. Una razón más para afianzar el entendimiento del carácter penal de esta entrada en el proceso de los terceros afectados. Siendo así las cosas, la regulación de las notificaciones, citaciones y emplazamientos de los arts. 166 y ss. LECR serán, en este trámite, de aplicación. A este reenvío a la normativa general sobre actos de comunicación en el proceso penal se refiere el art. 803 *ter* b.3.I LECR, en el que únicamente se hace alusión a que en la citación habrá que apercibir expresamente al afectado por el decomiso de que el juicio podrá ser celebrado en su ausencia, y que en el mismo podrá resolverse, en todo caso, sobre el decomiso solicitado.

i) Intervención facultativa: La intervención del tercero en el proceso penal está categorizada como un derecho procesal, del que puede o no hacer uso, o, incluso del que, habiéndolo ejercido, puede renunciar. Por ello, cuando el afectado puede comunicarle al órgano jurisdiccional su no oposición al decomiso, lo que va a determinar, bien que no se acuerde su intervención en el procedimiento, bien, cuando ya hubiera sido acordada, el cese de la misma (art. 803 *ter* a.4 LECR). No tendrían que plantearse dudas con relación al valor jurídico que hay que dar a esta actitud del

---

[65] El art. 7.4 DIR 2016/343/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, *por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad* [*DOUE* n. L 65, de 11 de marzo de 2016], autoriza a los Estados miembros para que sus órganos jurisdiccionales puedan, al dictar sentencia, tomar en consideración un comportamiento *cooperador* por parte de los sospechosos o acusados.

tercero en ejercicio de su estrategia defensiva: solamente renuncia a defenderse directamente, a presencia judicial, de la conducta de mala fe con relación a bienes del investigado o encausado que le formula el Ministerio Fiscal o alguna de las acusaciones, pero nada más. Por tanto, es una renuncia a participar en un acto procesal referido al posible decomiso de bienes suyos, al cual no se opone, pero no puede significar que está aceptando la procedencia del mismo y su imposición sin más trámites y consideraciones en la sentencia, que tenemos que volver a recordar una vez más que tiene como presupuesto una previa conducta suya de mala fe que le puede suponer incluso tener que responder penalmente por ella. El Fiscal y las acusaciones tienen que pedir y probar la adecuación a las normas del decomiso de bienes de la tercera persona, y el órgano judicial reputarlo suficiente.

j) Facultad de no convocar: La Ley de Enjuiciamiento Criminal autoriza al órgano judicial a no convocar al procedimiento a los terceros afectados cuando se dé alguna de las siguientes situaciones desagregadas del contenido del art. 803 *ter* a.2 LECR:

1.ª) Si no se ha podido identificar al posible titular de los derechos sobre el bien cuyo decomiso se solicita[66]; o si no se ha podido localizar al posible titular de los derechos sobre el bien cuyo decomiso se solicita[67]. En cualquiera de estas dos situaciones, desde el momento en el que haya constancia de la existencia de una tercera persona con derechos sobre los bienes decomisables, o conocida, siendo posible su localización y comunicación para incorporarse a las actuaciones judiciales para defenderse, habrá que proceder diligentemente de la manera ordinaria

[66] Esta circunstancia es coherente con la catalogación de tercero contenida en el apartado anterior del mismo art. 803 *ter* a.1 LECR: *(i)* que los bienes a decomisar estén identificados, pero que el órgano judicial —y las acusaciones— piensen que son de la propiedad del encausado en el proceso penal principal, y que por tanto no hay tercera persona alguna a la que citar como propietarios de los mismos; o *(ii)* que los bienes a decomisar estén identificados y acreditada su propiedad por el encausado en el proceso penal principal, y que el órgano judicial —y las acusaciones— piensen que sobre los mismos no hay ninguna tercera persona que tenga derechos distintos a la propiedad.

[67] A diferencia del anterior caso, en este sí se sabe que hay una persona con derechos sobre los bienes a decomisar, pero han fracasado los actos de comunicación tenidos con él.

vista, puesto que la *amenaza* que se cierne sobre las actuaciones que se practiquen es la misma: si se acuerda el decomiso de los bienes de esa persona, bien conociendo de su existencia y sin que se tomen medidas al respecto, o bien estando localizada pero sin comunicarse con ella, cuando tome conocimiento de la resolución en la que se acuerde el decomiso de bienes suyos podrá pedir la rescisión de la misma (art. 803 *ter* d LECR).

2.ª) Si existen hechos de los que pueda derivarse que la información en que se funda la pretensión de intervención en el procedimiento no es cierta. Esta previsión trata de impedir comparecencias fraudulentas y dilatorias con las actuaciones procesales, y está pensada esencialmente para cuando el juzgado o tribunal tiene que analizar la petición que le haya cursado, ora el investigado o encausado, ora el propio tercero, de quien defendemos que está legitimado. Al no darse los presupuestos analizados, el control de legalidad resultante es negativo y por tanto procede no incorporar a esa tercera persona al proceso penal en curso.

3.ª) Si existen hechos de los que pueda derivarse información de que los supuestos titulares de los bienes a decomisar son personas interpuestas, vinculadas al investigado o encausado. Esta exclusión, construida sobre las expresiones «supuestos titulares» y «personas interpuestas vinculadas» —*testaferros*—, no se entiende por qué ha sido acogida por el legislador, al menos tal y como ha sido prevista en el articulado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal[68].

---

[68] Porque *(i)* si está acreditado que son propietarios de los bienes, o titulares de otros derechos, no son «supuestos titulares» y tienen que ser llamados para defenderse del decomiso que se pueda acordar contra sus bienes, justificado si el traspaso de la propiedad —o de los derechos sobre los bienes— se ha hecho de mala fe; *(ii)* si está acreditado que no son *verdaderos* titulares de derechos sobre los bienes, es correcto no llamarlos al proceso penal principal —no se daría el presupuesto habilitante—, pero entonces en este caso habría que analizar si hay que proceder penalmente contra ellos por su conducta obstruccionista; y *(iii)* si se duda si son o no titulares de derechos sobre los bienes, aunque a priori no tendría sentido ampliar el objeto del proceso penal principal para cuestionar la legitimidad de la relación de esa persona con el investigado o encausado y con sus bienes, si con posterioridad no se quieren sufrir —eventualmente—las consecuencias materiales y procesales de una rescisión de la sentencia que se dicte acordando el decomiso de sus bienes, sin haber hecho efectivos los derechos de audiencia y contradicción, la prudencia llevaría a llamarlo al proceso, y, como en el caso anterior, si lo procedente es actuar penalmente contra él.

4.ª) Si existen hechos de los que pueda derivarse información de que los supuestos titulares de los bienes cuyo decomiso se solicita son personas interpuestas vinculadas al investigado —o encausado—. Como en el caso anterior, y casi con más razón, a nuestro juicio carece de sentido la exclusión. La decisión a tomar es binaria: o son titulares de derechos y tienen que ser citados, o no lo son y puede obviarse su llamamiento. No hay situaciones intermedias. Aparte de ello, parece que las exigencias derivadas de la legalidad penal mal se compadecen con expresiones en las que se presume carácter delictivo a situaciones tan ambiguas como ser persona interpuesta y vinculada al investigado o encausado.

k) Remedios procesales: La resolución por la que el juzgado o tribunal declare improcedente la intervención del tercero en el procedimiento podrá ser pasible de recurso de apelación (art. 803 *ter* a.3 LECR). Muy restringido está el derecho al recurso en este trámite de intervención en el proceso penal de los terceros que puedan resultar afectados por el decomiso. A nuestro juicio, el poder formular un medio de impugnación como la apelación tiene que ser un derecho reconocible ante cualquier resolución sobre esta materia, sin tomar en cuenta su contenido —favorable o desfavorable a la intervención— ni de quién ha procedido la iniciativa de plantear la misma en el desarrollo del proceso penal principal. *Todos* deberían estar interesados en ello: *(i)* el tercero, porque de acordarse su intervención, además de poder perder sus bienes en favor del Estado puede tener que responder penalmente por su conducta con relación a esos bienes y al investigado o encausado; *(ii)* el investigado —o encausado—, porque en caso de que se acredite que tuvo bienes de procedencia ilícita en caso de que los mismos no se encuentren y/o no se recuperen, por mor de un decomiso directo, puede ver como con relación a su patrimonio se pueden acordar otras modalidades de decomiso; *(iii)* el Ministerio Fiscal, las acusaciones y la víctima, eventuales beneficiarias de la realización de los bienes decomisados; y *(iv)* el mismo Estado, para integrar los bienes decomisados en las arcas públicas y poder cubrir las finalidades que con ellos tiene prevista la normativa vigente.

l) Asistencia letrada: El tercero, para intervenir en el proceso penal —y en la eventual fase impugnativa—, tiene que estar asistido por un abogado, preceptivamente (art. 803 *ter* b.2 LECR). Este letrado puede ser elegido por él, y en el caso de que no haga su designación una vez que

reciba la comunicación judicial convocándole a las actuaciones procesales el juzgado o tribunal competente tendrá que proceder a su designación de oficio. Esta intervención del tercero puede hacerla de manera personal o por medio de su representante legal, puesto que el art. 803 *ter* b.3.II LECR no condiciona la validez de los actos procesales a que el tercero afectado esté presente físicamente en las actuaciones.

m) Amplitud defensiva: La intervención del tercero llamado al proceso se va a producir con plenitud de facultades defensivas, alegatorias e impugnatorias, pero con una importante doble restricción en su ámbito de actuación (art. 803 *ter* b.1 LECR): *(i)* tendrá que limitarse a los aspectos que afecten directamente a sus bienes, derechos o situación jurídica; y *(ii)* no podrá extenderse a las cuestiones relacionadas con la responsabilidad penal del encausado. La persona afectada por el decomiso hasta el momento en el que se ha apreciado la necesidad de su intervención en el proceso penal era un *tercero*. De hecho, como hemos indicado, nunca ese tercero pudo ser parte en el proceso penal principal. Ahora bien, desde el momento en el que se produce su entrada en el proceso, y hasta que la sentencia alcance su firmeza, este tercero debería ser considerado *parte*, pasiva, como el encausado y el responsable civil, y por eso se le pide que actúe asistido por un letrado. De no ser así, no se entiende cómo se va a articular su participación en unas actuaciones que pueden tener consecuencias sancionadoras para él, ni cómo sin esa condición va a estar legitimado, por ejemplo, para formular medios de impugnación frente a la resolución que resuelva en la instancia el proceso penal principal.

Además de esta primera consideración nuclear, que condiciona todo el régimen jurídico del tercero afectado, tenemos que comentar: *(i)* la prohibición tiene que alcanzar, consideramos, también a los aspectos relacionados con la responsabilidad civil del encausado, con la que claramente existen más vínculos patrimoniales al menos en orden a la investigación, identificación de bienes, su aseguramiento cautelar, etc.; *(ii)* es lógica la limitación, en términos generales, porque es justamente el ámbito en el que se encuadra su declaración en las actuaciones lo que ha justificado su llamada a intervenir en el proceso penal; *(iii)* es muy difícil deslindar, en particular, cada acto del tercero con relación a esos elementos, por lo que el órgano judicial debería ser *generoso* y, a la vez, *vigilante* con las extralimitaciones de la tercera persona, en la admisión de

los mismos, no solo para no cercenar el contenido material de los derechos de audiencia, contradicción y defensa, sino porque además cuestiones y hechos que le pueden valer para eximir a sus bienes del decomiso y a él de responsabilidad penal a buen seguro que serán concomitantes con los que permitirán o negarán la responsabilidad penal —y civil— del encausado o investigado; *(iv)* el legislador parece pensar sólo en que acuda al juicio oral —o ante el juez instructor— para declarar —como testigo—, pero para que su derecho de defensa sea verdaderamente efectivo tiene que tener la oportunidad no sólo de alegar e impugnar las resoluciones que se dicten, sino también de probar sus afirmaciones, para lo cual, primero, tiene que habérsele dado conocimiento de todas las actuaciones practicadas con relación a sus bienes y su relación —fraudulenta, encubridora, obstruccionista...— con el investigado o encausado, y, segundo, si lo pide, un tiempo prudencial para que su defensa se prepare en orden a la proposición y práctica de medios de prueba, lo que no será tan necesario si la intervención se produce antes de las sesiones del juicio oral cuando, por ejemplo, se adopten medidas cautelares sobre los bienes; y *(v)* es erróneo construir toda esta estructura de participación del tercero presumiendo como única posibilidad que, inclusive en el proceso penal, el investigado o encausado y el tercero estén confabulados para que con las actuaciones de ambos se puedan eludir las responsabilidades imputadas a cada uno de ellos. No serán infrecuentes los casos en que ambos estén distanciados en sus posicionamientos jurídicos y en sus estrategias defensivas, e incluso, enfrentados: el tercero y el investigado o encausado pueden querer presentar elementos incriminatorios frente al otro para recibir un tratamiento *premiado* por parte de la acusación pública.

Estas mismas limitaciones tiene extensión a la fase de impugnación para cuando el afectado por el decomiso interponga frente a la sentencia en la que lo acuerde uno de los recursos previstos legalmente. En ese momento, también tiene que circunscribir su recurso a los pronunciamientos que afecten directamente a sus bienes, derechos o situación jurídica, y no podrá extenderlo a las cuestiones relacionadas con la responsabilidad penal del encausado (art. 803 *ter* c *in fine* LECR).

n) Consecuencias de la falta de comparecencia: Citado en tiempo y forma el tercero afectado por el decomiso, su incomparecencia en el tiempo marcado en la comunicación judicial determinará que se le declare en

rebeldía. Esta situación jurídica, según prevé el art. 803 *ter* d LECR, se va a regir por las normas establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil para con el demandado rebelde, incluidas las previstas para las notificaciones, los recursos frente a la sentencia y la rescisión de la sentencia firme a instancia del rebelde. Cuando el tercero afectado por el decomiso sea citado a las sesiones del juicio oral, haya intervenido o no previamente en las actuaciones judiciales, se le va a tener que informar expresamente de dos cuestiones (art. 803 *ter* b.4.I LECR): *(i)* que el juicio podrá ser celebrado en su ausencia y, además, *(ii)* que en el mismo podrá resolverse, en todo caso, sobre el decomiso solicitado. A consecuencia de lo que acabamos de señalar, el art. 803 *ter* b.4 LECR establece que la incomparecencia del afectado por el decomiso no impedirá la continuación del juicio. Aunque no se dice, una ausencia *voluntaria* y *querida*[69] —*v. gr.*, casos de fuerza mayor[70]—, puesto que en caso de que no lo fuera si el juicio se celebrara y se acordara en la sentencia de condena el decomiso de bienes suyos, esta resolución podría ser rescindida (art. 803 *ter* d.1.I LECR)[71].

---

[69] El art. 8 DIR 2016/343/UE reconoce el «derecho a estar presente en el juicio», el cual tiene que ser garantizado por todos los Estados miembros. No obstante, se permite que los países, aun en ausencia del acusado o sospechoso, puedan celebrar juicios que puedan dar lugar a una resolución de condena o absolución del sospechoso o acusado, siempre y cuando se cumplan una de estas dos condiciones para que la resolución pueda ser ejecutada: *a)* que el sospechoso o acusado haya sido oportunamente informado del juicio y de las consecuencias de la incomparecencia; o *b)* que el sospechoso o acusado, tras haber sido informado del juicio, esté formalmente defendido por un letrado designado o bien por el sospechoso o acusado o bien por el Estado.

[70] En el proceso civil, a cuyas normas se remite en esta materia el art. 803 *ter* d LECR, la rescisión de sentencias firmes a instancia del demandado que haya permanecido constantemente en rebeldía puede tener lugar en los tres casos establecidos en el art. 501 LEC: *a)* fuerza mayor ininterrumpida, que impidió al rebelde comparecer en todo momento, aunque haya tenido conocimiento del pleito por haber sido citado o emplazado en forma; *b)* desconocimiento de la demanda y del pleito, cuando la citación o emplazamiento se hubieren practicado por cédula, conforme al art. 161 LEC, pero ésta no hubiese llegado a poder del demandado rebelde por causa que no le sea imputable; y *c)* desconocimiento de la demanda y del pleito, cuando el demandado rebelde haya sido citado o emplazado por edictos y haya estado ausente del lugar en que se haya seguido el proceso y de cualquier otro lugar del Estado o de la Comunidad Autónoma, en cuyos Boletines Oficiales se hubiesen publicado aquéllos.

[71] El art. 9 DIR 2016/343/UE obliga a los Estados miembros a que velen por que, cuando los sospechosos o acusados no estén presentes en el juicio y no

El afectado por el decomiso podrá actuar en el juicio por medio de su representación legal, sin que sea necesaria su presencia física en el mismo (art. 803 *ter* b.4.II LECR).

La sentencia en la que se acuerde el decomiso será notificada a la persona afectada por el mismo, aunque no hubiera comparecido en el proceso (art. 803 *ter* c LECR), bien porque manifestó al juez o tribunal que no se oponía al decomiso, bien porque esta persona se encontraba en una de las dos situaciones previstas en el art. 803 *ter* a.2 LECR ya analizadas.

o) Rescisión de la sentencia: La sentencia aludida puede ser objeto de rescisión a instancia del tercero afectado, con la limitación en el planteamiento y en las facultades del conocimiento del órgano jurisdiccional ya reseñada: el juicio rescindente estará circunscrito únicamente a los pronunciamientos que afecten directamente al tercero en sus bienes, derechos o situación jurídica (art. 803 *ter* d.1.I LECR). Estamos ante una *rescisión penal* de una *condena penal*, aunque se tramite por muchas de las disposiciones de los arts. 501 y siguientes LEC, solicitada por un sujeto que con relación al inicio y desarrollo del proceso principal fue un *tercero*, pero que desde que fue llamado a las actuaciones se le legitima para defender en condiciones de igualdad que al penado la defensa de sus intereses jurídicos.

En la sustanciación del procedimiento, tras la sentencia estimatoria, no se van a seguir los trámites establecidos en los artículos 507 y 508 LEC, ya que los mismos son excepcionados por el art. 803 *ter* d.1.I LECR, en el que se señalan las siguientes reglas particulares: *(i)* al juzgado o tribunal que hubiera dictado la sentencia en primera instancia, en el caso de que fuera distinto al que hubiera dictado la sentencia rescindente, se le va a remitir certificación de la sentencia; *(ii)* al tercero se le dará un plazo de diez días para presentar un escrito de contestación a la demanda de

se cumplan las dos condiciones ya referenciadas en la nota anterior, estos tengan derecho a un nuevo juicio, u otras vías de recurso, que permita una nueva apreciación del fondo del asunto, incluido el examen de nuevas pruebas, y pueda desembocar en la revocación de la resolución original. En este sentido, los Estados miembros garantizarán que dichos sospechosos o acusados tengan derecho a estar presentes, a participar efectivamente, de conformidad con los procedimientos previstos en el Derecho nacional, y a ejercer su derecho de defensa.

decomiso, con proposición de prueba, manteniéndose la limitación: los medios de prueba tendrán que tener relación con los hechos relevantes para el pronunciamiento que le afecte; *(iii)* si el escrito ha sido presentado en plazo por el tercero afectado, el órgano jurisdiccional resolverá sobre la admisibilidad de prueba mediante un auto y, con arreglo a las normas generales, se señalará fecha para la vista, cuyo objeto se ceñirá al enjuiciamiento de la acción civil planteada contra el tercero o de la afección de sus bienes, derechos o situación jurídica por la acción penal; *(iv)* frente a la sentencia se podrán interponer los recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal; y *(v)* si no se presenta escrito de contestación a la demanda en plazo, o el tercero no comparece en la vista debidamente representado, se dictará, sin más trámite, sentencia coincidente con la rescindida en los pronunciamientos afectados.

IV. CONCLUSIONES

Históricamente el proceso penal se centró en establecer la responsabilidad de las personas —físicas— que tomaron parte en la comisión del delito. Poca o ninguna atención se prestó, en esos momentos, a realizar investigaciones patrimoniales tendentes a obtener el decomiso del producto del delito.

Con el tiempo se adquirió cabal conciencia de que el Derecho Penal no puede alcanzar sus altas finalidades sólo con operar sobre el encarcelamiento de personas, en particular en aquellas actividades delictivas que generan altos y regulares rendimientos económicos. En estos casos, una forma eficiente de acabar con la espiral delictiva es actuar sobre esos rendimientos.

Como hemos tenido oportunidad de exponer, el legislador —español en este caso— ingresó entonces en una espiral normativa. En efecto, cada avance se tornaba, al poco tiempo, en ineficaz, frustrándose las esperanzas de operar el decomiso con menores requisitos de aquello que se avizoraba como esquivo: la acreditación de la responsabilidad penal. Esa desazón daba pie así a un nuevo ciclo de avance legislativo, para lograr mayor eficacia. Ese ciclo exhibió una secuencia por demás clara: bienes originarios, bienes subrogantes, bienes equivalentes, hasta llegar a los bienes de terceros.

La vorágine legislativa tiene una razón evidente: la dificultad probatoria. En efecto, en los delitos *complejos*[72] no es fácil reunir prueba suficiente sobre el vínculo doloso que puede existir entre el tercero y el autor del delito[73], o sobre la mala fe conque adquirió su derecho. Pero, además, existe una razón adicional, para nada despreciable: la puesta en crisis del derecho de propiedad, cuando hace a la indagación sobre la licitud o no de su origen, es un aspecto particularmente sensible para la estructura del orden constitucional y democrático. Cuando la buena fe es norma, las políticas que promueven el decomiso deben ser particularmente cuidadosas, so pena de que las loables metas que ellas persiguen queden reducidas a letra muerta.

V. BIBLIOGRAFÍA

AGUADO CORREA, Teresa. Comiso: crónica de una reforma anunciada. Análisis de la propuesta de Directiva sobre embargo y decomiso de 2012 y del Proyecto de reforma del Código Penal de 2013. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. 1, p. 1-56, 2014.

AGUADO CORREA, Teresa: Artículo 127 quater. In: GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Comentarios prácticos al Código Penal. Parte General. Tomo I*. Pamplona: Aranzadi, p. 1031-1038, 2015.

ALLDRIDGE, Peter. *Money Laundering Law. Forfeiture, Confiscation, Civil Recovery, Criminal Laundering and Taxation of the Proceeds of Crime*. London: Hart Publishing, 2003. https://doi.org/10.5040/9781472559340

ANTUNES, Maria João. Recuperación de activos. Garantías procesales del decomiso de bienes en el Derecho portugués. In: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel; RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás (edits.). *Decomiso y recuperación de activos*. Crime doesn't pay. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020 —en prensa—.

BOUCHT, Johan. *The Limits of Asset Confiscation. On the Legitimacy of Extended Appropriation of Criminal Proceeds*. London: Hart Publishing, 2017. https://doi.org/10.5040/9781509907106

---

[72] Sobre ellos *vid.* ORSI, Omar Gabriel. Aportes metodológicos a la investigación y prueba de casos complejos. RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás; RODRÍGUEZ LÓPEZ, Fernando (coords). *Corrupción y desarrollo*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 385 y ss., 2017.

[73] *Cfr.* SÁNCHEZ SISCART, José Manuel. Intervención de terceros..., *cit*., p. 8.

BRUN, Jean-Pierre; GRAY, Larissa; SCOTT, Clive; STEPHENSON, Kevin M. *Asset Recovery Handbook: A Guide for Practitioners*. Washington: The International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank, p. 103 y ss., 2011. https://doi.org/10.1596/978-0-8213-8634-7

BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. La perspectiva procesal del decomiso. In: CASTILLEJO MANZANARES, Raquel (dir.). *El nuevo proceso penal sin Código Procesal Penal*. Barcelona: Atelier, p. 677-718, 2019.

CAMPOS NAVAS, Daniel. Otras modalidades de decomiso: el decomiso ampliado, el decomiso de bienes de tercero y el decomiso sin sentencia condenatoria. In: VV.AA. *El decomiso: aspectos sustantivos y procesales*. Madrid: Centro de Estudios Jurídicos, p. 1-21, 2019.

CARPIO DELGADO, Juana del. Decomiso de bienes transferidos a terceros tras la reforma de 2015 del código penal. *Cuadernos de Política Criminal*, n. 122, p. 89-132, 2017.

CARRILLO DEL TESO, Ana Elena. Consideraciones sobre la actividad probatoria en torno a la delincuencia económica. *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, n. 2, p. 485-548, 2019.

CARRILLO DEL TESO, Ana. Elena. *Decomiso y recuperación de activos en el sistema penal español*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

CARRILLO DEL TESO, Ana Elena. El nuevo régimen de recuperación de activos en Alemania o la sublimación del principio *crime doesn't pay*. In: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel; RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás (edits.). *Decomiso y recuperación de activos*. Crime doesn't pay. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020 —en prensa—.

CASTELLVÍ MONSERRAT, Carlos. Decomisar sin castigar. Utilidad y legitimidad del decomiso de ganancias. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. 1, p. 4-66, 2019.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia*. Madrid: Dykinson, 2011.

CONDE FUENTES, Jesús (2018). La intervención en el proceso penal de terceros afectados por el decomiso. *Revista Penal*, n. 42, p. 56-66, 2018.

DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto. El partícipe a título lucrativo tras las reformas del decomiso. *Diario La Ley*, n. 8667, p. 4-7, 2015.

DURÁN SILVA, Carmen. Las presunciones legales iuris tantum en la figura del decomiso. *Revista General de Derecho Procesal*, n. 48, p. 1-28, 2019.

FARTO PIAY, Tomás. Los terceros afectados por el decomiso ante el proceso penal. In: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo

Ángel; RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás (edits.). *Decomiso y recuperación de activos*. Crime doesn't pay. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020 —en prensa—.

FERNANDEZ-BERTIER, Michaël. The History of Confiscation Laws: From the Book of Exodus to the War on White-Collar Crime. In: LIGETI, Katalin; SIMONATO, Michele (eds.). *Chasing Criminal Money. Challenges and Perspectives on Asset Recovery in the EU*. London: Hart Publishing, p. 53-76, 2017. https://doi.org/10.5040/9781509912087.ch-002

GARCÍA CAVERO, Percy. El decomiso de bienes relacionados con el delito en la legislación penal peruana. *Derecho PUCP*, n. 81, p. 113-136, 2018. https://doi.org/10.18800/derechopucp.201802.004

GARRIDO CARRILLO, Francisco Javier (2019). *El decomiso: innovaciones, deficiencias y limitaciones en su regulación sustantiva y procesal*. Madrid: Dykinson. https://doi.org/10.2307/j.ctvk3gnhs

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. Las nuevas herramientas procesales para articular la política criminal de *decomiso total*: La intervención en el proceso penal de terceros afectados por el decomiso y el proceso para el decomiso autónomo de los bienes y productos del delito. *Revista General de Derecho Procesal*, n. 38, p. 1-71, 2016.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel. La responsabilidad civil de las personas jurídicas: especial problemática del tercero lucrativo. *Cuadernos Digitales de Formación*, n. 19, p. 1-19, 2016.

GONZÁLEZ CANO, María Isabel. *El decomiso como instrumento de la cooperación judicial en la Unión Europea y su incorporación al proceso penal español*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. Aspectos procesales del decomiso: intervención de terceros afectados por el decomiso, el proceso de decomiso autónomo y la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos. In: MARCHENA GÓMEZ, Manuel; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*. Madrid: Castillo de Luna, p. 439-520, 2016.

HAVA GARCÍA, Esther. La nueva regulación del comiso. In: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (coord.). *Comentarios a la reforma penal de 2015*. Pamplona: Aranzadi, p. 213-223, 2015.

JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, Francisco. La nueva regulación del decomiso y la recuperación de activos delictivos en el ordenamiento jurídico español. *Revista del Ministerio Fiscal*, n. 0, p. 94-145, 2015.

MARTÍN PÉREZ, José Antonio. El comiso de bienes de propiedad de «tercero»: Análisis del respeto de las reglas sobre titularidad por las sentencias penales (A

propósito del Auto TC 125/2004, de 19 de abril). *Derecho Privado y Constitución*, n. 205, p. 225-258, 2005.

MARTÍN SAGRADO, Óscar. El decomiso de las sociedades pantalla. *Diario La Ley*, n. 8768, p. 1-9, 2016.

MARTÍN SAGRADO, Óscar. El decomiso en la investigación y enjuiciamiento del delito de blanqueo de capitales». *Revista General de Derecho Penal*, n. 31, p. 1-32, 2019.

MARTÍNEZ-ARRIETA MÁRQUEZ DE PRADO, Cristina. *El decomiso y la recuperación y gestión de activos procedentes de actividades delictivas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

MAUGERI, Anna Maria. La trasposición de la Directiva 2014/42/UE en Italia. In: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel; RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás (edits.). *Decomiso y recuperación de activos*. Crime doesn't pay. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020 —en prensa—.

NIEVA FENOLL, Jordi. El procedimiento de decomiso autónomo. En especial, sus problemas probatorios. *Diario La Ley*, n. 8601, p. 1-8, 2015.

NOREÑA SALTO, José Ramón. El procedimiento de decomiso autónomo. In: VV.AA. *El decomiso: aspectos sustantivos y procesales*. Madrid: Centro de Estudios Jurídicos, p. 1-21, 2019.

OCAÑA RODRÍGUEZ, Antonio. *Medidas cautelares reales en el proceso penal y decomiso*. Madrid: Sepín, 2016.

ORSI, Omar Gabriel. Aportes metodológicos a la investigación y prueba de casos complejos. In: RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás; RODRÍGUEZ LÓPEZ, Fernando (coords). *Corrupción y desarrollo*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 393-426, 2017.

PLANCHADELL GARGALLO, Andrea; VIDALES RODRÍGUEZ, Catalina. Decomiso: comentario crítico desde una perspectiva constitucional. *Estudios Penales y Criminológicos*, n. 38, p. 37-92, 2018. https://doi.org/10.15304/epc.38.5017

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 12-rl, p. 1-20, 2010.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. El procedimiento especial y autónomo para el comiso. In: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (coord.). *Comentarios a la reforma penal de 2015*. Pamplona: Aranzadi, p. 297-310, 2015.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *El sistema procesal español* (9.ª ed.). Barcelona: Atelier, 2013.

RASILLO LÓPEZ, Pilar. El decomiso. *Cuadernos Digitales de Formación*, n. 3, p. 1-24, 2017.

RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás. Redescubrimiento de las bonanzas del decomiso en las tácticas supranacionales e internacionales para poner freno a la «sociedad incivil». In: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel; RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás (coords.). *Recuperación de activos y decomiso. Reflexiones desde los sistemas penales iberoamericanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 317-384, 2017.

RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás. *El decomiso de activos ilícitos*. Pamplona: Aranzadi, 2017.

ROIG TORRES, Margarita. El comiso como estrategia frente a la corrupción en Alemania: interpretación jurisprudencial. *Estudios Penales y Criminológicos*, n. extra 38, p. 547-604, 2018. https://doi.org/10.15304/epc.38.4473

RUZ GUTIÉRREZ, Pablo Rafael. Prevención, sanción y recuperación de activos de la corrupción: la experiencia española. In: FERNÁNDEZ BLANCO, Carolina; FERRER BELTRÁN, Jordi (dirs.). *Seguridad jurídica, pobreza y corrupción en Iberoamérica*. Madrid: Marcial Pons, p. 185 y ss. https://doi.org/10.2307/j.ctv10sm8mb

SÁEZ-SANTURTÚN PRIETO, Miguel. El responsable civil a título lucrativo: artículo 122 del Código Penal. *Diario La Ley*, n. 8497, p. 1-6, 2015.

SÁNCHEZ SISCART, José Manuel. Intervención de terceros afectados por el decomiso y el decomiso autónomo. La recuperación y gestión de activos. *Formación a Distancia*, n. 3, p. 1-40, 2016.

TRINCHERA, Tommaso. Confiscation and asset recovery: Better tools to fight bribery and corruption crime. *Criminal Law Forum*, p. 1-31, 2020. https://doi.org/10.1007/s10609-020-09382-1

URIARTE VALIENTE, Luis María. 21 cuestiones sobre el decomiso: Disposiciones generales, decomiso directo y de sustitución. In: VV.AA. *El decomiso: aspectos sustantivos y procesales*. Madrid: Centro de Estudios Jurídicos, p. 1-24, 2019.

VV.AA. *Common Law Legal Systems Model Legislative Provisions on Money Laundering, Terrorism Financing, Preventive Measures and Proceeds of Crime*. London: Commonwealth Secretariat, 2016. https://doi.org/10.14217/9781848599444-en

VIDALES RODRÍGUEZ, Catalina; PLANCHADELL GARGALLO, Andrea. *Decomiso: Estudio de la normativa internacional y de la legislación española (Aspectos penales y procesales)*. Miami (Florida). Center for the Administration of Justice, 2018.

VIDALES RODRÍGUEZ, Catalina. Consecuencias accesorias: Decomiso (arts. 127 a 127 octies). In: GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (dir.). *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 391-414, 2015.

Informações adicionais e declarações dos autores (*integridade científica*)

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

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

- *Nicolás Rodríguez-García*: projeto e esboço inicial (conceptualization), desenvolvimento da metodologia (methodology), coleta e análise de dados (data curation), levantamento bibliográfico (investigation), revisão bibliográfica (investigation), redação (writing – original draft), participação ativa nas discussões dos resultados (validation), revisão crítica com contribuições substanciais (writing – review and editing), aprovação da versão final.
- *Omar Gabriel Orsi*: desenvolvimento da metodologia (methodology), coleta e análise de dados (data curation), levantamento bibliográfico (investigation), revisão bibliográfica (investigation), redação (writing – original draft), participação ativa nas discussões dos resultados (validation), revisão crítica com contribuições substanciais (writing – review and editing), aprovação da versão final.

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

Dados do processo editorial
(http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies)

- Recebido em: 31/03/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 31/03/2020
- Avaliação 1: 23/04/2020
- Avaliação 2: 23/04/2020
- Decisão editorial preliminar: 05/05/2020
- Retorno rodada de correções: 14/05/2020
- Decisão editorial final: 17/05/2020

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-associado: 1 (JJEC)
- Revisores: 2

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás; ORSI, Omar Gabriel. La protección reforzada en España de los terceros afectados por el decomiso de bienes ilícitos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 2, p. 539-576, mai./ago. 2020. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i2.360

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

Recuperación de activos en el sistema penal alemán: luces y sombras del actual régimen de decomiso de ganancias[1]

Asset Recovery in the German Criminal Justice System: Lights and Shadows of the New Regulation of the Confiscation of the Proceeds Of Crime

Ana E. Carrillo del Teso[2]

Universidad de Salamanca – España

ana_cdt@usal.es

http://orcid.org/0000-0002-1245-2499

Resumen: En este artículo pretendemos examinar los aspectos más notables de la ley para la reforma de la recuperación de activos penal (*Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung*), en vigor desde el 1 de julio de 2017, con la que el legislador alemán actualizó el régimen del decomiso tanto en su vertiente sustantiva como procesal. Dada la extensión de esta reforma, debido a su carácter integral, nos centraremos en la modificación del decomiso de ganancias, esencia de la política criminal de recuperación de activos. En concreto, analizaremos aquellos puntos de la reforma destacados por el propio legislador en el proyecto de ley, dividiéndolos entre aquellos que pueden parecer más

[1] Este trabajo ha sido elaborado gracias a una ayuda de la Fundación Manuel Serra Domínguez, convocatoria de 2018, para la realización de una estancia de investigación en el *Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht, Abt. III: Deutsches und Ausländisches Strafrecht und Strafprozessrecht* de la Albert-Ludwigs-Universität de Friburgo (Alemania). Igualmente, se enmarca en los proyectos de investigación: DER2016-79895-P "La reforma del decomiso y la recuperación de activos derivados del delito" (Ministerio de Economía, Industria y Competitividad); y SA129G18 "La armonización normativa del decomiso y de la recuperación de activos en la Unión Europea" (Junta de Castilla y León).

[2] Profesora Ayudante Doctora de Derecho Procesal. Departamento de Derecho Administrativo, Financiero y Procesal. Universidad de Salamanca.

positivos ("las luces") y aquellos más controvertidos ("las sombras"). En el primer grupo encuadraremos lo referente a la posición de las víctimas, las medidas para la descongestión del proceso penal y la regulación del cálculo de las ganancias decomisables; en el segundo, el nuevo ámbito del decomiso ampliado y el decomiso independiente de bienes de origen incierto.

Palabras-clave: recuperación de activos; decomiso de ganancias; decomiso ampliado; procedimiento de decomiso; Alemania.

Abstract: *In this paper, we intend to examine the highlights of the German Asset Recovery Act (Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung), in force since 1st July 2017. It is a comprehensive law, with which the German legislator updated the confiscation regime in both its substantive and procedural aspects. Given the extent of this reform, we will focus on the confiscation of proceeds of crime, as it is the essence of asset recovery. Specifically, we will analyse those points of the reform emphasized by the legislator in the draft act. To this end, we will divide them between those that may seem more positive and those that are more controversial. In the first group, we will frame what refers to the position of the victims, the innovations for the decongestion of the criminal process and the regulation of the estimate of the proceeds. In the second group, we will study the new scope of the extended confiscation and the independent confiscation of assets of uncertain origin.*

Keywords: *asset recovery; confiscation of the proceeds of crime; extended confiscation; confiscation proceedings; Germany.*

Contenido: Introducción; 1. Consideraciones previas sobre la política de recuperación de activos; 2. Notas generales sobre la reforma y el decomiso en Alemania; 3. Las "luces" de la reforma: soluciones a antiguos problemas prácticos; 3.1. Las víctimas ante el decomiso; 3.2. La matización del principio de ganancias brutas; 3.3. Cuestiones procesales: separación del procedimiento de decomiso y principio de oportunidad; 4. Las "sombras" de la reforma: aspectos controvertidos; 4.1. La ilimitada potestad de decomiso ampliado; 4.2. Los nuevos perfiles del decomiso sin condena: el decomiso independiente de bienes de origen incierto; Conclusiones; Bibliografía.

Introducción

El estudio del actual régimen alemán para la recuperación de activos criminales supone un reto grato, aunque difícil. En Alemania tuvo lugar en el año 2017 una reforma integral que modificó por completo la regulación del decomiso y que impactó tanto en el articulado penal (*Strafgesetzbuch*, en adelante StGB) como en el procesal penal (*Strafprozeßordnung*, en adelante StPO). Pese a que con esta reforma se cumplía, si bien algo tarde[3], el obligatorio trámite de trasponer la Directiva 2014/42/UE[4], esa no era ni la principal finalidad ni la preocupación esencial del legislador. Más bien, lo que pretendía era resolver determinados problemas que se venían arrastrando en la práctica, así como colmar ciertas lagunas jurídicas. En concreto, se buscaba racionalizar la relación del decomiso con la indemnización de las víctimas, permitir a los tribunales aplazar la orden de decomiso a una etapa posterior a la sentencia condenatoria, extender el ámbito del decomiso ampliado y establecer una base jurídica para el decomiso sin condena de bienes de origen desconocido[5].

Este ánimo de solucionar problemas aplicativos parece un motivo de peso para la elaboración de la norma que vamos a analizar: se afirma que los jueces no decretaban el decomiso por su complejidad[6], por la incapacidad o inaplicabilidad del régimen anterior[7]. Pero según algunos autores la clave reside realmente en la especial voluntad política de la Gran

---

[3] Según la Corrección de errores de la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea (DOUE L 127 de 29 de abril de 2014), la fecha límite para la trasposición era el 4 de octubre de 2016.

[4] Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea (DOUE L 127 de 29 de abril de 2014, pp. 39-50).

[5] BT-*Drucks*. 18/9525, pp. 2-3. BÖSE, Martin; WEYER, Vera. Germany. *Improving Confiscation Procedures in the European Union*. Nápoles, 2019, p. 250.

[6] BT-*Drucks*. 18/9525, p. 3. Hay un ejemplo reciente en el LG Bonn, *Beschluss* v. 17.03.2020 – 62 KLs 1/19, del que hablaremos *infra*.

[7] Una sólida crítica del anterior sistema en MEYER, Frank. "Reformiert die Rückgewinnungshilfe!" – Denkanstöße für eine Generalüberholung der Vermögensabschöpfung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlín, v. 127, n. 2, 2015, p. 241-283.

Coalición que gobernaba en ese momento por ponerse al día con la política criminal de recuperación de activos[8] –que se estimaba infravalorada en Alemania[9]–, en definitiva, por hacer efectiva la máxima de que el delito no debe resultar provechoso[10], a la que en algún documento explicativo del proyecto de ley se le dio el rango de principio general del ordenamiento, al mismo nivel que el principio de igualdad ante la ley[11].

Es imposible tratar de abordar por completo en el espacio del que disponemos una reforma que ha dado una nueva redacción a un total de diecisiete secciones o artículos del StGB y treinta y seis de la StPO, sin contar la reforma de la ley sobre contravenciones (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, OWiG), y otras tantas reformas menores sobre todas estas normas respecto a cuestiones incidentales. Dado que la política criminal de recuperación de activos se refiere esencialmente al producto del delito, vamos a centrar nuestro análisis en los grandes cambios que le afectan, dejando al margen las disposiciones sobre instrumentos y efectos del delito.

En el presente artículo nos proponemos examinar esos aspectos destacados de la reforma con una doble finalidad: por un lado, poner de relieve las dificultades que se pueden derivar en la práctica de los tribunales debido al diseño legislativo del decomiso. Por otro, traer más

---

8 SALIGER, Frank. Grundfragen der Vermögensabschöpfung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlín, v. 129, n. 4, 2017, p. 997

9 BT-*Drucks.* 18/9525, p. 1: "La ley actual no hace justicia a la gran importancia de la recuperación de activos criminales". Los datos parecen apoyar esta afirmación: la Oficina Federal de Investigación Criminal alemana (BKA) estima que el crimen organizado entre 2014 y 2018 ha causado unas pérdidas acumuladas de 2.869 millones de euros. Las ganancias del delito que se pudieron identificar en ese periodo fueron 2.225 millones de euros, de los que solo se aseguraron cautelarmente 312 millones de euros. *Bundeskriminalamt (BKA), Bundeslagebilder Organisierte Kriminalität* 2018, 24.09.2020, p. 12 y 14. Si hablamos de delincuencia económica, el daño estimado solamente en 2018 asciende a 3.356 millones de euros. *Bundeskriminalamt (BKA), Bundeslagebilder Wirtschaftskriminalität* 2018, p. 4.

10 Lema de la estrategia de recuperación de activos en la Unión Europea desde la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo – Productos de la delincuencia organizada: garantizar que "el delito no resulte provechoso", COM (2008) 766 final, Bruselas, 20 de noviembre de 2008

11 *Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Gesetzentwurf Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung - Fragen und Antworten.*

elementos al debate entre garantías y eficacia que impregna al decomiso de ganancias como herramienta para la recuperación de activos, ya que la ley alemana de 2017 es un perfecto ejemplo de la denominada *vis expansiva* del decomiso[12].

No obstante, con carácter previo, realizaremos una serie de consideraciones sobre la política criminal de recuperación de activos, en concreto, sobre su sentido y su evolución a lo largo de las últimas décadas, para contextualizar tanto la reforma como nuestro trabajo. A continuación, comentaremos algunas cuestiones sobre la tramitación de la ley y su entrada en vigor y aplicabilidad, que han suscitado las primeras dudas sobre su compatibilidad con los principios propios de un Estado de Derecho. Esto nos lleva a hacer algunas anotaciones sobre la naturaleza y finalidad del decomiso de ganancias en la doctrina y la jurisprudencia alemanas.

Una vez que contamos con esta base, emprenderemos el examen de los puntos más significativos de la reforma, para lo que los sistematizaremos en dos grupos. En primer lugar, trataremos aquellos que, *a priori*. pueden parecer más positivos por solucionar ciertos problemas prácticos del decomiso en Alemania. Estos son el nuevo régimen del decomiso en relación con las víctimas, la concreción del principio de ganancias brutas y las medidas para la descongestión del proceso penal. En segundo lugar, analizaremos aquellos que han producido una mayor controversia por su discutida compatibilidad con las garantías del proceso penal: el nuevo ámbito de aplicación del decomiso ampliado y el decomiso independiente de bienes de origen incierto.

Para ello, compararemos el sentido de la nueva regulación con la anterior, contrastando la voluntad declarada del legislador en las diferentes versiones del proyecto de ley, la opinión de la doctrina y la jurisprudencia más relevante originada en el lapso de tiempo desde la aprobación de la ley.

En definitiva, nos planteamos una serie de preguntas a las que pretendemos responder: ¿cuál es el alcance de esta reforma?, ¿supone un cambio relevante y útil respecto a la anterior regulación?, ¿cumple con

[12] MAUGERI, Anna Maria. L'irrefrenabile tendenza espansiva della confisca qualle strumento di lotta contro la criminalità organizzata. *Criminalità organizzata e sfruttamento delle risorse territoriali*, Milán, 2004, p. 97 y ss.

los fines que se propone?, ¿son todos sus elementos respetuosos con los principios del proceso penal? Y, por último, ¿podemos decir que se abre una nueva etapa en las medidas para la recuperación de activos?

1. Consideraciones previas sobre la política de recuperación de activos

Aunque desde los años 80, en los instrumentos internacionales elaborados contra los fenómenos delictivos que más preocupan a la comunidad internacional–como el narcotráfico o el crimen organizado— se le ha dado al decomiso del producto del delito una gran importancia, la política criminal de recuperación de activos, bajo esta denominación, se ha extendido y popularizado en los últimos quince años gracias a la acción de Naciones Unidas, que marcó un hito al dedicar todo un capítulo de su Convención contra la Corrupción de 2003, comúnmente conocida como Convención de Mérida, a la materia[13].

En este tipo de delitos parece especialmente necesario que los beneficios que se hayan obtenido de estas prácticas sean sustraídos de manos de los autores y reviertan en la sociedad[14]. Por ello, cuando hablamos de recuperación de activos *stricto sensu*, hacemos referencia a la repatriación de fondos de un país expoliados por la corrupción a gran escala, tendencialmente un país en vías de desarrollo, que requiere de la colaboración de otro Estado, donde se encuentran estos fondos.

La recuperación de activos, como decíamos, busca una serie de fines: por un lado, estrangular las finanzas de los delincuentes, para así evitar que los beneficios se inviertan en posteriores actividades delictivas

---

[13] JORGE, Guillermo. Los desafíos de recuperar el producto de delitos de corrupción» *Recuperación de activos de la corrupción*. Buenos Aires, 2008, p. XIII y ss.

[14] Directiva 2014/42/UE, considerando 35: "Los Estados miembros deben estudiar la posibilidad de tomar medidas que permitan que los bienes decomisados se utilicen con fines de interés público o con fines sociales (...)". Al respecto, VETTORI, B., NICOLA, A. di. The Social Reuse of Confiscated Assets in EU Member States: From Current Experiences to an EU Policy for a "Powered–by–Citizens" Fight Against Crime. *Chasing Criminal Money. Challenges and Perspectives On Asset Recovery in the EU*. Oxford, 2017, p. 321 y ss.

y que infiltren y capturen el sistema económico legal; por otro lado, evitar que el delito resulte provechoso y así desincentivar la comisión de delitos con ánimo de lucro; sin olvidarnos del restablecimiento del orden patrimonial lícito. Por esto es una estrategia útil para cualquier tipo de delincuencia "del beneficio"[15], y se ha incidido especialmente en su aplicación en el ámbito del crimen organizado (de hecho, este fue el origen de la estrategia de privación de bienes en la legislación norteamericana a comienzos de los años 70 del pasado siglo[16]).

De esta manera, se ha ampliado la expresión "recuperación de activos" con la que ya no solo nos referimos a esta concreta política criminal anticorrupción, sino a la sustracción de las ganancias de cualquier tipo de criminalidad lucrativa, sentido en el que se define como el retorno de los bienes procedentes de un delito ocultos en el extranjero[17].

La Unión Europea ha abrazado con efusividad esta política criminal, plasmada, en la etapa post-Lisboa, en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo – Productos de la delincuencia organizada: garantizar que "el delito no resulte provechoso". En la Directiva 2014/42/UE compele a los Estados miembros a incorporar a sus ordenamientos las principales modalidades de aplicación de esta figura: decomiso directo, decomiso por valor equivalente, decomiso sin condena, decomiso ampliado y decomiso de terceros.

---

[15] Expresión tomada de MENDITTO, Francesco. Le confische nella prevenzione e nel contrasto alla criminalità "da profitto" (mafie, corruzione, evasione fiscale). Appunti a margine di alcune proposte di modifica normativa. *Diritto Penale Contemporaneo*, 2 Febbraio, 2015, p. 1.

[16] Estados Unidos introdujo el decomiso como consecuencia penal (*criminal forfeiture*) en dos normas: la *Continuing Criminal Enterprise Act* (CCE) y la *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act* (RICO). Junto a la forma penal, no tardó en preverse una forma civil de decomiso o *civil forfeiture* en la *Comprehensive Drug Abuse Prevention and Control Act* de 1970, que introdujo un procedimiento *in rem*, sin ningún tipo de vinculación a la condena a los responsables de un delito. Esta forma de decomiso civil se convirtió en el principal instrumento de las políticas de "tolerancia cero" contra el narcotráfico en las administraciones de Reagan y Bush a partir de 1988.

[17] FATF-GAFI. *Best practices on confiscation (Recommendations 4 and 38) and a framework for ongoing work on asset recovery*, 2012, p. 1: "The term asset recovery means the return or repatriation of the illicit proceeds, where those proceeds are located in foreign countries".

Si quisiéramos definir etapas en la evolución en materia de decomiso[18], al menos desde que se generalizó el derecho penal liberal, en una primera etapa tras la abolición de las penas de confiscación general, nos encontramos con un decomiso mínimo, que solo afecta a los bienes muy directamente unidos al delito, especialmente instrumentos y efectos.

En una segunda etapa (que podríamos ubicar en las tres últimas décadas del siglo XX) como respuesta a la aparición de formas de criminalidad organizadas, con un potencial dañino al que ese derecho penal liberal no tenía capacidad para hacer frente, empiezan a aparecer lo que se denominaron "modernas formas de decomiso", aunque acotadas, tanto en tipología (sobre todo hablamos en ese momento de decomiso ampliado y decomiso por valor equivalente), como en su ámbito de aplicación, ya que se solían reservar para este tipo de delincuencia, en concreto para la actividad de asociaciones de tipo mafioso, y para los delitos de narcotráfico[19].

En una tercera etapa, entre las dos grandes normas de la Unión Europea para la aproximación de las regulaciones de decomiso de los Estados miembro, la Decisión Marco 2005/212/JAI[20] y la Directiva 2014/42/UE, se fueron ampliando los contornos de esta figura. La cuarta etapa, hablando del contexto europeo, surge de la trasposición de esa última norma, una norma con una estructura simple y de exigencias mínimas, que los Estados han hipertrofiado al trasladarla a sus respectivos ordenamientos[21]. Ese parece ser también el caso de Alemania.

---

[18] Ampliamente en RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. *El decomiso de activos ilícitos*. Cizur Menor, 2017.

[19] Estas medidas, junto al blanqueo de capitales, eran objeto de regulación en el art. 5 de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988. En concreto en el art. 5.7 aparece por primera vez la inversión de la carga de la prueba respecto del origen lícito del supuesto producto u otros bienes sujetos a decomiso, germen de la facultad de decomiso ampliado.

[20] Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo de 24 de febrero de 2005 relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito (DOUE L núm. 68, de 15 de marzo de 2005).

[21] Sirva de ejemplo la trasposición en España, en AGUADO CORREA, Teresa. Decomiso: denominador común de la lucha eficaz contra el blanqueo de capitales, la delincuencia organizada y la financiación del terrorismo en la Unión Europea. *El lavado de activos y la persecución de bienes de origen ilícito*. Bogotá,

2. Notas generales sobre la reforma y el decomiso en Alemania

Antes de acometer la tarea que nos hemos propuesto abordar, conviene hacer algunas puntualizaciones previas sobre la nueva regulación. La ley para la reforma de la recuperación de activos penal (*Gesetz zur Reform der Strafechtlichen Vermögensabschöpfung*[22]), aprobada el 13 de abril de 2017, entró en vigor el 1 de julio de ese mismo año. La tramitación fue bastante rápida: el 12 de agosto de 2016 se presentó el proyecto, siguiendo el procedimiento para la tramitación urgente de leyes del art. 76.2, cuarto inciso, de la ley fundamental (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, GG). Se buscaba su aplicación inmediata, así que la nueva regulación se hizo aplicable a cualquier delito sobre el que no hubiera recaído aún ninguna decisión judicial, independientemente de que se hubiera cometido antes de su entrada en vigor (art. 316h de la ley introductoria al StGB, *Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch*, EGStGB). Ambos elementos, su rápida tramitación y su aplicabilidad inmediata, obligaron a una actualización contrarreloj de doctrina y operadores jurídicos, especialmente de los miembros del Ministerio Fiscal[23].

Sin embargo, resulta más relevante la división de opiniones que el art. 316h EGStGB ha provocado en la jurisprudencia[24]. Mientras que algunos

---

2017, p. 125-168. Ver también: GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. La recuperación de activos procedentes del delito: ¿hacia el delito de enriquecimiento ilícito? *Cuadernos de política criminal*, n. 121, p. 201–260, 2017.

22 *Bundesgesetzblatt Jahrgang 2017 Teil I Nr. 22, ausgegeben zu Bonn am 21. April 2017*, pp. 872-894.

23 KORTE, Matthias. Grundzüge der Reform der Vermögensabschöpfung, *Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht*, Múnich, n. 6, 2018, p. 231-232. El autor se lamenta de que no se acompañe a la ley de una mayor dotación de personal para hacer frente al esfuerzo extra que va a suponer su aplicación a la Administración de Justicia. Sobre los problemas prácticos causados por esta premura: REH, Nicole. Praxisprobleme im Umgang mit dem neuen Recht der Vermögensabschöpfung aus staatsanwaltschaftlicher Sicht. *Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht,* Múnich, n. 1, 2018, p. 20-25.

24 BITTMAN, Folker. Das Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung in der Rechtsprechung - Teil 1/2. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, Múnich, n. 7, 2019, p. 383-385.

órganos judiciales han manifestado sus dudas por transgredir la prohibición de la retroactividad de la norma penal desfavorable[25], otros estiman que es perfectamente constitucional, ya que el decomiso no puede ser considerado sanción a los efectos de esta prohibición[26]. El Tribunal Federal de Justicia (*Bundesgerichtshof*, en adelante BGH) en un principio consideró que la norma no colisionaba con el principio *nulla poena sine lege praevia* recogido en el art. 103.2 GG dada la naturaleza "restitutiva" del decomiso[27]. Sin embargo, posteriormente viró de postura por su posible incompatibilidad con el principio de irretroactividad, por lo que elevó la cuestión al Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*, en adelante BVerfG)[28], pendiente de resolución. En concreto, considera incompatible el art. 316h EGStGB con los principios propios del Estado de Derecho, como la seguridad jurídica, en relación con el nuevo ámbito de aplicación del decomiso ampliado (§ 73a StGB) y del decomiso independiente ampliado (§76a 4 StGB)[29], aspecto que desarrollaremos *infra*.

Esto nos lleva a hacer una mínima referencia a la naturaleza jurídica del decomiso en Alemania, que el código penal define simplemente como "medida" (*Maßnahme*, § 11.8 StGB). Cuando de ganancias del delito se trata, el legislador alemán considera que esta figura no tiene una naturaleza penal (en el sentido de punitiva) sino restitutiva o compensatoria, de manera similar al concepto de enriquecimiento injusto[30] regulado en el código civil[31]

---

[25] OLG *München* (5. *Strafsenat*), *Urteil* v. 19.07.2018 – 5 OLG 15 Ss 539/17; LG *Berlin, Beschluss* v. 08.11.2017 – (526 KLs) 244 Js 863/14 (10/16).

[26] BGH Urteil. v. 15.5.2018 - 1 StR 651/17; BGH Beschluss v. 19.12.2018 - 3 StR 347/18.

[27] BGH, *Urteil* v. 10.04.2018 – 5 StR 611/17. BÖSE, Martin; WEYER, Vera. Germany. *Improving Confiscation Procedures in the European Union*. Nápoles, 2019, p. 261.

[28] BGH, *Beschluss* v. 7.3.2019 – 3 StR 192/18. BÖSE, Martin; WEYER, Vera. Germany. *Improving Confiscation Procedures in the European Union*. Nápoles, 2019, p. 261.

[29] BGH Beschluss v. 7.3.2019 - 3 StR 192/18

[30] Tal y como se califica en el proyecto de ley, BT-*Drucks*. 18/9525, p. 48. Esta es la postura de autores como GRACIA MARTÍN, Luis. *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito* (5ª Ed.). Valencia, 2016, p. 487.

[31] A diferencia del caso español, donde el enriquecimiento injusto se trata de una construcción jurisprudencial.

(§ 812 y ss. *Bürgerliches Gesetzbuch*, en adelante BGB). Estas consideraciones ya las había realizado previamente el Tribunal Constitucional Federal que, además, estableció que el decomiso de ganancias tiene la finalidad de desincentivar la delincuencia con ánimo de lucro, además de afianzar la confianza de la ciudadanía en la inviolabilidad de la ley[32].

La doctrina habla de una medida *sui generis* con una función reequilibradora de la situación patrimonial legal[33]. No obstante, como sucede en otros ordenamientos del ámbito europeo, también se ha discutido en qué rama del ordenamiento se debe incardinar el decomiso de ganancias, debatiéndose entre lo penal, lo civil o lo administrativo, aunque compartimos la opinión de SALIGER de que no existen modelos puros, sino formas mixtas, que comparten características de unos y otros[34]: el carácter de consecuencia jurídica del delito, la orientación reparadora o compensatoria, que restituye el sistema económico lícito, el uso de indicios y de balance de probabilidades, pero también la orientación preventiva y disuasoria de nuevos delitos.

En general, la aplicación del decomiso no se basa en un juicio de culpabilidad ni de peligrosidad del sujeto, pero sí en la constatación de la comisión de un hecho tipificado como delito. El foco de atención no es tanto la posición de la persona respecto a la comisión de este hecho, sino la relación de los bienes con el mismo. Sin embargo, esto no implica que el decomiso no deba ser reconocido como una categoría más de la intervención penal, ya que en todo momento el Estado actúa investido de su *ius puniendi*, tomando la titularidad de unos bienes sobre los que no tiene ningún derecho previo[35]. Centrándonos en el decomiso de ganancias, pese a su función de restitución del orden patrimonial lícito,

---

[32] BVerfG, *Beschluss* v. 14.01.2004 (2 BvR 564/95). KÖHLER, Marcus. 3. Unternehmensstrafrechtliche Tage, *Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht*, Múnich, n. 6, 2018, p. 226.

[33] KÖHLER, Marcus. Die Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung – Teil 1/2 – Überblick und Normverständnis für die Rechtspraxis. *Neue Zeitschrift für Strafrech*, Múnich, n. 9, 2017, p. 498.

[34] SALIGER, Frank. Grundfragen der Vermögensabschöpfung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlín, v. 129, n. 4, 2017, p. 1001-1003.

[35] GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *El decomiso transfronterizo de bienes*. Madrid: Colex, 2007, p. 30-31; MATA BARRANCO, Norberto Javier de la. El fundamento del decomiso como "consecuencia" del delito: naturaleza jurídica

no creemos que lo más correcto sea hablar de restitución o compensación, en la medida en que el Estado no tiene un derecho preexistente sobre los bienes que decomisa, y que la función de "indemnización a la sociedad" la cumple el uso social que se le de a los bienes, y no el decomiso *per se*[36].

Lo que sí tiene es un innegable efecto disuasorio y, por tanto, preventivo: si tomamos a un individuo racional, al ponderar los pros y los contras de su actuación, la recompensa que obtendrá y los riesgos a los que se enfrenta, el sujeto cometerá el delito cuando los beneficios sean mayores que los riesgos. Aquí entra en juego el decomiso de ganancias como medida disuasiva que minimiza las posibilidades de obtener un beneficio del delito[37].

En Alemania tradicionalmente han existido dos figuras según el objeto del que se tratara[38]. Esta diferencia ha desaparecido: para homogeneizar la nomenclatura con los instrumentos europeos e internacionales se ha eliminado toda referencia al *Verfall* y generalizado el nombre de *Einziehung* (art. 1.1 de la ley de 13 de abril de 2017). No obstante, esta unificación terminológica se queda en lo formal y se mantienen sendos regímenes para las ganancias (*Einziehung von Taterträgen*, §§ 73 ff. StGB) y el resto de los objetos relacionados con el delito (*Einziehung von Tatprodukten, Tatmitteln und Tatobjekten*, §§ 74 ff. StGB).

---

confusa, pero objetivo claramente punitivo. *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*. Buenos Aires, 2017, p. 939–948.

[36] Desarrollamos la cuestión en CARRILLO DEL TESO, Ana E., *Decomiso y recuperación de activos en el sistema penal español*, Valencia, 2018, p. 142 y ss.

[37] BLANCO CORDERO, Isidoro. Armonización en la UE de los delitos de corrupción. El caso de España. *European inklings II. Armonización penal en Europa*, n. 2, 2013, p. 153–155.

[38] Mientras que el *Verfall*, que podríamos traducir como "caducidad" o "vencimiento", se correspondía con el decomiso de las ganancias o el producto del delito; el *Einziehung*, que podría traducirse como decomiso o confiscación, era la figura correspondiente a instrumentos, efectos y objetos del delito. En castellano, entre otros, AGUADO CORREA, Teresa. *El comiso*. Madrid, 2000; la traducción de JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*, Granada, 2002. Más recientemente: ROIG TORRES, Margarita. La regulación del comiso. El modelo alemán y la reciente reforma española. *Estudios Penales y Criminológicos,* Santiago de Compostela, v. XXXVI, 2017, p. 547-604 y ROIG TORRES, Margarita. El comiso como estrategia frente a la corrupción en Alemania: interpretación jurisprudencial. *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, v. XXXVIII, 2018, p. 547-604.

Esta es una virtud de la regulación alemana de la que nos hemos declarado partidarios en otras ocasiones. ¿Por qué? En primer lugar, porque el decomiso no se trata de una figura unitaria, sino de una categoría que ampara figuras con diferente naturaleza y características según el objeto al que afecten, por lo que diferenciar sus regímenes redunda en una mayor claridad y racionalidad normativa. Además, permite acotar las modernas formas de decomiso, como el decomiso ampliado, al ámbito material que le es propio, ya que la política criminal de recuperación de activos lo que busca es neutralizar las ganancias del delito; aunque lamentablemente esta capacidad de contención se ha visto anulada por el desmesurado afán del legislador alemán de ponerse al día con esta estrategia[39].

3. Las "luces" de la reforma: soluciones a antiguos problemas prácticos

3.1. Las víctimas ante el decomiso

Uno de los grandes problemas que buscaba solucionar el legislador alemán[40] es la devolución de los bienes a las víctimas o los perjudicados por el delito[41]. El principal problema del régimen anterior era que el decomiso de ganancias solo era aplicable cuando se trataba de delitos

---

[39] CARRILLO DEL TESO, Ana E., *Decomiso y recuperación de activos en el sistema penal español*, Valencia, 2018, p. 131-133 sobre el problema de la confusión terminológica acerca de los objetos decomisables en el Código Penal español y p. 165-168.

[40] Muy crítico con esta reforma, por no observar ninguna mejora para las víctimas, BARRETTO DA ROSA, Steffen. Die Reform der Vermögensabschöpfung: Offene Fragen des neuen Sicherstellungsrechts. *Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht,* Múnich, n. 6, 2018, p. 215-216. También formuló críticas respecto al proyecto de ley DIERLAMM, Alfred. Der Referentenentwurf zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung – eine Mogelpackung! *Strafverteidiger*, vol. 36, n. 8, 2016, p. I-II.

[41] Cuando hablamos de víctima, nos referimos a la persona física que haya sufrido un daño o perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por una infracción penal, o sus familiares más cercanos en caso de fallecimiento. Por otro lado, perjudicado es quien se ve dañado por circunstancias que acompañan o derivan de su comisión pero que no es sujeto pasivo del delito.

contra bienes jurídicos colectivos o difusos. Si había una víctima individual que pudiese reclamar un derecho (pensemos en un robo, un hurto o una estafa común) el decomiso quedaba excluido (antiguo § 73.1 StGB, segunda frase[42]) y la víctima debía ejercer una acción civil para reclamar la responsabilidad *ex delicto*.

Lo anterior, sumado a que en Alemania la acumulación de la acción civil al proceso penal principal es una *rara avis*[43], hacía que la recuperación o la compensación fuese todo un calvario judicial, cuando no terminaba siendo de imposible satisfacción. Aparte, en las causas en las que había varios perjudicados, estos pasaban a convertirse en competidores entre sí, ya que no se producía un reparto equitativo de los fondos o los bienes con los que contase el delincuente[44], sino que aquel cuya reclamación fuese resuelta antes en el proceso civil tenía mejores opciones de ver satisfecha su pretensión, situación esta que fue bautizada, muy ilustrativamente, con el nombre de "carrera de galgos" (*Windhundrennen*)[45].

Con el propósito de solventar un panorama tan contraproducente, la nueva redacción elimina esta limitación, de manera que ahora cualquier beneficio derivado de la comisión de un delito puede ser decomisado, sea el delito que sea, en virtud del nuevo § 73 StGB: si el autor o el partícipe ha obtenido algo del acto ilícito, el tribunal ordenará su decomiso; lo mismo sucede con los beneficios derivados de este producto del delito [§ 73 (1) y (2) StGB]. En ambos casos de trata de una norma imperativa, lo que no sucede con los objetos que el autor o partícipe haya obtenido mediante la venta del objeto obtenido o como compensación por su destrucción, daño o confiscación o sobre la base de un derecho obtenido, en cuyo caso el decomiso es potestativo [§ 73 (3) StGB].

---

[42] SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst. Siebenter Titel. Einziehung. Vorbemerkungen. *Strafgesetzbuch Kommentar* (30ª ed), Múnich, 2019, rn. 7.

[43] En este punto conviene aclarar que la acumulación de la acción civil sí es una posibilidad contemplada en el Código Procesal Penal, pero el juez tiene el poder discrecional de rechazarlo, y suele hacerlo, en especial por la falta de adecuación de esta acción con el proceso penal, por los diferentes estándares de prueba, o si va a retrasar considerablemente el procedimiento, § 406.1 StPO.

[44] Derivados o no del delito, recordemos que estamos hablando de responsabilidad civil, que va más allá de la restitución del bien

[45] Así lo recoge el propio legislador en el proyecto de ley. BT-*Drucks.* 18/9525, p. 1.

En cuanto a la compensación a víctimas y perjudicados, se abren varias vías. En caso de tratarse del producto directamente obtenido del delito, conforme al § 459h 1 StPO, con la sentencia firme la propiedad se transfiere al Estado y, posteriormente, se devolverá a los perjudicados[46] o sus sucesores. Si el propietario del bien o víctima es desconocido o no se manifiesta en los seis meses siguientes al anuncio público del decomiso, el bien pasa definitivamente a formar parte de los fondos del Estado (§ 75.1 *in fine* StGB). Además, se aclara que, hasta que se transfiera efectivamente la propiedad o el derecho, la orden de decomiso tiene el efecto de una prohibición de disposición en el sentido del § 136 BGB[47] (§ 75.4 StGB).

Si el bien ya no está en posesión del autor el procedimiento es más complejo: en tal caso, habrán de incautarse provisionalmente otros bienes del autor que aseguren un previsible decomiso por valor equivalente (§ 111e StPO[48]). Entonces se realizarán los bienes incautados y, conforme al § 459h 2 StPO, el producto generado se abonará a la persona agraviada o su sucesor. Si el producto cubre los daños a todas las víctimas, no hay mayor problema, pero puede ocurrir que haya varias personas agraviadas y el valor de los bienes embargados o del producto generado por su realización no sea suficiente para satisfacer todos sus

---

[46] Sobre este nuevo modelo de compensación, v. MEIßNER, Markus. Das neue Modell der Opferentschädigung – aus Sicht eines (dritt)betroffenen Unternehmens. *Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht*, Múnich, n. 6, 2018, p. 239-245.

[47] Este precepto, sobre la prohibición de disposición dictada por un tribunal o cualquier otra autoridad dentro de su competencia, a su vez se remite al § 135 BGB, sobre la prohibición legal de disposición. En esencia, si la disposición de una cosa viola una prohibición de disposición, es ineficaz.

[48] Los §§ 111b y ss. StPO regulan un amplio abanico de medidas provisionales para asegurar futuros decomisos, que pueden ser decretadas, no solo por jueces y tribunales, sino también por el Ministerio Fiscal (aunque deberá pedir una confirmación judicial en el plazo de una semana, § 111j StPO). La nueva regulación de las medidas cautelares es criticada por suponer una merma en los derechos del acusado: al haberse eliminado el requisito previo del examen de una situación sospechosa se abre la puerta a la adopción de estas medidas en caso de mera sospecha, medidas que pueden ser mantenidas largos periodos de tiempo y que virtualmente pueden afectar a todo el patrimonio del acusado. Así en KÖLLNER, Rolf. E.; MÜCK, Jörg. Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung. *Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht*, n. 15-16, 2017, p. 598.

derechos al pago de una suma de dinero. En ese caso, previa petición ante el Ministerio Fiscal, este presentará una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia sobre los bienes del deudor (§ 111i.2 StPO). No obstante, se han planteado serias dudas acerca de la funcionalidad práctica de esta nueva regulación, ya que los perjudicados van a tener que esperar a la resolución firme del caso para resolver su situación, no van a tener una vía individual para plantear su pretensión, y pueden jugar en contra los plazos de prescripción civiles, especialmente en los procesos en los que el decomiso se reserve para un procedimiento posterior[49] (ver *infra*).

El juego de la acción civil de la víctima con el decomiso es muy interesante, pues en caso de interponerse puede excluir este último. De acuerdo con el § 73e StGB, el decomiso de ganancias (§§ 73 a 73c StGB) no se podrá aplicar en la medida en que se extinga la reclamación de la parte perjudicada para que se le devuelva el objeto obtenido o para que se le indemnice con una suma de dinero equivalente. Para delimitar cuando ocurre esto tenemos que remitirnos al código civil: esto sucede si el destinatario del decomiso procede a pagar lo adeudado a la víctima (§ 362 BGB) o si la parte perjudicada renuncia (§ 397 BGB). La exclusión del decomiso se puede dar tanto en la fase de decisión como en la de ejecución del decomiso[50].

Estas previsiones pretenden incentivar la compensación voluntaria por parte del infractor y, a su vez, evitar que sufra un doble gravamen por el Estado y la parte perjudicada[51] (cuando se trata del decomiso de una cantidad por valor equivalente). No obstante, en el caso de que se hayan producido beneficios indirectos (ganancias del

---

[49] KÖLLNER, Rolf. E.; MÜCK, Jörg. Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung. *Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht*, n. 15-16, 2017, p. 597.

[50] En virtud del § 459g 4 StPO: el tribunal ordenará que se impida la ejecución de la confiscación según los §§ 73 a 73c StGB al extinguirse el derecho que la persona agraviada adquirió, en virtud del delito, a la restitución de lo obtenido o al pago de una suma de dinero igual al valor de lo obtenido.

[51] SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst. § 73 Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern. *Strafgesetzbuch Kommentar* (30ª ed), Múnich, 2019, rn. 24.

delito que no entran dentro del derecho de reclamación de la víctima), estos no quedarían afectados por esta norma[52].

3.2. La matización del principio de ganancias brutas

Otro de los puntos fuertes de la reforma es la previsión para el cálculo del valor de las ganancias. Nos estamos refiriendo a la célebre dicotomía entre el principio de ganancias brutas (*Bruttoprinzip)* y el principio de ganancias netas (*Nettoprinzip*), que tanta literatura ha generado, y que se ha extendido más allá de las fronteras alemanas[53]; esto es, si a la hora de decomisar el producto del delito, o su valor, deben o no descontarse los gastos en que hubiera incurrido el autor o partícipe para la comisión del delito.

A principios de los años 90 se modificó la redacción del § 73 StGB para sustituir la referencia al decomiso de la ventaja o beneficio patrimonial (*Vermögensvorteil)*, sobre el que se sustentaba el *Nettoprinzip*, por el abstracto *etwas erlangten* o "algo obtenido", base del *Bruttoprinzip*. Mediante esta modificación se entendió que el legislador abrazaba el principio de ganancias brutas, ya que por ventaja patrimonial se entendía únicamente el *plus* que el autor había obtenido del delito, por lo que había que restar los gastos en que hubiera incurrido para su comisión. Sin embargo, ese "algo obtenido" se interpretó como la totalidad del producto del delito, sin ningún tipo de operación de descuento. No toda la doctrina vio la adopción del *Bruttoprinzip* con buenos ojos: para algunos autores suponía la conversión del decomiso de ganancias en una sanción penal, dado que iba más allá de la restitución de la situación

---

[52] KÖHLER, Marcus; BURKHARD, Christiane. Die Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung – Teil 2/2. *Neue Zeitschrift für Strafrech*, Múnich, n. 12, 2017, p. 673. Los autores ponen el ejemplo de aquel que roba un reloj y posteriormente lo vende, siendo el receptador el que devuelve el reloj a la víctima. En este caso, la cantidad que el autor del robo obtuvo por la venta podría ser decomisada, no entraría dentro del supuesto del § 73 e (1) StGB.

[53] Un panorama general del derecho comparado en BLANCO CORDERO, Isidoro. El comiso de ganancias, ¿brutas o netas?. *Diario La Ley*, Diario La Ley, Madrid, n. 7569, 2011, p. 1-45.

previa a la comisión del delito y podía afectar a patrimonio lícito del autor de los hechos delictivos[54].

Lo que en su día se modificó con una sutileza lingüística, en esta ocasión ha requerido una regulación expresa, entre otras cosas debido a que las salas penales del Tribunal Federal de Justicia no se ponían de acuerdo a la hora de fijar su interpretación[55] y, además, porque, aunque había casos muy claros, como el narcotráfico, otros presentaban serias dudas, por ejemplo, qué se debe decomisar a quien ha obtenido un contrato a través de prácticas delictivas (habitualmente, a través del cohecho), pero lo ha ejecutado en todos sus términos cumpliendo con la legalidad[56].

Ante la falta de un criterio legal específico para esos supuestos, surgieron diferentes soluciones en doctrina y jurisprudencia[57]. La primera fue optar por una interpretación amplia del principio de ganancias brutas y decomisar el valor total de la adjudicación del contrato, lo que incluye los pagos ingresados por los trabajos de ejecución. Esta postura fue criticada por su carácter desproporcionado y porque, entre otros efectos, paradójicamente provocaba un enriquecimiento de la Administración Pública, que se veía beneficiada por la corrupción de sus funcionarios[58].

---

[54] Referencias en RÖNNAU, Thomas. *Vermögensabschöpfung in der Praxis*, Múnich, 2003, p. 189; o BÖSE, Martin; WEYER, Vera. Germany. *Improving Confiscation Procedures in the European Union*. Nápoles, 2019, p. 251.

[55] SALIGER, Frank. Grundfragen der Vermögensabschöpfung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlín, v. 129, n. 4, 2017, p. 1011; KORTE, Matthias. Grundzüge der Reform der Vermögensabschöpfung. *Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht*, Múnich, n. 6, 2018, p. 234-

[56] Este debate llevaba tiempo presente en la doctrina alemana, tal como expuso BLANCO CORDERO, Isidoro. La aplicación del comiso en caso de adjudicación de contratos públicos obtenida mediante soborno de funcionarios públicos. *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, v. XXVII, 2007, p. 43-60. Sobre el estado de la cuestión actualizado hasta la reforma, HEINE, Sonja. Zum Verfall bei Austauschverträgen: Wider die Aushöhlung des Bruttoprinzips, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, Múnich, n. 3, 2015, p. 127-136, contraria a la matización jurisprudencial del principio de ganancias brutas en relación con los contratos obtenidos delictivamente.

[57] Nos remitimos a BLANCO CORDERO, Isidoro. El decomiso de las ganancias de la corrupción. *Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB*, Río de Janeiro, v. 1, n. 1, 2013, p. 128-135.

[58] BLANCO CORDERO, Isidoro. La aplicación del comiso en caso de adjudicación de contratos públicos obtenida mediante soborno de funcionarios

Frente a esta interpretación, se propuso otra restrictiva, conforme a la cual solo se habrían de decomisar las ganancias obtenidas fruto de la práctica ilícita con la que se consiguió la adjudicación del contrato, es decir, las comisiones ilegales que se han pagado al funcionario, opción también criticada porque supone que quien corrompe puede disfrutar plenamente de todo el beneficio obtenido por la comisión de un delito.

La opción intermedia entre ambas posiciones fue la de decomisar la ventaja económica derivada de la obtención de esa adjudicación. Esta postura presentaba el problema del cálculo de esa ventaja patrimonial, ante el cual se presentaron dos opciones: la primera, decomisar el valor total de la adjudicación, descontando los gastos de la ejecución del contrato. La segunda opción, dado que lo que obtiene el corruptor es el derecho a la ejecución del contrato, era decomisar las ganancias que se esperaba obtener.

Ante la falta de una interpretación jurisprudencial unificada, la solución a la que se ha llegado es la de aplicar un principio bruto matizado[59]. Aunque la redacción del § 73d StGB, relativo a la estimación del valor del producto, parece apostar *prima facie* por el principio neto, pronto vemos que dista de ser así: nos dice que los gastos del autor, del participe o de otra persona se deducirán al determinar el valor de los bienes obtenidos. Lo que no se tendrá en cuenta, sin embargo, es lo que se haya gastado o utilizado para la comisión del delito o para su preparación en la medida en que no se trate de gastos para el cumplimiento de una responsabilidad frente a la parte perjudicada.

Así pues, los gastos en que los incurra el autor solo serán deducidos si son legítimos, como contraprestaciones contractuales pagadas legalmente. Sin embargo, en supuestos de narcotráfico, en los que

públicos. *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, v. XXVII, 2007, p. 46-48.

[59] Ampliamente, RÜBENSTAHL, Markus. Bruttoabschöpfung nach neuem Recht – alte und neue Probleme (Die Perspektive eines Strafverteidigers). *Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht*, Múnich, n. 6, 2018, p. 255-261 y SCHÄUBLE, Johannes; PANANIS, Panos. Subjektive Beschränkungen des Bruttoprinzips nach neuem Einziehungsrecht (§ 73 d Abs. 1 StGB). *Neue Zeitschrift für Strafrec*ht, Múnich, *n.* 2, 2019, p. 65-72.

se ha realizado un gasto en una mercancía de comercio prohibido, este no se podrá deducir. Lo curioso es que los partidarios del *Nettoprinzip* radical parten de una naturaleza jurídica "civil" o análoga al instituto del enriquecimiento injusto, por lo que se ha de deducir en todo caso el gasto realizado para evitar cualquier mácula de carácter sancionatorio en el decomiso[60]. Pero es precisamente en la regulación del enriquecimiento injusto del código civil alemán donde nace la prohibición de deducir los gastos ilícitos, ya que el § 817 s. 2 BGB establece la pérdida de la inversión prohibida.

La norma del § 73d StGB parece especialmente indicada para calcular el valor de las ganancias cuando se va a aplicar el decomiso por valor equivalente, pero es de aplicación general para evitar que el decomiso directo pueda tener efectos punitivos. Sobre la determinación de los concretos gastos deducibles, la prohibición de deducción de este artículo se debe aplicar únicamente si el autor invierte deliberadamente en algo prohibido o contrario a la ley. Si actúa negligentemente, no sería aplicable la prohibición, salvo que se trate de delitos que se puedan cometer imprudentemente. Esta norma, ya lo venimos diciendo, va dirigida a la ejecución de contratos sinalagmáticos conseguidos mediante la comisión de un delito. En el caso de que lo entregado como precio sea un objeto determinado, si no se pudiera decomisar por entero, se decomisaría el valor de la cantidad correspondiente[61]. No obstante, se abandona uno de los fines de la adopción del *Bruttoprinzip*, que era evitar a jueces y tribunales cualquier tipo de cálculo de descuento sobre las ganancias y la prueba de los gastos[62], algo que, de todas formas, la realidad demostró como inviable.

---

[60] En España, v. gr., VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge. El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a éstas. *Revista Penal*, Barcelona, n. 19, 2007, p. 168-171; o, recientemente, CASTELLVÍ MONTSERRAT, Carlos. Decomisar sin castigar. Utilidad y legitimidad del decomiso de ganancias. *InDret*, Barcelona, n.1, 2019, p. 55-58.

[61] KÖHLER, Marcus. Die Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung – Teil 1/2 – Überblick und Normverständnis für die Rechtspraxis. *Neue Zeitschrift für Strafrech*, Múnich, n. 9, 2017, p. 506-511.

[62] SALIGER, Frank. Grundfragen der Vermögensabschöpfung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlín, v. 129, n. 4, 2017, p. 1012.

3.3. *Cuestiones procesales: separación del procedimiento de decomiso y principio de oportunidad*

En materia procesal se introduce otra de las novedades que podrían resultar más positivas: la posibilidad de separar, por decisión judicial[63], la orden del decomiso de la sentencia de condena a fin de reservarla para un segundo procedimiento. Se pretende con ello descongestionar los procesos penales complejos, y procurar la celeridad de la sentencia sobre la responsabilidad penal, especialmente en causas en las que el acusado se encuentra en prisión preventiva[64], como se especifica en el § 422 StPO. Esta decisión de decomiso *a posteriori* deberá llevarse a cabo, a más tardar, seis meses después de que la sentencia del proceso principal haya devenido firme (§ 423 StPO). Consideramos un acierto el establecimiento de un plazo máximo para que se desarrolle este procedimiento subsiguiente, ya que sirve para neutralizar uno de los riesgos que este tipo de procedimientos lleva aparejado: que se ponga en peligro la eficacia del decomiso al postergar indeterminadamente su determinación y ejecución, lo que da margen a la desaparición o distracción de los bienes, si no se ha llevado a cabo la oportuna localización de los bienes y la imposición de medidas cautelares. En este segundo caso, el riesgo es para el afectado por tales medidas (no necesariamente el acusado del delito, pueden ser terceras personas ajenas al mismo), que podrían sufrir una restricción sobre su patrimonio de manera indefinida.

Anudado a lo anterior, vale la pena mentar igualmente la operatividad del principio de oportunidad en el decomiso conforme al § 421 (1) StPO[65]: el tribunal, con el acuerdo de la fiscalía, puede

---

[63] No se aclara, sin embargo, en qué momento debe tomarse. TEMMING, Dieter. § 422 Abtrennung der Einziehung. *Beck'scher Online-Kommentar StPO mit RiStBV und MiStra* (36ª Ed). Múnich, 2020, rn. 4.

[64] En los que en ocasiones los jueces se abstenían de imponer el decomiso para acabar antes, *Gesetzentwurf Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung - Fragen und Antworten* -, p. 4.

[65] BITTMAN, Folker. Das Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung in der Rechtsprechung - Teil 2/2. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, Múnich, n. 8, 2019, p. 447-449; RETTKE, Arne. Die Bedeutung der Einziehung gemäß § 73 StGB - Die Aufwertung der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung - Teil 1. *Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht*, Múnich, n. 8, 2019, p. 283-287.

renunciar al decomiso si el valor del producto del delito es insignificante[66] o bien si el procedimiento requeriría un esfuerzo irrazonable o dificultaría injustificadamente la adopción de una decisión sobre las demás consecuencias jurídicas del acto[67]. En el tercer apartado del mismo artículo se le da la facultad al Ministerio Fiscal durante la fase de instrucción de limitar el proceso al resto de consecuencias legales [§ 421 (3) StPO], es decir, de excluir el decomiso del proceso. Al no establecer ninguna condición, ni referirse tampoco a las circunstancias del primer apartado, parece que la facultad de la fiscalía en esta fase es completamente discrecional, sin embargo, en virtud del § 421 (2) StPO, el tribunal puede ordenar el decomiso en cualquier fase del proceso. Por otro lado, se ha apuntado que por el especial rol del Ministerio Fiscal de garante de la legalidad, está en la obligación de pedir el decomiso siempre que sea posible[68].

De igual manera, aunque la cláusula de proporcionalidad, o de exclusión del decomiso por excesivo rigor, ha sido eliminada de la

---

[66] Cuestión diferente es determinar qué se entiende por valor insignificante. Dependiendo de la fuente, se habla de 50 €, 150 €, 500 € o, incluso, 1000 €; según la Oficina Federal de Justicia (*Bundesamt für Justiz*), varía notablemente de unos estados a otros. V. BÖSE, Martin; WEYER, Vera. Germany. *Improving Confiscation Procedures in the European Union*. Nápoles, 2019, p. 255.

[67] Esta opción ha sido utilizada por el *Landgericht* de Bonn (*Beschluss v.* 17.03.2020 – 62 KLs 1/19) para no decidir sobre el decomiso de cuatro sociedades de inversión sobre las que pesaban medidas provisionales en la sentencia que puso fin al primer proceso por las transacciones *Cum/Ex*, un complicado entramado de compra y venta de activos bursátiles con el que se estima que, solo en Alemania, se defraudaron 440 millones de euros al fisco; que fue objeto de la Resolución del Parlamento Europeo sobre el escándalo «cum-ex»: delincuencia financiera y lagunas en el actual marco jurídico (2018/2900(RSP)). El tribunal de Bonn tomó esta decisión por la dificultad de la prueba sobre el decomiso de todos los partícipes, por lo que optó por ordenar en la sentencia (dictada dos días después) únicamente el decomiso de los responsables penales; aunque no descarta la opción de abrir procedimientos independientes de decomiso contra esas empresas, aparte de las vías que tiene la Hacienda Pública para la recuperación, con requisitos menos exigentes que el decomiso en sede penal.

[68] RETTKE, Arne. Die Bedeutung der Einziehung gemäß § 73 StGB - Die Aufwertung der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung - Teil 1. *Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht*, Múnich, n. 8, 2019, p. 287.

regulación del StGB, se ha trasladado a las disposiciones sobre ejecución del StPO: en el §459 g (5) se permite denegar la ejecución del decomiso si los bienes a los que se refiere la decisión ya no se encuentran en el patrimonio del afectado o resultaría desproporcionada, aunque se habilita la posibilidad de reanudar esta ejecución si salen a la luz circunstancias que así lo aconsejen.

4. Las "sombras" de la reforma: aspectos controvertidos

4.1. La ilimitada potestad de decomiso ampliado

Hasta ahora hemos examinado los puntos de la reforma que pueden resultar más positivos, especialmente por facilitar la práctica del decomiso. Pero esta ley también contiene un par de puntos discutibles que cabría catalogar como excesos del legislador en una observación exacerbada del principio *crime doesn't pay*. En primer lugar, se modifica el decomiso ampliado[69] para desvincularlo de la comisión previa de un catálogo cerrado de delitos.

Según la nueva redacción del § 73a 1 StGB, si se ha cometido un hecho ilícito[70], el tribunal ordenará la confiscación de los objetos del delincuente o participante, aun cuando dichos objetos hayan sido obtenidos por otros actos ilícitos; es decir, cualquier delito abre la puerta a la imposición del decomiso ampliado[71]. Al parecer, es la interpretación

---

[69] Cabe recordar que Alemania, junto con Italia, fue uno de los primeros países en regularlo en el año 1992 mediante la *Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG). Bundesgesetzblatt, Jahrgang 1992, Teil I, Nr. 34 – Tag der Ausgabe: Bonn, den 22 Juli 1992*; en Italia, con el *Decreto legge n. 306, 8 giugno 1992, pubblicato nella Gazz. Uff. 8 giugno 1992, n. 133 e convertito in legge, con modificazioni, dalla L. 7 agosto 1992, n. 356 - Gazz. Uff. 7 agosto 1992, n. 185.*

[70] Este hecho ilícito no tiene que ser necesariamente culpable al no tratarse de una pena, SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst. § 73a Erweiterte Einziehung von Taterträgen bei T ätern und Teilnehmern. *Strafgesetzbuch Kommentar* (30ª ed), Múnich: C.H. Beck, 2019, rn. 6.

[71] Esto puede suponer un problema de cara al reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso emitidas por Alemania en el ámbito de la Unión Europea. Está pendiente la entrada en vigor del Reglamento (UE) 2018/1805

que hace el legislador alemán de las exigencias de la Directiva 2014/42/UE, alegando que tampoco contiene limitación alguna para esta potestad de decomiso y requiere que los Estados extiendan su ámbito de aplicación a todos los delitos dentro del especial ámbito de protección de la Unión Europea[72], así que ha optado por no delimitar los delitos previos[73].

Aparte de la modulación de la sentencia para tener en cuenta decomisos anteriores (§73a 2 StGB), no se dice nada más. Nada que acote su ámbito de aplicación, más allá de que los bienes tienen que provenir de delitos anteriores que, por supuesto, son desconocidos. Lo único que se dice en los el proyecto de ley es que se deben respetar los requisitos establecidos por el Tribunal Constitucional Federal[74]. En una ya famosa decisión de 2004[75] este tribunal estableció que la asunción del origen ilícito de un bien en el sentido del antiguo § 73d Abs. 1 Satz 1 StGB se justifica si el juez llega a esta conclusión agotando las pruebas disponibles (a lo que se suma otro requisito jurisprudencial, esta vez del Tribunal Federal de Justicia: incluir expresamente la horquilla temporal que se está juzgando en el fallo[76]). Pero, en términos de hasta dónde va a llegar la investigación, nos surgen serias dudas sobre si esta desvinculación de un *numerus clausus* de delitos previos supone que el patrimonio de cualquier procesado va a ser sometido a un test de licitud.

---

del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018 sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso (el 19 de diciembre de 2020, art. 41), que en su art. 3.2 supedita el reconocimiento de resoluciones a la verificación de la doble incriminación cuando se trate de un delito que no aparece listado en el 3.1. Hasta entonces, sigue rigiendo la Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo de 6 de octubre de 2006 relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso, que en el art. 8.3 permite denegar el reconocimiento o ejecución precisamente por tratarse de un decomiso ampliado que excede el ámbito de aplicación marcado en las normas europeas.

72 El art. 3 de la Directiva 2014/42/UE al definir el ámbito de aplicación de esta no incluye una lista de delitos, sino que se refiere a los delitos incluidos en una lista de normas europeas.

73 BT *Drucks* 18/9525, p. 65; BÖSE, Martin; WEYER, Vera. Germany. *Improving Confiscation Procedures in the European Union*. Nápoles, 2019, p. 256.

74 BT *Drucks* 18/9525, p. 65-66.

75 BVerfG, Beschluss v. 14.01.2004 (2 BvR 564/95).

76 BGH NJW 1995, 470.

Obviamente, no ha faltado quien ha manifestado sus dudas sobre la constitucionalidad de este nuevo decomiso ampliado, especialmente por la proporcionalidad en relación con el derecho de propiedad del art. 14 GG[77]. Esta nueva concepción del decomiso ampliado comporta un problema de falta de fundamentación o justificación de la medida, que siempre había radicado, cuando iba unida a un catálogo de delitos previos, a su imposición en un ámbito muy concreto: el de la criminalidad organizada, aquella contra la que el proceso penal clásico se ve más desarmado, más carente de herramientas suficientes para poder actuar. Así lo han visto siempre los principales tribunales al examinar su compatibilidad con derechos y garantías penales y procesales[78], e incluso la doctrina alemana que estudió aquella primera regulación tenía muy claro que eran las especiales características de ese tipo de delincuencia las que justificaban una medida

[77] SALIGER, Frank. Grundfragen der Vermögensabschöpfung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlín, v. 129, n. 4, 2017, p. 1019-1022; KÖLLNER, Rolf. E.; MÜCK, Jörg. Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung. *Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht*, n. 15-16, 2017, p. 598.

[78] Ese es el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A pesar de que le parecen contrarias a la presunción de inocencia según el art. 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos las decisiones judiciales o declaraciones de una autoridad sobre una persona acusada de un delito que den a entender que el sujeto es culpable antes de que se pruebe de acuerdo con la ley (v. *Geerings v. The Netherlands*, no. 30810/03, §41 ECHR, 1 march 2007), hace una excepción en el caso del decomiso en varios pronunciamientos (*Phillips v. the United Kingdom*, no. 41087/98, § 35, ECHR 2001-VII o *Van Offeren v. the Netherlands* (dec.), no. 19581/04, 5 July 2005). Pero en esos casos, el sujeto fue condenado por delitos de narcotráfico y seguía siendo sospechoso de otros delitos de esa naturaleza; poseía, de manera demostrable, bienes cuya procedencia no se podía establecer; se presumía razonablemente que esos bienes se habían obtenido mediante una actividad ilegal y no había proporcionado una explicación alternativa satisfactoria. Es remarcable que lo primero a lo que se refiere es el tipo de delito que se ha cometido, precisamente uno de esos fenómenos delictivos que son objeto de especial preocupación para la comunidad internacional. Más recientemente, en *Gogitidze and others v. Georgia*, no. 36862/05, § 107, ECHR, 12 may 2015, en lo que respecta a los bienes que se presume que han sido adquiridos total o parcialmente con el producto de delitos de tráfico de drogas u otras actividades ilícitas de organizaciones mafiosas o delictivas, el Tribunal no vio ningún problema en considerar que las medidas de decomiso son proporcionadas, incluso en ausencia de una condena que establezca la culpabilidad de los acusados.

de este tipo[79]. Si le quitamos esa premisa de base, la construcción se desmorona. Esta controversia, que aún está por resolver, sirve también para poner de manifiesto el peligro de permitir "medidas desesperadas" ante "situaciones desesperadas": que las disposiciones excepcionales para determinados delitos se terminen convirtiendo en regla de aplicación general, pues una vez que permitimos aminorar garantías y derechos en pos de una mayor eficacia, se torna muy difícil revertir esa erosión.

No obstante, siempre hemos visto problemático el decomiso ampliado, no ya solo por sus efectos, sino conceptualmente. Esta potestad de decomiso se basa en la imposibilidad de probar las concretas actividades de las que provienen los bienes que posee el autor de los hechos enjuiciados. Así pues, esos hechos, imposibles de individualizar, no van a ser perseguidos ni castigados y, ciertamente, este decomiso no es una pena, no supone, en principio, una privación o restricción de derechos o bienes legítimos del sujeto culpable en respuesta a la comisión de un delito, pero sí supone la declaración de que esa persona tiene una forma de vida delictiva[80]. Con todo, no hay que perder de vista que sí hay un riesgo de poder afectar al patrimonio lícito del sujeto contra el que se dirige esta medida[81].

Son interesantes las consideraciones sobre la compatibilidad del decomiso ampliado con la presunción de inocencia en Alemania, ya que ahí se comprueba que lo que cambia no es tanto cómo se configura

---

79 PERRON, Walter. Vermögensstrafe und Erweiterter Verfall: Im Spannungsfeld zwischen öffentlichen Strafverfolgungsinteressen und privaten Eigentumsrechten. *Juristenzeitung)*, Tubinga v. 48, n. 19, 1993, p. 920.

80 En este sentido, MAUGERI, Anna Maria. *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalià e garantismo*, Milán, p. 754-755, sostiene que un pronóstico sobre la vida pasada del condenado, que esconde la incapacidad de probar los hechos acontecidos y supone conformarse con meras sospechas, no puede constituir la base de ninguna medida sancionatoria. Ya que no se ha probado la culpabilidad del autor en relación con esos hechos, queda únicamente una sospecha de culpabilidad, y se asemeja a una pena de sospecha. Al final, se acoge una concepción de la culpabilidad por el estilo de vida, porque, aunque se sostenga que el objeto de reproche penal es el delito probado, a esas actividades anteriores se les atribuye el valor de síntomas de la reprochabilidad del acto.

81 BOUCHT, Johan. Extended Confiscation: Criminal Assets or Criminal Owners? *Chasing Criminal Money. Challenges and Perspectives On Asset Recovery in the EU*, Oxford; Portland, 2017, p. 136.

esta potestad, sino el concepto de presunción de inocencia, lo que pone también de relieve el problema de trasladar argumentos sobre la validez de una figura de otro ordenamiento jurídico distinto al nuestro sin tener en cuenta todas las premisas sobre las que se asienta. Si en un concepto estricto o restringido de presunción de inocencia como el germánico entendemos que solo actúa ante la efectiva imposición de una pena[82], pero no ante otro tipo de sanciones o declaraciones que de alguna manera manifiestan la comisión de un delito, y que no hay efecto punitivo pese a que la medida impuesta afecte al derecho a la propiedad[83], entonces claro está que no hay afección ninguna. Pero si la presunción de inocencia se entiende como protección ante cualquier declaración de una autoridad o una decisión judicial que refleje la opinión de que el sujeto afectado ha cometido un delito que no ha sido probado, entonces el concepto de decomiso ampliado debe ser cuestionado.

4.2. Los nuevos perfiles del decomiso sin condena: el decomiso independiente de bienes de origen incierto

El otro punto conflictivo guarda relación con el decomiso independiente (*selbständige Einziehung*) regulado en los § 76a StGB y §§ 435-437 StPO. Hacía tiempo que se debatía sobre la pertinencia de incluir una forma de decomiso sin condena (*non-conviction-based confiscation)* en Alemania[84]. Hasta ahora, en virtud del antiguo § 76a (1)

---

[82] De acuerdo con la jurisprudencia alemana, la presunción de inocencia no protege frente a las consecuencias jurídicas que no tengan carácter punitivo, sino que protejan el orden público, BVerwG, *Urteil*, 20.3.2012 – 5 c 1.11, DVBI 2012, 843, § 45. V. ESSER, Robert. A Civil Asset Recovery Model. The German Perspective and European Human Rights. *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe*, Berlín, 2015, p. 80.

[83] ESSER, Robert. A Civil Asset Recovery Model. The German Perspective and European Human Rights. *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe*, Berlín, 2015, p. 83 y ss.

[84] V. gr. ESSER, Robert. A Civil Asset Recovery Model. The German Perspective and European Human Rights. *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe*, Berlín, 2015, p. 69-109; VOGEL, Joachim. The Legal Construction that Property Can Do Harm. Reflections of the Rationality and Legitimacy of 'Civil' Forfeiture. *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe*, Berlín, 2015, p. 225-243.

StGB era posible el decomiso sin condena cuando por razones fácticas no se hubiese podido proceder o condenar a una persona (porque no se conocía al autor de los hechos, no se le podía detener o hubiera huido), pero no por razones de derecho[85]. Había cierta discusión sobre si el fallecimiento debía ser considerado un impedimento fáctico o jurídico aunque la mayoría de autores se posicionaba en contra del decomiso en caso de muerte[86]. Esta es otra de las lagunas colmadas con la reforma de 2017, gracias al § 73b (1) 3.a StGB, que permite el decomiso de bienes derivados del delito a terceros cuando lo hayan obtenido en calidad de herederos; pero también al habilitar el § 76a 2 StGB el decomiso en caso de prescripción del delito.

Por otro lado, en el § 76a (3) sigue vigente la posibilidad de decretar este decomiso cuando el proceso termina anticipadamente en virtud de las facultades tanto del Ministerio Fiscal como del tribunal, por mor del principio de oportunidad, reguladas en el § 153 y ss. StPO. Esta posibilidad de decomiso sin condena hay que ponerla en relación con las medidas de cautelares de los § 111b y ss. StPO, en concreto con el aseguramiento del decomiso por valor equivalente de una suma de dinero (§ 111 e StPO), que permite la incautación de los bienes muebles e inmuebles propiedad del investigado "si es razonable asumir que se dan las condiciones para el decomiso"[87]. Estas medidas pueden ser decretadas tanto por el tribunal como por el Ministerio Fiscal si las circunstancias lo exigen (§ 111j StPO), aunque deberá pedir la confirmación del tribunal en el plazo de una semana.

---

[85] JOECKS, Wolfgang. § 76a Selbständige Anordnung. *Münchener Kommentar zum StGB*. 3 Auflage, Múnich, 2016, rn. 10-11; SALIGER, Frank. § 76a Selbständige Anordnung. *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 5 Auflage, Baden-Baden: Nomos, 2017, rn. 5-10.

[86] Referencias en ESSER, Robert. A Civil Asset Recovery Model. The German Perspective and European Human Rights. *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe*, Berlín, 2015, pp. 75-76.

[87] Se han relajado las condiciones para el establecimiento de estas medidas cautelares hasta el punto de que ya no es necesario probar un concreto acto para dificultar el futuro decomiso, sino que para negar la medida debe haber razones que permitan suponer la ausencia de una voluntad de manipular los bienes. BITTMAN, Folker. Das Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung in der Rechtsprechung - Teil 2/2. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, Múnich, n. 8, 2019, p. 451.

Pero no es a este "decomiso independiente" al que nos referimos como conflictivo, sino al "decomiso independiente ampliado" (*erweiterten selbständigen Einziehung*[88], como lo ha denominado la doctrina) o "decomiso de bienes de origen incierto" (*Einziehung von Vermögen unklarer Herkunft*[89]*)*. En este caso, existe un bien de origen incierto sobre el que el tribunal llega a la conclusión de que procede de la comisión de un delito[90]. Entonces, se dirige contra el bien "resultante de un acto ilícito" incautado en un procedimiento por sospecha de uno de los delitos para los que se habilita, que será decomisado independientemente de que la persona afectada por la incautación sea enjuiciada o condenada por el delito que se investiga.

Esta modalidad de decomiso sí cuenta con un catálogo de delitos en los que se aplica, pero, y aquí reside el aspecto problemático, no concurre condena ni por el "delito de conexión" (como sucede en el decomiso ampliado clásico[91]) ni por el delito de origen del bien, que es desconocido. Es decir, ni se ha condenado todavía al sujeto afectado, como en el caso del decomiso ampliado, ni se ha probado la conexión de los bienes con el delito por el que no puede haber sentencia de condena. La lista de delitos se mueve en el marco del terrorismo y el crimen organizado, pero

---

88 SALIGER, Frank. Grundfragen der Vermögensabschöpfung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlín, v. 129, n. 4, 2017, p. 1023; MARSTALLER, Marie-Lena; ZIMMERMAN, Till. *Non Conviction Based Confiscation in Deutschland?* Baden-Baden, 2018, p. 43; KÖHLER, Marcus. Die Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung – Teil 1/2 – Überblick und Normverständnis für die Rechtspraxis. *Neue Zeitschrift für Strafrech*, Múnich, n. 9, 2017, p. 499.

89 MEYER, Frank. Abschöpfung von Vermögen unklarer Herkunft. *Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht*, Múnich, n. 6, 2018, p. 246-250; PELZ, Christian. Abschöpfung von Vermögen unklarer Herkunft in Deutschland. *Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht*, Múnich, n. 6, 2018, p. 251-254.

90 Un ejemplo de su aplicación práctica en LG Hamburg, Beschluss v. 7.3.2019 - 614 Qs 21/18, BeckRS 2019, 8228; BEUKELMANN, Stephan. Selbstständige Einziehung - Non-conviction-based confiscation. *Neue Juristische Wochenschrift Spezial*, 2019, p. 376-377.

91 En esta condena por un delito previo tribunales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos basan la compatibilidad del decomiso ampliado con la presunción de inocencia. V. gr. *Phillips v. the United Kingdom*, no. 41087/98, § 35, ECHR 2001-VII.

también se incluye el blanqueo de capitales, lo que puede actuar como cláusula de apertura[92].

El tribunal solo tendrá que cerciorarse de que el acto de adquisición (desconocido) no tuvo lugar hace más de treinta años[93], que es el nuevo plazo de prescripción del decomiso de ganancias *ex* §76b StGB, por lo que el riesgo de error, de aplicar esta medida a bienes que nada tienen que ver con un delito, aumenta, pues con el paso del tiempo la posibilidad de aportar pruebas sobre el origen se dificulta[94]. No obstante, para desvirtuar estos indicios, el sujeto afectado no tendría por qué probar plenamente su origen, sino que le bastaría con plantear una duda razonable sobre el mismo[95].

A fin de llegar a la conclusión del origen delictivo, el tribunal puede realizar un "balance de probabilidades", utilizando para ello los indicios regulados en el § 437 StPO. Aparte de la manida "desproporción grave entre el valor del objeto y los ingresos legítimos de la persona de que se trate", podrá tener en cuenta el resultado de la investigación del delito que dio lugar al procedimiento, las circunstancias en que se encontró y se incautó el objeto, y las demás circunstancias personales y económicas de la persona interesada. Estos indicios, en todo caso, tienen que respetar el principio de libre valoración de la prueba del § 261 StPO (el tribunal decidirá el resultado de la actividad probatoria a su discreción y convicción

---

92 Así lo piensan SALIGER, Frank. Grundfragen der Vermögensabschöpfung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlín, v. 129, n. 4, 2017, p. 1024 o TRÜG, Gerson. Die Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, *Neue Juristische Wochenschrift*, Múnich, v. 27, 2017, p. 1916. En contra de las críticas de este último, MEYER, Frank. Die selbstständige Einziehung nach § 76a StGB-E, oder: Don't bring a knife to a gunfight. *Strafverteidiger,* Berlín, n. 5, 2017, p. 352.

93 BT-Drucks 18/11640, p. 83. Sobre este nuevo plazo de prescripción para el decomiso ampliado y el decomiso independiente: HENNECKE, Frank. Ein Ende der Verjährung. Zur Verfassungsmäßigkeit des 'Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung'. *Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht*, Múnich, n. 4, 2018, p. 121-126.

94 SALIGER, Frank. Grundfragen der Vermögensabschöpfung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlín, v. 129, n. 4, 2017, p. 1027.

95 SALIGER, Frank. Grundfragen der Vermögensabschöpfung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlín, v. 129, n. 4, 2017, p. 1029.

basándose en todo el contenido de la audiencia)[96]. Según el anteproyecto, el estándar de prueba en estos casos sería similar al aplicado en el proceso civil[97], aunque algunos autores ven problemática la introducción de estos elementos proceso-civilistas en el proceso penal[98].

Si el propio legislador admite estar agotando el marco de lo constitucionalmente posible[99], para la doctrina se ha sobrepasado[100]: se plantean dudas sobre su conformidad con el derecho a declarar contra uno mismo o con la presunción de inocencia y, sobre todo, se hace hincapié en el excesivo ámbito de aplicación de esta medida, que supera los términos en los que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos acepta los procedimientos de decomiso sin condena[101].

Conclusiones

Al comienzo de este trabajo nos planteamos una serie de cuestiones que creemos haber respondido en diferente grado. La primera se refería al alcance de la reforma que, ya dijimos, es integral y se planteó en clave de sistema penal, abordando tanto los aspectos sustantivos como procesales. Este es el primer gran punto encomiable de esta ley, ya que no es raro encontrase con reformas en los códigos penales que no van acompañadas de una reforma procesal que las haga operativas. Sin embargo, sí se incurrió en un vicio propio de este tipo de reformas de gran calado en sede penal: no acompañarlas de la necesaria dotación

---

96 KÖLLNER, Rolf. E.; MÜCK, Jörg. Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung. *Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht*, n. 15-16, 2017, p. 598, no dudan en catalogar a esta nueva regulación de los § 76a 4 StGB y § 437 StPO de inversión de la carga de la prueba, de dudosa constitucionalidad.

97 BT-Drucks 18/9525, p. 92.

98 SALIGER, Frank. Grundfragen der Vermögensabschöpfung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlín, v. 129, n. 4, 2017, p. 1027.

99 BT-Drucks 18/11640, p. 83.

100 HINDERER, Patrick; BLECHSCHMITT, Lisa. Die "erweiterte selbständige Einziehung" nach§ 76a Abs. 4 StGB i.V.m. § 437 StPO. *Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht*, Múnich, n. 5, 2018, p. 185.

101 Por ejemplo, en la citada *Gogitidze and others v. Georgia*, no. 36862/05, § 107, ECHR, 12 may 2015.

de medios, especialmente personales, a la Administración de Justicia. Pero, además, fijándonos en los concretos puntos de los que nos hemos ocupado, vemos que no se tratan meros ajustes "cosméticos", sino que las modificaciones lo son en profundidad.

Sobre su relevancia y utilidad, aunque esta necesite tiempo para ser juzgada, creemos que se cumple, especialmente al facilitar la compensación a las víctimas. Con todo, el problema de su situación previa, en nuestra opinión, no venía dado tanto por la configuración del decomiso como de un fallo estructural del proceso penal alemán a la hora de dar entrada a la víctima y a sus pretensiones y de compatibilizar la acción penal y la civil. También es loable la nueva norma para la concreción de las ganancias, que establece una regla de cálculo más precisa frente a los contratos obtenidos mediante prácticas corruptas. Este es, quizá, el punto más interesante en clave de Derecho comparado de cara a su adopción por otros ordenamientos, si bien no logra librar a los tribunales de tener que interpretar este precepto ante las múltiples variables de estos contratos que no contempla.

En cuanto a si cumple los fines que se proponía, en lo que respecta a poner en valor la recuperación de activos la respuesta es, desde luego, afirmativa; de hecho, se ha excedido. En el caso alemán, y como si de la tercera ley de Newton se tratara ("para cada acción existe una reacción igual y opuesta"), a la acción de "no darle la suficiente importancia" a esta política criminal le ha seguido la reacción de ampliar de forma desproporcionada el ámbito de aplicación de las modernas formas de decomiso, hasta el punto de que, en nuestra opinión, se crea un nuevo estatus o estándar en los límites de esta figura.

Quien quiera encontrar soluciones a las grandes dudas o cuestiones doctrinales que suscitan estas modalidades de decomiso en otro Estado –a saber, cuál es la naturaleza del decomiso de ganancias, cuál es su posición en el sistema penal, hasta dónde pueden llegar o hasta qué punto son compatibles con derechos como la presunción de inocencia– se va a encontrar con que todos estamos aquejados de los mismos males y con la misma excusa: la implementación de las medidas ideadas a nivel internacional o supranacional para facilitar la recuperación de activos.

Nos preocupa la deriva que se ha tomado en relación al decomiso ampliado y al decomiso sin condena o independiente aplicable a los bienes

de origen incierto. Aquí cabe hablar de la discusión sobre la naturaleza del decomiso, que está en la base del desvanecimiento de los límites aplicativos de estas figuras. En los ordenamientos del entorno europeo se repiten los mismos argumentos en la discusión de la doctrina acerca de la admisibilidad de estas formas de decomiso (quizá, ahora, más centrada en el decomiso sin condena) dentro de los parámetros del proceso penal de un Estado de Derecho. En este sentido, tenemos la amarga sensación de que estamos en un *impasse*: hay dos posiciones sobre esta naturaleza difícilmente reconciliables: verla como una figura de carácter civil, compensatorio, o como una figura que, al operar en el marco del proceso penal, debe observar las garantías que le son propias. Parece que nunca vamos a llegar a discernirla de forma clara, no hay un argumento definitivo. Esta falta de entendimiento es aprovechada por el legislador, que decanta la balanza hacia el eficentismo, encaminándose hacia una potestad de confiscación total.

Bibliografía

AGUADO CORREA, Teresa. Decomiso: denominador común de la lucha eficaz contra el blanqueo de capitales, la delincuencia organizada y la financiación del terrorismo en la Unión Europea. En: VARGAS, Álvaro; VARGAS LOZANO, Renato (coords.). *El lavado de activos y la persecución de bienes de origen ilícito*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2017, p. 125-168.

AGUADO CORREA, Teresa. *El comiso*. Madrid: Edersa, 2000.

BARRETTO DA ROSA, Steffen. Die Reform der Vermögensabschöpfung: Offene Fragen des neuen Sicherstellungsrechts. *Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht*, Múnich, n. 6, p. 215-219, 2018.

BEUKELMANN, Stephan. Selbstständige Einziehung - Non-conviction-based confiscation. *Neue Juristische Wochenschrift Spezial*, p. 376-377, 2019.

BITTMAN, Folker. Das Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung in der Rechtsprechung - Teil 1/2. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, Múnich, n. 7, 383-398, 2019.

BITTMAN, Folker. Das Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung in der Rechtsprechung - Teil 2/2. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, Múnich, n. 8, 447-459, 2019.

BLANCO CORDERO, Isidoro. Armonización en la UE de los delitos de corrupción. El caso de españa. *European inklings II. Armonización penal en Europa*, n. 2, p. 152-204, 2013.

BLANCO CORDERO, Isidoro. "El comiso de ganancias, ¿brutas o netas?". *Diario La Ley*, Madrid, n. 7569, p. 1-45, 2011.

BLANCO CORDERO, Isidoro. "El decomiso de las ganancias de la corrupción". *Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB*, Río de Janeiro, v. 1, n. 1, pp. 112-–145, 2013.

BLANCO CORDERO, Isidoro. "La aplicación del comiso en caso de adjudicación de contratos públicos obtenida mediante soborno de funcionarios públicos". *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, vol. XXVIIn. 27, pp. 39-75, 2007.

BÖSE, Martin; WEYER, Vera. "Germany". En: BERNARDI, Alessandro (ed.);, ROSSI, Francesco (coord.). *Improving Confiscation Procedures iIn t The European Union*. Nápoles: Jovene Editore, 2019, pp. 249-285.

BOUCHT, Johan. "Extended Confiscation: Criminal Assets or Criminal Owners?". En LIGETI, Katalin; SIMONATO, Michele (eds.): *Chasing Criminal Money*. Challenges and Perspectives On Asset Recovery in the EU. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2017, pp. 117-137.

CARRILLO DEL TESO, Ana E. *Decomiso y recuperación de activos en el sistema penal español*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

CASTELLVÍ MONTSERRAT, Carlos. "Decomisar sin castigar. Utilidad y legitimidad del decomiso de ganancias". *InDret*, Barcelona, n. 1, /2019, p. 1-66.

DIERLAMM, Alfred. Der Referentenentwurf zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung – eine Mogelpackung! *Strafverteidiger*, vol. 36, n. 8, p. I-II, 2016. http://dx.doi.org/10.1515/stv-2016-0801

ESSER, Robert. "A Civil Asset Recovery Model. The German Perspective and European Human Rights". En: RUI, Jon Petter, SIEBER, Ulrich (eds.). *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe*. Berlin: Dunker & Humblot, 2015, pp. 69-109.

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *El decomiso transfronterizo de bienes*. Madrid: Colex, 2007.

GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. La recuperación de activos procedentes del delito: ¿hacia el delito de enriquecimiento ilícito? *Cuadernos de política criminal*, n. 121, p. 201–260, 2017.

GRACIA MARTÍN, Luis. *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito* (5ª Ed.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

HEINE, Sonja. Zum Verfall bei Austauschverträgen: Wider die Aushöhlung des Bruttoprinzips, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, Múnich, n. 3, p. 127-136, 2015.

HENNECKE, Frank. Ein Ende der Verjährung. Zur Verfassungsmäßigkeit des 'Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung'. *Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht*, Múnich, (NZWiSt),n. *heft* 4, pp. 121-126, 2018.

HINDERER, Patrick; BLECHSCHMITT, Lisa. Die "erweiterte selbständige Einziehung" nach§ 76a Abs. 4 StGB i.V.m. § 437 StPO. *Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht*, Múnich, n. 5, p. 179-185, 2018.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. (2002): *Tratado de Derecho Penal* (5ª ed.). Granada: Comares, 2002. (Traducción de OLMEDO CARDENETE, Miguel).

JOECKS, Wolfgang. § 76a Selbständige Anordnung. En: JOECKS, Wolfgang; MIEBACH, Klaus (eds.). *Münchener Kommentar zum StGB.* 3 Auflage, Múnich: Beck, 2016.

JORGE, Guillermo. Los desafíos de recuperar el producto de delitos de corrupción» En JORGE, Guillermo (dir.). *Recuperación de activos de la corrupción*. Buenos Aires: Del Puerto, 2008, p. XIII–XXXII.

KÖHLER, Marcus; BURKHARD, Christiane. Die Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung – Teil 2/2. *Neue Zeitschrift für Strafrech*, Múnich, n. 12, p. 665-682, 2017.

KÖHLER, Marcus. 3. Unternehmensstrafrechtliche Tage, *Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht*, Múnich, n. 6, pp. 226-230, 2018.

KÖHLER, Marcus. Die Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung – Teil 1/2 – Überblick und Normverständnis für die Rechtspraxis. *Neue Zeitschrift für Strafrech*, Múnich, n. 9, pp. 497-512, 2017.

KORTE, Matthias. Grundzüge der Reform der Vermögensabschöpfung. *Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht*, Múnich, n. 6, p. 231-235, 2018.

MARSTALLER, Marie-Lena;, ZIMMERMAN, Till. *Non Conviction Based Confiscation in Deutschland?* Baden-Baden: Nomos, 2018. http://dx.doi.org/10.5771/9783845294599

MATA BARRANCO, Norberto Javier de la. El fundamento del decomiso como "consecuencia" del delito: naturaleza jurídica confusa, pero objetivo claramente punitivo. En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa (coords.). *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*. Buenos Aires: BdeF, 2017, p. 939–948.

MAUGERI, Anna Maria. L'irrefrenabile tendenza espansiva della confisca qualle strumento di lotta contro la criminalità organizzata. En: BARILLARO, Michele (dir.). *Criminalità organizzata e sfruttamento delle risorse territoriali*, Milán, 2004, p. 97-127.

MAUGERI, Anna Maria. *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalià e garantismo*. Milán: Giuffrè, 2001.

MEIßNER, Markus. Das neue Modell der Opferentschädigung – aus Sicht eines (dritt)betroffenen Unternehmens. *Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht*, Múnich, (NZWiSt),n. 6, pp. 239-245, 2018.

MENDITTO, Francesco. Le confische nella prevenzione e nel contrasto alla criminalità "da profitto" (mafie, corruzione, evasione fiscale). Appunti a margine di alcune proposte di modifica normativa. *Diritto Penale Contemporaneo*, 2 Febbraio, 2015.

MEYER, Frank. "Reformiert die Rückgewinnungshilfe!" – Denkanstöße für eine Generalüberholung der Vermögensabschöpfung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlín, v. 127, n. 2, p. 241-283, 2015.

MEYER, Frank. "Abschöpfung von Vermögen unklarer Herkunft". *Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht,* Múnich, (NZWiSt),n. *heft* 6, pp. 246-250, 2018.

MEYER, Frank. Die selbstständige Einziehung nach § 76a StGB-E, oder: Don't bring a knife to a gunfight. *Strafverteidiger* (StV*),* Berlín, n. 5, pp. 343- – 354, 2017. http://dx.doi.org/10.1515/stv-2017-0509

PELZ, Christian. Abschöpfung von Vermögen unklarer Herkunft in Deutschland. *Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht,* Múnich, (NZWiSt),n. 6, pp. 251-254, 2018.

PERRON, Walter. "Vermögensstrafe und Erweiterter Verfall: Im Spannungsfeld zwischen öffentlichen Strafverfolgungsinteressen und privaten Eigentumsrechten". *Juristenzeitung (JZ)*, Tubinga vol. 48, nnúm. 19, pp. 918-925, 1993.

REH, Nicole. Praxisprobleme im Umgang mit dem neuen Recht der Vermögensabschöpfung aus staatsanwaltschaftlicher Sicht. *Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht,* Múnich, n. 1, p. 20-25, 2018.

RETTKE, Arne. Die Bedeutung der Einziehung gemäß § 73 StGB - Die Aufwertung der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung - Teil 1. *Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht*, Múnich, n. 8, p. 283-287, 2019.

RETTKE, Arne. Die Bedeutung der Einziehung gemäß § 73 StGB - Die Aufwertung der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung - Teil 2. *Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht*, Múnich, n. 9, p. 338-342, 2019.

RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. *El decomiso de activos ilícitos*. Cizur Menor: Aranzadi, 2017.

ROIG TORRES, Margarita. El comiso como estrategia frente a la corrupción en Alemania: interpretación jurisprudencial. *Estudios Penales y Criminológicos,* Santiago de Compostela, vol. XXXVIII, pp. 547-604, 2018.

ROIG TORRES, Margarita. La regulación del comiso. El modelo alemán y la reciente reforma española. *Estudios Penales y Criminológicos,* Santiago de Compostela, v. XXXVI, pp. 199-279, 2016.

RÖNNAU, Thomas. *Vermögensabschöpfung in der Praxis.* Múnich: C. H. Beck, 2003

RÜBENSTAHL, Markus. Bruttoabschöpfung nach neuem Recht – alte und neue Probleme (Die Perspektive eines Strafverteidigers). *Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht,* Múnich, n. 6, pp. 255-261, 2018.

SALIGER, Frank. § 76a Selbständige Anordnung. En: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfried; PAEFFGEN, Hans-Ullrich (eds.). *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 5 Auflage, Baden-Baden: Nomos, 2017.

SALIGER, Frank. Grundfragen der Vermögensabschöpfung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* Berlín, v. 129, n. 4, pp. 995-1034, 2017. http://dx.doi.org/10.1515/zstw-2017-0047

SCHÄUBLE, Johannes; PANANIS, Panos. Subjektive Beschränkungen des Bruttoprinzips nach neuem Einziehungsrecht (§ 73 d Abs. 1 StGB). *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, Múnich, *n.* 2, pp. 65- 72, 2019.

SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst. § 73 Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern. En: SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst. *Strafgesetzbuch Kommentar* (30ª ed), Múnich: C.H. Beck, 2019.

SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst. § 73a Erweiterte Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern. En: SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst. *Strafgesetzbuch Kommentar* (30ª ed), Múnich: C.H. Beck, 2019.

SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst. Siebenter Titel. Einziehung. Vorbemerkungen. En: SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst. *Strafgesetzbuch Kommentar* (30ª ed), Múnich: C.H. Beck, 2019.

TEMMING, Dieter. § 422 Abtrennung der Einziehung. En: GRAF, Jürgen-Peter (ed.). *Beck'scher Online-Kommentar StPO mit RiStBV und MiStra* (36ª Ed). Múnich: C.H. Beck, 2020.

TRÜG, Gerson. Die Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung., *Neue Juristische Wochenschrift*, Múnich, v. 27, pp. 1913-1918, 2017.

VETTORI, B., NICOLA, A. di. The Social Reuse of Confiscated Assets in EU Member States: From Current Experiences to an EU Policy for a "Powered–by–Citizens" Fight Against Crime. En LIGETI, Katalin; SIMONATO, Michele. (eds.). *Chasing Criminal Money. Challenges and Perspectives On Asset Recovery in the EU*. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2017, p. 321-343.

VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge. El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a éstas. *Revista Penal,* Barcelona, n. 19, p. 162-178, 2007.

VOGEL, Joachim. The Legal Construction that Property Can Do Harm. Reflections of the Rationality and Legitimacy of 'Civil' Forfeiture. En: RUI, Jon Petter; SIEBER, Ulrich (eds.). *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe*. Berlíin: Dunker & Humblot, 2015, pp. 225- 243.

Informações adicionais e declarações dos autores

Agradecimentos (acknowledgement): al Prof. Dr. Dr. h. c. Walter Perron, al que agradezco su hospitalidad y ayuda con el tema, al Prof. Dr. Isidoro Blanco Cordero, por su ayuda en las gestiones de la estancia, y sus sugerencias, y al Prof. Dr. Nicolás Rodríguez-García, por su revisión.

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

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

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

Dados do processo editorial
(http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies)

- Recebido em: 31/03/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio:
- Avaliação 1: 31/03/2020
- Avaliação 2: 02/04/2020
- Avaliação 3: 08/04/2020
- Avaliação 4: 21/04/2020
- Decisão editorial preliminar: 05/05/2020
- Retorno rodada de correções: 20/05/2020
- Decisão editorial final: 29/05/2020

Equipe editorial envolvida
- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-associado: 1 (JJEC)
- Revisores: 4

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

CARRILLO DEL TESO, Ana E. Recuperación de activos en el sistema penal alemán: luces y sombras del actual régimen de decomiso de ganancias. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 2, p. 577-616, maio/jun. 2020. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i2.355

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

La acción civil de extinción de dominio: el retorno al cuerpo del delito

The civic action of forfeiture: Return to corpus delicti

Jorge Rivero Evia[1]

Tribunal Superior de Justicia del Estado de Yucatán, México

jorge.rivero@tsjyuc.gob.mx

http://orcid.org/0000-0002-8319-1206

Resumen: La acción civil de extinción de dominio, presenta cuatro elementos para su configuración: a) la existencia de un hecho ilícito (de los enunciados en la Constitución mexicana); b) la existencia de bienes producto o que fueron utilizados para la comisión de uno de esos hechos ilícitos; c) el nexo de causalidad entre los dos primeros requisitos; y d) que el propietario de los bienes tuviera conocimiento de tales actividades antijurídicas. Ahora bien, el primer elemento (denominado el punto de conexión) será demostrado con independencia de la causa penal de origen; o sea, prescindiendo de los elementos personales como la culpabilidad del agente. Ello recuerda a la teoría (penal) del Causalismo, que entendió por el cuerpo del delito "los elementos de la descripción típica que constituyen la materialidad del hecho". Esta teoría, junto con la Finalista y la Funcionalista, han estado presentes en la normatividad penal mexicana. Hoy día, en el ámbito penal no se hace referencia expresa a ninguna de ellas; empero, ese elemento "hecho ilícito" de la acción de extinción de dominio, es exactamente compatible con el "cuerpo del delito".

Palabras clave: Extinción de dominio; Elementos de la acción; Teoría del delito; Causalismo; Cuerpo del delito; Hecho ilícito.

[1] Doctor en Derecho por la Universidad Anáhuac Mayab (Mérida, México); Investigador Nivel 1 del Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT; Magistrado Presidente de la Sala Colegiada Civil y Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Yucatán (México).

Abstract: *The civic action of forfeiture*[2] *features four elements for its configuration: a) the existence of an illicit act (corresponding to those stated in the Mexican Constitution), b) the existence of good(s) produced by or used in committing those illicit acts, c) the causal link between the first two required elements, and d) that the owner of the good(s) is aware of said unlawful activities. That said, the first element (labeled as the connection point) will be demonstrated independently from the original criminal case; that is, regardless of personal elements such as agent culpability. This reminds of the (criminal) theory of causality, which describes the corpus delicti as "the elements of a typical description that constitute the materiality of a fact". This theory, along with the Finalist and Functionalist approaches, has been present in Mexican criminal regulations. Today, in the criminal realm there is no express reference to any of these; however, the element "illicit act" in the forfeiture action is exactly compatible with that of "corpus delicti."*

Keywords: *Forfeiture; Civic action elements; Crime theory; Causalism; Corpus delicti; Illicit act.*

Sumario: 1. Introducción. 2. Concepto. Fundamento constitucional y legal de la acción de extinción de dominio (AED). 3. Elementos legales de la AED. 3.1. Primer elemento legal: la realización de un hecho ilícito como punto de conexión. 3.1.1. Concepto y evolución de la Teoría del delito. 3.1.1.1. El sistema Causalista. 3.1.1.2. El sistema Finalista. 3.1.1.3. El sistema Funcionalista. 4. La orientación sistemática-penal en México. 4.1. Primera Época. Causalismo (1857-1993). 4.2. Segunda Época. Finalismo (1993-1999). 4.3. Tercera Época. Causalismo "afinalizado" (1999-2008). 4.4. Cuarta Época. Sistema acusatorio (2008-fecha actual). 4.5. Nota marginal. El Funcionalismo en la legislación tabasqueña de adolescentes. 5. Balance. 6. Conclusiones. 7. Referencias.

[2] Se utiliza el vocablo "forfeiture", de "criminal forfeiture", que significa "confiscación", por ser el más cercano semánticamente al idioma español; empero, debe destacarse que la extinción de dominio en México no es una confiscación, la cual se encuentra prohibida por la Constitución en su artículo 22. La confiscación se orienta hacia la afectación de la economía del crimen y abarca la totalidad del patrimonio del inculpado, no bienes específicos. Véase: COTA MURILLO, Saúl. Definición de extinción de dominio y diferencias con otras instituciones que afectan la propiedad (confiscación, decomiso, adjudicación de bienes abandonados y expropiación). En: MARROQUÍN ZALETA, Jaime Manuel (Coordinador), *Extinción de dominio,* México: Instituto de la Judicatura Federal-Porrúa, 2009, p. 5.

1. *Introducción*

En el contexto de la globalización y la lucha contra el crimen organizado, se han adoptado legislaciones novedosas que otorgan nuevas facultades a la autoridad ejecutiva o que establecen mecanismos que facilitan la resolución[3]; fenómeno que ha cundido en el mundo entero, como una reconducción de la intervención punitiva del Estado, es decir, una auténtica *expansión* que replantea las garantías clásicas tanto del Derecho penal sustantivo, como del Derecho procesal penal y que desde luego, repercuten de modo general en el sistema jurídico.

Tal es el caso de la acción de extinción de dominio (AED), contemplada en el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) y desarrollada en la Ley Nacional de Extinción de Dominio (LNED). Acción híbrida, pues presenta connotaciones penales (el punto de conexión es un delito), civiles (es una acción real, en jurisdicción civil) y de derecho administrativo (en cuanto al destino de los bienes), enfrentando al Estado -representado en el Ministerio Público, como actor procesal- contra a un "enemigo presunto" (la parte demandada): el titular o poseedor de un bien producto o utilizado para o en la comisión de ciertos hechos ilícitos, quien verá disminuidos sus derechos, en comparación con otra especie de litigios del orden civil -de donde abreva su identidad, acorde a la CPEUM-.

En el presente trabajo se aborda uno de los elementos de dicha acción[4] (la existencia o realización de un hecho ilícito); es decir, el "punto de conexión", que dado el carácter independiente de la AED, habrá de analizar el juez especializado en extinción de dominio y el cual implica el retorno de una teoría (penal) como la Causalista y el concepto del cuerpo del delito, que -al menos normativamente- ya había sido abandonada en México.

---

[3] LABARDINI, Rodrigo. Los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo. En: ARJONA, Juan Carlos; HARDAGA, Cristina (Coordinadores.). *Terrorismo y derechos humanos*, México, Fontamara, 2008, p. 486

[4] Los elementos de la AED se enuncian en el artículo 9 de la LNED y son: a) la existencia o realización de un hecho ilícito; b) la existencia de algún bien de origen o destinación ilícita; c) el nexo causal de los dos elementos anteriores, y d) el conocimiento que tenga o deba haber tenido el titular, del destino del bien al hecho ilícito, o de que sea producto del ilícito.

En efecto, el foco de atención de este ensayo, se sitúa solamente en el primero de los elementos de la AED, sin soslayar la importancia capital de los restantes. Ello por dos razones fundamentales. La primera de ellas es que, inicialmente los jueces de extinción de dominio, serán jueces civiles (como es el caso del Estado de Yucatán)[5] que no se encuentran, por decirlo de una manera "empapados" de tópicos penales, necesarios en su comprensión para dar por acreditado ese elemento de la acción. En segundo lugar, porque el término de "hecho ilícito" pudiese utilizarse superficialmente y darle una connotación de sinónimo de "delito", en tanto que éste en sí, sería un concepto mucho más amplio.

Así las cosas, el planteamiento del problema se puede resumir en lo que a continuación se pregunta: ¿Cuál es significado del concepto de "hecho ilícito" en el contexto de la AED? ¿Es el concepto de "cuerpo del delito" una referencia válida al de "hecho ilícito"? ¿La dosis de prueba o el estándar probatorio en relación con el "hecho ilícito", es el mismo referente al del "cuerpo del delito" o al del "delito" *per se*?

---

[5] La LED presenta una compleja serie de facultades concurrentes competenciales entre Estados y Federación. En efecto, el artículo 17 de la LNED dispone de una competencia concurrente en la materia, entre la Federación y los Estados, pues refiere que será autoridad competente por materia para conocer, substanciar y resolver en primera instancia los procesos de extinción de dominio, la persona titular del juzgado competente en materia de extinción de dominio, ya sea de la Federación o de las Entidades Federativas; bajo las siguientes reglas: 1) Será Juez competente, aquel que corresponda al del lugar donde sucedieron los hechos ilícitos o el que corresponda a la ubicación de los bienes. 2) A falta de ubicación de los bienes será Juez competente el del lugar del domicilio de la parte demandada, a elección del Ministerio Público. 3) Los citados juzgados conocerán de las acciones de extinción de dominio que ejerza el Ministerio Público, sin perjuicio del valor de los bienes objeto de la acción. 4) Será Juez competente el que prevenga en el conocimiento del asunto, sin perjuicio del fuero. 5) Cuando varios jueces conozcan del mismo asunto, continuará substanciando el proceso el Juez respectivo por prevención. 6) El Poder Judicial de la Federación y aquéllos de las Entidades Federativas contarán con juzgados competentes en materia de extinción de dominio, determinando por conducto de sus órganos facultados para ello, el número de juzgados necesarios de acuerdo a las cargas de trabajo, distribuidos en circuitos, distritos o cualquier otra forma de competencia territorial, de conformidad con las leyes orgánicas, reglamentos, acuerdos y demás normatividad aplicable.

Para contestar lo anterior, es menester identificar qué es lo que se entiende por delito; por ende, se requiere echar mano de la Teoría del delito y las denominadas sistemáticas penales, que regularmente se reconocen como: Causalismo, Finalismo y Funcionalismo. En esa labor, se verificará un estudio descriptivo y comparativo, a fin de llegar a las correspondientes conclusiones.

Es la primera sistemática, el Causalismo la que presenta el concepto del cuerpo del delito, cuyo contenido se debatió durante mucho tiempo en México. Asimismo, la abrogada Ley Federal de Extinción de Dominio (LFED) aludió expresamente en su artículo 2, fracción II, a que por hecho ilícito debía entenderse la noción del cuerpo del delito, en términos del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales -igualmente abrogado a la fecha y sustituido por el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP)-.

La actual LNED ya no refiere al cuerpo del delito ni la CPEUM, empero sí lo hace la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) -máximo órgano judicial en el país acorde al artículo 94 de la indicada Carta Magna.

La hipótesis que se formula es la siguiente: *"Si el hecho ilícito como elemento de la AED en México implica la demostración del suceso criminal con abstracción de los diversos elementos del delito, como la culpabilidad, la antijuridicidad o la imputabilidad, entonces ello deriva de en que se acreditarán los elementos objetivos que constituyen la materialidad del hecho, por tanto, se percibe un regreso al concepto del cuerpo del delito, ya superado en el sistema penal, ahora presente en la jurisdicción civil".*

2. Concepto. Fundamento constitucional y legal de la acción de extinción de dominio (AED).

El vocablo "extinción", presenta dos significados: el primero (genérico), consistente en el hecho de extinguir o extinguirse un fuego o una luz[6]. El segundo, alude a la terminación o fin de una cosa, especialmente después de haber ido disminuyendo o desapareciendo poco a poco.

[6] Real Academia Española. https://dle.rae.es/extinguir.

A su vez, "dominio"[7], implica la acción de dominar; supremacía (en cuanto al poder, la autoridad, la fuerza, etc.) que se tiene sobre algo o alguien. En materia jurídica, la acepción expresa el poder que uno tiene de usar y disponer con libertad de lo que es suyo[8]. Se asimila al derecho de propiedad, entendido éste como el dominio que se ejerce sobre la cosa poseída[9].

Por ende, la extinción de dominio será la terminación de la supremacía o poder de propiedad que se ejerce sobre una cosa.

En ese contexto, las constituciones suelen reconocer en su articulado, derechos de propiedad[10] que significan toda una teoría social de un país y de sus habitantes sobre la economía de la producción y el destino o distribución de los bienes naturales y de los obtenidos por esa actividad productiva. De esta manera, se afirma que el derecho de propiedad es connatural y esencial a la persona[11].

---

[7] Deriva del latín *dominus:* señor, dueño propietario de una cosa (...) titular jurídico de un poder principal. GUTIÈRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, Faustino. *Diccionario de derecho romano*. Madrid: Reus, 1982, p. 204.

[8] PALOMAR DE MIGUEL, Juan. *Diccionario para juristas*. México: Porrúa, Tomo I (A-I), 2008, p. 547.

[9] MÁRQUEZ GONZÁLEZ, José Antonio. Propiedad. En: ÁLVAREZ DE LARA, Rosa María; BRENA SESMA, Ingrid; GONZÁLEZ ALCÁNTARA, Juan Luis (coords.). *Diccionario de derecho civil y de familia*. México: Porrúa, 2004, p.315.

[10] En efecto, *(...) la propiedad como objeto de regulación de los textos constitucionales aparece desde las primeras etapas del Estado constitucional, basta recordar que el artículo 16 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1793 establecía que "El derecho de propiedad es el que tiene todo ciudadano para gozar, disponer, de acuerdo con su criterio, de sus bienes, de sus ganancias, del fruto de su trabajo, y de su laboriosidad". Antes incluso, la Declaración de 1789 dedicaba dos artículos a la propiedad- En su artículo 2º se incluía a la propiedad entre "los derechos naturales e imprescriptibles del hombre", junto a la libertad, la seguridad y la resistencia a la opresión; por su parte, el artículo 17 de la misma Declaración de 1789 establecía el que seguramente es uno de primeros antecedentes de la expropiación, al menos consagrado a nivel supralegal; según este precepto: "Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, salvo cuando lo exija evidentemente la necesidad pública, legalmente comprobada, y a condición de una indemnización justa y previa" (...).* CARBONELL, Miguel. *Los derechos fundamentales en México*. México: Porrúa, 2005, p. 750.

[11] CASTRO Juventino V. *Garantías y Amparo*. México: Porrúa, 2000, p. 232.

En México, el derecho de propiedad se reconoce nominalmente en los primeros tres párrafos del artículo 27 de la CPEUM[12]. A su vez, ese derecho se encuentra protegido -junto con el de la posesión-, por el segundo párrafo del diverso artículo 14 de la propia CPEUM[13], desde el punto de vista de su afectación, cuando ésta se lleva a cabo sin el respeto de un debido proceso legal[14].

Como se ha dicho, no solo la propiedad encuentra *per se* un ámbito de tutela constitucional, sino también la posesión.

Y ello no puede ser de otra manera, puesto que, en la actualidad, el mundo experimenta una *economía de la impermanencia*[15]; se observa una práctica reiterada en preferir las cosas en arrendamiento en vez de obtener su propiedad. Bienes inmuebles, artículos de uso en las casas,

---

[12] (...) Artículo 27. *La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada. Las expropiaciones sólo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización. La nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana. En consecuencia, se dictarán las medidas necesarias para ordenar los asentamientos humanos y establecer adecuadas provisiones, usos, reservas y destinos de tierras, aguas y bosques, a efecto de ejecutar obras públicas y de planear y regular la fundación, conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población; para preservar y restaurar el equilibrio ecológico; para el fraccionamiento de los latifundios; para disponer, en los términos de la ley reglamentaria, la organización y explotación colectiva de los ejidos y comunidades; para el desarrollo de la pequeña propiedad rural; para el fomento de la agricultura, de la ganadería, de la silvicultura y de las demás actividades económicas en el medio rural, y para evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la sociedad (...).*

[13] (...) Artículo *14. (...) Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho. (...).*

[14] PENICHE LÓPEZ, Vicente. *Garantías y Amparo*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación- Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, 2007, p. 178.

[15] TOFFLER, citado por CASTRO, Juventino V., en op. cit., p.237.

transportes, ropas, maquinarias y demás bienes tanto de uso personal como aplicadas en actividades económicas, cada vez más se prefiere alquilarlas que adquirirlas en propiedad, como forma de garantizar el uso de dichos bienes, pero a la par gozar de sus mejoras y desarrollos, dado que se perfeccionan rápidamente y se produce su obsolescencia en escaso margen de tiempo, en virtud del avance tecnológico vertiginoso que corresponde a nuestra época.

Regresando al tema de la propiedad privada, ésta se encuentra garantizada en la CPEUM como un derecho, si bien sujeto a limitaciones[16].

Una limitación se descuella del párrafo tercero del artículo 27 de la CPEUM, que es el fundamento de una facultad conferida a la autoridad para considerar a la propiedad bajo su aspecto de función social. Se expresa que la Nación tiene en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada (y por añadidura a la posesión) las modalidades que dicte el interés público, así como regular en beneficio social el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación.

Otra limitante es la expropiación por causa de utilidad pública y mediante el pago de una indemnización (párrafo segundo del artículo 27 de la CPEUM)[17].

---

[16] En el entramado jurídico mexicano se encuentran varias limitaciones o modalidades impuestas a la propiedad; por ejemplo, la acción civil de prescripción positiva o *usucapión* hace perder al dueño la propiedad sobre un bien en favor del poseedor de éste por el transcurso del tiempo. Asimismo, utilizando un argumento "por minoría de razón", si a la propiedad se le imponen límites constitucionales y legales, la posesión también puede ser afectada con aquéllos. Ejemplo de esto último son las medidas de protección contenidas tanto en las leyes de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia, como en diversos códigos procesales de la república mexicana, que en atención al derecho fundamental a vivir en un entorno libre de violencia, disponen -entre otras- la extracción de la pareja violenta del domicilio en cohabitación y el reingreso al mismo de la pareja víctima, ello con independencia de los derechos de propiedad y posesión del presunto agresor. Véase: Tesis 1a.CIX/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 29, abril de 2016, t. II, p. 1152, núm. de registro: 2011440, rubro: "Violencia familiar. Las medidas de protección en la materia, previstas en el artículo 2,355 del código de procedimientos civiles del Estado de México, son constitucionales".

[17] El dominio del Estado se integra, en primer término, por aquellos bienes adquiridos originalmente por el Soberano por medio de la conquista, no

Una tercera limitación es la extinción de dominio.

El 9 de agosto de 2019, se publicó en el Diario Oficial de la Federación (DOF)[18], el decreto por el cual se expidió la Ley Nacional de Extinción de Dominio (LNED)[19], que completa las reformas a los artículos 22 y 73, fracción XXX, ambos de la CPEUM –DOF de 14 de marzo de 2019-.

La actual redacción del artículo 22 de la CPEUM, es del siguiente tenor:

> *(...) Artículo 22. Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.*
>
> *No se considerará confiscación la aplicación de bienes de una persona cuando sea decretada para el pago de multas o impuestos, ni cuando la decrete la autoridad judicial para el pago de responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito. Tampoco se considerará confiscación*

llegaron a salir de su patrimonio en virtud de haber sido declarados inalienables. En segundo lugar, por aquellos bienes que el Estado va adquiriendo como consecuencia de sus transacciones con los particulares, y en tercer lugar, por los que el propio Estado adquiere por virtud de aplicación de determinadas leyes. Como las de nacionalización y de bienes vacantes. Pero puede suceder que el Estado necesite para algunas de sus atenciones, bienes que formen parte de la propiedad privada y no pueda obtenerlos mediante arreglos contractuales con sus dueños. Como en tal caso el cumplimiento de las atribuciones del Estado sufriría sensiblemente si los medios necesarios sólo fueran administrados cuando concurre la voluntad de un particular, desde tiempos remotos se ha reconocido en la legislación una forma por la que el Estado puede unilateralmente llegar a adquirir esos bienes. Esa institución es la expropiación por causa de utilidad pública, definida como *(...) un medio por el cual el Estado impone a un particular la cesión de su propiedad por una causa de utilidad pública y mediante la compensación que al particular se le otorga por la privación de esa propiedad (...)*. FRAGA, Gabino. *Derecho Administrativo*. México: Porrúa, 1991, pp. 374-375.

[18] Medio de comunicación oficial en México, por el cual se da publicidad a leyes y decretos.

[19] Decreto virtud al cual, a la par se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Nacional de Procedimientos Penales, de la Ley Federal para la Administración y Enajenación de Bienes del Sector Público, de la Ley de Concursos Mercantiles y de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

> *el decomiso que ordene la autoridad judicial de los bienes en caso de enriquecimiento ilícito en los términos del artículo 109, la aplicación a favor del Estado de bienes asegurados que causen abandono en los términos de las disposiciones aplicables, ni de aquellos bienes cuyo dominio se declare extinto en sentencia.*
>
> *La acción de extinción de dominio se ejercitará por el Ministerio Público a través de un procedimiento jurisdiccional de naturaleza civil y autónomo del penal. Las autoridades competentes de los distintos órdenes de gobierno le prestarán auxilio en el cumplimiento de esta función. La ley establecerá los mecanismos para que las autoridades administren los bienes sujetos al proceso de extinción de dominio, incluidos sus productos, rendimientos, frutos y accesorios, para que la autoridad lleve a cabo su disposición, uso, usufructo, enajenación y monetización, atendiendo al interés público, y defina con criterios de oportunidad el destino y, en su caso, la destrucción de los mismos.*
>
> *Será procedente sobre bienes de carácter patrimonial cuya legítima procedencia no pueda acreditarse y se encuentren relacionados con las investigaciones derivadas de hechos de corrupción, encubrimiento, delitos cometidos por servidores públicos, delincuencia organizada, robo de vehículos, recursos de procedencia ilícita, delitos contra la salud, secuestro, extorsión, trata de personas y delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos y petroquímicos.*
>
> *A toda persona que se considere afectada, se le deberá garantizar el acceso a los medios de defensa adecuados para demostrar la procedencia legítima del bien sujeto al procedimiento (...).*

Prima facie, debe decirse que la extinción de dominio apareció en el sistema jurídico mexicano desde hace 11 años, vía una inicial reforma al artículo 22 (DOF de 18-junio-2008).

Desde el punto de vista constitucional, dicha acción no es una confiscación ni, por ende, pena inusitada o trascendental (prohibidas por la Ley Fundamental), pues si bien su objeto es privar del derecho de propiedad a una persona, tal institución implica un régimen de excepción para combatir sobre todo a la delincuencia organizada y a otra especie de delitos, de manera que la privación que deriva de ese procedimiento jurisdiccional se da exclusivamente respecto a bienes que son instrumento, objeto o producto de alguno de esos hechos típicos (enumerados en la

misma norma), mediante el seguimiento de un procedimiento en el que debe respetarse la garantía de audiencia.

En efecto, la incorporación de la extinción de dominio a nuestro sistema jurídico remonta hacia el año 2008, y formó parte de un paquete de reformas dirigidas a dar un trato especial a cierto tipo de delincuencia.

Dicha motivación generó varias modificaciones al texto constitucional (entre ellas, las adiciones a los artículos 16, 18, 19 y 20), dada la necesidad de contar con herramientas especiales para combatir la delincuencia organizada, que se distingue por sus características especiales en su capacidad de operación, la sofisticación de sus actividades, el impacto social de los delitos que comete y su condición de amenaza en contra del Estado.

Como lo reconoció el poder reformador de la constitución, tal organización ha rebasado la capacidad de respuesta de las autoridades.

Por estas razones, se identificaron los delitos específicos con las siguientes finalidades: a) Afectar a la delincuencia organizada en su patrimonio; b) Debilitar su estructura; c) Aumentar sus costos; d) Reducir sus ganancias; e) Dificultar su operación; y f) Combatirla de manera frontal[20].

La actual redacción del artículo 22 de la CPEUM, abarca una amplitud importante en relación con los ilícitos objeto de la acción de mérito, pues no solamente comprende a la delincuencia organizada, sino también a "hechos de corrupción" y "delitos cometidos por servidores públicos", los cuales no necesariamente se verifican a través de aquella figura de pluridelincuencia.

Desde su lectura constitucional, la extinción de dominio no tiene por objeto sancionar al responsable de la comisión del hecho ilícito; antes bien, está dirigida al apoderamiento de los bienes que son instrumento y producto del delito.

Difiere de la expropiación en que la extinción de dominio no obedece a una causa de utilidad pública, sino a la existencia de un hecho ilícito con resultados patrimoniales provechosos obtenidos al margen

[20] MELÉNDEZ ALMARÁZ, Mireya. Artículo 22. En: Cossío Díaz, José Ramón (coord.). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada*. México: Tirant lo Blanch, 2017, p. 514.

de la ley o, en caso de que un bien hubiese sido la vía o el medio para la realización del injusto.

Otra diferencia con la expropiación, reside en que en la extinción de dominio el Estado no paga una indemnización al propietario.

Un tercer criterio diferenciador consiste en que la expropiación es reversible, en tanto que la extinción de dominio no.

Debe decirse que desde 2008 convivieron en el ordenamiento jurídico tanto la Ley Federal de Extinción de Dominio, como leyes estatales en la materia, con las consabidas incongruencias; por tanto el Congreso de la Unión se irrogó la facultad para expedir la legislación única en la materia, la cual vio la luz –como se ha indicado-, el 9 de agosto de 2019[21].

3. Elementos legales de la AED.

Por elementos "legales" de la acción, entendemos las condiciones específicas que la normatividad contempla para ejercitarla.

En ese contexto, la AED es, en primer orden *autónoma*, por disposición del párrafo tercero del artículo 22 de la CPEUM. Respecto de esta característica, el diverso párrafo tercero del numeral 8 de la LNED, especifica que el proceso (leamos "acción") de extinción de dominio será autónomo, distinto e independiente de aquel o aquellos de materia penal de los cuales se haya obtenido la información relativa a los hechos que sustentan la acción o de cualquier otro que se haya iniciado con anterioridad simultáneamente.

La calificativa de *autonomía de la acción,* consiste en la facultad conferida al juzgador, acorde al segundo párrafo del artículo 14 de la LNED para resolver sobre los elementos de la acción con "plenitud de jurisdicción".

Estos elementos se enuncian en el artículo 9 de la LNED y son: a) la realización de un hecho ilícito; b) la existencia de algún bien de origen o destinación ilícita; c) el nexo causal de los dos elementos anteriores, y

[21] Todos los estados de la federación y el Distrito Federal (ahora Ciudad de México), contaron con leyes locales de extinción de dominio, excepto Yucatán.

d) el conocimiento que tenga o deba haber tenido el titular, del destino del bien al hecho ilícito, o de que sea producto del ilícito.

De tal manera que el juez de extinción de domino no queda vinculado totalmente con lo resuelto en la causa penal de la cual emerge el ejercicio de la acción, pues podrá calificar, por ejemplo, el *punto de conexión* entre ambos enjuiciamientos -el hecho ilícito (delito)- de distinta forma de la que se hizo en la jurisdicción criminal.

Si bien se afirmó en líneas precedentes que la acción de extinción de dominio tiene su *causa petendi* en la existencia de un hecho ilícito derivado de las pruebas que existen en una averiguación previa o en un procedimiento penal, el simple hecho de que aquella se funde en esta especie de evidencia, no desdice ni contradice la autonomía que de esa acción establece el artículo 22 de la CPEUM.

En efecto, el origen del hecho ilícito y su existencia, se surten a partir de las actuaciones penales, por lo que es ese hecho el que constituye el fundamento fáctico de dicha acción; mientras que la autonomía se actualiza con relación a la sentencia que se dicte.

Es decir, que no dependerá de que se determine la responsabilidad del procesado, porque ni siquiera su muerte incide en el curso de la acción de extinción de dominio. Tan es así, que el Juez de extinción de dominio puede tramitar la acción y resolverla aunque no exista auto de vinculación a proceso o un pronunciamiento en sentencia sobre la responsabilidad del acusado en la comisión del hecho ilícito, incluso, aunque no exista una persona determinada a la cual inculpar, porque lo relevante es que:

a) Exista certeza de que hubo un hecho ilícito que encuadra en uno de los delitos que da lugar a la acción de extinción de dominio.
b) Se sustente en la información que recabe el Ministerio Público cuando se haya iniciado la averiguación previa o una investigación o que se sustente en las actuaciones conducentes del procedimiento penal respectivo.

Entonces, la dosis de prueba redundará en el enjuiciamiento de extinción de dominio, en primer orden, cuando de esas actuaciones se desprenda que el hecho ilícito sucedió y que los bienes se ubican en los supuestos normativos.

Por tanto, la acción de extinción de dominio no depende de los actos que realiza el Juez penal, sino de las actuaciones, datos o medios de prueba que en la instancia criminal se desahoguen.

De esa manera, se consagra la autonomía del juzgador de la acción de extinción de dominio en la toma de decisiones, puesto que garantiza su absoluta libertad para resolver sobre la procedencia o improcedencia de la acción.

Al respecto, la jurisprudencia ha identificado dos posibles escenarios:

1. Cuando en la causa penal se determine la falta de alguno de los elementos del hecho ilícito. Tal disociación no se aplica en la calificación de los elementos del injusto, pues en cuanto a ese preciso aspecto, existe una *vinculación total*, de manera que, generalmente, el Juez de Extinción de Dominio debe sujetarse a la decisión que adopte el especializado en la materia penal cuando éste concluye, en una resolución intraprocesal que los elementos del cuerpo del delito no quedaron acreditados, o al dictar la sentencia definitiva, que el delito no se demostró[22].
2. Cuando la acción inicia con base en una resolución del Juez penal en la que determinó la existencia del hecho ilícito. En este caso debe tenerse como un elemento de prueba para demostrar su existencia, pero corresponde a las partes aportar los elementos necesarios a juicio para acreditar los extremos de sus pretensiones, ya que la litis es determinar si procede o no la extinción del derecho real de propiedad de los bienes y no respecto de la responsabilidad del acusado en la comisión del hecho ilícito[23].

---

[22] Tesis 1a./J. 21/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 17, abril de 2015, t. I, p. 340, núm. de registro: 2008879, rubro: "Extinción de dominio. La autonomía a que se refiere el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, entre el procedimiento relativo y el penal no es absoluta, sino relativa.".

[23] Tesis I.15o.C.31 C (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Décima Época, libro 67, junio de 2019, t. VI, p. 5076, núm. de registro: 2020154, rubro: "Acción de extinción de dominio. La autonomía de ésta consiste en la

Los cuatro elementos de la acción de extinción de dominio enumerados en el artículo 9 de la LNED, pueden denominarse de la siguiente forma:

a) El elemento o punto de conexión (el hecho ilícito);

b) El elemento real (la existencia de bienes de origen o destinación ilícita);

c) El elemento lógico (nexo de causalidad entre "a" y "b"); y

d) El elemento cognoscitivo (que el sujeto pasivo de la acción actúe a sabiendas de la ilicitud).

Para efectos de este trabajo, nos enfocaremos en el primero de ellos.

3.1. *Primer elemento legal: la realización de un hecho ilícito como punto de conexión*

La referencia al "hecho ilícito" está asignada a un evento que encuadra en alguno de los tipos penales que establece el artículo 22 de la CPEUM (típico), y que es contrario a derecho (antijurídico). Le llamamos el *punto de conexión*, pues es el puente entre dos jurisdicciones: la penal y la de extinción de dominio (civil).

Aquí es donde los civilistas se verán en la necesidad de empaparse de tópicos de derecho penal.

Según la SCJN[24], ese punto de conexión guarda relación directa con el concepto de "cuerpo del delito", utilizado en el sistema procesal penal tradicional mixto, y que ahora es denominado hecho ilícito[25],

---

libertad del juzgador para resolver sobre su procedencia o improcedencia, con independencia de que tenga su origen en un hecho ilícito, derivado de pruebas que consten en la averiguación previa o procedimiento penal.".

[24] Tesis 1a./J. 20/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 17, abril de 2015, t. I, p. 330, núm. de registro: 200887, rubro: "Extinción de domino. Concepto de hecho ilícito para efectos de la acción relativa (legislación del distrito federal).".

[25] La CPEUM ha incluido expresamente, en los artículos 14 y 16 cuestiones atinentes a la teoría del delito, como baremos de imputación procesal penal, perfilándose en un momento dado hacia la "Teoría final de la acción" (elementos del tipo) o hacia la "Teoría causalista" (cuerpo del delito). Asimismo,

para referirse a la acción u omisión considerada como delito por la ley penal, en el entendido de que su constatación es a título descriptivo y despersonalizado; es decir, excluye la culpabildad.

Entonces, para comprender lo anterior, resulta menester acudir a los elementos que nos brinda la teoría del delito, como una referencia obligada.

3.1.1. Concepto y evolución de la teoría del delito[26]

El análisis de las ciencias penales nos permite entrever la serie de materias que conforman su contenido, algunas con un carácter eminentemente dogmático y otras puramente técnicas, pero al referir su ámbito es preciso ubicar a la parte de la ciencia encargada de efectuar la tarea del análisis y sistematización de los elementos que la abarcan, siendo la teoría la encargada de aportar las explicaciones respectivas[27].

La teoría del delito se ocupa de los presupuestos jurídicos de la punibilidad de una acción. Se incluyen ahí no solo los delitos propiamente dichos, sino todas las acciones punibles. Si se habla de los presupuestos de la punibilidad, se piensa primero, de manera natural, en la Parte Especial del Derecho Penal, donde se hallan regulados los distintos tipos penales, como homicidio, robo, daño en propiedad ajena, fraude, etc. Sin embargo, la teoría del delito no estudia los elementos de cada uno de los tipos de delito, sino aquellos componentes del concepto de delito que *son comunes a todos los hechos punibles*. Se trata, particularmente, de las categorías de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, que se dividen a su vez en

---

la gran reforma en materia de seguridad y justicia penal de 2008, prescindió de tales referencias a una teoría en específico. Por su parte, las técnicas de litigación oral sugieren el planteamiento de la denominada "Teoría del caso", consistente en la exposición que cada una de las partes verifica frente al juzgador, respecto de su correspondiente versión de los hechos y con base en los datos que cada una de ellas aporte al proceso.

[26] Véase un trabajo previo: RIVERO EVIA, Jorge. "*A propósito de la teoría del delito: ¿Es aún necesaria en el sistema acusatorio mexicano?*". *Revista In Iure Anáhuac Mayab*, 2017, año 5, 10, ISNN 2007-6045, pp. 75-107.

[27] PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. Teoría del delito. Serie G: *Estudios doctrinales*, núm. 192. México: UNAM- Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 11.

numerosos subconceptos, como elementos objetivos y subjetivos del tipo, presupuestos objetivos y subjetivos de las causas de justificación, y elementos positivos y negativos de la culpabilidad.

Interesa entonces la cuestión acerca de en qué condiciones un hecho puede ser imputado al autor a nivel del correspondiente delito[28].

Para los fines del presente trabajo, se toman en cuenta tres sistemas: el Causalista, el Finalista y el Funcionalista, con la aclaración de que la intención no es desarrollar de manera profunda las ideas que dieron pie a esas corrientes doctrinales, pues esa tarea se la reservamos a tratados específicos de la Teoría del Delito y en el caso que nos ocupa se pretende solamente establecer su relación con uno de los elementos de la acción de extinción de dominio.

3.1.1.1. El sistema Causalista

El sistema jurídico penal llamado "Causalista", nació a partir de la obra de Franz Von Liszt, quien se apoyó en el concepto de "acción", como un fenómeno causal natural como punto de partida del delito[29].

Liszt recogió las ideas de la escuela Clásica y la Positivista y aplicando el método naturalístico, en boga a finales del siglo XIX, emprendió el estudio del Código Penal Alemán de 1871, para desprender de dicho cuerpo legislativo la estructura del delito, naciendo así la dogmática jurídico penal, que no es otra cosa más que el conocimiento del delito, a través del dogma, que es la ley.

Para el código punitivo germánico de 1871, el delito es la acción sancionada por las leyes penales. De esta definición legal y de las demás disposiciones de esa ley, Von Liszt realizó un análisis sistemático del derecho penal y del delito, y partiendo de una base naturalística, causalista, que es el acto o la acción humana; por ende, su teoría fue denominada "Causalista", que comprende a toda la doctrina

---

[28] JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal* (Parte General), 4ª. Granada: Comares, 1993, p. 175.

[29] Véase: VON LISZT Franz. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Valetta Ediciones, 2007.

que acepta como punto de arranque de la teoría del delito, la explicación naturalística del acto o la acción.[30]

Para este sistema, la explicación del acto o acción humana, se fundamenta en relaciones de procesos causales. La acción nace de un movimiento corporal que es un proceso, que origina un cambio en el mundo exterior, es decir, un efecto, y entre una y otro se da una relación.

Sobre la denominación que debe de recibir la "acción" como elemento del delito, se han utilizado conceptos como acto, conducta, hecho, acontecimiento, etc. En lo atinente a la naturaleza del acto o acción, se plantea la discusión de la imposibilidad de unificar los conceptos de acción y de omisión en uno solo que los abarque. Otro punto de debate ha sido el que considera al acto o acción dependiente de la imputabilidad; otros lo refieren al injusto. A la par, surge la discusión a que el acto o acción es "acromático", frente a quienes otorgan a la acción un valor "cromático" o finalista.[31]

En general, puede decirse, siguiendo el pensamiento más avanzado del sistema causalista, que la "omisión" se presenta cuando no se realiza el movimiento corporal "esperado" que debía de producir un cambio en el mundo exterior, violándose una norma imperativa (en la acción la norma es prohibitiva).

Todavía resulta más controversial el concepto de la comisión por omisión donde se afirma que se produce un resultado material a través de una omisión, de ahí que en este supuesto se violen tanto una norma imperativa como una prohibitiva.

En la teoría causalista en el estudio del acto o acción, lo que interesa es la fase externa; la interna corresponde a otro nivel, es decir, a la culpabilidad donde se analiza si el contenido de la voluntad fue doloso o culposo. En esa virtud, surge la figura del "cuerpo del delito", entendido como el conjunto de elementos externos de la conducta que reflejan la

---

[30] PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl, op. cit., pp. 10-11.

[31] Es decir, con independencia del dolo o las calificativas del delito ("acromático", o sea, sin color); este criterio es la distinción clave que el Causalismo presenta frente al Finalismo, que se dice es "cromático", pues enfatiza en la "finalidad de esa acción" (dolosa o culposa). Véase: ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, *Teoría del delito. Sistemas Causalista, Finalista y Funcionalista. Teoría del delito y Teoría del Caso*. México, Porrúa, 2020. p. 12.

existencia de un hecho. La acción es un factor de orden naturalístico desencadenante de un resultado material; es simple y sencillamente, un proceso causal.[32]

Es Vives Antón[33] – según el punto de vista de quien escribe estas líneas- quien mejor explica el concepto naturalístico de acción, que permite vincularlo a la idea del cuerpo del delito:

> "(...) si el delito es básicamente acción a la que se sobreañaden tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, parece claro que la acción ha de ser el género común del que quepa desgajar las diversas especies delictivas (...) Juega así el concepto de acción un papel semejante al de cuerpo: los sólidos, líquidos o gases son estados de la materia o, dicho en lenguaje ordinario, clases de cuerpos que se delimitan porque, como tales, presentan ciertas características específicas que, en todo caso, remiten a una condición material común (...)".

3.1.1.2. El sistema finalista

Hans Welzel es el indiscutible jurista que da nacimiento a la llamada "teoría de la acción finalista" que plantea una sistematización de la dogmática jurídico penal que se aparta de la sistemática "causalista".[34]

A partir de la década de 1930, aparecen publicados los trabajos de Welzel, que acepta que si bien el delito parte de una acción, y que ésta es conducta humana voluntaria, la misma tiene una finalidad; no como explica la teoría causalista que prescinde del contenido de la voluntad, o sea el fin. De esta diversa concepción se van a generar múltiples consecuencias que conforman la teoría finalista de la acción.

El fundador del finalismo explica que detrás de cada prohibición o mandato se hallan los elementales deberes ético-sociales, cuya vigencia se asegura conminando con una pena la lesión de esos deberes, pero la pena

---

[32] Ibidem, p. 11

[33] VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 105.

[34] QUINTINO ZEPEDA, Rubén. *La ciencia penal a través de sus autores*. México: Flores Editores, 2009, pp. 64-65.

debe dirigirse solo a la protección de los básicos deberes ético-sociales, como la vida, la libertad, el honor, etc. (principio de exclusividad de los medios punitivos específicos), pues extender la punición a conductas que no revistan gravedad de lesión a elementales deberes, degenera en un Estado represivo.[35]

La teoría finalista de la acción, maneja los conceptos ya expuestos por la teoría causalista, es decir, acción, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad y punibilidad, pero tales conceptos son empleados con un esquema distinto, constituyendo un sistema que busca la solución técnica y práctica a cuestiones que la teoría causalista no resolvía satisfactoriamente.

El punto de partida de la teoría finalista de la acción, es como su nombre lo indica, una concepción distinta de la acción de la que maneja la teoría causalista.

Esa nueva teoría, hizo del concepto de la acción (finalísticamente entendida), la base de la estructura del delito. Según ello, el actuar humano pertenece a una categoría del ser totalmente distinta a cualquier otro proceso causal. Es "ejercicio de la actividad final". Con la ayuda de su saber causal, el hombre puede, dentro de ciertos límites, dominar el acaecer y dirigir conforme a un plan su actuación para alcanzar una meta. La dirección final de la acción se realiza en la anticipación mental de la meta, en la elección de los medios instrumentales precisos y en la ejecución de la acción en el mundo real.[36]

Se asevera que la teoría causalista redujo el concepto de acción a un proceso causal; prescindiendo por completo de la vertiente de la finalidad. Con ello desconoció la realidad de las acciones humanas, que no son simples procesos causales (pues en este caso no se podrían diferenciar los fenómenos de la naturaleza), sino procesos causales dirigidos a un fin. O sea, al causalismo si bien le importa que el individuo haya actuado voluntariamente, no le es relevante lo que el sujeto haya querido (el contenido de su voluntad).[37] Y no es que el causalismo desconociera

---

[35] Véase: WELZEL, Hans. *Estudios de derecho penal*. Buenos Aires: B de F, 2002.

[36] JESCHECK, Hans-Heinrich, op. Cit., p. 191.

[37] MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría general del delito,* Valencia, Tirant lo Blanch, 1989, p. 26.

esa afirmación del finalismo (que toda conducta se encuentra dirigida a fines), sino que en el concepto de acción, tales fines no debían ser considerados, por estimar que pertenecían a diverso elemento del delito (la culpabilidad).

Acorde con el principio de acción de la teoría causalista, tenemos que la *acción es la manifestación de la voluntad por medio del movimiento corporal (o de la ausencia de este movimiento) que produce un resultado o cambio en el mundo exterior*. Es pues, un proceso causal, donde la "acción" es la causa del resultado, ya que como proceso causal, naturalístico tiene que existir forzosamente un nexo causal entre la "acción" y su "resultado".

Ahora bien, para la teoría finalista de la acción, *la acción humana es el ejercicio de una actividad finalista*. La acción es, por lo tanto, un acontecimiento "finalista" y no solamente "causal". La "finalidad" o actividad finalista de la acción se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever en determinada escala las consecuencias posibles de una actividad, proponerse objetivos de diversa índole y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de sus objetivos. Por eso, se afirma la finalidad es "vidente" y que la causalidad es "ciega".

En efecto, el legislador cuando describe una conducta de tipo penal (por ejemplo: "quien prive a otro de la vida"), no describe un simple proceso causal (también un rayo puede causar la muerte de una persona), sino un proceso causal en la medida que se deriva de la realización de una acción final humana.[38]

Para la teoría finalista, la acción pasa por dos fases, una interna y una externa. En la interna, el autor se propone anticipadamente la realización de un fin. Por ejemplo: realizar un viaje. Para llevar a cabo este fin selecciona los medios necesarios (viajar en coche, tren, avión). Esta selección sólo puede hacerse a partir del fin. Es decir, sólo cuando el autor está seguro de *qué es lo que quiere*, puede plantearse el problema de *cómo lo quiere*. En esta fase interna tiene también que considerar los efectos concomitantes que van unidos a los medios elegidos y a la consecución del fin que se propone (si, por ejemplo, elige el coche como medio de viaje y éste es largo, sabe que tiene que parar para dormir, cuenta con

[38] Ibidem, p. 27.

una avería, etc.). La consideración de estos efectos concomitantes puede hacer que el autor vuelva a plantearse la realización del fin y rechace algunos de los medios seleccionados para su realización. Pero una vez que los admita, como de segura o probable producción, también esos efectos concomitantes pertenecen a la acción.[39]

En la fase externa, se presentan: a) la puesta en marcha, la ejecución de los medios para cristalizar el objetivo principal; b) el resultado previsto y el o los resultados concomitantes; y c) el nexo causal.

Es decir, una vez propuesto el fin, seleccionados los medios para su realización y ponderados los efectos concomitantes, el autor procede a su realización en el mundo externo; pone en marcha, conforme a un plan, el proceso causal, dominado por la finalidad, y procura alcanzar la meta propuesta.

Dicho en pocas palabras, en la teoría de la acción final, encontramos que el dolo y la culpa se van a ubicar, ya no en el ámbito de la culpabilidad, sino en el de la acción típica. Es decir, dejarán de ser especies o formas de la culpabilidad, como tradicionalmente lo aceptó la teoría causalista, para constituir ahora el fin de la acción.

3.1.1.3. El sistema funcionalista

El derecho y sus instituciones, en particular el Derecho Penal y los organismos de procuración y administración de justicia, así como el aparato de seguridad pública, son funciones que responden a las exigencias de la estructura social.

Con frecuencia, podemos constatar que en nuestro campo de estudio (el Derecho Penal) se habla de crisis, de reformas, de nuevos modelos, es decir, del planteamiento de sistemas funcionales.

Generalmente los estudiosos de la materia punitiva no se proponen el cambio de la estructura social, se ocupan de la problemática de la función de las instituciones de procuración y administración de justicia, destacándose las reformas jurídico penales que permitan enfrentar con más eficacia al fenómeno de la criminalidad; así, se proponen cambios

[39] ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, op. cit., p. 89

en la legislación penal, pero sin una visión clara de la función que deben desempeñar, no existe percepción precisa del cometido que deban llevar a cabo; por ejemplo, se piensa en combatir la delincuencia simplemente con elevar las penas a las conductas típicas, suponiendo que ello bastará para desalentar los hechos delictivos, sin atender las raíces del problema. En México se piensa que basta cambiar la ley para cambiar la realidad, abundan los ejemplos y para muestra las múltiples reformas constitucionales que a su vez, recalan en una pléyade de adición normativa secundaria, en todas las ramas del derecho.

En el campo del derecho penal, en particular en la teoría del delito, ha surgido una sistemática denominada funcionalista, que es una de sus principales corrientes, misma que se ocupa de la función que la Política Criminal debe tener en el campo del derecho punitivo.

En palabras de Friedrich Nietzsche[40]: "por regla general, el valor o el no valor de un precepto se demuestra por el hecho de que se consiga o no se consiga el resultado propuesto, siempre y cuando se siga aquél escrupulosamente".

Jescheck y Schüler-Springorum[41] ven a la Política Criminal como una disciplina que se ocupa y preocupa de la criminalidad, del Derecho Penal, de las normas y de los valores.

Es decir, que el precepto o conjunto de preceptos (leyes) solo tienen valor si se consiguen las finalidades trazadas en un principio, y es mediante la Política Criminal como se podrá llegar a la consecución de la meta del derecho penal: la seguridad y la paz de las personas.

El funcionalismo se puede decir que surge en 1970 con las ideas del penalista germano Claus Roxin,[42] quien consideró que la explicación de la llamada "teoría finalista de la acción", si bien superaba a la explicación del sistema causalista, tampoco era del todo satisfactoria, principalmente porque no resolvía la *función* que debía desempeñar la Política Criminal

---

[40] NIETZSCHE, Friedrich. Aurora. Biblioteca conmemorativa Nietzsche. *Aurora, El Anticristo*, Madrid: Editorial Libsa, 2000, p. 26

[41] BERISTÁIN IPIÑA, Antonio. *Victimología. Nueve palabras clave*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000, pp. 554-555.

[42] Véase: ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. *Fundamentos, la estructura de la teoría del delito*. Madrid: Civitas, 1999.

en el campo del derecho penal, en especial en la teoría del delito. Su teoría se caracteriza por tres aspectos:[43]

a) La vinculación de la dogmática penal a ciertos fines político-criminales de carácter preventivo;

b) La responsabilidad penal entendida como la suma de la reprochabilidad, más el merecimiento y la necesidad de pena; y

c) La teoría de la imputación objetiva como un elemento regulador del nexo causal.

Así, la imputación objetiva de un resultado presupone positivamente dos puntos: la creación de un peligro jurídicamente desaprobado para el bien jurídico protegido y la realización de ese peligro en el hecho concreto causante del resultado.

Dicho de otro modo, para esta inclinación doctrinal, se requiere en primer lugar, que el autor haya creado un riesgo para el bien jurídico protegido (vida, libertad, propiedad, etc.), es decir, justamente con la violación de las normas penales que tienen por objeto la tutela ese valor.

4. La orientación sistemática-penal en México

Nuestro país ha adoptado en el devenir histórico, con mayor o menor énfasis, a cada una de estas teorías, como se verá a continuación.

4.1. Primera Época. Causalismo (1857-1993).

Nótese que, en primer lugar, la Constitución de 1857 no aludió a concepto sistemático alguno:

En efecto, la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857, contempló en los artículos 16 y 19 como título de imputación para detenciones, lo siguiente:[44]

---

[43] QUINTINO ZEPEDA, Rubén, op. cit., p. 175.

[44] CARBONELL, Miguel; CRUZ BARNEY, Óscar; PÉREZ PORTILLA, Karla (comps.). *Constituciones históricas de México*. México: Porrúa, 2004, p. 454.

> *(...) Artículo 16.- Nadie puede ser molestado en su persona, familia domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En el caso de delito in fraganti, toda persona puede aprehender al delincuente y á sus cómplices, poniéndolos sin demora á disposición de la autoridad inmediata (sic) (...).*
>
> *(...) Artículo 19.- Ninguna detención podrá esceder del término de tres días sin que se justifique con un auto motivado de prisión y los demás requisitos que establezca la ley (sic) (...).*

A su vez, el Código de Procedimientos Penales de 1894 (promulgado por Porfirio Díaz), en su artículo 104, indicaba: "*(...) Todos los delitos que por este código no tengan señalada una prueba especial, se justificarán comprobando todos los elementos que los constituyen, según la clasificación que de ellos haga el Código Penal, teniendo siempre presente lo dispuesto por éste en su artículo 9º (...)*".[45]

Por su parte, el artículo 9º, del Código Penal de 1871 (promulgado por Benito Juárez), establecía: (..) *"Siempre que a un acusado se le pruebe que violó una ley penal, se presumirá que obró con dolo, a no ser que se averigüe lo contrario, o que la ley exija la intención dolosa para que haya delito"*.[46]

Compartimos la idea de Colín Sánchez[47] cuando sostiene que los redactores del Código de Procedimientos Penales de 1894, identificaban al delito con el cuerpo del delito.

Ahora bien, la Constitución de 1917, en la redacción original (hoy pluri-reformada) de los propios artículos 16 y 19, refirió:[48]

> *(...) Artículo 16.- (...). No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, a no ser por la autoridad judicial, sin que proceda denuncia, acusación o querella de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas, por declaración,*

---

[45] DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. *Historia del derecho penal y procesal penal mexicanos*. T. I. México: Porrúa, 2005, p. 627.

[46] Ibidem, p. 361.

[47] COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. *Derecho mexicano de procedimientos penales*. México: Porrúa, 1997, p. 376.

[48] CARBONELL, Miguel; CRUZ BARNEY, Óscar; PÉREZ PORTILLA, Karla, op. cit., pp. 497-498.

> *bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado, hecha excepción de los caso de flagrante delito, en que cualquiera persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora ante la autoridad inmediata (sic). (...).*
>
> *(...) Artículo 19.- Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; los elementos que constituyen aquél; lugar, tiempo y circunstancias de ejecución y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado (*énfasis añadido). *(...).*

Como se observa, el concepto del cuerpo del delito se erigió como el título de imputación para justificar el auto de formal prisión en una Constitución mexicana desde 1917. Empero, el constituyente no definió qué era lo que se entendía por dicha entelequia.

Peniche López[49] comenta que –en oposición a grandes juristas de esa época, como González Bustamante y Franco Sodi-, solamente en tratándose del auto de formal prisión y del dictado de la sentencia definitiva, se requería de la comprobación del cuerpo del delito, pues el estándar de la orden de aprehensión era mínimo, ya que bastaba la existencia de un hecho determinado susceptible de ser delito. Otro dato importante que destaca el propio autor, es que: "(...) la Ley Orgánica del Artículo 103 de la Constitución de 1857, que para dictar una orden de aprehensión exigía la comprobación del cuerpo del delito, ya no puede ser aplicada por encontrarse derogada (...)".[50]

Así, con independencia de que si esa exigencia redundaba o no en el dictado de la orden de aprehensión, es patente que al menos, desde el siglo XIX, al aludirse en la normatividad, al cuerpo del delito, hay evidencia de la tendencia causalista en México en esa época.

Y la SCJN, ante la indefinición normativa del concepto del cuerpo del delito, su jurisprudencia tuvo que acotarlo, estimando que por aquel

---

[49] PENICHE LÓPEZ Vicente, op. cit., p. 272.

[50] Ibidem, p. 273.

debía entenderse: "(...) el conjunto de elementos objetivos externos que constituyen el delito, con total abstracción de la voluntad o del dolo (...)".[51]

4.2. Segunda Época. Finalismo (1993-1999).

Es hasta el 4 de septiembre de 1993, que entró en vigor el decreto que reformó los artículos 16, 19, 20 y 119 de la CPEUM, y de dichas reformas es digno de resaltar que se sustituyó la tendencia causalista denotada, al apartarse de la noción de "cuerpo del delito", por el concepto finalista de "elementos del tipo", ya que para librar una orden de aprehensión, o decretar un auto de formal prisión era necesario –además de otros requisitos de procedibilidad-, la existencia de datos que hicieran probable la responsabilidad del acusado y acreditaran los elementos del tipo penal.

Tipo delictivo y *corpus delicti,* son conceptos relacionados íntimamente; el primero se refiere a la conducta, considerada antijurídica por el legislador; y el segundo, a la realización del delito; en consecuencia, para que exista el cuerpo de un delito determinado, deberá contarse con el tipo delictivo correspondiente.[52]

Aun cuando la expresión de "tipo" ha sido utilizada en sentidos muy diversos, dogmáticamente el tipo penal es, ante todo, *tipo de injusto*, esto es, delimitación de las características determinantes del injusto específico de cada figura delictiva.[53]

El tipo legal se presenta, en ocasiones, como mera descripción de conducta, en otras, alude al resultado material, o bien, hace referencia a calidades determinadas en los sujetos, o a los medios de comisión, o a las modalidades de la conducta; puede hacer referencia, en fin, a estados de ánimo, finalidades de la acción, tendencias del sujeto, etc., de

---

[51] Tesis sin número, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo CIII, p. 1897, núm. de registro 300352, rubro: "Cuerpo del delito.".

[52] COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, op. cit., p. 377

[53] COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S., *Derecho Penal, Parte General*. 5a. Ed. corregida, aumentada y actualizada. Valencia: Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 306.

ahí la necesidad de clasificar los distintos elementos de que puede estar compuesto el tipo penal.

A partir de las citadas reformas a nuestra Carta Magna, los juzgadores quedaron obligados a precisar en sus resoluciones, relativas a órdenes de aprehensión, autos de formal prisión y sin duda sentencias, que se habían comprobado estos elementos del tipo penal.

Como consecuencia de lo anterior, los códigos penales y de procedimientos penales federales, cuyas reformas entraron en vigor a partir de 1º de febrero de 1994, también hacían referencia constante a los elementos del tipo penal.

El Causalismo y el Finalismo son parte de la evolución progresiva e infinita del derecho, son manifestaciones perfectibles de la obra humana, estos sistemas ya son escalones de otros. La meta, un derecho perfecto, que no por ser inalcanzable, deja de ser faro que ilumina el camino del hombre y del penalista en particular.[54]

Estas reformas constituyeron un paso adelante en la evolución de la teoría del delito en México, subiendo un escalón más hacia un derecho penal más justo, apoyado en la moderna Criminología, que participe de una imagen compleja del suceso delictivo de acuerdo con el rol activo y dinámico que atribuye a los protagonistas del mismo (delincuente, víctima, comunidad) y la relevancia acusada de los muy diversos factores que convergen e interactúan en el "escenario" criminal.

Sin embargo, nuestro derecho regresó al punto de partida del Causalismo, como se expone en las líneas siguientes.

4.3. Tercera Época. Causalismo "afinalizado" (1999-2008).

El 8 de marzo de 1999 se publicó nuevamente otra reforma a los artículos 16 y 19 de la CPEUM. La iniciativa del Ejecutivo de la Nación que culminó en las recientes reformas señaló en su exposición de motivos –entre otros muchos-, los siguientes:

a) *La reforma de 1993 al artículo 16 consideró teorías y escuelas de otras naciones que no corresponden al desarrollo del*

[54] ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, op. cit., p. 206

Derecho Penal Mexicano, al exigirse acreditar los elementos del tipo penal como uno de los requisitos para librar una orden de aprehensión.

b) *Después de 4 años de aplicarse la reforma de 1993 se ha observado que por "tecnicismos legales", presuntos delincuentes evaden la acción de la justicia, y en 1997 de todas las averiguaciones consignadas a la autoridad judicial, sólo se obsequiaron el 20% de ellas, debido al grado excesivo de "exigencia probatoria" impuesta al Ministerio Público, lo que ha provocado mayor delincuencia e impunidad.*

La reforma aludida, fue objeto de análisis en consulta con grupos sociales, y al parecer se mostró rechazo por parte del Foro Nacional considerando que la reforma sacrificaba la seguridad jurídica del ciudadano y favorecía al aparato de procuración de justicia que había demostrado ineficiencia en la integración de las averiguaciones.[55] Es decir, la reforma suprimió en los artículos 16 y 19 el concepto de "elementos del tipo" y los sustituyó por "cuerpo del delito". Empero, no se definió en sede constitucional, qué debía entenderse por ese concepto y ello ocasionó una confusión mayúscula, porque los códigos procesales de las entidades federativas (que en aquel tiempo aun conservaban la facultad de normar leyes de procedimiento penal) y el entonces vigente Código Federal de Procedimientos Penales no pudieron definir con concreción y unidad, qué es lo que debía entenderse por "cuerpo del delito".

Si bien la tradición apuntaba en el sentido de que su contenido son "los elementos objetivos, externos o materiales apreciables por los sentidos" (más o menos como había entendido la SCJN) que se desprenden de la descripción típica; sucedió que las correspondientes legislaciones abarcaron un contenido más amplio.

En efecto, veamos el siguiente cuadro comparativo entre las legislaciones procesales federal, del Distrito Federal (ahora Ciudad de México) y del Estado de Yucatán (en ese entonces en vigor):

[55] Ibidem, pp.. 206-207.

CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES	CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL D.F.	CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS EN MATERIA PENAL DEL ESTADO DE YUCATÁN
Art. 168.-... Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso que la descripción típica lo requiera.	Art. 122.- El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se demuestre la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determine la ley penal.	Art. 255.-... Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, y se tendrá por comprobado cuando se justifique la existencia de esos elementos por cualquier medio de prueba siempre que no sea de los prohibidos por la ley.

Como puede advertirse de este cuadro comparativo, existió cierta propensión a equiparar los conceptos del "cuerpo del delito" y de "los elementos del tipo", sobre todo en la del Distrito Federal que si bien no definió lo que se entendía por "cuerpo del delito", aludió a que este se tendrá por comprobado cuando se demuestre la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho (todos, incluidos los objetivos, subjetivos y normativos), lo cual denota la comparación aludida. En cambio, tanto en la legislación federal como en la estatal, bastaba el criterio eminentemente causalista de comprobar los elementos objetivos o materiales, que son los mínimos.

Con respecto a los elementos "normativos" que incluye en su fórmula del *corpus delicti* la ley adjetiva federal, cabe mencionar que

González Quintanilla[56] opina que "(...) el tipo se desglosa en elementos objetivos (entre los que se encuentran los normativos) y elementos subjetivos (...)".

Por su parte, con respecto a los "elementos normativos", Díaz y García Conlledo[57], niega su existencia en estos términos:

> "(...) lo principal es que, ni éstas ni otras definiciones, como las que desde la Filosofía analítica del lenguaje, distinguen entre hechos naturales y hechos institucionales o por la referencia a cualidades naturales y cualidades convencionales, satisfacen plenamente; las nuevas definiciones en realidad son reformulaciones, según creo, de la idea de la referencia a normas. Pero ninguna convence plenamente, porque en realidad no existen –o no existen apenas- elementos descriptivos o normativos puros, sino que los elementos típicos tienen componentes de ambas clases; piénsese en el tantas veces citado por la doctrina ejemplo de elemento "persona" u "otro" en el homicidio, que parece claramente descriptivo, pero sin embargo se carga de tintes normativos en tanto se plantean los límites de la vida humana (comienzo y fin), por ello, desde antiguo hay autores que propugnan incluso el abandono de la distinción (...)".

De aquí se ve que no existió consenso sobre cuáles serían los elementos normativos, y ante tal circunstancia el problema se acrecentó, dado que hoy por hoy la doctrina no puede definir siquiera a los conceptos mínimos de los elementos objetivos del delito y la legislación positiva no orientó al respecto, de modo que su delimitación residió en última instancia a criterio de los tribunales federales encargados del control constitucional.

El dilema que se plantea en adoptar determinado contenido para el concepto "cuerpo del delito" radica, a nuestro modo de ver, entre la seguridad de la protección de la garantía de libertad para el individuo y

---

[56] GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo. *Derecho Penal Mexicano. Parte General y Parte Especial. Metodología Jurídica y desglose de las constantes, elementos y configuración de los tipos penales*. México: Porrúa, 1996, p. 275

[57] DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Los elementos normativos del tipo penal y la teoría del error. En: LUZÓN PENA, Diego-Manuel; MIR PUIG, Santiago (comps.). *Cuestiones actuales de la Teoría del Delito*. Madrid: Mc-Graw Hill, 1999, p. 65.

la seguridad de la protección a la sociedad de las conductas que dañan o ponen en peligro bienes jurídicos. Es decir, si se opta por asignar al "cuerpo del delito" el tradicional contenido referido a "elementos objetivos o materiales" se pone en riesgo la garantía de libertad; si elegimos otorgar al "cuerpo del delito" la suma de los elementos objetivos, subjetivos y normativos ello redundará en mayor seguridad jurídica a quien se le impute la comisión de un delito; pero ello obligará a un mayor esfuerzo del aparato de procuración de justicia de allegarse los elementos probatorios que acrediten los elementos del tipo[58].

En ese sentido, la reforma constitucional de 1999, a fin de no ser retrógrada se consideró bajo la óptica de que el "nuevo" cuerpo del delito –aunque se escuche como una aseveración impropia- tuviese una perspectiva finalista, es decir, asignándosele un contenido más amplio al referido hace más de 150 años que incluía únicamente a elementos materiales u objetivos, dado que de quedarse las cosas como se encontraban –sobre todo en nuestro Estado de Yucatán- nos veríamos frente a un estado totalitario.

También, aceptar como contenido del "cuerpo del delito" únicamente a los elementos objetivos o materiales previstos en el tipo llevaría a plantear los problemas de la tentativa, de los elementos subjetivos del tipo y del injusto, de la responsabilidad objetiva, etc., que el finalismo ya había superado.

Por esa razón, el Poder Judicial de la Federación emitió variada jurisprudencia al respecto, llegando a la conclusión de que, en México, la sistemática penal que imperaba en ese momento histórico, era ecléctica, pues si bien el ordenamiento constitucional aludía al concepto de "cuerpo del delito", la normatividad secundaria presentaba tintes finalistas.[59]

---

[58] RIVERO EVIA, Jorge. La teoría del delito en la Constitución mexicana. EN: Ávila Heredia, Ricardo de Jesús (Coordinador), *Centenario 1917-2017. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,* Mérida: Poder Judicial del Estado de Yucatán, 2017, p. 107.

[59] Muestra de ello es la tesis pronunciada por el entonces, el Tercer Tribunal Colegiado del XIV Circuito, de rubro: "Modificativas y calificativas. Deben incluirse en el dictado de una orden de aprehensión y de una formal prisión, a la luz de la reforma de treinta de marzo de dos mil a los códigos penal y de procedimientos en materia penal del Estado de Yucatán.". Tesis XIV.3o.7 P

4.4. Cuarta Época. Sistema acusatorio (2008- fecha actual).

La CPEUM volvió a ser reformada mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008,[60] a fin de sentar las bases de un proceso penal radicalmente diverso al que se venía practicando en la nación.

El nuevo paradigma, denominado "acusatorio" presenta notas muy peculiares que transforma el ámbito competencial de las autoridades judiciales, así como la estructura de la averiguación previa (la que desaparece como tal), del proceso (con la inclusión de jueces de control y tribunales de juicio oral) y de la ejecución de las sanciones (contando con jueces de ejecución).

Asimismo, entre otras cosas destaca la nueva concepción constitucional de los componentes de dos de las resoluciones más importantes en el proceso penal que dictará el Juez de Control (diverso a la autoridad que determinará la culpabilidad, denominada Tribunal de juicio oral o de enjuiciamiento); a saber, la orden de aprehensión y el auto de vinculación a proceso, que sustituye a la "formal prisión".[61]

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XVI, julio de 2002, p. 1336, núm. de registro: 186521.

[60] Conforme a los artículos transitorios respectivos, el nuevo sistema de justicia, entraría gradual y paulatinamente en vigor en el Estado Mexicano, teniendo como fecha límite el 2016 para que abarcara a todo el territorio nacional. En esos 8 años de derrotero, la gran mayoría de las Entidades Federativas emitieron sus propios códigos procesales penales y otro tipo de leyes afines. No obstante, en ese periodo que podemos llamarle de "calibración", la Federación se irrogó la facultad exclusiva de legislar en materia procesal penal. Ello dio como resultado, en 2013, la expedición del Código Nacional de Procedimientos Penales, que es un código único en materia adjetiva penal.

[61] El auto de formal prisión en los procedimientos tradicionales y el auto de vinculación a proceso en el sistema acusatorio son de naturaleza y efectos distintos, pues el primero no tiene sentido y sustento bajo el nuevo sistema de enjuiciamiento oral, de corte garantista, en el que los imputados deberán ser considerados inocentes, hasta que se dicte sentencia firme en su contra, además, cuenta con nuevas reglas procesales, ya que para dictar un auto de vinculación a proceso únicamente se requiere que los datos (no pruebas formalizadas) que fueron recabados en la carpeta de investigación establezcan el delito que se atribuye al imputado, el lugar, tiempo y las circunstancias de ejecución, y que exista la probabilidad de que él lo cometió o participó en su comisión; incluso se sustituyó la determinación de resolver sobre la libertad

En su actual redacción, el párrafo tercero del artículo 16 de la CPEUM, ordena:

> *(...) No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querella de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión (...).*
>
> Por su parte, el artículo 19 de la misma Constitución establece:
>
> *(...) Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión (...).*

En efecto, en el tema que interesa, llama la atención la sustitución de los conceptos "cuerpo del delito" y "probable responsabilidad" por los diversos de "hecho" y "probabilidad de comisión o participación".

Se dispone en la CPEUM que los puntos cardinales tanto de la orden de aprehensión, como del auto de vinculación a proceso sean: - El hecho en sí mismo; y - La probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión. Todo ello con base en "datos".

O sea, se ha vuelto a modificar el título de la imputación, prescindiendo de elementos de la teoría del delito, y aludiendo a cuestiones fácticas.

---

del imputado, pues eso, en su caso, será motivo de una medida cautelar, la que de manera independiente deberá solicitar la autoridad investigadora de los delitos; además, el Juez sólo puede decretar la prisión preventiva a petición del Ministerio Público cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado está siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso; y el Juez sólo podrá decretar la prisión preventiva de oficio, en los casos contemplados en el artículo 19 Constitucional.

En lo atinente a la supresión del *corpus delicti,* por el concepto de *hecho*[62], debe decirse que ello guarda congruencia con la acepción constitucional que la Primera Sala de la SCJN[63], le ha dado a la palabra delito: "(...) la palabra 'delito', en el citado precepto constitucional (el 19), no significa la clasificación jurídica que de los hechos atribuidos al procesado hace la ley, sino el conjunto de actos que integran el hecho criminoso y que, por ser perjudiciales a la sociedad, son reprimidos y castigados por la autoridad pública (...)".

A su vez, el CNPP[64] desarrolla dicho nuevo título de imputación penal, en los siguientes términos:

a. En tratándose de la emisión del citatorio, orden de comparecencia o de aprehensión. (Artículo 141), se exige:

- Denuncia o querella de un hecho que la ley señale como delito.
- Elaboración por parte del Ministerio Público de una carpeta de investigación.
- Anuncio del Ministerio Público al Juez de Control de la existencia en esa carpeta de investigación, de datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y haya la probabilidad de que el imputado lo hubiese cometido o participado en su comisión.
- Con base en ello, el Juez de Control podrá emitir; 1. Citatorio al imputado para la audiencia inicial; 2.

---

62 Llamémosle "hecho punible".

63 Véase ejecutoria de: MINISTERIO PÚBLICO AL INCOAR OTRA AVERIGUACIÓN POR DELITO DIVERSO AL INCULPADO ADVERTIDO CON POSTERIORIDAD AL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL, NO INFRINGE LO DISPUESTO POR EL ARTÍCULO 19 CONSTITUCIONAL. Tesis 1a./J. 15/95, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. II, noviembre de 1995, p. 97, núm. de registro: 200442.

64 El Código Nacional de Procedimientos Penales, obedece a la diversa reforma a la CPEUM de 8 de 9 octubre de 2013, que irrogó al Congreso de la Unión, la facultad exclusiva para legislar en materia de procedimiento penal, quedando el artículo 73, fracción XXI, de la siguiente forma: (...) *El Congreso tiene facultad para expedir: (...) c) La legislación única en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias y de ejecución de penas que regirá en la República en el orden federal y en el fuero común(...).*

Orden de comparecencia, a través de la fuerza pública, en contra del imputado que habiendo sido citado previamente a una audiencia no haya comparecido, sin justificación alguna, o 3. Orden de aprehensión en contra de una persona cuando el Ministerio Público advierta que existe la necesidad de cautela.

- En la clasificación jurídica que realice el Ministerio Público se especificará el tipo penal que se atribuye, el grado de ejecución del hecho, la forma de intervención y la naturaleza dolosa o culposa de la conducta, sin perjuicio de que con posterioridad proceda la reclasificación correspondiente.

b. En cuanto al auto de vinculación a proceso (Artículo 316), las exigencias serán:

- La solicitud del Ministerio Público al Juez de control donde formule la imputación;[65]
- Que se haya otorgado al imputado la oportunidad para declarar;
- Que de los antecedentes de la investigación expuestos por el Ministerio Público, se desprendan datos de prueba que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión. Se entenderá que obran datos que establecen que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito cuando existan indicios razonables que así permitan suponerlo, y
- Que no se actualice una causa de extinción de la acción penal o excluyente del delito.

[65] En este sistema, cabe diferenciar dos momentos claves, y diferentes en su evolución probática y argumentativa; a saber: a. La formulación de la imputación (en la audiencia inicial, ante el Juez de Control, quien con base en ella y otros datos, resolverá en su caso la vinculación a proceso o su contraria); y b. La formulación de la acusación (tras la fase de investigación complementaria –que se apertura con la vinculación a proceso-, en la audiencia intermedia, también ante el Juez de Control).

Debe destacarse que el artículo 260 del CNPP define como "antecedente de investigación", a todo registro incorporado en la carpeta de investigación que sirve de sustento para aportar datos de prueba, y por "dato de prueba", el diverso numeral 261, entiende la referencia al contenido de un determinado medio de convicción aún no desahogado ante el Órgano jurisdiccional, que se advierta idóneo y pertinente para establecer razonablemente la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado.

Finalmente, el Tribunal de enjuiciamiento, al momento de resolver en definitiva, podrá absolver o condenar al imputado.

Si se trata de sentencia absolutoria, determinará la causa de exclusión del delito que aparezca demostrada, para lo cual podrá tomar como referencia, en su caso, las causas de atipicidad, de justificación o inculpabilidad.

El artículo 405 del CNPP refiere que son causas de atipicidad: la ausencia de voluntad o de conducta, la falta de alguno de los elementos del tipo penal, el consentimiento de la víctima que recaiga sobre algún bien jurídico disponible, el error de tipo vencible que recaiga sobre algún elemento del tipo penal que no admita, de acuerdo con el catálogo de delitos susceptibles de configurarse de forma culposa previsto en la legislación penal aplicable, así como el error de tipo invencible.

Como causas de justificación, el mismo numeral incluye al consentimiento presunto, la legítima defensa, el estado de necesidad justificante, el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber.

Y como causas de inculpabilidad distingue al error de prohibición invencible, el estado de necesidad disculpante, la inimputabilidad, y la inexigibilidad de otra conducta.

Asimismo, se faculta al Tribunal de enjuiciamiento también para tomar como referencia al error de prohibición vencible como atenuante, dejando subsistente la presencia del dolo, igual como ocurre en los casos de exceso de legítima defensa e imputabilidad disminuida.

En tratándose de sentencia condenatoria, el artículo 406 indica que solamente será emitido un pronunciamiento de esa índole, cuando exista convicción de la culpabilidad del sentenciado, bajo el principio general de que la carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal de que se

trate. Al dictarse sentencia condenatoria se indicarán los márgenes de la punibilidad del delito y quedarán plenamente acreditados los elementos de la clasificación jurídica; es decir, el tipo penal que se atribuye, el grado de la ejecución del hecho, la forma de intervención y la naturaleza dolosa o culposa de la conducta, así como el grado de lesión o puesta en riesgo del bien jurídico. Se hará referencia a los elementos objetivos, subjetivos y normativos del tipo penal correspondiente, precisando si el tipo penal se consumó o se realizó en grado de tentativa, así como la forma en que el sujeto activo haya intervenido para la realización del tipo, según se trate de alguna forma de autoría o de participación, y la naturaleza dolosa o culposa de la conducta típica. Finalmente, se argumentará por qué al sentenciado no se le favorece por ninguna de las causas de la atipicidad, justificación o inculpabilidad; igualmente, se hará referencia a las agravantes o atenuantes que hayan concurrido y a la clase de concurso de delitos si fuera el caso.

4.5. Nota marginal. El funcionalismo en la legislación tabasqueña de adolescentes.

Un aspecto del funcionalismo recaló en la legislación mexicana; a saber, la teoría de la imputación objetiva, que fue contemplada en la *Ley que establece el Sistema integral de Justicia para Adolescentes en el Estado de Tabasco*.[66]

En efecto, el artículo 18, fracción II, de dicho cuerpo normativo, refirió como una de las causas de atipicidad, la falta de imputación objetiva del resultado típico al comportamiento del autor, en los siguientes términos:

> *(...) Un comportamiento le es objetivamente imputable al autor, siempre que se pruebe que éste:*
>
> *a) Creó un riesgo jurídicamente desaprobado.*
>
> *b) Que dicho riesgo jurídicamente desaprobado se concretizó en un resultado típico.*

[66] Ya abrogada, toda vez que en la actualidad la CPEUM establece en el artículo 73, fracción XXI, inciso "c", como facultad exclusiva del Congreso, la de emitir normatividad en materia de justicia penal para adolescentes, para regir en la República en el orden federal y en el fuero común.

c) Que el resultado típico pertenezca al ámbito protector de la norma de que se trate.

En este sentido, la tipicidad del hecho se excluye cuando se prueba que el autor creó un riesgo jurídicamente permitido; o cuando se pruebe que la víctima, de manera auto responsable, actuó a propio riesgo, de modo que se aprecie que su comportamiento estuvo fuera del ámbito protector de la norma.

El aumento de gravedad proveniente de las circunstancias particulares de la víctima no será atribuido al autor si éste las desconocía al momento de su acción u omisión. Si el autor estuviese obligado a conocer las circunstancias particulares de la víctima que propiciaron el aumento de su gravedad, la imputación al autor será a título culposo (...).

5. Balance

Como se ha visto, a lo largo de 163 años (tomando como punto de partida 1857), México ha ido adoptando en momentos determinados teorías causalistas, finalistas o funcionalistas.

Si bien, a la presente fecha, la CPEUM no se decanta por alguna de aquellas teorías, ello no significa que la dogmática penal sea inútil en el sistema acusatorio.

En efecto, se ha destacado en las líneas anteriores, que uno de los cambios más drásticos de la reforma constitucional de 2008, en virtud de la cual se incorporó el sistema acusatorio en México, fue la eliminación del concepto de "cuerpo del delito" como requisito para librar una orden de aprehensión o emitir un auto de plazo constitucional.

La reforma penal ahora exige, para que se dicten esas dos resoluciones, requisitos concernientes al proceso y al nivel probatorio exigido en cada etapa procesal.

Los criterios que desarrolla el CNPP se relacionan con la probática necesaria en cada una de esas decisiones jurisdiccionales; así como en lo atinente al dictado de una sentencia con base en un estándar de

prueba que trascienda más allá de toda duda razonable. Así pues, queda claro que la intención del Constituyente Permanente, fue eliminar los criterios dogmáticos prevalecientes con la frase "cuerpo del delito" y, en su momento, "elementos del tipo penal".

El otrora diseño constitucional, centraba el debate en torno a su contenido, aludiendo a criterios derivados de la teoría del delito: ¿por cuerpo del delito se entienden los elementos objetivos? ¿Se incluyen los elementos subjetivos? ¿Qué sucede con los tipos penales que incluyen elementos subjetivos como el "ánimo de dominio en el robo?[67]

Es cierto cuando se asevera que la prueba y sus reglas de valoración han sustituido a la teoría del delito en la Constitución Federal y que la teoría del delito ha quedado desterrada de aquella. No obstante preserva su relevancia.

La teoría del delito proporciona el camino lógico para la incriminación penal, que incluye la conformación de una conducta típica, antijurídica y culpable.

En la tipicidad se encuentran los elementos objetivos, entre los que se hallan los descriptivos y los normativos y, por último, los elementos subjetivos específicos o aquellos denominados como requeridos por el tipo penal.

Ahora bien, los elementos normativos involucran cierto tipo de valoración para su verificación que puede provenir de: i) un aspecto jurídico, en cuyo caso el juez debe considerar lo previsto en la ley para determinar el contenido y alcance del concepto en análisis; o, ii) un carácter cultural, en donde el juzgador habrá de remitirse a un aspecto social o cultural para determinar el contenido del elemento que se desea definir.

Así, el ejercicio de verificación, consistente en la delimitación del alcance y contenido de los elementos positivos (la suma de todos sus elementos) y negativos del delito (la existencia de alguna causa de exclusión del delito), se encuentran de la mano del derecho probatorio y de la argumentación jurídica básica, tanto al sostener la acusación y la

---

[67] DONDÉ MATUTE, Javier. Crítica a la teoría del delito. Bases para su destrucción (Artículo en línea). Instituto Nacional de Ciencias Penales. México. Disponible en: < http://bit.ly/2kV0Npb> Recuperado el 24 de febrero de 2017.

defensa sus correspondientes teorías del caso, como cuando los órganos judiciales resuelven el dictado de sus sentencias.

Es decir, acorde con la teoría del delito que más le acomode, desde su perspectiva al Fiscal, al imputado, a la víctima o al juzgador, es que sus argumentos se expresarán en el enjuiciamiento.

Por tanto, al no delimitarse constitucional o legalmente como exigencia una doctrina determinada (Causalista, Finalista o Funcionalista) el operador jurídico echará mano de aquella que le convenga a sus propios intereses, lo cual, lejos de restringir la importancia de la dogmática jurídico penal, potencia su relevancia en el actual sistema y nos obliga a todos a conocer sus contenidos.

Llevando lo anterior a la parcela de la AED, la comprobación del hecho ilícito requiere la demostración de que ocurrió un evento histórico que se adecua a la descripción de alguno de los delitos previstos en el artículo 22 de la CPEUM y reflejados en la LNED, debiéndose dejar de lado el análisis a título personal de la conducta y culpabilidad como atributos de responsabilidad específica de quien lo haya cometido.

Recordemos que en la evolución del concepto "delito", cada una de las sistemáticas penales identificó ciertos elementos. Asimismo, en un lugar común entender el concepto del delito como conducta castigada por la ley con una pena.

Así, varios elementos concurren en el delito, el cual si bien es un fenómeno unitario, que se integra de una vez y no por adición de componentes que acudan sucesivamente, es pertinente estudiarlo en cada uno de sus elementos, mediante un ejercicio de abstracción.

Es por ello, por ejemplo, que el numeral 4o., del Código Penal del Estado de Yucatán, ofrece un concepto dogmático del delito, al definirlo como "toda conducta típica, antijurídica y culpable".

De esa manera, se obtiene un concepto substancial del delito, extraído del ordenamiento penal, que acorde con la anterior fórmula, se compone de cuatro elementos: 1. Conducta; 2. Tipicidad; 3, Antijuridicidad; y 4. Culpabilidad.

No obstante, quien escribe estas líneas se une al criterio heptatómico, que identifica como elementos del delito, los siguientes: 1. Conducta; 2. Acción u omisión; 3. Tipicidad; 4. Antijuridicidad; 5. Imputabilidad; 6. Culpabilidad y 7. Punibilidad.

A su vez, a cada elemento del delito, le corresponde un elemento negativo. Estos son: 1. Ausencia de conducta; 2. Falta de acción u omisión; 3. Atipicidad; 4. Causas de justificación; 5. Inimputabilidad; 6. Inculpabilidad y 7. Excusas absolutorias.

Por otra parte, el concepto de *hecho ilícito,* como se refirió previamente, se relacionó en la LFED al diverso concepto del *cuerpo del delito*, que acorde al artículo 168 del ya abrogado Código Federal de Procedimientos Penales, se entiendía el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso que la descripción típica lo requiera.

De acuerdo con esa definición de *hecho ilícito* en términos de *cuerpo del delito*, una primera interpretación podría ser que los elementos de los tipos penales de delincuencia organizada, contra la salud y los demás propios de la AED que deben probarse, solo son aquellos que tengan la naturaleza de *objetivos* o *normativos,* no así los que sean *subjetivos*[68] .

Ello no sería lo correcto, puesto que, por certeza jurídica, tales componentes del elemento del delito denominado *tipicidad*, deben ser demostrados en su totalidad tanto en el ámbito penal como en el de la extinción de dominio. De ahí que en líneas precedentes se expresó que en nuestro país se tuvo un periodo de un *cuerpo del delito afinalizado* que mezcló ideas de la sistemática Causalista y de la Finalista (1999-2008).

Sin embargo, la LNED ya no alude al *cuerpo del delito,* pues al definir *hecho ilícito* en la fracción XII del artículo 2, indica que por éste entiende el conjunto de conductas a que se refiere el párrafo cuarto del artículo 22 de la Constitución y se precisan en el artículo 1 de la propia ley. Por ende, solo refiere a descripciones típicas.

---

[68] Los elementos *objetivos* son los que pueden percibirse por los sentidos. Los *subjetivos,* en cambio, son motivaciones o fines de una persona, es decir, se ubican en la mente del sujeto, de forma que no pueden percibirse sensorialmente. Los *normativos* son elementos introducidos en el tipo por el legislador, que aluden a una valoración jurídica o cultural. Véase: COTA MURILLO, Saúl; ORDUÑA SOSA, Héctor. Análisis de los elementos constitucionales y legales de la extinción de dominio (artículos 22 constitucional y 2, 8 y 54 de la Ley Federal de Extinción de Dominio), en MARROQUÍN ZALETA, Jaime, op. cit., p. 74.

Lo anterior permite aseverar que el juicio respecto del *hecho ilícito* en la AED, no versará en torno al delito compuesto de los siete elementos antedichos, sino que quederá en un mero análisis de *tipicidad,* donde en su demostración sí se requerirá de la existencia de los elementos *objetivos, subjetivos* y en su caso *normativos* que el tipo penal correspondiente describa y por tanto, exija. Es decir, es fehaciente el retorno al cuerpo del delito. Un cuerpo del delito "afinalizado".

Un ejemplo de esto puede ser en el caso de la delincuencia organizada: un elemento *objetivo*, perceptible sensorialmente, será que tres o más personas estén organizadas; un elemento *subjetivo,* será que ese grupo tenga como finalidad realizar, en forma permanente o reiterada conductuas cuyo objetivo sea cometer uno de los delitos señalados en el artículo 2 de la Ley Federal contra la delincuencia organizada, como es el caso de delitos contra la salud (posesión de narcótico con fines de venta); y un elemento *normativo* lo constituye el concepto de "narcótico", que habrá que atender a la definicióm que contempla la Ley General de Salud.

Entonces, se insiste en que de los siete elementos del delito, solamente la tipicidad será materia de prueba en la AED.

En ese sentido, es factible dejar de analizar causas de justificación, excluyentes o eximentes de delito a título personal, ya que para eso está el procedimiento penal.

Clarifiquemos lo anterior.

La consecuencia legal directa de cualquier circunstancia eximente es la exclusión de un pronunciamiento de condena penal respecto del sujeto en el que concurre, derivado de la *inimputabilidad,* como elemento negativo del delito o de la *inculpabilidad*[69]. Asimismo, puede existir la

[69] Para explicar de una manera por demás sencilla, imaginemos que el delito es como una moneda al aire, cuando cae, lo hace de un lado, (águila o sol); lo mismo es en cuanto al delito, hay un aspecto positivo y uno negativo. Parte de la doctrina, suele identificar como elementos positivos del delito a los siguientes: 1. Conducta; 2. Acción u omisión; 3. Tipicidad; 4. Antijuridicidad; 5. *Imputabilidad*; 6. Culpabilidad y 7. Punibilidad. Ahora, dichos elementos tienen que darse de manera conjunta y en una prelación lógica, para que exista delito. El otro lado de la moneda, se constituye con los elementos negativos del delito, es decir, a cada elemento positivo, le correspondería uno negativo. A diferencia de los elementos positivos, los que deben existir de manera unitaria para que se dé el injusto, con que en un hecho se acredite la existencia de

inimputabilidad disminuida, pues existen casos en donde las circunstancias excluyentes se presentan sin reunir todos los elementos necesarios para su plena eficacia, o con una intensidad menor.

En atención a ello, la doctrina suele clasificar a las eximentes en dos especies: completas e incompletas.

Una circunstancia eximente completa hace referencia a un conjunto de factores o situaciones que, por exigencias legales, tienen la virtualidad de eximir totalmente de la responsabilidad penal del sujeto que ha perpetrado una infracción penal, aun cuando el hecho pueda acarrear por el agente otro tipo de consecuencias jurídicas (medidas de seguridad, responsabilidad civil, etc.)[70].

En cambio, las eximentes incompletas, son vistas como atenuantes. Según Borja Jiménez[71], son tres los componentes del concepto de eximente incompleta; a saber:

- El elemento *formal*, que se obtiene de la definición que la regla expresa de derecho refleja en la Ley.
- El componente *material cuantitativo,* que se constituye por un presupuesto positivo y otro negativo. Para apreciar una

uno de los negativos, bastará para que el delito no subsista o se excluya. Así, los multicitados elementos negativos son: 1. Ausencia de conducta humana; 2. Falta de acción u omisión; 3. Atipicidad; 4.Causas de justificación; 5. *Inimputabilidad*; 6. Inculpabilidad y 7. Excusas absolutorias. En lo que aquí interesa –eximentes en crímenes competencia de la CPI-, podemos sostener la misma idea, específicamente en relación a la imputabilidad-inimputabilidad. Una conducta que revista los caracteres exteriores de delito no entra dentro de la esfera del Derecho Penal, sino en cuanto lo que una persona haya realizado exteriormente, se halle ligado con una disposición de su voluntad no armonizable con las exigencias del Derecho. Conceptualmente, la imputabilidad es la capacidad de autodeterminación del ser humano para actuar conforme con el sentido, teniendo la facultad de comprender la antijuridicidad de su conducta. Por ende, será imputable aquel individuo que es libre para pensar, para hacer y que comprende la finalidad de sus actos, motivándose por la norma. Son imputables pues, quienes cuentan con capacidad no solo jurídica, sino natural, quienes no se encuentren privados de sus facultades mentales. Así, la inimputabilidad es el aspecto negativo de la imputabilidad, o sea, es la incapacidad para entender y querer en materia penal.

[70] BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. *Las circunstancias atenuantes en el ordenamiento jurídico español*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 16.

[71] *Ibidem.,* pp.17-18.

eximente incompleta, es menester que concurra el requisito esencial que fundamenta la razón de ser de cada causal; por ejemplo, la agresión ilegítima en la legítima defensa o la situación de necesidad (conflicto real de bienes jurídicos en el estado de necesidad. El presupuesto negativo implica que no debe concurrir en el hecho alguno de los requisitos considerados como no esenciales; por ejemplo, puede estar ausente la necesidad racional en el medio empleado para repeler la agresión o la intención de actuar con la finalidad de tutelar un bien jurídico de mayor o igual relevancia que el que se lesiona.

- El elemento *material punitivo*. Alude a la capacidad atenuatoria que se constituye en la consecuencia más relevante; actúa sobre la clase de pena y no sobre la cuantía de la pena (determinando una rebaja de sanción).

Con vista en lo anterior, ¿si tales circunstancias eximen de la responsabilidad criminal se les podrá encuadrar en la *litis* de la acción de extinción de dominio?

La respuesta es un rotundo no, dado que el elemento denominado "hecho ilícito" únicamente requiere de los elementos objetivos que constituyen su materialidad, con total exclusión de aquellas referencias que a título personal redunden en la imputabilidad o culpabilidad del agente.

Por ello, la AED procede aun cuando no se haya dictado la sentencia que determine la responsabilidad penal del sujeto a quien se le reprocha su comisión, pero existan elementos suficientes para determinar que el hecho ilícito sucedió.

Entonces, la noción de "cuerpo del delito" de raigambre causalista, reaparece con renovados bríos como el primer elemento de la acción de extinción de dominio.

6. *Conclusiones*

Primera. Los conceptos "delito" y "hecho ilícito", para efectos de la AED, no son sinónimos, puesto que aquél se constituye con una conjunción

de siete elementos: (1. Conducta; 2. Acción u omisión; 3. Tipicidad; 4. Antijuridicidad; 5. *Imputabilidad*; 6. Culpabilidad y 7. Punibilidad); en tanto que el "hecho ilícito", se circunscribe a la mera descripción típica.

Segunda. Esa descripción típica se erige en el elemento del delito denominado "tipicidad", que abarca a su vez, en atención de la fórmula gramatical que el legislador disponga, en su caso, otros elementos componentes; a saber: elementos objetivos, subjetivos o normativos.

Tercera. Si bien tanto la CPEUM como la LNED, ya no aluden al concepto del "cuerpo del delito", se denota que, aun esa entelequia se vincula al diverso concepto de "hecho ilícito".

Cuarta. Lo anterior en virtud de que si por "hecho ilícito" comprendemos "descripción típica", ello nos conduce a un solo elemento que reduce el standart probatorio en la AED, es decir, la "tipicidad", que en su caso, comprende la demostración únicamente de los elementos objetivos, normativos y subjetivos que gramaticalmente el legislador ha diseñado al crear el injusto penal, y de ahí su independencia para con el proceso penal, en donde si se habrá de demostrar el delito en su totaldad. De tal forma que en la AED no será materia de análisis los denominados "elementos negativos del delito" o eximentes, sino únicamente, la "atipicidad".

Quinta. Todo ello nos lleva a concluir que se experimenta un retorno a la noción del "cuerpo del delito" que al incluir los elementos subjetivos de la descripción típica, se inclina hacia un "cuerpo del delito afinalizado", que imperó en México en el periodo de 1999 a 2008.

7. *Referencias*

ÁLVAREZ DE LARA, Rosa María; BRENA SESMA, Ingrid; GONZÁLEZ ALCÁNTARA, Juan Luis (coords.). *Diccionario de derecho civil y de familia*. México: Porrúa, 2004.

ÁVILA HEREDIA, Ricardo de Jesús (Coordinador), *Centenario 1917-2017. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,* Mérida: Poder Judicial del Estado de Yucatán, 2017.

BERISTÁIN IPIÑA, Antonio. *Victimología. Nueve palabras clave*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000.

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. *Las circunstancias atenuantes en el ordenamiento jurídico español*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

CARBONELL, Miguel. *Los derechos fundamentales en México*. México: Porrúa, 2005.

CARBONELL, Miguel; CRUZ BARNEY, Óscar; PÉREZ PORTILLA, Karla (comps.). *Constituciones históricas de México*. México: Porrúa, 2004.

CASTRO, Juventino V. *Garantías y Amparo*. México: Porrúa, 2000.

COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S., *Derecho Penal, Parte General*. 5a. Ed. corregida, aumentada y actualizada. Valencia: Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. *Derecho mexicano de procedimientos penales*. México: Porrúa, 1997.

COSSÍO DÍAZ José Ramón (coord.). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada.* México: Tirant lo Blanch, 2017.

DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. *Historia del derecho penal y procesal penal mexicanos*. T. I. México: Porrúa, 2005.

DONDÉ MATUTE, Javier. Crítica a la teoría del delito. Bases para su destrucción (Artículo en línea). Instituto Nacional de Ciencias Penales. México. Disponible en: < http://bit.ly/2kV0Npb> Recuperado el 24 de febrero de 2017.

FRAGA, Gabino. *Derecho Administrativo*. México: Porrúa, 1991.

GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo. *Derecho Penal Mexicano. Parte General y Parte Especial. Metodología Jurídica y desglose de las constantes, elementos y configuración de los tipos penale*s. México: Porrúa, 1996.

GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, Faustino. *Diccionario de derecho romano*. Madrid: Reus, 1982.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal* (Parte General), 4ª. Ed. Granada: Comares, 1993.

LUZÓN PEÑA. Diego-Manuel; MIR PUIG, Santiago. *Cuestiones actuales de la Teoría del Del*ito (comps.). Madrid: McGraw Hill, 1999.

MARROQUÍN ZALETA, Jaime Manuel (Coordinador), *Extinción de dominio,* México: Instituto de la Judicatura Federal-Porrúa, 2009.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoría general del delito. Valencia, Tirant lo Blanch, 1989.

NIETZSCHE, Friedrich. Aurora. Biblioteca conmemorativa *Nietzsche. Aurora, El Anticristo,* Edición Editorial Libsa, Madrid, 2000; Coedición Edivisión, Compañía Editorial S.A.

ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, *Teoría del delito. Sistemas Causalista, Finalista y Funcionalista. Teoría del delito y Teoría del Caso*. México: Porrúa, 2020

PALOMAR DE MIGUEL, Juan. *Diccionario para juristas*. México: Porrúa, Tomo I (A-I), 2008.

PENICHE LÓPEZ, Vicente. *Garantías y Amparo*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación- Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, 2007.

PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. *Teoría del delito*. Serie G: *Estudios doctrinales*, núm. 192. México: UNAM- Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998.

QUINTINO ZEPEDA, Rubén. *La ciencia del derecho penal a través de sus autores*. México, Flores Editores, 2009.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos, la estructura de la teoría del delito*. Madrid: Civitas, 1999.

RIVERO EVIA, Jorge. "*A propósito de la teoría del delito: ¿Es aún necesaria en el sistema acusatorio mexicano?". Revista In Iure Anáhuac Mayab*, año 5, núm 10, 2017.

VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

VON LISZT, Franz. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Valetta Ediciones, 2007.

WELZEL, Hans. *Estudios de derecho penal*. Buenos Aires: B de F, 2002.

Informações adicionais e declarações dos autores (*integridade científica*)

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

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

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

Dados do processo editorial
(http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies)

- Recebido em: 31/03/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 15/04/2020
- Avaliação 1: 20/04/2020
- Avaliação 2: 27/04/2020
- Avaliação 3: 28/04/2020
- Decisão editorial preliminar: 05/05/2020
- Retorno rodada de correções: 26/05/2020
- Decisão editorial final: 29/05/2020

Equipe editorial envolvida

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

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

RIVERO EVIA, Jorge. La acción civil de extinción de dominio: el retorno al cuerpo del delito. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 2, p. 617-666, mai./ago. 2020. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i2.357

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

Extinción de Dominio en México: Revisión de su estructura constitucional y convencional

Asset Recovery Law in Mexico[1]: Revision of its Constitutional and Conventional Structure

Francisco José Parra Lara[2]

Universidad de Guanajuato – Guanajuato, Mexico

tagedra@hotmail.com

https://orcid.org/0000-0002-9997-2162

Resumen: Atendiendo a su historia constitucional, México ha aludido, en lo general, al bien común y al orden público, como el fundamento para que el Estado se apropie de los bienes considerados, *lato sensu*, como ilícitos. Lo que ha cambiado a lo largo del tiempo, radicalmente en ciertos casos, es el considerar a la apropiación estatal una pena, sanción, derecho o facultad, así como la vía en que aquella habría de hacerse valer. Hoy en día la extinción de dominio, por mandato constitucional expreso, es la acción, cuya substanciación es de índole civil y autónoma, por medio de la cual el Estado habrá de hacerse del patrimonio *cuya legítima procedencia no pueda acreditarse*. Figura cuya construcción, tanto constitucional como convencional y legal, deviene en polémica.

Palabras clave: Constitución; decomiso; extinción de dominio; ley nacional.

Abstract: *Mexican constitutional theory has generally mentioned the public order and benefit as the groundwork for the State's assets recovering considered as illegal. What has changed over time are the different hypothesis in which state*

[1] Definición que se cita no olvidando la que, sobre todo en Estados Unidos de Norteamérica, se suele relacionar más con el que sería el *decomiso civil*: *Forfeiture* (pérdida). En el desarrollo del artículo se hará mención de la última citada.

[2] Doctorando en Derechos Humanos por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Secretario de Estudio y Cuenta del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Yucatán.

appropriation can be enforced, some of them go from considering state appropriation as a punishment, authority, right to a faculty. Today the asset recovery, by constitutional mandate, is considered a civil and autonomous act nature through by all means the State must become the possessor of all assets whose legitimate origin cannot be proven. This by all means is a figure whose origin and constitutional proceedings becomes controversial.

Keywords: *Constitution; forcing; Asset Recovery Law; national law.*

Sumario: I. Introducción. II. Antecedentes de la extinción de dominio. 1. En el plano internacional. 1.1. El principio *pro homine* y la *antinomia estructural* del tipo *convencional*. 1.2. Reversión de la carga de la prueba y la buena fe de los terceros (tercer concepto de invalidez de la CNDH). 1.3. En Estados Unidos de Norteamérica y Colombia. 2. En México. III. La estructura constitucional vigente. 1. La competencia y el *numerus clausus* que señaló la CNDH en su primer concepto de invalidez. 2. La *ultra-actividad* de la jurisprudencia 1a./J. 22/2015 (10a.). 3. El confronte entre los artículos 22 y el 14, ambos de la CPEUM. IV. Conclusiones. V. Referencias.

I. Introducción

Si bien la extinción de dominio, como tal, tiene arraigo en México desde sus primeras constituciones federales, su asidero sólido como *decomiso civil* y, más aún, su delimitación propiamente como extinción de dominio, se remonta al año de 2008, concretamente dentro de la histórica reforma constitucional penal de ese mismo año, de la cual ha sido su aportación más trascendental la transformación del sistema penal inquisitivo o mixto al oral acusatorio y adversarial, ya en vigor en todo el país.[3]

La concepción de la extinción de dominio siguió tal cual en el texto del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos

[3] Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación (DOF), 18 de junio de 2008.

Mexicanos (CPEUM) hasta la posterior y actual reforma publicada en el DOF el 14 de marzo de 2019. No obstante que las diferencias entre lo estructurado constitucionalmente en los años 2008 y 2019 no son en lo absoluto intrascendentes, la emisión de la Ley Nacional de Extinción de Dominio (LNED)[4] presenta múltiples cuestiones que complican el cabal entendimiento y aplicación de dicho decomiso civil, al grado de reflejar antinomias estructurales, tanto respecto de la CPEUM (y por extensión, en el plano supranacional) como en el ámbito legal por carecer de congruencia interna (hacia la propia ley) y de congruencia externa en su proyección hacia los demás componentes del sistema jurídico mexicano.

Se escogió el concepto *antinomias estructurales* en clara alusión al pensamiento del filósofo italiano Luigi Ferrajoli cuando en su oportunidad llamó al conflicto entre una disposición constitucional y el marco convencional una *"antinomia estructural" (sic)*.[5] Es preciso decir que en líneas posteriores también se evidenciarán *antinomias convencionales*, y sobre todo, problemas de la interpretación y aplicación de la extinción de dominio entre la CPEUM y el sistema jurídico doméstico mexicano; de ahí que se considere válido el aludir a tal vocablo compuesto, pues, como se espera probar en el presente artículo, el grado de conflicto normativo no es posible de subsanar por el solo ejercicio de interpretación (incluida la ponderación), sino que necesitaría, en los que no serían pocos y aislados tópicos, de la intervención directa de la autoridad, sea esta legislativa o jurisdiccional, para anular y dejar así sin efectos a alguna o algunas de las normas en colisión insalvable.

Para lograr lo anterior, es de reconocerse la importancia de los argumentos vertidos en la acción de inconstitucionalidad interpuesta por el entonces titular de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) en contra de la LNED.[6] A fin de tener una idea sucinta de los temas que sobre dicha ley combate tal órgano constitucional autónomo, se cita la siguiente "*Síntesis / Resumen*" (*sic*):

---

[4] DOF, 9 de agosto de 2019. La última reforma acaecida sobre la misma fue emitida el 22 de enero de 2020.

[5] FERRAJOLI, Luigi *et. al. La teoría del derecho en el paradigma constitucional.* 2ª ed. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 39

[6] La cual fue radicada con el número 100/2019 del índice del Alto Tribunal de México: La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN).

- Restricción de la procedencia de la extinción de dominio en el ámbito local.
- Reserva previa y genérica de información pública.
- Elementos para la procedencia de la extinción de dominio que van más allá de lo que prevé la Constitución.
- Inconstitucionalidad del régimen previsto para la prescripción de la acción de extinción de dominio.
- Posibilidad de utilizar información obtenida de investigaciones para prevenir delitos.
- Impugnaciones relacionadas con la medida cautelar de aseguramiento y el acceso a bases de datos sin control judicial previo.
- Indeterminación normativa en una causal de venta anticipada de bienes.
- Posibilidad de aplicar la ley de manera retroactiva en perjuicio de las personas.[7]

Adicionalmente, se pretende que el presente escrito pueda ser útil, no solo en lo académico, sino en la esfera de lo público-social. Esto último en aras de estar en sintonía con el espíritu del arábigo transitorio décimo segundo de la LNED.[8] Así mismo, es preciso indicar que a raíz de las limitaciones para redactar el presente artículo es que se dejó para otra oportunidad el analizar en su integridad y a profundidad el contenido de la LNED; razón por la cual en esta ocasión sólo se tratará acerca de lo que la CNDH demandó en sus primero y tercer conceptos de invalidez.

---

[7] Disponible en: https://www.cndh.org.mx/documento/accion-de-inconstitucionalidad-1002019. Acceso: 11 de marzo de 2020.

[8] Décimo Segundo. Dentro del año siguiente a la entrada en vigor de la Ley Nacional de Extinción de Dominio, la persona titular de la Fiscalía General de la República, realizará una convocatoria pública para la revisión del marco constitucional y jurídico en materia de extinción de dominio. Dicha convocatoria tendrá como objetivo la identificación, discusión y formulación de las reformas constitucionales y de la Ley Nacional de Extinción de Dominio para su óptimo funcionamiento. Los resultados obtenidos serán públicos y se comunicarán al Congreso de la Unión con el fin de que éste realice las adecuaciones al marco jurídico que considere sean necesarias y pertinentes.

II. Antecedentes de la extinción de dominio

1. En el plano internacional.

Por estar específicamente plasmado en el artículo 1 de la LNED, se aprecia que el marco supranacional aplicable es el siguiente:

- La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.
- La Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción.
- La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas.
- Los demás instrumentos internacionales que regulan el decomiso, en su vertiente civil que es la materia de esta Ley.

La primera mencionada, más comúnmente conocida como la Convención de Palermo, es de cumplimiento obligatorio en México desde el 29 de septiembre de 2003. De esta, destacan los siguientes conceptos:

> *f)* Por "*embargo preventivo*" o "*incautación*" se entenderá la prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o mover bienes, o la custodia o el control temporales de bienes por mandamiento expedido por un tribunal u otra autoridad competente;
>
> *g)* Por "*decomiso*" se entenderá la privación con carácter definitivo de bienes por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente;[9]

Ahora bien, para los fines tanto de la LNED como del presente artículo, el numeral guía de tal pacto internacional es el 12, pues es el que establece los lineamientos que los Estados Parte, en este caso México, habrán de seguir respecto del decomiso y la incautación de lo que señala como *bienes* y *productos*, en la especie relacionados con la comisión de delitos.[10]

---

[9] Artículo 2. Definiciones, *ídem*.

[10] Artículo 12. Decomiso e incautación.1. Los Estados Parte adoptarán, en la medida en que lo permita su ordenamiento jurídico interno, las medidas que sean

La Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, (UNCAC), también conocida como la Convención de Mérida (Yucatán, México) por haber sido adoptada en dicha ciudad, entró en vigor el 14 de diciembre de 2005. De entrada, destaca que las definiciones que presenta respecto de *embargo preventivo* o *incautación*[11] y del *decomiso*[12], son exactamente idénticas a las plasmadas en la Convención de Palermo.

La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, la cual entró en vigor en México el 11 de noviembre de 1990, contempla idénticas definiciones

---

necesarias para autorizar el decomiso: a) Del producto de los delitos comprendidos en la presente Convención o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto; b) De los bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en la comisión de los delitos comprendidos en la presente Convención. 2. Los Estados Parte adoptarán las medidas que sean necesarias para permitir la identificación, la localización, el embargo preventivo o la incautación de cualquier bien a que se refiera el párrafo 1 del presente artículo con miras a su eventual decomiso. 3. Cuando el producto del delito se haya transformado o convertido parcial o totalmente en otros bienes, esos bienes podrán ser objeto de las medidas aplicables a dicho producto a tenor del presente artículo 4. Cuando el producto del delito se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, esos bienes podrán, sin menoscabo de cualquier otra facultad de embargo preventivo o incautación, ser objeto de decomiso hasta el valor estimado del producto entremezclado. 5. Los ingresos u otros beneficios derivados del producto del delito, de bienes en los que se haya transformado o convertido el producto del delito o de bienes con los que se haya entremezclado el producto del delito también podrán ser objeto de las medidas previstas en el presente artículo, de la misma manera y en el mismo grado que el producto del delito. 6. Para los fines del presente artículo y del artículo 13 de la presente Convención, cada Estado Parte facultará a sus tribunales u otras autoridades competentes para ordenar la presentación o la incautación de documentos bancarios, financieros o comerciales. Los Estados Parte no podrán negarse a aplicar las disposiciones del presente párrafo amparándose en el secreto bancario. 7. Los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de exigir a un delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso, en la medida en que ello sea conforme con los principios de su derecho interno y con la índole del proceso judicial u otras actuaciones conexas. 8. Las disposiciones del presente artículo no se interpretarán en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe. 9. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará al principio de que las medidas en él previstas se definirán y aplicarán de conformidad con el derecho interno de los Estados Parte y con sujeción a éste.

[11] Artículo 2 Definiciones, inciso f), *ídem*.

[12] *Ibídem*, inciso g).

de *decomiso*[13] y de *embargo preventivo* o *incautación*[14] que las contenidas en las otras convenciones.

1.1. El principio *pro homine*[15] y la antinomia estructural del tipo convencional

Ahora bien, es destacarse que el numeral 31 de la Convención de Mérida, así como el 5 de la relativa al Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas son, esencialmente, los mismos respecto del cardinal 12 de la Convención de Palermo, excepto por las siguientes diferencias que se desprenden del contraste de sus acápites:

> *Artículo 12. Decomiso e incautación*
>
> 1. Los Estados Parte adoptarán, en la medida en que lo permita su ordenamiento jurídico interno, las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso: (C. de P.).
>
> Artículo 5 Decomiso
>
> 1. Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso: (C. de relativa al Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas).
>
> *Artículo 31*
>
> *Embargo preventivo, incautación y decomiso previo*
>
> 1. Cada Estado Parte adoptará, en el mayor grado en que lo permita su ordenamiento jurídico interno, las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso: (C. de M.).

Si bien a primera vista destaca que la Convención de Mérida abarca más conceptos que las otras, trasciende aún más que la elaborada en México es más *pro decomiso e incautación* que sus similares italiana y

---

[13] Artículo I, Definiciones, inciso f), *ídem*.

[14] *Ibídem*, inciso l).

[15] Mismo que también es conocido como principio *pro persona*; *de favorecimiento a la persona*, etc. En México, actualmente es más referenciado como el principio *pro persona*.

vienesa[16], pues si bien la italiana y la mexicana reconocen expresamente los límites del derecho interno de los Estados Parte respecto a la aplicación de las mismas, la de Mérida enfatiza el deber de que "*en el mayor grado*" (*sic*) que lo permita el ordenamiento jurídico interno respectivo debe hacerse valer sus determinaciones.

Pues bien, al menos respecto de México, dicha determinación expresa de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción generaría una *antinomia estructural* del tipo *convencional* pues restringiría, como regla más que como principio o criterio de interpretación, el espíritu contenido en el artículo 30[17] respecto, en específico, del artículo 17[18], ambos de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH). Razonamiento, el inmediato anterior, que es receptor de los derechos civiles de la propiedad y posesión a los que el decomiso civil, más aún en la vertiente mexicana de la extinción de dominio, busca desvincular como derecho fundamental de los gobernados para así favorecer a los intereses estatales. Colisión normativa que, al mismo tiempo, se enfrenta a lo indicado por el siguiente apartado del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)[19]: *Artículo 5 (...) No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado*.

Luego, lo que se pretende señalar al invocarse al PIDCP[20] respecto de la DUDH, es ver cómo en estos instrumentos sí se respeta el alcance del

---

16 Fue redactada en Viena, Austria el 20 de diciembre de 1988.

17 *Artículo 30. Nada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración*.

18 *Artículo 17. 1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. 2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad*.

19 Proclamado el 16 de diciembre de 1966.

20 Su trascendencia es tal que se considera el primer sólido fundamento universal de tal apotegma *pro homine*. Para abundar sobre este tema: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Derecho internacional de los derechos humanos, Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano,* Colombia, 2004, p. 472.

principio *pro homine* en su vertiente de preferencia normativa[21], siendo aún más notorio cómo contempla la expresa prohibición de atenerse a la conducta contraria: preferir la o las normas (y por extensión, a la interpretación *ad hoc*) que menos proteja a la persona de acuerdo a los derechos y/o libertades expresamente correlacionados con el tratado, convención, declaración, o pacto en cuestión. Normativa convencional que equivaldría, en el ámbito competencial del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos que obliga a México, a lo consagrado en el siguiente cardinal de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica):

> Artículo 29. Normas de Interpretación
>
> Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:
>
> a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
>
> b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
>
> c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
>
> d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

---

[21] Sobre el concepto de dicho principio, valga citar su definición más conocida: *Es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, a la interpretación mas extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre* (PINTO, Mónica. *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/tablas/20185.pdf. Acceso: 12 de marzo de 2020).

1.2 Reversión de la carga de la prueba y la buena fe de los terceros (tercer concepto de invalidez de la CNDH)

Los temas inmediatos anteriores también son referenciados en las tres convenciones precitadas, mismos que son diametralmente opuestos en relación a los derechos de las personas privadas a quienes van dirigidos los dispositivos convencionales. Lo anterior se afirma, respecto del primer supuesto, dado que la regla (por como se observa redactada) de que los particulares beneficiarios de los mismos sean los que tengan que, *grosso modo*, acreditar (debidamente) el lícito origen de su propiedad, posesión o tenencia, según sea el caso, de los bienes o productos respecto de los cuales el Estado decida proceder según la competencia que le otorgue cada una de dichas convenciones.[22]

No menos importante es indicar que la *reversión de la carga de la prueba*, defendida por los tribunales bajo el sustento toral de que el decomiso civil (incluida la extinción de dominio) es una figura del derecho civil y no del penal, y que por ello aquella carga es la que viene a sustituir a la *presunción de inocencia* de origen punitivo y, residualmente, administrativo sancionador, son concatenadas, expresamente, por las Convenciones de Mérida y de Palermo con la que sería considerada, al menos, como la *presunción de culpabilidad* de quien tenga en su poder el objeto o producto decomisado, pues ambas convergen en facilitar que, sin que medie el meta-derecho fundamental del debido proceso legal, se

---

[22] Convención vienesa, *Artículo 5 Decomiso (...) 7. Cada una de las Partes considerará la posibilidad de invertir la carga de la prueba respecto del origen lícito del supuesto producto u otros bienes sujetos a decomiso, en la medida en que ello sea compatible con los principios de su derecho interno y con la naturaleza de sus procedimientos judiciales y de otros procedimientos.*

Convención de Mérida, *Artículo 31 Embargo preventivo, incautación y decomiso (...) 8. Los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de exigir a un delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso, en la medida en que ello sea conforme con los principios fundamentales de su derecho interno y con la índole del proceso judicial u otros procesos.*

Convención de Palermo, *Artículo 12. Decomiso e incautación (...) 7. Los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de exigir a un delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso, en la medida en que ello sea conforme con los principios de su derecho interno y con la índole del proceso judicial u otras actuaciones conexas.*

catalogue, y por ende se trate, a dicho propietario, poseedor o tenedor del mismo como "*delincuente*" (*sic*).[23]

Lo anterior refuerza la hipótesis de la *antinomia estructural convencional*, pues es notorio que las aludidas convenciones contradicen al artículo 14.2 del PIDCP, que a letra indica: *Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley*.

Por el otro extremo, los tres tratados coinciden en mandatar la restricción interpretativa en contra de los derechos de terceros de buena fe.[24]

Ambos conceptos, la carga de la prueba y la buena fe de los terceros, son distintamente tratados en la LNED. Y no necesariamente en atención al *pro homine*. Conclusión en la que es ilustrativo lo que la CNDH demandó en su tercer concepto de invalidez, concretamente en relación a la parte conducente del artículo 15 de dicha ley:[25]

> (...). esta CNDH considera que la disposición también genera inseguridad jurídica al referir que "*Se presumirá la Buena Fe en la adquisición y destino de los Bienes*", sin embargo, posteriormente refiere que, "*Para gozar de esta presunción, la Parte Demandada y la o las personas afectadas, dependiendo de las circunstancias del caso, deberán acreditar suficientemente*", lo cual genera una antinomia, pues, en un primer momento genera una expectativa de presunción y posteriormente exige la comprobación de diversas cuestiones.[26]

---

[23] Tal cual se observa en lo plasmado en la nota inmediata anterior.

[24] Convención vienesa, *Artículo 5 Decomiso (...) 8. Lo dispuesto en el presente artículo no podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.*

Convención de Mérida, *Artículo 31 Embargo preventivo, incautación y decomiso (...) 9. Las disposiciones del presente artículo no se interpretarán en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.*

Convención de Palermo *Artículo 12. Decomiso e incautación* (...) *8. Las disposiciones del presente artículo no se interpretarán en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.*

[25] *Artículo 15. Se presumirá la Buena Fe en la adquisición y destino de los Bienes. Para gozar de esta presunción, la Parte Demandada y la o las personas afectadas, dependiendo de las circunstancias del caso, deberán acreditar suficientemente, entre otras*: (...).

[26] *Op. cit*.p. 76.

Luego, es patente que la CNDH también considera que la extinción de dominio, en este caso su ley nacional, es fuente de *antinomias* en el sistema jurídico mexicano, en la especie del tipo *estructural legal*; la cual, al mismo tiempo, es diametralmente opuesta al principio general del derecho que reza: "*la buena fe se presume; la mala fe se prueba*" (*sic*).[27] Razonamiento de quien escribe que es compatible con la siguiente parte del mismo concepto de invalidez:

> Esta CNDH considera que dicha cuestión es una contradicción que genera inseguridad jurídica para todas las personas, pues, si la norma permitiera la presunción de buena fe, respecto de la adquisición y destino de los Bienes no sería necesario comprobar nada al respecto, puesto que la buena fe de su adquisición se presume.[28]

1.3 En Estados Unidos de Norteamérica y Colombia

El 02 de octubre de 2018 varios senadores y senadoras del Grupo Parlamentario del Partido Morena[29] presentaron la Iniciativa con Proyecto de Decreto a fin de reformar el artículo 22 de la CPEUM.[30] Dado que, como se adelantó, dicho arábigo fue reformado para quedar como hasta la presente fecha se encuentra, es que es oportuno resumir las referencias al derecho comparado que se hicieron en la exposición de motivos respectiva:

Respecto de los Estados Unidos de Norteamérica (EE.UU.), se dijo que la confiscación es una acción que se ejerce sobre la persona que sea declarada culpable de la comisión de un delito mediante sentencia, mientras que la "*acción civil se ejerce sobre el bien, no sobre el propietario" (sic)*.

---

[27] Es imperioso resaltar que la doctrina y la jurisprudencia local e internacional relacionada con las presunciones y los procesos de decomiso y extinción de dominio sólo han demeritado, de forma contundente, la relativa a la presunción de inocencia respecto a esas figuras, más no así la concerniente a la buena fe de los sujetos demandados y terceros a ellos vinculados.

[28] *Ídem*.

[29] Mismo que posee la mayoría simple de los legisladores en las dos Cámaras del Congreso de la Unión.

[30] Disponible en: https://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/64/1/2018-10-02-1/assets/documentos/Inic_Morena_Art_22.pdf. Acceso: 12 de marzo de 2020.

Hasta aquí no habría gran relevancia por lo que hace a su configuración actual, derivada de los ámbitos constitucional y legal de la extinción de dominio en México, pues en lo esencial se observa una similitud entre la acción civil respecto al que sería el decomiso patrimonial (y por ende, civil) aplicable en ambos países. Punto y aparte resulta el parágrafo inmediato siguiente de la exposición:

> El proceso administrativo inicia cuando una dependencia de gobierno incauta un bien, un activo o una propiedad durante una investigación. Una vez determinado que existe "causa probable" de que el bien está sujeto a extinción de dominio, se envía una notificación al dueño del bien, o a quienes hayan manifestado tener un interés jurídico.[31]

Tal cual se denota, sin explicación alguna, la exposición de motivos pasa de la esfera del derecho privado, concretamente civil, donde debe imperar la *igualdad inter-partes*, al derecho público (administrativo, en este específico supuesto), en donde el Estado mantiene su imperio y con ello la superioridad respecto de los gobernados (particulares). *Ergo*, dicho hecho corroboraría al menos uno de los argumentos de la inconstitucionalidad que esgrimió la CNDH en la acción *ad hoc* ya referenciada, pues así se entendería la poco sólida identidad civil de la actual acción de extinción de dominio.

Por otra parte, la aludida exposición senatorial señala que la extinción de dominio, en otros países, *no es materia jurisdiccional civil, sino penal*, citando como ejemplo a Colombia, mismo país al que refiere como poseedor desde el año de 1991 de la competencia exclusiva penal para juzgar, en sede judicial, a la extinción de dominio.[32]

---

[31] *Ídem*.

[32] Abunda al decir que (...) *la vigente Ley 1738, del 20 de enero de 2014, "por medio de la cual se expide el Código de Extinción de Dominio", dispone en su artículo 33 (Competencia para el juzgamiento), que: La administración de justicia en materia de extinción de dominio, durante la etapa del juicio, se ejerce de manera permanente por la sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, las salas de extinción de dominio de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y por los Jueces del Circuito especializados en extinción de dominio.* (*sic*). *Ídem*.

A manera de complementar lo antes señalado, y justificar el criterio de la SCJN que más adelante se invoca, Luis Hernando Valero Montenegro, respecto de la legislación colombiana, alude, no a la extinción de dominio sino al "*comiso*" (sic) cuando señala que este consiste en un mecanismo o medida dependiente derivado de la acción penal.[33] Cabe entonces decir que en México ambas figuras (extinción de dominio y decomiso) si tendrían constitucional y jurisprudencialmente su origen e intrínseca sustancia como entes del derecho represivo.

Por otro lado, Manuel Alberto Restrepo Medina señala que en dicho país sudamericano se habrían originado dos cuestiones a destacar:

La primera relativa a que, luego de que concluyan los procesos penales o las acciones de extinción del dominio, "*los bienes incautados serán devueltos a quienes hayan acreditado un derecho legítimo o ingresarán al Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado, para ser asignados por el Consejo Nacional de Estupefacientes, a fines de inversión social, seguridad y lucha contra la delincuencia organizada*".[34] Ahí no habría una sustancial diferencia con el caso actual mexicano, salvo que se pretenda demandar la responsabilidad patrimonial estatal por el deterioro o destrucción de tales bienes, pues a diferencia del caso colombiano, en México la vigente reforma en materia de extinción de dominio no contempla, al menos no expresamente como lo hacía antes, dicha posibilidad; lo que procesalmente se robustece al haberse edificado, desde la esfera constitucional, la naturaleza civil de dicha acción.

En otro extremo, Restrepo Medina señala que en Colombia existiría un *tercer juez*; esto es, uno distinto al del proceso penal (incluso ajeno a la materia represiva, refiere el investigador) y al de la extinción de dominio. Ese juzgador tendría como función la de ordenar "*la devolución de bienes incautados que se encontraban bajo un sistema de administración*".[35]

---

[33] VALERO MONTENEGRO, Luis Hernando. Los bienes equivalentes y el riesgo de confiscación en la Ley de extinción del dominio y en el comiso penal. *Revista Via Iuris*, v. 71, n. 6, Enero-Junio, 2009, p. 79.

[34] RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto. El régimen jurídico de los bienes incautados por delitos de narcotráfico o en acciones de extinción del dominio desde la perspectiva del análisis económico del derecho. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, v. 5, n. 2, 2003, p. 243.

[35] *Ibídem*, p. 251.

Ahora, a favor de utilizar el ejemplo colombiano para justificar la constitucionalidad y legalidad de la extinción de dominio mexicana está Oscar Antonio Creel Müller, quien invoca a la Corte Constitucional de aquella nación como fuente ilustrativa de la autonomía de dicha acción, pues considera que tal tribunal señaló que el titular de la misma no es un particular en lo singular o colectivo, sino la sociedad en su conjunto representada por el Estado (lo que en México, se supone, sería a través de la representación que ejerza el ministerio público).[36] Luego, el autor demerita la causa y la naturaleza penal de dicha figura "*debido a que la acción de extinción de dominio tiene su origen en el daño causado a la sociedad por las conductas delictivas, con independencia de quien las haya realizado, siempre que los bienes respecto de los cuales se ejercita se encuentren relacionados con dichas conductas*".[37]

En resumen, aun con la opinión de tratadistas como Creel Müller, se considera carente de congruencia la propuesta de reforma constitucional en cita, en lo que concierne a las invocaciones del derecho comparado. Esto porque ni lo aludido sobre EE.UU. y Colombia justificaría la naturaleza civil del procedimiento en que debe, al menos en el ideario, tramitarse los procedimientos jurisdiccionales de extinción de dominio en México.

2. En México

Como se dijo en un principio, la figura de la extinción de dominio en México fue consagrada, constitucionalmente, en el cardinal 22 de su Texto Fundamental vigente[38]; siendo que esto aconteció, formal y expresamente, hasta el 18 de junio de 2008. Antes de esto, puede considerarse, según comenta Jorge Adame Goddard, que el antecedente inmediato (y claro) de dicho artículo es el también numerado 22 de la

[36] En específico, invoca la Sentencia C-1025/04, de fecha 20 de octubre del 2004, siendo el Magistrado ponente Alfredo Beltrán Sierra (CREEL MÜLLER, Oscar A. La extinción de dominio en la legislación mexicana: su justificación jurídico-valorativa. *Revista Criterio Jurídico*, v. 9, n. 2, 2009, p. 144).

[37] *Ibídem*, p. 146.

[38] Carrancista, de 1917.

Constitución de 1857 (la denominada comúnmente como *juarista*).[39] Para contrastar ambos numerales, se cita la siguiente tabla:

1857	1917
Art. 22. Quedan *para siempre* prohibidas las penas de mutilacion y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquiera especie, la multa escesiva, la confiscacion de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas ó trascendentales.[40]	Art. 22.- Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquiera especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes, y cualquiera otras penas inusitadas y trascendentales. No se considerará como confiscación de bienes, la aplicación total o parcial de los bienes de una persona, hecha por la autoridad judicial, para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito, o para el pago de impuestos o multas. Queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse al traidor a la Patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación y ventaja, al incendiario, el plagiario, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar.[41]

Después de la extensión entre uno y otro artículo y con ello las diversas acepciones constitucionales que el texto carrancista tiene demás, resalta el mandato "*para siempre" (sic)* que le da fuerza superlativa

---

[39] ADAME GODDARD, Jorge, *Interpretación del artículo 22 constitucional sobre la extinción de dominio,* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, *Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional*, serie 09, México, primera edición, 2019, p. 9.

[40] Consultable en la liga: http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1857.pdf. Fecha de ingreso: 13 de marzo de 2020.

[41] *Texto original de la Constitución de 1917 y de las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación, del 5 de febrero de 1917 al 1o. de junio de 2009*, Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Disponible en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2802/8.pdf. P. 39. Acceso: 13 de Marzo de 2020.

a las prohibiciones como restricciones a favor de las personas, según la norma de 1857. Luego, es que desde su origen de hace más de 100 años, se entendería que el artículo 22 constitucional es proclive a la *regresividad*, esto es, a la vertiente contraria a la progresividad que en materia de derechos humanos preceptúa el tercer párrafo del arábigo 1º de la actual Carta Política. En defensa del texto publicado el 05 de febrero de 1917, el principio de *progresividad* y los diversos en materia de derechos humanos tienen repercusión sólida después de la Segunda Guerra Mundial, siendo que en México se consagraron en su Constitución federal hasta mediados del año 2011.

El 28 de diciembre de 1982 el artículo 22 constitucional carrancista sufre la primera modificación, destacando en su segundo párrafo la introducción del vocablo "*decomiso*" *(sic)*, pero, se entiende, distinto al especializado y autónomo civil que (se dice) resulta ser la extinción de dominio.[42] Lo anterior se afirma con base en que tal decomiso está expresamente concatenado con el delito de enriquecimiento ilícito según lo indicado, expresa y de forma sistemática, por el diverso 109 también reformado en esa oportunidad. De ahí, es que al interpretar el segundo parágrafo del artículo 22 constitucional con el penúltimo del 109[43], ambos vigentes en esa fecha[44], es que se colige que ese decomiso *no es civil, sino puramente penal* (*constitucional-penal,* para ser más precisos), pues si bien habla de sanción cualificada para los servidores públicos, por actos ejecutados por sí mismos o interpósitas personas respecto de los actos que denoten el tipo penal del enriquecimiento

---

[42] *Artículo 22: (...) No se considerará como confiscación de bienes, la aplicación total o parcial de los bienes de una persona, hecha por la autoridad judicial, para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito, o para el pago de impuestos o multas, ni el decomiso de los bienes en caso del enriquecimiento ilícito en los términos del artículo 109.*

[43] *Artículo 109 (...) Las leyes determinarán los casos y las circunstancias en los que se deba sancionar plenamente por causa de enriquecimiento ilícito a los servidores públicos que durante el tiempo de su encargo, o por motivos del mismo, por sí o por interpósita persona, aumenten substancialmente su patrimonio, adquieran bienes o se conduzcan como dueños sobre ellos, cuya procedencia lícita no pudiesen justificar. Las Leyes penales sancionarán con el decomiso y con la privación de la propiedad de dichos bienes, además de las otras penas que correspondan.*

[44] Tal párrafo del artículo 109 es, actualmente, el último de la fracción II del mismo.

ilícito, expresamente se dice que es de naturaleza penal y, además, susceptible de ser aplicada junto con otras, como lo sería la (pena de la) privación de la libertad.

Así mismo, puede verse que el artículo 109 constitucional ordena que los servidores públicos, a raíz de su empleo como tal, deben ser sujetos a un *decomiso penal* y con ello a las garantías penales, como la *presunción de inocencia* y el *in dubio pro reo*. Luego, en primera instancia se tendría que su *interpretación conforme* al vigente arábigo 22 de la misma CPEUM obligaría a exentar del *decomiso civil* (extinción de dominio) a dichos servidores públicos por actos u omisiones propios de *corrupción*, pues sería la vía penal y no la civil la idónea para sancionarlos. Tal interpretación sería, no solo *conforme* (a la CPEUM) si no *pro persona*, en la especie del servidor público, ya que maximizaría su defensa a través, se reitera, del denominado *garantismo* propio del derecho penal, en vez de obligarlo a acudir a un procedimiento *menos favorable* para aquel, como lo sería, en contraste, el civil.[45] Esto sin demeritar la posibilidad de sujetar al servidor público, por los mismos hechos delictivos, a ambos tipos de procedimientos, sea simultánea o sucesivamente.

Pues bien, como obstáculo hermenéutico, probablemente insuperable, se tendría que el actual artículo 22 constitucional contempla una *antinomia estructural constitucional*, ya que señala que la extinción de dominio también puede ser aplicada respecto de los delitos cometidos por servidores públicos. Ergo, se tendría que la CPEUM avala el proceder en contra de los ilícitos de origen penal cometidos por los servidores públicos a través del *decomiso penal* (artículo 109), como por el *civil* (22). Extremo que, por lo menos, ataca la estructura razonable y coherente de tal Texto Supremo.

En detrimento, al menos parcial, del *garantismo* que debiera permear en dicho apartado del artículo 109 referenciado, se observa que introduce, no obstante su naturaleza penal, la *presunción de culpabilidad* del servidor público, pues es él y no el ministerio público, quien deberá

[45] Al respecto, es ilustrativa la tesis aislada 1a. CCLXIII/2018 (10a.), con número de registro electrónico (NRE) 2018696 emitida por la Primera Sala de la SCJN, de rubro: "Interpretación conforme y principio de interpretación más favorable a la persona. Su aplicación tiene como presupuesto un ejercicio hermenéutico válido."

probar la licitud de su aumento (*substancialmente desproporcional*) de su patrimonio. El Pleno de la SCJN parece que salva el problema al catalogar, implícitamente, a dicha presunción, como de *iuris tantum*[46], pues el acusado puede desvirtuarla al probar el extremo opuesto: que su enriquecimiento, incluso atípico por su desproporcionalidad, tiene su origen lícito.[47] Misma *presunción de culpabilidad* que posteriormente se replicó en el artículo 22 constitucional y, aún más, en la LNED; esto bajo el postulado de *la carga de la prueba* propia del derecho civil.[48]

De las dos siguientes reformas al artículo 22 constitucional, suscitadas entre los años 1996 y 1999, respectivamente, lo destacable es que en la primera se dispuso expresamente que el decomiso (civil) sólo se permitiría respecto de los bienes del "*sentenciado*" (*sic*) respecto de los cuales "*éste se conduzca como dueño*" (*sic*); mientras que en la segunda la procedencia de tal decomiso se amplió en *pro del Estado* y no del otrora *sentenciado*, lo que evidencia otra clara *regresión constitucional*, tal cual se evidencia en el tercer párrafo de dicho artículo ahora en comento:

> No se considerará confiscación la aplicación a favor del Estado de bienes asegurados que causen abandono en los términos de

---

[46] ADAME GODDARD, Jorge, *op.cit*, p. 11-12.

[47] Tesis aislada P. XXXVII/2002, NRE 2018696, emitida por el Pleno de la de la SCJN, de rubro: "Enriquecimiento ilícito. La prueba circunstancial de ilicitud del incremento patrimonial que reconoce el artículo 224 del código penal federal no es atentatoria del principio de presunción de inocencia."

[48] Osvaldo Alfredo Gonzaíni comenta y cita criterios derivados de las sentencias del Tribunal Constitucional español y de la Corte Constitucional y la Corte Suprema, estas últimas de Colombia, para evidenciar que en los procedimientos, afines a la extinción de dominio mexicana, no se avala la pertinencia de la presunción de inocencia, pues esta se ha reducido, como también lo ha hecho la SCJN, a los procedimientos penales y, en su caso, a los administrativo-sancionadores. De ahí que tal presunción, señala el investigador, es sustituida en los procedimientos de naturaleza civil (como el que la CPEUM indica como los idóneo para sustanciar la extinción de dominio), por el concepto de *la carga de la prueba*; misma que, atendiendo a sus particularidades, no depende, en exclusiva, de quien demandaría tal tipo de acción, como lo sería el ministerio público en caso de la legislación mexicana. GONZAÍNI, Alfredo Osvaldo. La presunción de inocencia: Del proceso penal al proceso civil. *Revista Latinoamericana de Derecho*, año III, N° 6. Julio-Diciembre de 2006, p. 155-179.

> las disposiciones aplicables. La autoridad judicial resolverá que se apliquen en favor del estado los bienes que hayan sido asegurados con motivo de una investigación o proceso que se sigan por delitos de delincuencia organizada, cuando se ponga fin a dicha investigación o proceso, sin que haya un pronunciamiento sobre los bienes asegurados. La resolución judicial se dictará previo procedimiento en el que se otorgue audiencia a terceros y se acredite plenamente el cuerpo del delito previsto por la ley como de delincuencia organizada, siempre y cuando se trate de bienes respecto de los cuales el inculpado en la investigación p(*sic*) proceso de los cuales el inculpado en la investigación o proceso citados haya sido poseedor, propietario o se haya conducido como tales, independientemente de que hubiera sido transferidos a terceros, salvo que éstos acrediten que son poseedores o adquirentes de buena fe.[49]

Como *adendum*, se observa cómo el decomiso es sustituido, al menos nominativamente, por el concepto de "*aseguramiento*" (*sic*), aunado a que, expresa y únicamente, se le relaciona para efectos procedimentales con el delito de *delincuencia organizada*. Además, se amplía la facultad del Estado para proceder en su *aseguramiento* (otrora *decomiso*), ya que no exige el dictado de la sentencia previa (como pasaba con la reforma inmediata anterior), siendo suficiente que la parte tenida como culpable esté ante una investigación o proceso en donde se le reclame su ilícito carácter de poseedor, propietario o que se haya conducido como tales, independientemente de que hubiera sido transferidos a terceros los bienes que se consideraban derivados de la delincuencia organizada.

Si bien hubo una reforma en el año 2005, esta no trascendió para los fines del *decomiso*, *aseguramiento* y/o *extinción de dominio*[50];

---

[49] *Texto original de la Constitución de 1917 y de las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación, del 5 de febrero de 1917 al 1o. de junio de 2009, ibídem,* p. 40.

[50] Este es el texto modificado en el DOF del 9 de diciembre de 2005: *Artículo 22.- Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales* (...), *ídem*.

por lo que es hasta la datada el 18 de junio de 2008 la que ya, formal y expresamente, introduce en México la extinción de dominio a través de los párrafos segundo y fracciones e incisos subsecuentes del citado ordinal 22.

Como adelanto de su posterior contraste con el texto actual del mismo numeral, se dice que abunda en la *antinomia estructural constitucional*, pues alude al decomiso sobre "*bienes asegurados*" (sic), lo que es consecuente del procedimiento penal propio del artículo 109, y en su mismo texto también alude a la convergencia del *decomiso jurisdiccional y autónomo del penal* (extinción de dominio), sin distinguir respecto a si este último puede aplicarse, o no, en perjuicio de los servidores públicos como ya se explicó que lo hace el primero. Así mismo, amplía el catálogo de los delitos respecto de los cuales proceder para su extinción patrimonial, además de que señala que para substanciar el mismo habrá de seguirse un procedimiento jurisdiccional y autónomo del de materia penal, pero sin catalogarlo específicamente como civil, tal cual lo ordena su texto actual.

III. La estructura constitucional vigente

Debido a las restricciones de tiempo y espacio para redactar el presente artículo, en este apartado se citarán sólo tres tópicos relacionados con tal texto constitucional en vigor: El relativo a la competencia y al *numerus clausus* que señala la CNDH en el primer concepto de validez aludido en su acción de inconstitucionalidad; el segundo, referente al análisis sobre la *ultra-actividad* de la jurisprudencia 1a./J. 22/2015 (10a.), NRE 2008881, de la Primera Sala del Alto Tribunal en la integración normativa de los párrafos tercero y cuarto del vigente artículo 22 constitucional; y el tercero, el confronte entre tal cardinal 22 y el 14 de la misma CPEUM. Antes de entrar a detalle, es pertinente distinguir entre el texto del artículo 22 constitucional inmediato anterior y el inmediato siguiente, actualmente en vigor:

DOF 18/03/2008 Artículo 22.- Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado. No se considerará confiscación la aplicación de bienes de una persona cuando sea decretada para el pago de multas o impuestos, ni cuando la decrete una autoridad judicial para el pago de responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito. Tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial de los bienes en caso de enriquecimiento ilícito en los términos del artículo 109, la aplicación a favor del Estado de bienes asegurados que causen abandono en los términos de las disposiciones aplicables, ni la de aquellos bienes cuyo dominio se declare extinto en sentencia. En el caso de extinción de dominio se establecerá un procedimiento que se regirá por las siguientes reglas: I. Será jurisdiccional y autónomo del de materia penal; II. Procederá en los casos de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos y trata de personas, respecto de los bienes siguientes: a) Aquellos que sean instrumento, objeto o producto del delito, aún cuando no se haya dictado la sentencia que determine la responsabilidad penal, pero existan elementos suficientes para determinar que el hecho ilícito sucedió. b) Aquellos que no sean instrumento, objeto o producto del delito, pero que hayan sido utilizados o destinados a ocultar o mezclar bienes producto del delito, siempre y cuando se reúnan los extremos del inciso anterior.	DOF 14/03/2019 Artículo 22. Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado. No se considerará confiscación la aplicación de bienes de una persona cuando sea decretada para el pago de multas o impuestos, ni cuando la decrete la autoridad judicial para el pago de responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito. Tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial de los bienes en caso de enriquecimiento ilícito en los términos del artículo 109, la aplicación a favor del Estado de bienes asegurados que causen abandono en los términos de las disposiciones aplicables, ni de aquellos bienes cuyo dominio se declare extinto en sentencia. La acción de extinción de dominio se ejercitará por el Ministerio público a través de un procedimiento jurisdiccional de naturaleza civil y autónomo del penal. Las autoridades competentes de los distintos órdenes de gobierno le prestarán auxilio en el cumplimiento de esta función. La ley establecerá los mecanismos para que las autoridades administren los bienes sujetos al proceso de extinción de dominio, incluidos sus productos, rendimientos, frutos y accesorios, para que la autoridad lleve a cabo su disposición, uso, usufructo, enajenación y monetización, atendiendo al interés público, y defina con criterios de oportunidad el destino y, en su caso, la destrucción de los mismos.

c) Aquellos que estén siendo utilizados para la comisión de delitos por un tercero, si su dueño tuvo conocimiento de ello y no lo notificó a la autoridad o hizo algo para impedirlo. d) Aquellos que estén intitulados a nombre de terceros, pero existan suficientes elementos para determinar que son producto de delitos patrimoniales o de delincuencia organizada, y el acusado por estos delitos se comporte como dueño. III. Toda persona que se considere afectada podrá interponer los recursos respectivos para demostrar la procedencia lícita de los bienes y su actuación de buena fe, así como que estaba impedida para conocer la utilización ilícita de sus bienes.	Será procedente sobre bienes de carácter patrimonial cuya legítima procedencia no pueda acreditarse y se encuentren relacionados con las investigaciones derivadas de hechos de corrupción, encubrimiento, delitos cometidos por servidores públicos, delincuencia organizada, robo de vehículos, recursos de procedencia ilícita, delitos contra la salud, secuestro, extorsión, trata de personas y delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos y petroquímicos. A toda persona que se considere afectada, se le deberá garantizar el acceso a los medios de defensa adecuados para demostrar la procedencia legítima del bien sujeto al procedimiento.

1. La competencia y el numerus clausus que señaló la CNDH en su primer concepto de validez

El órgano constitucional garante de los derechos humanos en México argumenta que el artículo en comento contiene un *numerus clausus* de los delitos respecto de los cuales sería factible que los jueces (civiles, por antonomasia) se abocaran en su conocimiento y resolución en cuanto a los hechos, derivados de aquellos, que actualizaran la hipótesis generadora de la extinción de dominio. Por ende, insiste en que el legislador federal desatendió los alcances de una legislación nacional, y no así, estrictamente federal, como lo resulta ser la LNED, pues devendría en notorio que, a excepción de su último inciso (k) de la fracción V del ordinal 1 de la ley en cita, reduce la competencia en materia de extinción a los jueces del ámbito federal, ya que fuera de dicho inciso los demás hacen cuestionable, a veces en demasía, que los jueces del fuero común puedan conocer sobre "*hechos susceptibles de la extinción de dominio*" (*sic*) a que aluden las leyes penales al efecto plasmadas.[51]

[51] Artículo 1 (...) V. Los criterios para el destino de los Bienes cuyo dominio se declare extinto en sentencia y, en su caso, la destrucción de los mismos.

No menos importante es señalar que en ese primer concepto de invalidez la CNDH propugna porque el artículo 22 constitucional sea aplicado de forma *maximizada*, es decir, aboga por la interpretación más acorde con los intereses patrimoniales, en este caso del Estado por ser esta una actividad resultante de su permanente lucha por desmembrar las actividades criminales y con ello sus activos; situación que sería más acorde al orden público e interés social que a los derechos humanos de las personas sujetas o que eventualmente lo fueren a tal clase de

---

Para los efectos de esta Ley son hechos susceptibles de la extinción de dominio, de conformidad con el párrafo cuarto del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los siguientes: a) Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada. Los contemplados en el Título Primero, Disposiciones Generales, Capítulo Único, Naturaleza, Objeto y Aplicación de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada en el artículo 2. b) Secuestro. Los contemplados en la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su Capítulo II, De los Delitos en Materia de Secuestro. c) Delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos y petroquímicos. Los contemplados en la Ley Federal para Prevenir y Sancionar los Delitos Cometidos en Materia de Hidrocarburos, en el Título Segundo, De los Delitos Cometidos en Materia de Hidrocarburos, Petrolíferos o Petroquímicos y demás Activos. d) Delitos contra la salud. Los contemplados en la Ley General de Salud en el Titulo Décimo Octavo, Medidas de Seguridad, Sanciones y Delitos, Capítulo VII. Los contemplados en el Código Penal Federal, en los artículos del Título Séptimo, Delitos contra la Salud, Capítulo I, con excepción del artículo 199. e) Trata de personas. Los contemplados en la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos en su Título Segundo, De los Delitos en Materia de Trata de Personas, Capítulos I, II y III. Los contemplados en el Código Penal Federal, en su artículo 205 Bis. f) Delitos por hechos de corrupción. Los contemplados en el Título Décimo, Delitos por hechos de corrupción, Capítulo I del Código Penal Federal. g) Encubrimiento.Los contemplados en el artículo 400, del Código Penal Federal. h) Delitos cometidos por servidores públicos. Los contemplados en el Título Décimo, Delitos por hechos de corrupción, Capítulo II, Ejercicio ilícito de servicio público y el Título Decimoprimero, Delitos cometidos contra la administración de justicia, del Código Penal Federal. i) Robo de vehículos. Los contemplados en el Código Penal Federal, en su artículo 376 bis. j) Recursos de procedencia ilícita. Los contemplados en los artículos 400 Bis y 400 Bis 1, del Código Penal Federal. k) Extorsión. Los contemplados en el Código Penal Federal, en el artículo 390 y sus equivalentes en los códigos penales o leyes especiales de las Entidades Federativas.

asuntos.[52] Por otro lado, si bien se ha dicho que la extinción de dominio tiene arraigo en el derecho penal (que en el siguiente apartado se espera evidenciar que dicha unión es de índole *insuperable*), en la especie se toca la competencia de los jueces que habrán de sustanciar tal clase de procedimientos que, por orden expresa constitucional, habrán de ser *de naturaleza civil* y *autónomos del penal*.

Luego, se estaría aquí ante una *antinomia estructural legal*, pues la LNED sería contraria a los fines constitucionales de la extinción de dominio, a la par que, internamente, le restaría eficacia a su carácter de ley nacional. De ahí que la misma, al confrontarse con el primer parágrafo del artículo 16 constitucional[53], haría factible, sea por hetero-contención (a través del juicio de amparo federal, verbigracia) o por la auto-contención (por el propio juez civil que conozca del caso), que se determine que los únicos jueces para conocer de los asuntos de extinción de dominio son los federales, excluyéndose así lo relativo tanto a los delitos como a la jurisdicción exclusiva de las entidades federativas.

2. La *ultra-actividad* de la jurisprudencia 1a./J. 22/2015 (10a.)

Jorge Adame Goddard es enfático y reiterativo en cuestionar las características propias y *sui generis* de la extinción de dominio en México, a diferencia de quienes sí aprueban y justifican las mismas, como Creel Müller. Aquel investigador agrega un punto que no se ha comentado en este artículo: la crítica respecto a que el Texto Fundamental de México no considere que la extinción de dominio sea, realmente, una pena y,

[52] Concepto de invalidez, el antes aludido, que se encuentra a fojas 18-29 de la citada acción de inconstitucionalidad.

[53] Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En los juicios y procedimientos seguidos en forma de juicio en los que se establezca como regla la oralidad, bastará con que quede constancia de ellos en cualquier medio que dé certeza de su contenido y del cumplimiento de lo previsto en este párrafo. Párrafo reformado DOF 15-09-2017.

además, de la misma clase que la confiscación, expresamente proscrita por tal arábigo 22.[54] Aquí su opinión:

> La extinción de dominio es, en realidad, una pena de pérdida de los derechos de propiedad, o de otro tipo, sobre bienes que han sido instrumentos, objetos o productos del delito. Es cierto que la extinción de dominio se puede decretar antes de que se emita la sentencia sobre la responsabilidad penal del inculpado, pero la extinción de dominio es una pena porque se ha cometido un delito, y quien la sufre es el mismo inculpado o bien terceros que de algún modo conocieron que sus bienes eran usados para cometer delitos y no lo notificaron a la autoridad ni hicieron algo para impedirlo, es decir, que son encubridores.[55]

Así mismo, Adame Goddard coincide con quien escribe, la CNDH y demás quienes opinan respecto de la poca congruencia de la CPEUM en referir que tal clase de decomiso será de naturaleza civil y autónomo del penal. Esto aun y cuando el artículo 22 multicitado diga que quien tendrá esas características es el procedimiento jurisdiccional y no así, gramaticalmente hablando, la acción de extinción de dominio, pues como la propia LNED evidencia en su articulado, no hay duda que, al menos por la forma en que habrá de ser desarrollada y juzgada, dicha acción será del índole civil y, también en apariencia, desvinculada (autónoma) del origen indiscutiblemente penal del cual debe nacer a la vida jurídica. No menos importante es recordar que tal esencia civilista del proceso también colisiona con el origen administrativo conque el ministerio público inicia sus investigaciones en la materia y así, con el mismo carácter propio del derecho público, lleva a juicio a un particular, por lo que, de inicio, la igualdad *inter-partes*, base del procedimiento civil, no se cumple.

---

[54] De manera general, se coincide con la idea de que la diferencia dogmática entre *confiscación* y *decomiso* recaería en que la primera implica la privación, en vía de pena, de todos los bienes de una persona en favor del Estado, no importando la licitud de su origen; mientras que el segundo, al menos como se ha entendido en el desarrollo de la CPEUM, se refiere a la privación, también a favor del Estado, pero únicamente de ciertos y determinados bienes tildados, *grosso modo*, como de procedencia ilícita.

[55] *Op. cit*. p. 22.

Valga decir que la Primera Sala de la SCJN ha desvirtuado, jurisprudencialmente, la pureza de tal *autonomía civil*, pues la tildó de *relativa*, tal cual como se infiere en el siguiente extracto:

> (...) el Juez de Extinción de Dominio debe sujetarse a la decisión que adopte el especializado en la materia penal cuando éste concluye, en una resolución intraprocesal, que los elementos del cuerpo del delito no quedaron acreditados, o al dictar la sentencia definitiva, que el delito no se demostró. Al respecto, se parte de la base de que, desde su génesis, ambos procesos tienen como denominador común los hechos que dieron origen a una averiguación previa que, una vez escindida da lugar a dos tipos de juicio: 1) el penal (encaminado a la sanción por la comisión de delitos); y, 2) el de extinción de dominio (enderezado a declarar derechos patrimoniales), situación que impide afirmar la existencia de una autonomía absoluta, pues el propio artículo 22 constitucional sujeta a ambos procedimientos entre sí (...).[56]

Sumado al antecedente inmediato anterior, se puede asegurar que dicha Primera Sala, en la siguiente jurisprudencia, mantiene incólume su integración normativa, pues la misma es, esencialmente, la que correspondería a los párrafos tercero y cuarto del vigente artículo 22 constitucional. Luego, al tener aún plena vigencia dicho criterio obligatorio para todas las autoridades jurisdiccionales del país[57], se considera que la *autonomía relativa* de la acción (civil) de extinción de dominio no está, en lo troncal, desvinculada de su génesis penal, y, más aún, su suerte procesal estaría predeterminada por lo que el juez penal competente

---

[56] Tesis: 1a./J. 21/2015 (10a.), NRE 2008879 , de rubro "Extinción de dominio. La autonomía a que se refiere el artículo 22 de la constitución política de los estados unidos mexicanos, entre el procedimiento relativo y el penal no es absoluta, sino relativa".

[57] El Pleno de la SCJN ha sostenido, a nivel de jurisprudencia, que este tipo de interpretación obligatoria, emitida por el mismo Pleno como por sus Salas, no puede ser inaplicada por algún tribunal de menor jerarquía, aún y cuando se invoque el control de constitucionalidad y/o convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos para dar preferencia a los contenidos en la propia CPEUM y en los tratados internacionales. Tesis: P./J. 64/2014 (10a.). NRE 2008148.

decida sobre los hechos que dieron origen a la causa probable de la extinción de dominio:

> Extinción de dominio. Por regla general, la acción relativa está sujeta a que el juez de la causa penal emita alguna decisión en la que afirme que los hechos consignados acreditan el cuerpo del delito de alguno de los ilícitos previstos en el artículo 22, fracción II, constitucional. La fracción I, del citado numeral, prevé que el procedimiento de extinción de dominio es jurisdiccional y autónomo del de materia penal; autonomía que debe entenderse relativa ante la vinculación que, desde su origen, guardan ambos procedimientos en lo que ve a la acreditación del hecho ilícito, de forma que, por regla general, la acción de extinción de dominio está sujeta a que el juez de la causa penal haya emitido alguna decisión (en orden de aprehensión o comparecencia, auto de formal prisión o de sujeción a proceso) en la que afirme que los hechos consignados por el Ministerio público acreditan el cuerpo del delito de alguno de los ilícitos previstos en la fracción II del precepto constitucional citado, para dar seguridad jurídica desde el inicio del juicio de extinción de dominio. Al respecto, no queda inadvertido que una decisión judicial de esa naturaleza está sujeta a que exista una consignación ante el juez penal, lo que supone que se conoce de la existencia de algún sujeto a quien se le imputa la comisión del delito; sin embargo, con el conocimiento de que existen casos en los que el Ministerio público está imposibilitado para ejercer la acción penal porque, a pesar de haber localizado bienes que, por ejemplo, se emplean como instrumento u objeto del delito, e inclusive que son producto de aquél, se desconoce la identidad del probable responsable de su comisión, supuesto en el cual, no sería posible ejercer la acción penal ni, por ende, obtener una resolución judicial en la que se califique si los hechos consignados constituyen o no uno de los delitos previstos en el artículo 22 constitucional. En esas circunstancias, debe admitirse que tales casos constituyen una excepción a la regla y que, entonces, ante la falta de calificación del delito a cargo del juez de la causa penal, corresponde al de extinción de dominio, a partir de los elementos aportados por el Ministerio público, resolver si con ellos se demuestra la comisión del hecho ilícito, en cuyo caso, el estándar de prueba se torna de mayor rigor para la Representación Social; aspecto que el juez de extinción de dominio deberá determinar

en cada caso. Así, dicha excepción tiene lugar porque, lo que es irrelevante en el juicio de extinción de dominio, es la decisión que el juzgador penal adopte sobre la probable responsabilidad penal del inculpado o su culpabilidad en sentencia definitiva, pues tal responsabilidad no constituye uno de los elementos necesarios para declarar extinto el dominio del propietario; sin embargo, lo que trasciende es la no comprobación del hecho ilícito. En ese sentido, el juez de extinción de dominio está facultado para requerir oficiosamente, al juzgador ante quien se siga la causa penal, antes de resolver en definitiva, las constancias del juicio para resolver de forma congruente con la de su homólogo penal, en lo que ve a la acreditación del hecho ilícito que genere el ejercicio de la acción de extinción de dominio, si acaso aquél ha dictado una resolución de naturaleza intraprocesal en donde se decrete la no acreditación del cuerpo del delito, o bien, la no demostración del delito tratándose de sentencia definitiva. Por lo anterior, se concluye que existe una vinculación entre uno y otro juicio, en lo referente a la acreditación del hecho ilícito, de forma que, aun en el supuesto de que el juicio de extinción de dominio haya iniciado con aplicación de la excepción mencionada (es decir, sin una decisión a cargo del juez de la causa penal), en caso de que durante el trámite del juicio de extinción de dominio exista alguna consignación al juez penal a cargo del Ministerio público por los hechos que dieron lugar a la extinción de dominio y que, por ende, aquél llegue a emitir alguna decisión sobre la no acreditación del hecho ilícito, deberá retomarse la regla general y entonces, su decisión impactará en la actuación del juez de extinción de dominio si acaso éste hubiese resuelto que sí estaba probado ese aspecto.

3. El confronte entre los artículos 22 y el 14, ambos de la CPEUM

No cabría duda ya que la extinción de dominio, considérese un tipo especial de decomiso o, realmente, una (en su caso parcial) confiscación de los bienes de los particulares en favor del Estado, es formal y sustancialmente una privación definitiva de aquellos. Así es que, al menos en apariencia, la base del artículo 22 constitucional que contiene a la extinción de dominio construiría otra *antinomia*

estructural constitucional respecto del segundo párrafo del ordinal 14 de la misma Constitución, que dice: *Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho*.

Para resolver esa otra discordancia constitucional sin recurrir al legislador constitucional, como diría Ferrajoli, se abren dos escenarios: el primero, que se aplique el principio *pro persona*, en su vertiente de preferencia normativa, en favor de la persona sujeta a procedimiento de extinción de dominio y con esto se logre que el mismo sea sustanciado, como el resto de los procesos en México, con base en el artículo 14, es decir, que no sea privada de sus bienes sino es mediante sentencia firme previo debido proceso legal. El obstáculo, hasta ahora infranqueable, es que la SCJN ya ha avalado jurisprudencialmente a la extinción de dominio, llegando al extremo de decir que en el juicio relativo a la misma no es aplicable el principio de *presunción de inocencia*.[58] Por ende, el segundo escenario tendría el visto bueno del Alto Tribunal: el de primar la disposición especial y expresa del arábigo 22 constitucional sobre la genérica y, para estos efectos, abstracta, del cardinal 14, tomando en cuenta por analogía el criterio, no exento de críticas por la doctrina, que se contiene en la jurisprudencia de rubro: "Derechos humanos contenidos en la constitución y en los tratados internacionales. Constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, pero cuando en la constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquéllos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional."[59]

IV. Conclusiones

El combate contra las estructuras del crimen, más aún en los tiempos actuales donde el uso de la tecnología aunado al poderío económico de los agentes delincuenciales lo hacen muy oneroso y

[58] Tesis: 1a./J. 23/2015 (10a.).NRE 2008874.

[59] Tesis: P./J. 20/2014 (10a.). NRE 2006224.

desgastante para el Estado y la sociedad, ameritan que el primero, permanentemente, revise, modifique y actualice sus políticas *ad hoc*, incluidas las legislativas y judiciales.

Luego, la idea de la destrucción de los bienes y demás objetos que integren el patrimonio de la criminalidad es, no solo válida, sino necesaria. No obstante, tal tarea a cargo del Estado no puede hacerse, ni a la ligera, ni en detrimento del debido proceso legal y de los derechos humanos de las personas sujetas a aquellos tipos de procedimientos, llámense confiscación, decomiso, extinción de dominio y/o de cualquier otra forma.

En ese tenor, es que en el caso de México se enfatiza el deber de reconsiderar si la extinción de dominio es, no solo constitucional y convencional, sino legítima en cuanto a ser un instrumento eficaz, no solo para destruir la ilícita propiedad privada (con el consecuente e indefectible beneficio del Estado, como la parte actora y única beneficiaria), sino también para reparar (y por obviedad, no propender a lo opuesto: ahondar más la diferencia) las desigualdades entre quienes tendrían los recursos para defenderse en un procedimiento de estricto derecho, como lo es el civil, de los que no lo podrían hacer; más aún si es que, antes de que se compruebe la ilicitud de su propiedad, posesión o tenencia patrimonial, se es obligado a deshacerse de la misma. Esto sin dejar de lado la factibilidad, en el estado actual, que por los mismos hechos de origen penal el Estado, a través del ministerio público, proceda, por un lado, en un procedimiento de esta materia y por el otro el civil de la extinción de dominio contra la misma persona.

Por tanto, considerando los enormes recursos que México ha gastado en su sistema penal acusatorio y adversarial, es que no existe motivo alguno que avale que la extinción de dominio no sea sustanciada por esa vía garantista en vez de la más restringida y estricta, para los derechos de los demandados, como lo es la civil.

BIBLIOGRAFÍA

ADAME GODDARD, Jorge. *Interpretación del artículo 22 constitucional sobre la extinción de dominio,* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad

Nacional Autónoma de México, *Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional*, serie 09, México, primera edición, 2019.

CREEL MÜLLER, Oscar A. La extinción de dominio en la legislación mexicana: su justificación jurídico-valorativa. *Revista Criterio Jurídico*, v. 9, n. 2, 2009.

FERRAJOLI, Luigi *et. al. La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, segunda edición, 2009.

GONZAÍNI, Alfredo Osvaldo. La presunción de inocencia: Del proceso penal al proceso civil. *Revista Latinoamericana de Derecho*, año III, N° 6. Julio-Diciembre de 2006.

Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Derecho internacional de los derechos humanos, Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano,* Colombia, 2004.

PINTO, Mónica. *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/tablas/20185.pdf. Acceso: 12 de marzo de 2020.

RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto. El régimen jurídico de los bienes incautados por delitos de narcotráfico o en acciones de extinción del dominio desde la perspectiva del análisis económico del derecho. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, v. 5, n. 2, 2003.

VALERO MONTENEGRO, Luis Hernando. Los bienes equivalentes y el riesgo de confiscación en la Ley de extinción del dominio y en el comiso penal. *Revista Via Iuris*, v. 71, n. 6, Enero-Junio, 2009.

Texto original de la Constitución de 1917 y de las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación, del 5 de febrero de 1917 al 1o. de junio de 2009, Disponible en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2802/8.pdf. Acceso: 13 de Marzo de 2020.

Informações adicionais e declarações dos autores (*integridade científica*)

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

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

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

Dados do processo editorial
(http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies)

- Recebido em: 22/03/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 15/04/2020
- Avaliação 1: 20/04/2020
- Avaliação 2: 28/04/2020
- Avaliação 3: 05/05/2020
- Decisão editorial preliminar: 06/05/2020
- Retorno rodada de correções 1: 08/05/2020
- Decisão editorial preliminar 2: 12/05/2020
- Retorno rodada de correções 2: 15/05/2020
- Decisão editorial final: 17/05/2020

Equipe editorial envolvida

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

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

PARRA LARA, Francisco José. Extinción de Dominio en México: Revisión de su estructura constitucional y convencional *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 2, p. 667-700, mai./ago. 2020. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i2.351

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

The Constitutionality of Parallel Civil Forfeiture Proceedings and Criminal Prosecutions under the Double Jeopardy Clause in the United States

La constitucionalidad de procedimientos de comiso civil y procesos penales paralelos bajo la cláusula double jeopardy en los Estados Unidos

Javier Escobar Veas[1]

Università Commerciale Luigi Bocconi, Milano, Italia

javier.escobar@mail.udp.cl

http://orcid.org/0000-0001-9266-0396

Abstract: In the Unites States the existence of statutes that allow to declare forfeiture of the property used in certain prohibited ways in civil proceedings without the general safeguards of criminal law is an extended legal practice. This parallel law enforcement system, however, has raised several constitutional discussions. One of these debates concerns the compatibility of the parallel system with the double jeopardy clause: does the double jeopardy clause bar the government from bringing a civil forfeiture proceeding against a defendant that has previously been convicted in a criminal court for the same offence? The aim of the present article is studying the evolution of the case law of the Supreme Court of the United States on the constitutionality of parallel civil forfeiture proceedings and criminal prosecutions under the double jeopardy clause, analysing the current state of the jurisprudence and its possible further developments.

Keywords: Civil forfeiture; double jeopardy clause; ne bis in idem; prohibition of multiple punishments; excessive fines clause.

[1] PhD Candidate in Legal Studies, Università Luigi Bocconi, Italy. LLM in Criminal Law, Universidad Diego Portales, Chile. Professor of Criminal Law, Universidad Mayor, Chile.

Resumen: *En los Estados Unidos la existencia de leyes que permiten declarar el comiso de la propiedad utilizada en determinadas maneras prohibidas en un procedimiento civil sin las garantías generales del derecho penal es una práctica legal extendida. Este sistema paralelo de cumplimiento del derecho ha suscitado diversas discusiones constitucionales. Una de estas discusiones dice relación con la compatibilidad de este sistema paralelo con la cláusula double jeopardy: ¿prohíbe la cláusula double jeopardy que el gobierno incoe un procedimiento de comiso civil en contra de una persona que haya sido previamente condenada en sede penal por los mismos hechos? El objetivo del presente artículo es estudiar la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos sobre la constitucionalidad de la incoación paralela de procesos penales y procedimientos de comiso civil bajo la cláusula de doble riesgo, analizando el estado actual de la jurisprudencia y sus posibles repercusiones.*

Palabras-clave: *Comiso civil; cláusula double jeopardy; ne bis in idem; prohibición de sanción múltiple; prohibición de multas excesivas.*

Summary: Introduction; 1. Evolution of the Case Law of the Supreme Court on the Constitutionality of Parallel Civil Forfeiture Proceedings and Criminal Prosecutions under the Double Jeopardy Clause; 2. Recalling the Excessive Fines Clause; Conclusions; Bibliography; Table of Cases.

Introduction

Asset forfeiture has emerged in the last decades as a major weapon in efforts to combat crime.[2] In the United States there are several both federal and state statues that allow to declare forfeiture of the property used in certain prohibited ways in civil proceedings.[3]

[2] REINHART, Douglas. Applying the Eighth Amendment to Civil Forfeiture After Austin v. United States: Excessiveness and Proportionality. *William & Mary Law Review*, v. 36, n. 1, p. 235-268, 1994, p. 236; JOHNSON, Barry L. Purging the Cruel and Unusual: The Autonomous Excessive Fines Clause and Desert-Based Constitutional Limits on Forfeiture after United States v. Bajakajian. *University of Illinois Law Review*, n. 2, p. 461-516, 2000, p. 462.

[3] KLEIN, Susan R. Civil in Rem Forfeiture and Double Jeopardy. *Iowa Law Review*, v. 82, n. 1, p. 183-274, 1996, p. 195; BATRA, Rishi. Resolving Civil

On the one hand, criminal forfeiture statutes are enacted to punish criminal defendants following a criminal conviction. Since the criminal proceeding is directed to punish the defendant and criminal forfeitures are actually imposed as part of the criminal sentence, these forfeitures are considered sanctions *in personam*.[4] On the contrary, civil forfeiture does not require neither a criminal conviction nor criminal charges against the owner of the property.[5] Moreover, the jurisdiction in a civil forfeiture proceeding is *in rem*, therefore the guilt of the owner of the property is not relevant: the case is brought against the property and, in case of conviction, it is the property itself that is deemed guilty. As the Supreme Court has affirmed, civil forfeiture is based on the idea that "the thing is primarily considered the offender".[6]

Regarding the possibility to bring parallel civil forfeiture actions and criminal prosecutions based on the same facts, the Supreme Court has noted that Congress has authorised this option since the earliest years of the United States.[7] Therefore, the government can prosecute a defendant for a conduct that constitutes a criminal offence punishable

---

Forfeiture Disputes. *University of Kansas Law Review*, v. 66, n. 2, p. 399-426, 2017, pp. 401-403.

4 ALBIN, Laurel. Notes: Constitutional Limitations of Civil in Rem Forfeiture and the Double Jeopardy Dilemma: Civil in Rem Forfeiture Constitutes Punishment and Is Subject to Excessive Fines Analysis. Aravanis v. Somerset County, 339 Md. 644, 664 A.2d 888 (1995), Cert. Denied, 116 S. Ct. 916 (1996). *University of Baltimore Law Review*, v. 26, n. 1, p. 155-199, 1996, pp. 159-160.

5 PIMENTEL, David. Forfeitures and the Eighth Amendment: A Practical Approach to the Excessive Fines Clause as a Check on Government Seizures. *Harvard Law & Policy Review*, v. 11, n. 2, p. 541-584, 2017, p. 545; BATRA, Rishi. Resolving Civil Forfeiture Disputes, op. cit., p. 407; TAIFA, Nkechi. Civil Forfeiture vs. Civil Liberties. *New York Law School Law Review*, v. 39, n. 1–2, p. 95-120, 1994, pp. 98-99; JOHNSON, Barry L. Purging the Cruel and Unusual: The Autonomous Excessive Fines Clause and Desert-Based Constitutional Limits on Forfeiture after United States v. Bajakajian, op. cit., pp. 465-466.

6 Goldsmith-Grant Co. v. United States, 254 U.S. 505, 511 (1921).

7 United States v. Ursery, 518 U.S. 267, 274 (1996); ALBIN, Laurel. Notes: Constitutional Limitations of Civil in Rem Forfeiture and the Double Jeopardy Dilemma: Civil in Rem Forfeiture Constitutes Punishment and Is Subject to Excessive Fines Analysis. Aravanis v. Somerset County, 339 Md. 644, 664 A.2d 888 (1995), Cert. Denied, 116 S. Ct. 916 (1996), op. cit., p. 161.

by imprisonment and, separately, bringing a civil forfeiture proceeding against the property used in such prohibited conduct.[8]

Because civil forfeiture is declared in a civil proceeding without the traditional safeguards of criminal law[9] it has been pointed out that the current state of civil forfeiture statutes violate several constitutional guarantees, being thereby criticised from a constitutional point of view.[10] Moreover, since civil forfeiture is declared in a civil proceeding the government does not need to prove its case beyond a reasonable doubt.[11] Instead, the standard of proof[12] in civil litigation is either the preponderance of the evidence, which translates into "more-likely-than-not",[13] or clear and convincing evidence, which could be translated as much-more-likely-than-not.[14]

---

8 NELSON, Caleb. The Constitutionality of Civil Forfeiture. *Yale Law Journal*, v. 125, n. 8, p. 2446-2518, 2016, p. 2490.

9 For instance, Andrew Subin remarks that in civil forfeiture proceedings the property owner is not entitled to a court appointed attorney and even it is unclear whether the owner has the right to a jury. See SUBIN, Andrew L. The Double Jeopardy Implications of In Rem Forfeiture of Crime-Related Property: The Gradual Realization of a Constitutional Violation. *Seattle University Law Review*, v. 19, n. 2, p. 253-288, 1996, p. 253-254.

10 TAIFA, Nkechi. Civil Forfeiture vs. Civil Liberties, op. cit., p. 95.

11 BATRA, Rishi. Resolving Civil Forfeiture Disputes, op. cit., p. 407; SUBIN, Andrew L. The Double Jeopardy Implications of In Rem Forfeiture of Crime-Related Property: The Gradual Realization of a Constitutional Violation, op. cit., pp. 253-254.

12 The Supreme Court has defined the standard of proof as "the degree of certainty by which the factfinder must be persuaded of a factual conclusion to find in favor of the party bearing the burden of persuasion". See Microsoft Corp. v. i4i Ltd. Partnership, 564 U.S. 91, 100 (note 4) (2011).

13 Colorado v. New Mexico, 467 U.S. 310, 316 (1984); SCHWARTZ, David L., and SEAMAN, Christopher B. Standards of Proof in Civil Litigation: An Experiment from Patent Law. *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 26, n. 2, p. 429-480, 2013, p. 435.

14 JAMES, Fleming. Burdens of Proof. Virginia Law Review, v. 47, n. 1, p. 51-70, 1961, p. 54; SCHWARTZ, David L., and SEAMAN, Christopher B. Standards of Proof in Civil Litigation: An Experiment from Patent Law, op. cit., pp. 435-437; CLERMONT, Kevin M. Procedure's Magical Number Three Psychological Bases for Standards of Decision. *Cornell Law Review*, v. 72, n. 6, p. 1115-1156, 1987, p. 1119.

One of the constitutional debates regarding civil forfeiture concerns the question whether the double jeopardy clause precludes the government from bringing parallel civil forfeiture proceedings and criminal prosecutions for the same offence.[15]

Since there is currently a tendency to include civil forfeiture mechanisms in national legal systems, studying the case law of the United States Supreme Court on this matter is relevant because the United States is probably the legal system in which civil forfeiture has been further analysed and discussed. The present article, therefore, aims to study the evolution of the case law of the Supreme Court of the United States on the constitutionality of parallel civil forfeiture proceedings and criminal prosecutions under the double jeopardy clause, analysing the current state of the jurisprudence and its possible further developments.

1. Evolution of the Case Law of the Supreme Court on the Constitutionality of Parallel Civil Forfeiture Proceedings and Criminal Prosecutions under the Double Jeopardy Clause

The Fifth Amendment provision against double jeopardy is one of the basic protections afforded by the United States Constitution.[16] The Fifth Amendment reads in part: "Nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb".

Even though the wording of the double jeopardy clause could suggest that it only applies to proceedings of capital offences, since Ex parte Lange the Supreme Court has held that the constitutional provision applies to all cases where a second criminal punishment is attempted to be inflicted for the same offence.[17]

---

[15] SUBIN, Andrew L. The Double Jeopardy Implications of In Rem Forfeiture of Crime-Related Property: The Gradual Realization of a Constitutional Violation, op. cit., pp. 255-256.

[16] SIGLER, Jay A. Federal Double Jeopardy Policy. *Vanderbilt Law Review*, v. 19, n. 2, p. 375-405, 1966, p. 375.

[17] Ex parte Lange, 85 U.S. 163, 173 (1873). See also Hudson v. United States, 522 U.S. 93, 99 (1997); NOLAN, Patrick S. Double Jeopardy's Multipunishment Protection and Regulation of Civil Sanctions after United States v.

Made applicable to the states in Benton v. Maryland through the Fourteenth Amendment,[18] the Supreme Court has recognised that the double jeopardy clause provides three different protections: "It protects against a second prosecution for the same offense after acquittal. It protects against a second prosecution for the same offense after conviction. And it protects against multiple punishments for the same offense".[19] With reference to the prohibition of multiple punishments, the Supreme Court recognised it in Ex parte Lange,[20] when the Court affirmed that there was no doubt that the Constitution "was designed as much to prevent the criminal from being twice punished for the same offence as from being twice tried for it".[21]

Regarding the underlying policies of these three protections, in Green v. United States, the Supreme Court stated: "The underlying idea, one that is deeply ingrained in at least the Anglo-American system of jurisprudence, is that the State with all its resources and power should not be allowed to make repeated attempts to convict an individual for an

---

Ursery. *Marquette Law Review*, v. 80, n. 4, p. 1081-1116, 1997, p. 1086; LIMBAUGH, Stephen. The Case of Ex Parte Lange (Or How the Double Jeopardy Clause Lost Its Life or Limb). *American Criminal Law Review*, v. 36, n. 1, p. 53-86, 1999, p. 54; RUDSTEIN, David. *Double Jeopardy: A Reference Guide to the United States Constitution*. Praeger, 2004, p. 54.

18 Benton v. Maryland, 395 U.S. 784, 787 (1969).

19 North Carolina v. Pearce, 395 U.S. 711, 717 (1969). See also United States v. Wilson, 420 U.S. 332, 343 (1975); Justices of Boston Municipal Court v. Lydon, 466 U.S. 294, 306-307 (1984); Grady v. Corbin, 495 U.S. 508, 516 (1990); United States v. Dixon, 509 U.S. 688, 696 (1993); United States v. Ursery, 518 U.S. 267, 273 (1996); Sattazahn v. Pennsylvania, 537 U.S. 101, 106 (2003); HENNING, Peter J. Precedents in a Vacuum: The Supreme Court Continues to Tinker with Double Jeopardy. *American Criminal Law Review*, v. 31, n. 1, p. 1-72, 1993, p. 8; ANIELAK, Eric Michael. Double Jeopardy: Protection against Multiple Punishments. *Missouri Law Review*, v. 61, n. 1, p. 169-184, 1996, p. 171; WELLS, Adam C. Multiple-Punishment and the Double Jeopardy Clause: The United States v. Ursery Decision. *St. John's Law Review*, v. 71, n. 1, p. 153-172, 1997, p. 161.

20 CARLTON, Christopher W. Cumulative Sentences for One Criminal Transaction Under the Double Jeopardy Clause: Whalen v. United States. *Cornell Law Review*, v. 66, n. 4, p. 819-841, 1981, p. 821; NOLAN, Patrick S. Double Jeopardy's Multipunishment Protection and Regulation of Civil Sanctions after United States v. Ursery, op. cit., p. 1085.

21 Ex parte Lange, 85 U.S. 163, 173 (1873). See also United States v. Benz, 282 U.S. 304, 307-308 (1931).

alleged offence, thereby subjecting him to embarrassment, expense and ordeal and compelling him to live in a continuing state of anxiety and insecurity, as well as enhancing the possibility that even though innocent he may be found guilty".[22]

When after a criminal conviction the government seeks to impose a civil sanction on the same defendant for the same conduct, the protection against multiple punishments is called into question.[23] For the double jeopardy clause to apply in civil forfeiture proceedings two requirements should be met.

In the first place, both the criminal conviction and the civil forfeiture should be "for the same offence". In Blockburger v. United States, the Supreme Court established the same elements test, commonly referred as the Blockburger test.[24] In this case, the defendant was charged with five counts and the jury convicted him on the second, third and fifth counts only. All these counts charged a sale of drugs to the same purchaser: the second count charged a sale on a specified day of ten grains of the drug not in or from the original stamped package; the third count charged a sale on the following day of eight grains of the drug not in or from the original stamped package; and the fifth count charged the latter sale also as having been made not in pursuance of a written order of the purchaser as required by the statute. The court sentenced the defendant to five years' imprisonment and a fine of $2,000 on each count.[25]

---

[22] Green v. United States, 355 U.S. 184, 187-188 (1957). See also Benton v. Maryland, 395 U.S. 784, 795-796 (1969); United States v. Wilson, 420 U.S. 332, 343 (1975); United States v. Jenkins, 420 U.S. 358, 370 (1975); Burks v. United States, 437 U.S. 1, 11 (1978); United States v. Di Francesco, 449 U.S. 117, 127-128 (1980); Ohio v. Johnson, 467 U.S. 493, 498-499 (1984); Morris v. Mathews, 475 U.S. 237, 247 (1986); Blueford v. Arkansas, 566 U.S. 599, 605 (2012), among others.

[23] SUMMERS, Brian L. Double Jeopardy: Rethinking the Parameters of the Multiplicity Prohibition. *Ohio State Law Journal*, v. 56, n. 5, p. 1595-1618, 1995, p. 1595; ALBIN, Laurel. Notes: Constitutional Limitations of Civil in Rem Forfeiture and the Double Jeopardy Dilemma: Civil in Rem Forfeiture Constitutes Punishment and Is Subject to Excessive Fines Analysis. Aravanis v. Somerset County, 339 Md. 644, 664 A.2d 888 (1995), Cert. Denied, 116 S. Ct. 916 (1996), op. cit., p. 186.

[24] Brown v. Ohio, 432 U.S. 161, 166 (1977).

[25] Blockburger v. United States, 284 U.S. 299, 301 (1932).

The question the Supreme Court had to resolve was whether the defendant had been convicted twice for the same offence. The Court held that "where the same act or transaction constitutes a violation of two distinct statutory provisions, the test to be applied to determine whether there are two offences or only one, is whether each provision requires proof of a fact which the other does not".[26] The test emphasizes the elements of the two offences, since each of them must require something that the other does not in order to be regarded as different offences.[27] If each of the offences requires proof of a fact that the other does not, they should be deemed as separate offences, notwithstanding a substantial overlap in the proof offered to establish the crimes.[28]

In the second place, for the double jeopardy clause to apply to civil forfeiture proceedings the civil forfeiture sought by the government should constitute criminal punishment.[29] Due to the difficulties to clearly define the notion of criminal punishment this second requirement is probably the one that more discussion has generated. At the same time, the case law of the Supreme Court on this topic has not been at all exempt from critics.

In the following it will be studied the evolution of the case law of the Supreme Court on this last requirement.

1.1. Various Items of Personal Property et al. v. United States.

The first case on the constitutionality of parallel civil forfeiture proceedings and criminal prosecutions under the double jeopardy clause was Various Items of Personal Property et al. v. United States, decided in 1931. In this case, the government brought a civil forfeiture action to

---

[26] Blockburger v. United States, 284 U.S. 299, 304 (1932).

[27] AMAR, Akhil, and Jonathan L. Marcus. Double Jeopardy Law after Rodney King. *Columbia Law Review*, v. 95, n. 1, p. 1-59, 1995, p. 28; MERKL, Taryn A. The Federalization of Criminal Law and Double Jeopardy. *Columbia Human Rights Law Review*, v. 31, n. 1, p. 175-208, 1999, p. 189.

[28] Iannelli v. United States, 420 U.S. 770, 785 (note 17) (1975); Lewis v. United States, 523 U.S. 155, 176-177 (Scalia, J., concurring) (1998).

[29] SOLOMON, Matthew C. The Perils of Minimalism: United States v. Bajakajian in the Wake of the Supreme Court's Civil Double Jeopardy Excursion Note. *Georgetown Law Journal*, v. 87, n. 3, 849-886, 1999, p. 855.

forfeit a distillery, warehouse and denaturing plant on the ground that the defendant had conducted its distilling business with intent to defraud, and had defrauded, the government of the related tax.[30] The defendant had previously been convicted for the same acts indicated in the civil action.[31]

In the first place, the Supreme Court explained that even though in United States v. La Franca it had held that a civil action to recover a penalty was punitive in character and therefore was barred by the prior conviction of the defendant for the same transaction,[32] the situation in the present case was different, because it was about a civil proceeding to forfeit property used in committing a criminal offence.[33] Where a statute has provided a civil proceeding to forfeit property used in committing a criminal offence the property is "primarily considered as the offender, or rather the offense is attached primarily to the thing; and this, whether the offense be malum prohibitum, or malum in se".[34] In contrast, "in a criminal prosecution it is the wrongdoer in person who is proceeded against, convicted and punished".[35] The Supreme Court therefore concluded that the double jeopardy clause did not apply to this case because the civil forfeiture was not part of the punishment for the criminal offence.[36]

1.2. Helvering v. Mitchell: The Statutory Construction Analysis.

A fundamental decision regarding the notion of criminal punishment was Helvering v. Mitchell. In this case, the defendant was tried

---

[30] Various Items of Personal Property et al. v. United States, 282 U.S. 577, 578 (1931).

[31] Various Items of Personal Property et al. v. United States, 282 U.S. 577, 579 (1931).

[32] United States v. La Franca, 282 U.S. 568, 575-577 (1931).

[33] Various Items of Personal Property et al. v. United States, 282 U.S. 577, 580 (1931).

[34] Various Items of Personal Property et al. v. United States, 282 U.S. 577, 580 (1931).

[35] Various Items of Personal Property et al. v. United States, 282 U.S. 577, 581 (1931).

[36] Various Items of Personal Property et al. v. United States, 282 U.S. 577, 581 (1931).

for tax evasion and acquitted by the jury. Afterwards, the tax authorities imposed him a civil penalty which amounted to a fifty-percent of his tax deficiency.[37] The defendant contended that the civil penalty was barred under the double jeopardy clause because it was not a tax sanction, but rather a criminal penalty intended as punishment.[38]

In the first place, the Supreme Court recognised that a civil sanction following a criminal prosecution may be barred by the double jeopardy clause. However, this will only happen if the civil sanction constitutes criminal punishment.[39] The Supreme Court then explained that since Congress may impose both a criminal and a civil sanction in respect to the same act the question regarding the nature of the sanction is one of statutory construction.[40] By applying canons of statutory construction, the Court concluded that the statute at stake was intended as civil in nature. The Court stated that the sanction was provided as a safeguard for the protection of the revenue and to reimburse the government the expense of investigation and the loss resulting from the fraud of the taxpayer.[41] Moreover, the circumstance that Congress provided in a civil statute a distinctly civil procedure for the collection of the additional tax indicated that the sanction in question was intended as civil in nature.[42]

The statutory construction analysis of Helvering v. Mitchell became the standard for the subsequent cases involving the application of the double jeopardy clause to parallel criminal and civil convictions.[43]

---

37 Helvering v. Mitchell, 303 U.S. 391, 395 (1938).

38 Helvering v. Mitchell, 303 U.S. 391, 398-399 (1938).

39 Helvering v. Mitchell, 303 U.S. 391, 398-399 (1938); NOLAN, Patrick S. Double Jeopardy's Multipunishment Protection and Regulation of Civil Sanctions after United States v. Ursery, op. cit., p. 1087.

40 Helvering v. Mitchell, 303 U.S. 391, 399 (1938).

41 Helvering v. Mitchell, 303 U.S. 391, 401 (1938).

42 Helvering v. Mitchell, 303 U.S. 391, 402 (1938); ANIELAK, Eric Michael. Double Jeopardy: Protection against Multiple Punishments, p. 172.

43 SUMMERS, Brian L. Double Jeopardy: Rethinking the Parameters of the Multiplicity Prohibition. Ohio State Law Journal, v. 56, n. 5, p. 1595-1618, 1995, p. 1595; The statutory construction analysis was subsequently applied in United States ex rel. Marcus v. Hess, 317 U.S. 537 (1943) and Rex Trailer Co., Inc. v. United States, 350 U.S. 148 (1956), among others.

1.3. Civil Forfeiture under the Statutory Construction Analysis: One Lot Emerald Cut Stones v. United States and United States v. One Assortment of 89 Firearms.

In 1972 the Supreme Court handed down its decision in One Lot Emerald Cut Stones v. United States. In this case, the defendant had been tried and acquitted of charges for having entered the United States without declaring to the customs authority one lot of emerald cut stones and one ring.[44] Following the criminal trial, the government brought a civil forfeiture action of the goods involved. The defendant filled a motion to dismiss on double jeopardy grounds, arguing that his previous acquittal barred the forfeiture procedure.

After recalling that Congress may impose both a criminal and a civil sanction in respect to the same conduct[45] and that the question of whether a given sanction is either civil or criminal is one of statutory construction,[46] the Supreme Court held that the forfeiture in question was civil and remedial.[47] The Court noted that the forfeiture was intended to aid in the enforcement of tariff regulations. It prevented forbidden merchandise from circulating in the market and, by its monetary penalty, it provided a reasonable form of liquidated damages for violation of the inspection provisions and served to reimburse the Government for investigation and enforcement expenses.[48] Moreover, the Court stated that the civil forfeiture brought to recover the smuggled goods was not so unreasonable or excessive that it transformed "what was clearly intended as a civil penalty into a criminal penalty".[49]

In 1984, the Supreme Court handed down its decision in United States v. One Assortment of 89 Firearms. In this case, the defendant was indicted and acquitted of violating the Gun Control Act by knowingly engaging in the business of dealing in firearms without a license. Following

---

44 One Lot Emerald Cut Stones v. United States, 409 U.S. 232 (1972).

45 One Lot Emerald Cut Stones v. United States, 409 U.S. 232, 235 (1972).

46 One Lot Emerald Cut Stones v. United States, 409 U.S. 232, 237 (1972).

47 One Lot Emerald Cut Stones v. United States, 409 U.S. 232, 237 (1972).

48 One Lot Emerald Cut Stones v. United States, 409 U.S. 232, 237 (1972).

49 One Lot Emerald Cut Stones v. United States, 409 U.S. 232, 237 (1972).

the criminal acquittal, the government instituted a forfeiture action of the seized firearms. On the basis of his earlier acquittal, the defendant argued that the forfeiture procedure was barred by the double jeopardy clause.[50]

The Court underlined once again that, unless the forfeiture has intended as punishment, the double jeopardy clause does not applicable.[51] In order to determine the nature of the forfeiture the Court applied the two-prong analysis previously developed in Ward v. United States.[52]

According to the ruling in Ward, the inquiry on this matter is compounded of two levels: firstly, a court should determine whether the legislature, in establishing the penalizing mechanism, indicated either expressly or impliedly that the sanction was intended to be civil in nature. Where Congress has indicated an intention to establish a civil penalty, the second step of the inquiry is to ascertain whether the statutory scheme is "so punitive either in purpose or effect as to negate that intention".[53] In making this latter determination, the Court stated that the seven criteria that it had established in its decision Kennedy v. Mendoza-Martinez are useful guideposts: (i) whether the sanction involves an affirmative disability or restraint; (ii) whether it has historically been regarded as a punishment; (iii) whether it comes into play only on a finding of scienter; (iv) whether its operation will promote the traditional aims of punishment -retribution and deterrence-; (v) whether the behaviour to which it applies is already a crime;[54] (vi) whether an alternative purpose to

---

[50] United States v. One Assortment of 89 Firearms, 465 U.S. 354, 356 (1984).

[51] United States v. One Assortment of 89 Firearms, 465 U.S. 354, 362 (1984).

[52] United States v. Ward, 448 U.S. 242, 248-249 (1980); MARTIN, Janeice T. Final Jeopardy: Merging the Civil and Criminal Rounds in the Punishment Game. *Florida Law Review*, v. 46, n. 4, p. 661-686, 1994, p. 667; ABBOTT, Nelson T. United States v. Halper: Making Double Jeopardy Available in Civil Actions. *BYU Journal of Public Law*, v. 6, n. 3, p. 551-574, 1992, pp. 556-557.

[53] United States v. Ward, 448 U.S. 242, 248-249 (1980); MELENYZER, Lisa. Double Jeopardy Protection from Civil Sanctions after Hudson v. United States. *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 89, n. 3, p. 1007-1046, 1999, p. 1015; MARTIN, Janeice T. Final Jeopardy: Merging the Civil and Criminal Rounds in the Punishment Game, op. cit., pp. 667-667.

[54] Regarding the application of this criterion, the Court cited Lipke v. Lederer, 259 U.S. 557, 562 (1922); United States v. La Franca, 282 U.S. 568, 572-573 (1931); United States v. Constantine, 296 U.S. 287, 295 (1935).

which it may rationally be connected is assignable for it; and (vii) whether it appears excessive in relation to the alternative purpose assigned.[55]

Regarding the first prong of the analysis, the Court concluded that Congress designed the forfeiture in question as a remedial civil sanction.[56] It noted that the civil forfeiture was not intended as punishment, but rather its purpose was to discourage unregulated commerce in firearms, keeping dangerous weapons out of the hands of unlicensed dealers.[57] Concerning the second prong of the analysis, the Court observed that only one of the Kennedy criteria -whether the behaviour to which the penalty applies is already a crime- supported the position of the defendant that the forfeiture in question was a criminal penalty. However, this indication was not sufficient, since Congress may impose both a criminal and a civil sanction in respect to the same conduct.[58] The Court thus concluded that the forfeiture at issue was civil in nature.[59]

1.4. The Constitutionality of Civil Forfeiture under the Excessive Fines Clause: Austin v. United States.

Even though Austin v. United States was not a double jeopardy case, it is a cardinal case on the matter regarding the constitutionality of civil forfeiture, since the Supreme Court characterised a civil forfeiture as punishment for purposes of the excessive fines clause of the Amendment.[60]

In Austin, the defendant was convicted of possessing cocaine with intent to distribute and was sentenced to seven years' imprisonment.

---

[55] Kennedy v. Mendoza-Martinez, 372 U.S. 144, 168-169 (1963); HILDY, John. Fifth Amendment--Double Jeopardy and the Dangerous Drug Tax. *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 85, n. 4, p. 936-961, 1995, p. 940.

[56] United States v. One Assortment of 89 Firearms, 465 U.S. 354, 363 (1984).

[57] United States v. One Assortment of 89 Firearms, 465 U.S. 354, 363-364 (1984).

[58] United States v. One Assortment of 89 Firearms, 465 U.S. 354, 365 (1984).

[59] United States v. One Assortment of 89 Firearms, 465 U.S. 354, 366 (1984).

[60] In the same term Austin was decided, the Supreme Court handed down its decision in Alexander v. United States, where it characterised a criminal forfeiture as punishment for purposes of the excessive fines clause. See Alexander v. United States, 509 U.S. 544, 558-559 (1993).

Subsequently, the government filed an in rem action seeking forfeiture of the mobile home and the auto body shop of the defendant.[61] The District Court rejected the argument of the defendant that forfeiture of his properties would violate the excessive fines clause and granted summary judgment on the basis of an affidavit from a police officer that the defendant had brought two grams of cocaine from the mobile home to the body shop in order to consummate a prearranged sale there. The Court of Appeals upheld the decision of the District Court.[62] The Supreme Court granted certiorari to resolve the question whether the forfeiture at issue constituted punishment and thus it was subjected to the Eighth Amendment.[63]

The Supreme Court firstly noted that unlike other provisions of the Bill of Rights, such as the self-incrimination clause of the Fifth Amendment or the protections provided by the Sixth Amendment, which are expressly confined to criminal cases, neither the text nor the history of the Eighth Amendment include such a limitation.[64] The purpose of the Eighth Amendment, stated the Court, was to limit the power of the government to punish.[65] Regarding the excessive fines clause, it limits the power of the government to extract payments as punishment for some offence.[66] Therefore, since both civil and criminal sanctions may advance punitive as well as remedial goals, for purposes of the excessive fines clause the Court affirmed that the relevant question is not whether the forfeiture in question is civil or criminal, but rather whether it is punishment.[67] The Court next analysed the historical development of

---

61 Austin v. United States, 509 U.S. 602, 604 (1993).

62 Austin v. United States, 509 U.S. 602, 605 (1993); WOOD, Cynthia. Asset, Forfeiture and the Excessive Fines Clause: An Epilogue to Austin v. United States. *Wake Forest Law Review*, v. 29, n. 4, p. 1357-1404, 1994, p. 1378.

63 Austin v. United States, 509 U.S. 602, 606 (1993).

64 Supreme Court of the United States, Austin v. United States, 607-608 [1993]; JOHNSON, Barry L. Purging the Cruel and Unusual: The Autonomous Excessive Fines Clause and Desert-Based Constitutional Limits on Forfeiture after United States v. Bajakajian, op. cit., p. 472.

65 Supreme Court of the United States, Austin v. United States, 609 [1993], citing Browning-Ferris Industries v. Kelco Disposal, 275 [1989].

66 Supreme Court of the United States, Austin v. United States, 609-610 [1993].

67 Supreme Court of the United States, Austin v. United States, 610 [1993]; GEORGE, W. David. Finally, an Eye for an Eye: The Supreme Court Lets the

civil forfeiture, reaching the conclusion that forfeiture generally and civil forfeiture in particular historically have been understood, at least in part, as punishment.[68] Regarding the forfeiture at issue, the Court found nothing to contradict this historical understanding.[69] For instance, the Court noted that the forfeiture in question expressly provided an innocent owner defence, an exemption that serves to focus the inquiry on the culpability of the owner.[70] Moreover, when Congress established the forfeiture up for discussion it argued that traditional criminal sanctions had been inadequate to deter and punish the enormously profitable trade in dangerous drugs, hence additional measures were necessary.[71]

Considering the historical understanding of forfeiture as punishment, the clear focus of the forfeiture at stake on the culpability of the owner and the evidence that Congress understood it as serving to deter and punish, the Supreme Court held that the forfeiture in question constituted punishment for purposes of the excessive fines clause.[72] Nevertheless, the Supreme Court refused the invitation of the defendant to establish a multifactor test for determining whether a forfeiture is constitutionally excessive. The Court argued that prudence dictated to

---

Punishment Fit the Crime in Austin v. United States. *Baylor Law Review*, v. 46, n. 2, p. 509-524, 1994, p. 515; SUBIN, Andrew L. The Double Jeopardy Implications of In Rem Forfeiture of Crime-Related Property: The Gradual Realization of a Constitutional Violation, op. cit., p. 261.

68 Austin v. United States, 509 U.S. 602, 618 (1993); HENNING, Peter J. Precedents in a Vacuum: The Supreme Court Continues to Tinker with Double Jeopardy, op. cit., p. 65; SACKETT, Robin M. The Impact of Austin v. United States: Extending Constitutional Protections to Claimants in Civil Forfeiture Proceedings. *Golden Gate University Law Review*, v. 24, n. 2, p. 495-522, 1994, p. 509; WOOD, Cynthia. Asset, Forfeiture and the Excessive Fines Clause: An Epilogue to Austin v. United States, op. cit., p. 1379.

69 SACKETT, Robin M. The Impact of Austin v. United States: Extending Constitutional Protections to Claimants in Civil Forfeiture Proceedings, op. cit., p. 510.

70 Austin v. United States, 509 U.S. 602, 619 (1993).

71 Austin v. United States, 509 U.S. 602, 620 (1993); GEORGE, W. David. Finally, an Eye for an Eye: The Supreme Court Lets the Punishment Fit the Crime in Austin v. United States, op. cit., p. 515.

72 Austin v. United States, 509 U.S. 602, 621-622 (1993); HENNING, Peter J. Precedents in a Vacuum: The Supreme Court Continues to Tinker with Double Jeopardy, op. cit., p. 18.

allow the lower courts to consider that question in the first instance.[73] Therefore, the Supreme Court reversed the judgment of the Court of Appeals and remanded the case for a determination of proportionality.[74]

1.5. Reversing the Direction: United States v. Ursery.

After Austin v. United States there was great expectancy for knowing the next decision of the Supreme Court on the constitutionality of civil forfeiture. The subsequent decision delivered by the Court on this matter was United States v. Ursery, a case in which the Court held that a civil forfeiture did not constitute punishment for double jeopardy purposes, reversing thereby the direction of the development of the case law.[75]

In Ursery, the Court consolidated two cases to determine whether a civil forfeiture in addition to a criminal prosecution for the same offence violated the double jeopardy clause.[76] In the first case, the police discovered a marijuana manufacturing operation in the home of the defendant, Guy Ursery. The government instituted a civil forfeiture proceeding to recoup the residence because it was used in the manufacturing operation. The defendant settled the forfeiture suit by paying the federal government $13,250.167. Subsequently, the defendant was indicted and convicted of manufacturing marijuana.[77] The defendant appealed his criminal conviction, arguing that the criminal penalty constituted a second

---

[73] Supreme Court of the United States, Austin v. United States, 622-623 [1993]; REINHART, Douglas. Applying the Eighth Amendment to Civil Forfeiture After Austin v. United States: Excessiveness and Proportionality, op. cit., p. 243.

[74] Supreme Court of the United States, Austin v. United States, 623 [1993].

[75] MELENYZER, Lisa. Double Jeopardy Protection from Civil Sanctions after Hudson v. United States, op. cit., 1021; SOLOMON, Matthew C. The Perils of Minimalism: United States v. Bajakajian in the Wake of the Supreme Court's Civil Double Jeopardy Excursion Note, op. cit., p. 864.

[76] WATKINS, Amy E. Double Jeopardy Clause - Government May Bring Parallel Criminal Prosecution and In Rem Forfeiture Actions without Violating the Double Jeopardy Clause Survey: Fifth Amendment. *Seton Hall Constitutional Law Journal*, v. 7, n. 1, 287-292, 1996, p. 287.

[77] United States v. Ursery, 518 U.S. 267, 271 (1996).

impermissible punishment in violation of the double jeopardy clause.[78] In the second case, United States v. $405,089.23 in U. S. Currency et al., the defendants were convicted of conspiracy to aid and abet the manufacture of methamphetamine, conspiracy to launder monetary instruments, and numerous counts of money laundering.[79] The government also instituted a contemporaneous civil forfeiture proceeding against property owned by the defendants that was used in their illegal operations.[80] After the conclusion of the criminal procedure, the District Court granted the motion of the government for summary judgment in the forfeiture proceeding. The defendants appealed the decision on double jeopardy grounds.[81] In both cases, Ursery and $405,089.23, the Supreme Court granted certiorari and held a civil forfeiture may be brought in conjunction with a criminal trial without violating the double jeopardy clause.[82]

The Supreme Court firstly highlighted that in a long line of cases, composed of Various Items of Personal Property et al., One Lot Emerald Cut Stones and One Assortment of 89 Firearms,[83] it had consistently concluded that in rem civil forfeiture is a remedial civil sanction and therefore does not constitute punishment for double jeopardy purposes.[84] The Court then noted that none of its previous decisions had overruled the well-established teaching of Various Items, Emerald Cut Stones, and 89 Firearms.[85] Moreover, the Court remarked that while Austin had

---

[78] VINES, J. Andrew. United States v. Ursery: The Supreme Court Refuses to Extend Double Jeopardy Protection to Civil in Rem Forfeiture. *Arkansas Law Review*, v. 50, n. 4, p. 797-840, 1997, p. 803.

[79] United States v. Ursery, 518 U.S. 267, 271 (1996).

[80] NOLAN, Patrick S. Double Jeopardy's Multipunishment Protection and Regulation of Civil Sanctions after United States v. Ursery, op. cit., p. 1101.

[81] United States v. Ursery, 518 U.S. 267, 272 (1996).

[82] WATKINS, Amy E. Double Jeopardy Clause - Government May Bring Parallel Criminal Prosecution and In Rem Forfeiture Actions without Violating the Double Jeopardy Clause Survey: Fifth Amendment, op. cit., p. 288.

[83] United States v. Ursery, 518 U.S. 267, 274-278 (1996).

[84] United States v. Ursery, 518 U.S. 267, 278 (1996); VINES, J. Andrew. United States v. Ursery: The Supreme Court Refuses to Extend Double Jeopardy Protection to Civil in Rem Forfeiture, op. cit., p. 825.

[85] United States v. Ursery, 518 U.S. 267, 282 (1996); VINES, J. Andrew. United States v. Ursery: The Supreme Court Refuses to Extend Double Jeopardy

dealt with the question whether civil forfeiture constitutes punishment for purposes of the excessive fines clause, Ursery deals with another issue: whether civil forfeiture constitutes punishment for purposes of the double jeopardy clause.[86]

Afterwards, the Supreme Court examined the forfeitures in question under the two-prong analysis of Ward.[87] Regarding the first part of the analysis, the Supreme Court found several characteristics that supported the conclusion that Congress had intended these forfeitures to be civil in nature.[88] For instance, the Court noted that forfeitures at issue were in rem, just like customs laws forfeitures,[89] being structured to be impersonal by targeting the property itself.[90] Moreover, the Court observed that "actual notice of the impending forfeiture is unnecessary when the Government cannot identify any party with an interest in the seized article".[91] Moving to the second step of the analysis, the Supreme Court found little evidence suggesting that the forfeitures in question were so punitive either in form or effect as to render them criminal despite the intent of Congress. The Court noted that the civil forfeiture at stake served important non-punitive goals, such as guaranteeing that persons do not profit from their illegal acts, or encouraging property owners to take care in managing their property, ensuring that they will not permit that property to be used in illegal activities.[92] In addition, the Court remarked that forfeitures at issue did not require proving scienter.[93]

Protection to Civil in Rem Forfeiture, op. cit., p. 825.

86 United States v. Ursery, 518 U.S. 267, 288 (1996).

87 United States v. Ursery, 518 U.S. 267, 288 (1996); VINES, J. Andrew. United States v. Ursery: The Supreme Court Refuses to Extend Double Jeopardy Protection to Civil in Rem Forfeiture, op. cit., p. 825; MELENYZER, Lisa. Double Jeopardy Protection from Civil Sanctions after Hudson v. United States, op. cit., p. 1022.

88 United States v. Ursery, 518 U.S. 267, 288 (1996).

89 United States v. Ursery, 518 U.S. 267, 288-289 (1996).

90 United States v. Ursery, 518 U.S. 267, 289 (1996).

91 United States v. Ursery, 518 U.S. 267, 289 (1996).

92 United States v. Ursery, 518 U.S. 267, 290-291 (1996).

93 United States v. Ursery, 518 U.S. 267, 291 (1996).

Accordingly, the Supreme Court ruled that civil forfeiture does not constitute criminal punishment for double jeopardy purposes.[94] Consequently, the double jeopardy clause does not bar the imposition of both a criminal penalty and a civil forfeiture for the same conduct.[95]

2. Recalling the Excessive Fines Clause

The current state of the case law of the Supreme Court on the constitutionality of parallel civil forfeiture proceedings and criminal prosecutions under the double jeopardy clause is that civil forfeiture does not constitute criminal punishment for double jeopardy purposes. Thus, the Fifth Amendment does not preclude the government from bringing parallel civil forfeiture proceedings and criminal prosecutions for the same offence.

Nevertheless, Ursery neither overruled nor modified the ruling in Austin v. United States. Therefore, even though the double jeopardy clause does not prevent the government from bringing parallel civil forfeiture proceeding and criminal prosecutions for the same offence, civil forfeiture is still limited by the excessive fines clause of the Eighth Amendment,[96] which provides: "Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted".

The Eighth Amendment was adopted in 1791, directly from the English Bill of Rights of 1689.[97] The history indicates that the framers intended the entire amendment to act as a limit on the power of the

---

[94] United States v. Ursery, 518 U.S. 267, 270-271 (1996); WELLS, Adam C. Multiple-Punishment and the Double Jeopardy Clause: The United States v. Ursery Decision, op. cit., p. 161; NELSON, Caleb. The Constitutionality of Civil Forfeiture, op. cit., p. 2491.

[95] NOLAN, Patrick S. Double Jeopardy's Multipunishment Protection and Regulation of Civil Sanctions after United States v. Ursery, op. cit., p. 1111.

[96] PIMENTEL, David. Forfeitures and the Eighth Amendment: A Practical Approach to the Excessive Fines Clause as a Check on Government Seizures, op. cit., p. 555.

[97] GRANUCCI Anthony. Nor Cruel and Unusual Punishments Inflicted: The Original Meaning. *California Law Review*, v. 57, n. 4, p. 839-865, 1969, p. 840.

government to punish.[98] The Eighth Amendment contains three different prohibitions: a prohibition of excessive bail, a prohibition of cruel and unusual punishments, which is concerned with matters such as the duration or conditions of confinement, and a prohibition of excessive fines, which limits the power of the government to extract payments as punishment for some offence.[99] The Supreme Court has recently underlined that the excessive fines clause is an incorporated protection applicable to the States under the due process clause of the Fourteenth Amendment.[100]

Prior to Austin, the Supreme Court had only considered the excessive fines clause in Browning-Ferris Industries v. Kelco Disposal. In this case, the Supreme Court held that the excessive fines clause does not apply to disputes between private parties, stating that the excessive fines clause "was intended to limit only those fines directly imposed by, and payable to, the government".[101]

Despite the importance of the ruling in Austin that the excessive fines clause applies to civil forfeiture, the Court declined to establish a test

---

[98] Accordingly, Reinhart states that analysis under the excessive fines clause should be similar to that required by the cruel and unusual punishments clause and the excessive bail clause. REINHART, Douglas. Applying the Eighth Amendment to Civil Forfeiture After Austin v. United States: Excessiveness and Proportionality, op. cit., pp. 252-253.

[99] Alexander v. United States, 509 U.S. 544, 558 (1993); ALBIN, Laurel. Notes: Constitutional Limitations of Civil in Rem Forfeiture and the Double Jeopardy Dilemma: Civil in Rem Forfeiture Constitutes Punishment and Is Subject to Excessive Fines Analysis. Aravanis v. Somerset County, 339 Md. 644, 664 A.2d 888 (1995), Cert. Denied, 116 S. Ct. 916 (1996), op. cit., p. 156. See also Browning-Ferris Industries v. Kelco Disposal, 492 U.S. 257, 265 (1989); Austin v. United States, 509 U.S. 602, 609-610 (1993); United States v. Bajakajian, 524 U.S. 321, 328 (1998).

[100] Timbs v. Indiana, 586 U.S., 7 (2019).

[101] Browning-Ferris Industries v. Kelco Disposal, 492 U.S. 257, 268 (1989); GEORGE, W. David. Finally, an Eye for an Eye: The Supreme Court Lets the Punishment Fit the Crime in Austin v. United States, op. cit., p. 515; ALBIN, Laurel. Notes: Constitutional Limitations of Civil in Rem Forfeiture and the Double Jeopardy Dilemma: Civil in Rem Forfeiture Constitutes Punishment and Is Subject to Excessive Fines Analysis. Aravanis v. Somerset County, 339 Md. 644, 664 A.2d 888 (1995), Cert. Denied, 116 S. Ct. 916 (1996), op. cit., p. 166; SOLOMON, Matthew C. The Perils of Minimalism: United States v. Bajakajian in the Wake of the Supreme Court's Civil Double Jeopardy Excursion Note, op. cit., p. 871.

for determining excessiveness in this specific context.[102] Due to the lack of direction given by the Supreme Court in Austin, lower courts developed their own tests, which tend to emphasize either an "instrumentality" or a "proportionality" approach.[103] Under the first test, the relevant question is whether there is a close enough relationship between the property and the offence to render the property, under traditional standards, guilty and hence forfeitable.[104] On the contrary, the proportionality test utilises the criteria established by the Supreme Court with regard to the other prohibitions contained in the Eighth Amendment. Recognising that the Eight Amendment establishes parallel limitations on bail, fines and other punishments,[105] lower courts have applied the analysis of the Supreme Court on the excessive bail and cruel and unusual punishments clauses to the excessive fines clause.[106]

2.1. United States v. Bajakajian and the Proportionality Approach.

Notwithstanding the lack of consensus among lower courts, the Supreme Court did not clarify its excessive fines clause case law until 1998,

---

[102] ALBIN, Laurel. Notes: Constitutional Limitations of Civil in Rem Forfeiture and the Double Jeopardy Dilemma: Civil in Rem Forfeiture Constitutes Punishment and Is Subject to Excessive Fines Analysis. Aravanis v. Somerset County, 339 Md. 644, 664 A.2d 888 (1995), Cert. Denied, 116 S. Ct. 916 (1996), op. cit., p. 167; LIEBER, David. Eighth Amendment--The Excessive Fines Clause. *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 84, n. 4, p. 805-826, 1994, p. 823.

[103] JOHNSON, Barry L. Purging the Cruel and Unusual: The Autonomous Excessive Fines Clause and Desert-Based Constitutional Limits on Forfeiture after United States v. Bajakajian, op. cit., p. 474.

[104] The instrumentality test was announced by Justice Scalia in its concurring opinion in Austin. See Austin v. United States, 509 U.S. 602, 628 (Scalia, J., concurring) (1993).

[105] Solem v. Helm. 463 U.S. 277, 289 (1983). See also Timbs v. Indiana, 586 U.S. ___, 3 (2019)

[106] ALBIN, Laurel. Notes: Constitutional Limitations of Civil in Rem Forfeiture and the Double Jeopardy Dilemma: Civil in Rem Forfeiture Constitutes Punishment and Is Subject to Excessive Fines Analysis. Aravanis v. Somerset County, 339 Md. 644, 664 A.2d 888 (1995), Cert. Denied, 116 S. Ct. 916 (1996), op. cit., p. 173; JOHNSON, Barry L. Purging the Cruel and Unusual: The Autonomous Excessive Fines Clause and Desert-Based Constitutional Limits on Forfeiture after United States v. Bajakajian, op. cit., pp. 476-478.

when it delivered its decision in United States v. Bajakajian,[107] declaring disproportionate the criminal forfeiture sought by the government under the excessive fines clause.[108]

In Bajakajian, respondent and his family were waiting at Los Angeles International Airport to board a flight abroad. A customs inspector approached respondent and his wife and told them that they were required to report all money in excess of $10,000. Respondent said that he had $8,000 and that his wife had another $7,000, but that the family had no additional currency to declare. A search of their baggage and personal bags revealed a total of $357,144. The currency was seized and respondent was taken into custody.[109] The respondent was indicted with failing to report that he was transporting more than $10,000 outside the United States. The defendant pleaded guilty to the failure to report and was convicted. The government sought forfeiture of the $357,144 pursuant to 18 U. S. C. § 982(a)(1), which provides that the court, in imposing sentence on a person convicted for the previous offence, shall order the forfeiture of any property involved in such offence, or any property traceable to such property.[110] Respondent elected to have a bench trial on the forfeiture. After the bench trial, the trial court found that the entire $357,144 was subject to forfeiture because it was "involved in" the offence.[111] The court also found that "the funds were not connected to any other crime and that respondent was transporting the money to repay a lawful debt".[112] Even though the relevant statute provided to impose full forfeiture of the property involved in the offence, the court concluded that such forfeiture would be extraordinarily harsh and grossly disproportionate to the offence in

---

[107] JOHNSON, Barry L. Purging the Cruel and Unusual: The Autonomous Excessive Fines Clause and Desert-Based Constitutional Limits on Forfeiture after United States v. Bajakajian, op. cit., p. 478

[108] SOLOMON, Matthew C. The Perils of Minimalism: United States v. Bajakajian in the Wake of the Supreme Court's Civil Double Jeopardy Excursion Note, op. cit., p. 849.

[109] United States v. Bajakajian, 524 U.S. 321, 324-325 (1998).

[110] United States v. Bajakajian, 524 U.S. 321, 325 (1998).

[111] United States v. Bajakajian, 524 U.S. 321, 325-326 (1998).

[112] United States v. Bajakajian, 524 U.S. 321, 326 (1998).

question, violating thereby the excessive fines clause. The court instead ordered forfeiture of $15,000, in addition to a sentence of three years of probation and a fine of $5,000. The government appealed, seeking full forfeiture of the seized currency. The Court of Appeal for the Ninth Circuit affirmed.[113] Because the judgment of the Court of Appeal invalidated a part of an Act of Congress, the Supreme Court granted certiorari.[114]

The Supreme Court effortlessly concluded that the forfeiture at stake constituted punishment. The Court noted that the forfeiture in question was imposed as an additional sanction on a person convicted of an offence at the culmination of a criminal proceeding. Accordingly, the imposition of the forfeiture at issue required a conviction of an underlying offence, not being possible imposing it on an innocent owner.[115]

After holding that the forfeiture of the currency constituted punishment and that therefore the excessive fines clause was applicable, the Supreme Court turned to the question whether the forfeiture was excessive. In this regard, the Court held that the touchstone of the constitutional inquiry under the excessive fines clause is the principle of proportionality. Since the amount of the forfeiture must bear some relationship to the gravity of the offence committed by the defendant, the Supreme Court ruled that a punitive forfeiture violates the excessive fines clause when it is "grossly disproportionate" to the gravity of the offence.[116] If the amount of the forfeiture is grossly disproportionate to the gravity of the offence committed by the defendant, the forfeiture will be contrary to the Eighth Amendment.[117]

---

[113] United States v. Bajakajian, 524 U.S. 321, 326 (1998).

[114] United States v. Bajakajian, 524 U.S. 321, 327 (1998).

[115] United States v. Bajakajian, 524 U.S. 321, 328 (1998); JOHNSON, Barry L. Purging the Cruel and Unusual: The Autonomous Excessive Fines Clause and Desert-Based Constitutional Limits on Forfeiture after United States v. Bajakajian, op. cit., pp. 480-482.

[116] United States v. Bajakajian, 524 U.S. 321, 334 (1998); PIMENTEL, David. Forfeitures and the Eighth Amendment: A Practical Approach to the Excessive Fines Clause as a Check on Government Seizures, op. cit., p. 559; BENNARDO, Kevin. Restitution and the Excessive Fines Clause. *Louisiana Law Review*, v. 77, n. 1, p. 21-45, 2016, p. 32.

[117] United States v. Bajakajian, 524 U.S. 321, 337 (1998); JOHNSON, Barry L. Purging the Cruel and Unusual: The Autonomous Excessive Fines Clause and

Applying the gross disproportionality standard, the Supreme Court considered that the offence committed by the defendant was solely a reporting offence, whose essence was a failure to report the removal of currency from the United States[118] and that the violation was unrelated to any other illegal activities. Therefore, the conduct of the defendant did not fit into the class of persons for whom the statute was principally designed: he was not a money launderer, a drug trafficker, or a tax evader.[119] Moreover, the Court noted that the harm that respondent caused was minimal, there had not been fraud in the United States and the failure to report his currency affected only the government.[120]

For the foregoing reasons, the Supreme Court concluded that the forfeiture of $357,144 sought by the government would be grossly disproportionate to the gravity of the offence committed by the defendant, violating thereby the excessive fines clause.[121] The Supreme Court upheld the $15,000 forfeiture imposed by the district court.[122]

2.2. Analysing the Decision in Bajakajian.

The decision of the Supreme Court in United States v. Bajakajian, holding that the right approach in the context of the excessive fines clause is the proportionality standard, has two main merits.

The first merit of the decision is having allowed to overcome the situation of uncertainty in lower courts, which were divided between the proportionality standard and the instrumentality approach.[123] By embracing the former approach the Court firmly rejected the latter one.

Desert-Based Constitutional Limits on Forfeiture after United States v. Bajakajian, op. cit., pp. 482-483.

[118] United States v. Bajakajian, 524 U.S. 321, 337 (1998).

[119] United States v. Bajakajian, 524 U.S. 321, 338 (1998).

[120] United States v. Bajakajian, 524 U.S. 321, 339 (1998).

[121] United States v. Bajakajian, 524 U.S. 321, 339-340 (1998).

[122] United States v. Bajakajian, 524 U.S. 321, 339-340 (1998).

[123] JOHNSON, Barry L. Purging the Cruel and Unusual: The Autonomous Excessive Fines Clause and Desert-Based Constitutional Limits on Forfeiture after United States v. Bajakajian, op. cit., pp. 486.

The second merit of the decision is having strengthened the proportionality approach by making it applicable outside the cruel and unusual punishments clause. As the same Supreme Court recognised, the gross disproportionality standard was originally articulated in its case law on the cruel and unusual punishments clause.[124] In Solem v. Helm, decided in 1983, the Supreme Court held a straightforward idea: "a criminal sentence must be proportionate to the crime for which the defendant has been convicted".[125] The prohibition of imposing "grossly disproportional" punishments and fines is a current standard of the Supreme Court constitutional case law. In Ewing v. California, decided in 2003, the defendant, while on parole, was convicted of felony grand theft for stealing three golf clubs, worth $399 apiece. Because the defendant had been previously convicted of four serious or violent felonies, the prosecutor alleged and the trial court applied the California's three strikes law, sentencing him to 25 years to life. The Supreme Court stated that the Eighth Amendment contains a "narrow proportionality principle", which only forbids extreme sentences that are "grossly disproportionate"' to the crime.[126] Regarding the case in question, the Court concluded that the sentence of 25 years to life in prison, imposed on the defendant for the offense of felony grand theft under the three strikes law was not grossly disproportionate, therefore there was no violation of the Eighth Amendment.[127]

Notwithstanding the significance of the decision in Bajakajian, there is one problematic issue that should be critically addressed: the threshold of the gross disproportionality standard.

Besides the standard does not provide clear guidelines to lower courts in the application of the excessive fines clause,[128] the main problem of the standard itself is the demanding threshold that the Supreme Court has established. As the Supreme Court recognised in

---

[124] United States v. Bajakajian, 524 U.S. 321, 336 (1998).

[125] Solem v. Helm. 463 U.S. 277, 290 (1983).

[126] Ewing v. California, 538 U.S. 11, 20 (2003). See also Lockyer v. Andrade, 538 U.S. 63, 72 (2003).

[127] Ewing v. California, 538 U.S. 11, 30 (2003).

[128] PIMENTEL, David. Forfeitures and the Eighth Amendment: A Practical Approach to the Excessive Fines Clause as a Check on Government Seizures, op. cit., p. 561.

Bajakajian, the gross disproportionality standard was borrowed from the case law on the cruel and unusual punishments clause. In the context of the prohibition of cruel and unusual punishments, the extreme deference to legislative sentencing determinations represented by the demanding threshold of "grossly" has been firstly explained on the basis of the wording of the prohibition itself: "cruel and unusual".[129] For instance, in Harmelin v. Michigan the Supreme Court held that severe mandatory penalties "may be cruel, but they are not unusual in the constitutional sense, having being employed in various forms throughout our Nation's history".[130] The extreme deference to legislature on this topic was explained by the Supreme Court in Rummel v. Estelle, where after noting that outside the context of capital punishment successful challenges to disproportional sentences have been exceedingly rare, the Court held that the length of terms of imprisonment is mainly a matter of legislative prerogative.[131]

Since the language of the excessive fines clause is not similar at all to the prohibition of cruel and unusual punishments, the arguments to justify the gross disproportionality standard in the former guarantee are significantly weaker.[132] Although it could seem obvious, the excessive fines clause does not refer to grossly excessive fines, but rather it mentions excessive fines. Therefore, it seems reasonable to state that due to the different wording contained in the Eighth Amendment the threshold in the context of the excessive fines clause should be diverse from the threshold of the cruel and unusual punishments clause. It could certainly be argued that this sole difference of wording between the two constitutional prohibitions is not a conclusive argument in order to exclude the gross disproportionality standard from the scope of application of the excessive fines clause. However, this difference should at least be considered and

---

[129] JOHNSON, Barry L. Purging the Cruel and Unusual: The Autonomous Excessive Fines Clause and Desert-Based Constitutional Limits on Forfeiture after United States v. Bajakajian, op. cit., p. 487.

[130] Harmelin v. Michigan, 501 U.S. 957, 994-995 (1991).

[131] Rummel v. Estelle, 445 U.S. 263, 274 (1980).

[132] JOHNSON, Barry L. Purging the Cruel and Unusual: The Autonomous Excessive Fines Clause and Desert-Based Constitutional Limits on Forfeiture after United States v. Bajakajian, op. cit., p. 487.

explained before concluding that for applying both the cruel and unusual punishments clause and the excessive fines clause it is required the same threshold. On this matter, the Supreme Court seems to have just imported the standard at stake from one clause to another.

Conclusions.

Does the double jeopardy clause of the Fifth Amendment to the United States Constitution precludes the government from bringing parallel civil forfeiture proceedings and criminal prosecutions for the same offence?

According to the Supreme Court, the answer is no. The reasoning of the Court was set out in United States v. Ursery: because the double jeopardy clause only applies to criminal cases, and since civil forfeiture is civil in nature under the two-prong analysis developed in Ward, the double jeopardy clause does not apply to this law enforcement mechanism. Considering that after Ursery the Supreme Court has not granted a writ of certiorari regarding the constitutionality of parallel civil forfeiture proceedings and criminal prosecutions under the double jeopardy clause, the Court is unlikely to change its interpretation. The discussion about this specific matter, thus, would be concluded.

The foregoing assertion does not mean, however, that parallel civil forfeiture proceedings and criminal prosecutions do not have constitutional limitations. Indeed, the same Supreme Court has noted that some of the ills that have been tried to be solved applying the double jeopardy clause are addressed by other constitutional provisions. In the case of civil forfeiture, the Supreme Court held in Austin v. United States that they are limited by the excessive fines clause of the Eighth Amendment. The relevant question is, therefore, whether the civil forfeiture in question is "grossly disproportionate" to the gravity of the offence committed by the defendant. If so, the forfeiture will be contrary to the Eighth Amendment.

Developing more accurate criteria and guidelines to ascertain when a forfeiture is grossly disproportionate is the road that scholars and courts should follow.

Bibliography

ABBOTT, Nelson T. United States v. Halper: Making Double Jeopardy Available in Civil Actions. *BYU Journal of Public Law*, v. 6, n. 3, p. 551-574, 1992.

ALBIN, Laurel. Notes: Constitutional Limitations of Civil in Rem Forfeiture and the Double Jeopardy Dilemma: Civil in Rem Forfeiture Constitutes Punishment and Is Subject to Excessive Fines Analysis. Aravanis v. Somerset County, 339 Md. 644, 664 A.2d 888 (1995), Cert. Denied, 116 S. Ct. 916 (1996). *University of Baltimore Law Review*, v. 26, n. 1, p. 155-199, 1996.

AMAR, Akhil, and Jonathan L. Marcus. Double Jeopardy Law after Rodney King. *Columbia Law Review*, v. 95, n. 1, p. 1-59, 1995.

ANIELAK, Eric Michael. Double Jeopardy: Protection against Multiple Punishments. *Missouri Law Review*, v. 61, n. 1, p. 169-184, 1996.

BATRA, Rishi. Resolving Civil Forfeiture Disputes. *University of Kansas Law Review*, v. 66, n. 2, p. 399-426, 2017.

BENNARDO, Kevin. Restitution and the Excessive Fines Clause. *Louisiana Law Review*, v. 77, n. 1, p. 21-45, 2016.

CARLTON, Christopher W. Cumulative Sentences for One Criminal Transaction Under the Double Jeopardy Clause: Whalen v. United States. *Cornell Law Review*, v. 66, n. 4, p. 819-841, 1981.

CLERMONT, Kevin M. Procedure's Magical Number Three Psychological Bases for Standards of Decision. *Cornell Law Review*, v. 72, n. 6, p. 1115-1156, 1987.

COLGAN, Beth A. The Excessive Fines Clause: Challenging the Modern Debtors' Prison. *UCLA Law Review*, v. 65, n. 1, p. 2-77, 2018.

GEORGE, W. David. Finally, an Eye for an Eye: The Supreme Court Lets the Punishment Fit the Crime in Austin v. United States. *Baylor Law Review*, v. 46, n. 2, p. 509-524, 1994.

GRANUCCI, Anthony. Nor Cruel and Unusual Punishments Inflicted: The Original Meaning. *California Law Review*, v. 57, n. 4, p. 839-865, 1969.

HENNING, Peter J. Precedents in a Vacuum: The Supreme Court Continues to Tinker with Double Jeopardy. *American Criminal Law Review*, v. 31, n. 1, p. 1-72, 1993.

HILDY, John. Fifth Amendment--Double Jeopardy and the Dangerous Drug Tax. *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 85, n. 4, p. 936-961, 1995.

JAMES, Fleming. Burdens of Proof. *Virginia Law Review*, v. 47, n. 1, p. 51-70, 1961.

JOHNSON, Barry L. Purging the Cruel and Unusual: The Autonomous Excessive Fines Clause and Desert-Based Constitutional Limits on Forfeiture after United States v. Bajakajian. *University of Illinois Law Review*, n. 2, p. 461-516, 2000.

KLEIN, Susan R. Civil in Rem Forfeiture and Double Jeopardy. *Iowa Law Review*, v. 82, n. 1, p. 183-274, 1996.

LIEBER, David. Eighth Amendment--The Excessive Fines Clause. *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 84, n. 4, p. 805-826, 1994.

LIMBAUGH, Stephen. The Case of Ex Parte Lange (Or How the Double Jeopardy Clause Lost Its Life or Limb). *American Criminal Law Review*, v. 36, n. 1, p. 53-86, 1999.

MARTIN, Janeice T. Final Jeopardy: Merging the Civil and Criminal Rounds in the Punishment Game. *Florida Law Review*, v. 46, n. 4, p. 661-686, 1994.

MELENYZER, Lisa. Double Jeopardy Protection from Civil Sanctions after Hudson v. United States. *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 89, n. 3, p. 1007-1046, 1999.

MERKL, Taryn A. The Federalization of Criminal Law and Double Jeopardy. *Columbia Human Rights Law Review*, v. 31, n. 1, p. 175-208, 1999.

NELSON, Caleb. The Constitutionality of Civil Forfeiture. *Yale Law Journal*, v. 125, n. 8, p. 2446-2518, 2016.

NOLAN, Patrick S. Double Jeopardy's Multipunishment Protection and Regulation of Civil Sanctions after United States v. Ursery. *Marquette Law Review*, v. 80, n. 4, p. 1081-1116, 1997.

PIMENTEL, David. Forfeitures and the Eighth Amendment: A Practical Approach to the Excessive Fines Clause as a Check on Government Seizures. *Harvard Law & Policy Review*, v. 11, n. 2, p. 541-584, 2017.

REINHART, Douglas. Applying the Eighth Amendment to Civil Forfeiture After Austin v. United States: Excessiveness and Proportionality. *William & Mary Law Review*, v. 36, n. 1, p. 235-268, 1994.

RUDSTEIN, David. *Double Jeopardy: A Reference Guide to the United States Constitution*. Praeger, 2004.

SACKETT, Robin M. The Impact of Austin v. United States: Extending Constitutional Protections to Claimants in Civil Forfeiture Proceedings. *Golden Gate University Law Review*, v. 24, n. 2, p. 495-522, 1994.

SCHWARTZ, David L., and SEAMAN, Christopher B. Standards of Proof in Civil Litigation: An Experiment from Patent Law. *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 26, n. 2, p. 429-480, 2013.

SIGLER, Jay A. Federal Double Jeopardy Policy. *Vanderbilt Law Review*, v. 19, n. 2, p. 375-405, 1966.

SOLOMON, Matthew C. The Perils of Minimalism: United States v. Bajakajian in the Wake of the Supreme Court's Civil Double Jeopardy Excursion Note. *Georgetown Law Journal*, v. 87, n. 3, 849-886, 1999.

SUBIN, Andrew L. The Double Jeopardy Implications of In Rem Forfeiture of Crime-Related Property: The Gradual Realization of a Constitutional Violation. *Seattle University Law Review*, v. 19, n. 2, p. 253-288, 1996.

SUMMERS, Brian L. Double Jeopardy: Rethinking the Parameters of the Multiplicity Prohibition. *Ohio State Law Journal*, v. 56, n. 5, p. 1595-1618, 1995.

TAIFA, Nkechi. Civil Forfeiture vs. Civil Liberties. *New York Law School Law Review*, v. 39, n. 1–2, p. 95-120, 1994.

VINES, J. Andrew. United States v. Ursery: The Supreme Court Refuses to Extend Double Jeopardy Protection to Civil in Rem Forfeiture. *Arkansas Law Review*, v. 50, n. 4, p. 797-840, 1997.

WATKINS, Amy E. Double Jeopardy Clause - Government May Bring Parallel Criminal Prosecution and In Rem Forfeiture Actions without Violating the Double Jeopardy Clause Survey: Fifth Amendment. *Seton Hall Constitutional Law Journal*, v. 7, n. 1, 287-292, 1996.

WELLS, Adam C. Multiple-Punishment and the Double Jeopardy Clause: The United States v. Ursery Decision. *St. John's Law Review*, v. 71, n. 1, p. 153-172, 1997.

WOOD, Cynthia. Asset, Forfeiture and the Excessive Fines Clause: An Epilogue to Austin v. United States. *Wake Forest Law Review*, v. 29, n. 4, p. 1357-1404, 1994.

Table of cases

Ex parte Lange, 85 U.S. 163 (1873).

Goldsmith-Grant Co. v. United States, 254 U.S. 505, 511 (1921).

Lipke v. Lederer, 259 U.S. 557 (1922).

United States v. La Franca, 282 U.S. 568 (1931).

Various Items of Personal Property et al. v. United States, 282 U.S. 577 (1931).
United States v. Benz, 282 U.S. 304 (1931).
Blockburger v. United States, 284 U.S. 299 (1932).
United States v. Constantine, 296 U.S. 287 (1935).
Helvering v. Mitchell, 303 U.S. 391 (1938).
United States ex rel. Marcus v. Hess, 317 U.S. 537 (1943).
Rex Trailer Co., Inc. v. United States, 350 U.S. 148 (1956).
Green v. United States, 355 U.S. 184 (1957).
Kennedy v. Mendoza-Martinez, 372 U.S. 144 (1963).
North Carolina v. Pearce, 395 U.S. 711 (1969).
Benton v. Maryland, 395 U.S. 784 (1969).
United States v. Wilson, 420 U.S. 332 (1975).
United States v. Jenkins, 420 U.S. 358 (1975).
Iannelli v. United States, 420 U.S. 770 (1975).
Brown v. Ohio, 432 U.S. 161 (1977).
Burks v. United States, 437 U.S. 1 (1978).
United States v. Ward, 448 U.S. 242 (1980).
United States v. Di Francesco, 449 U.S. 117 (1980).
Solem v. Helm. 463 U.S. 277 (1983).
United States v. One Assortment of 89 Firearms, 465 U.S. 354 (1984).
Justices of Boston Municipal Court v. Lydon, 466 U.S. 294 (1984).
Colorado v. New Mexico, 467 U.S. 310 (1984).
Ohio v. Johnson, 467 U.S. 493 (1984).
Morris v. Mathews, 475 U.S. 237 (1986).
Browning-Ferris Industries v. Kelco Disposal, 492 U.S. 257 (1989).
Grady v. Corbin, 495 U.S. 508 (1990).
Harmelin v. Michigan, 501 U.S. 957 (1991).
Alexander v. United States, 509 U.S. 544 (1993).
Austin v. United States, 509 U.S. 602 (1993).
United States v. Dixon, 509 U.S. 688 (1993).
United States v. Ursery, 518 U.S. 267, 274 (1996).
Hudson v. United States, 522 U.S. 93 (1997).

Lewis v. United States, 523 U.S. 155 (1998).

United States v. Bajakajian, 524 U.S. 321 (1998).

Ewing v. California, 538 U.S. 11 (2003).

Lockyer v. Andrade, 538 U.S. 63 (2003).

Sattazahn v. Pennsylvania, 537 U.S. 101 (2003).

Microsoft Corp. v. i4i Ltd. Partnership, 564 U.S. 91 (2011).

Blueford v. Arkansas, 566 U.S. 599 (2012).

Timbs v. Indiana, 586 U.S. (2019).

Informações adicionais e declarações dos autores (*integridade científica*)

Agradecimentos (acknowledgement): This research was developed during a visiting scholar period at the Max Planck Institute for the Study of Crime, Security and Law. I would like to deeply acknowledge the Max Planck Institute, especially Professor Hörnle, Director of the Department of Criminal Law, for having granted me the opportunity that made possible the elaboration of this work.

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

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

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

Dados do processo editorial
(http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies)

- Recebido em: 27/01/2020
- Deslocamento ao V6N2 e aviso autor: 30/01/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 15/04/2020
- Avaliação 1: 30/04/2020
- Avaliação 2: 05/05/2020
- Avaliação 3: 05/05/2020
- Decisão editorial preliminar: 07/05/2020
- Retorno rodada de correções 1: 11/05/2020
- Decisão editorial preliminar 2: 12/05/2020
- Retorno rodada de correções 2: 12/05/2020
- Decisão editorial final: 17/05/2020

Equipe editorial envolvida

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

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

ESCOBAR VEAS, Javier. The Constitutionality of Parallel Civil Forfeiture Proceedings and Criminal Prosecutions under the Double Jeopardy Clause in the United States. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 2, p. 701-733, mai./ago. 2020. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i2.338

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

Sequestro dos proventos do crime: limites à solidariedade na decretação de medidas assecuratórias

Seizing proceeds of crime: limits to solidarity in decreeing preservative measures

Guilherme Brenner Lucchesi[1]

Universidade Federal do Paraná — Curitiba/PR, Brasil

guilherme@lucchesi.adv.br

lattes.cnpq.br/1512135510310992

orcid.org/0000-0001-9505-421X

Ivan Navarro Zonta[2]

Universidade Federal do Paraná — Curitiba/PR, Brasil

ivan@lucchesi.adv.br

lattes.cnpq.br/4385747084751669

http://orcid.org/0000-0002-2943-4086

Resumo: O cenário atual do combate à criminalidade organizada e institucionalizada acentua o fenômeno da patrimonialização do direito penal. Nesse contexto, é importante, tanto para a repressão de crimes quanto para o devido respeito a direitos fundamentais do imputado, que se observem o uso adequado e os limites das medidas assecuratórias previstas no Código de Processo Penal. Tais medidas referem-se às finalidades estabelecidas pelo Código Penal de tornar certa a obrigação

[1] Doutor em Direito pela UFPR. *Master of Laws* pela Cornell Law School. Professor de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da UFPR. Sócio fundador do escritório Lucchesi Advocacia. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico – IBDPE, Gestão 2019/2021. Secretário-geral do Instituto dos Advogados do Paraná – IAP, Gestão 2019/2021.

[2] Mestrando em Direito na UFPR. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela ABDConst. Graduado em Direito pela UFPR. Sócio do escritório Lucchesi Advocacia.

de reparar o dano e de decretação de perdimento dos instrumentos, produtos e proventos do crime. Quando se trata de crimes cometidos em coautoria, deve haver limitação do *quantum* patrimonial que poderá ser alcançado pelas medidas assecuratórias quanto a cada imputado. Diferentemente da obrigação de reparar o dano, a qual possui natureza solidária por expressa previsão do Código Civil, o perdimento deve observar estritos limites subjetivos, em respeito à intranscendência da pena. Por conseguinte, o sequestro, medida assecuratória que visa constringir bens que, ao final, serão atingidos pelo perdimento, deverá respeitar o limite do enriquecimento ilícito efetivamente percebido por um agente delituoso específico, inexistindo solidariedade entre codenunciados nesse ponto.

Palavras-Chave: medidas assecuratórias; perdimento; enriquecimento ilícito; sequestro de bens.

Abstract: *The current state of organized and institutionalized crime control stresses the patrimonialization of criminal law. In this context, it is important, both for the repression of crimes and for the fundamental rights of the accused, that the proper use and limits of preservative measures provisioned by the Code of Criminal Procedure be observed. These measures refer to the purposes defined by the Penal Code to make certain the obligation to repair damages and to decree the forfeiture of instruments, products and proceeds of crime. In regard to crimes committed by multiple agents, the ammount of assets subject to preservative measures must be limited regarding each co-defendant. Unlike the obligation to repair damages, which has a solidary nature under the provisions of the Civil Code, forfeiture must observe strict subjective limits, with respect to the intranscendence of criminal penalties. For example, seizure of assets, a preservative measure that aims to constrain goods that, in the end, will be affected by forfeiture, is restricted by the unjust enrichment effectively perceived by a criminal agent, with no solidarity among these co-defendants at that point.*

Keywords: *preservative measures; forfeiture; unjust enrichment; seizure of assets.*

Sumário: Introdução; 1. Medidas Assecuratórias Previstas na Legislação Processual Penal; 1.1. As medidas assecuratórias do Código de Processo Penal; 1.2. Previsões em legislação extravagante; 2. Referibilidade Material das Medidas Assecuratórias; 2.1. A obrigação de reparação do dano; 2.2. Perdimento do produto e proventos do crime; 3. Os Limites Subjetivos do Perdimento de Bens; 3.1. A

solidariedade da obrigação de reparar o dano; 3.2. Inaplicabilidade da solidariedade ao perdimento do enriquecimento ilícito; 4. Solidariedade nas Medidas Assecuratórias; 4.1. Solidariedade no arresto e especialização de hipoteca legal; 4.2. Solidariedade no sequestro; Conclusão; Referências.

Introdução

Embora frequentemente empregado em contexto desrelacionado ao estudo técnico-científico do direito penal e processual penal, o universalmente conhecido brocardo "o crime não compensa" acaba por ilustrar, acidentalmente, um dos atuais aspectos problemáticos que reclamam a atenção redobrada dos estudiosos do direito criminal: o crescente alcance patrimonial das políticas e instrumentos de combate ao crime.

Analisar se algo *compensa ou não* demanda, em resumo, comparar seus *custos* e *proventos*. Se os *custos* forem maiores que os benefícios a serem auferidos, a atividade ou finalidade perseguida *não compensará*. É com base nessa lógica que se pode afirmar que o dito popular está *mais atual* do que nunca, pois é fácil perceber que, tanto no Brasil quanto nos países cujas tradições jurídicas e/ou teorias frequentemente (nem sempre *acertadamente*) influenciam o direito penal pátrio (v.g. Estados Unidos da América), a tendência comum é *patrimonializar* a repressão criminal. Visa-se atingir o patrimônio do agente criminoso como um fim em si mesmo[3], não mais como um mero *adicional* às penas privativas de

[3] "Nesse contexto, é somente através da perda dos bens que foram utilizados como instrumentos, produtos ou ainda proveitos do crime, bem como daqueles bens ou valores que são presumíveis terem sido adquiridos por condutas criminosas e do efetivo auxílio mútuo entre países, a possibilidade de mitigar o real poder e reter as atividades das organizações criminosas que, atualmente, são os principais inimigos da sociedade livre." (LINHARES, Sólon Cicero. *Confisco de bens*: Uma medida penal, com efeitos civis contra a corrupção. São Paulo: RT, 2016. p. 96). No mesmo sentido, v. CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Confisco penal*: alternativa à prisão e aplicação aos delitos econômicos. São Paulo: IBCCRIM, 2006. p. 165-166. Ainda, v. RIOS, Rodrigo Sánchez; PUJOL, Luiz Gustavo. Confisco alargado: reflexões acerca de suas possibilidades no

liberdade, e sim de forma a ensejar tamanha perda patrimonial que se desencoraje tão somente por isso a prática delituosa.

Principalmente a partir da operação "Lava Jato", no cenário nacional, a busca pela utilização de instrumentos processuais e a fixação de sanções (em sentido lato) que possuam efeitos de natureza pecuniária/patrimonial têm se tornado não somente *carros-chefes* da atuação ministerial, mas *símbolos de vitória e represália*[4] contra a criminalidade no imaginário popular. Não é por outro motivo que inúmeras manchetes e notícias alardeiam insistentemente o "bloqueio de milhões em paraísos fiscais", a apreensão de veículos e obras de arte de valor estratosférico", "a recuperação de bilhões aos cofres públicos" etc.[5]

Esse fenômeno tem relação direta com o foco crescente dado à face moderna da criminalidade sistêmica, marcada por *organizações criminosas* integradas por inúmeros agentes e instituições privadas e públicas, e cujas repercussões e danos alcançam cifras por vezes bilionárias.

Nesse contexto, tanto a atividade legislativa quanto a judiciária passam a empregar esforços intensos a fim de atingir de forma severa *os bolsos* dos agentes criminosos que porventura acabem sob a mira da persecução criminal. O primeiro aspecto dessa nova forma de se aplicar o direito penal consiste na *mutação* gradual do modo em que o Ministério Público e o juízo criminal aplicam dispositivos já existentes na lei penal e processual penal, que permitem alcançar o patrimônio do agente delituoso[6]. Como exemplo, as próprias medidas assecuratórias previstas há

---

ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 118, p. 123-158, jan.-fev. 2016. p. 124-126.

[4] O emprego do termo é deliberado, pois evidencia a ocasional ausência de neutralidade na aplicação de medidas assecuratórias por parte de membros do Ministério Público e do Judiciário. Nesse ponto, une-se ao estudo técnico-científico do trabalho uma pontual crítica quanto à forma em que as medidas assecuratórias são por vezes manejadas.

[5] "Subvertendo as razões do discurso tradicional, tem-se alçado o Direito Penal – e mesmo o direito processual penal, por meio de um recorte constante nas garantias constitucionais – em *prima ratio*, ou por vezes, *sola ratio* de uma pretensa política criminal voltada à prevenção de condutas criminosas complexas." (RIOS, R. S.; PUJOL, L. G. *Op. cit.*, p. 154).

[6] V. LOPES, João Felipe Menezes. Confisco de bens como instrumento de combate à criminalidade organizada: análise dos regimes estrangeiros e de sua

décadas no CPP, mas que até poucos anos sequer eram objeto de atenção em comparação às penas corporais.

O segundo aspecto corresponde à criação de novos dispositivos de lei especialmente destinados à apreensão e confisco de bens e valores na seara criminal. O mais recente e relevante exemplo, provavelmente, consiste no *confisco alargado* estabelecido no art. 91-A do CP[7], como resultado da Lei n.º 13.964, de 2019, decorrente do redundantemente batizado "Projeto de Lei Anticrime".

Todos esses fatores confluem para um cenário desafiador, em que o profissional e o estudioso do direito penal enfrentam cada vez maior dificuldade para delimitar com exatidão os limites da responsabilização pecuniária decorrente de um fato delituoso, ante a incidência por vezes simultânea das *penas de multa*, *condenação à reparação de danos*, *perdimento dos proventos do crime*, *incidência de multa civil e/ou administrativa* etc. Embora a sentença condenatória, via de regra (isso nem sempre é observado na prática), defina estritamente todas as penas e efeitos da condenação (ao menos na seara criminal)[8], antes desse marco processual ainda não se pode delimitar com segurança — mesmo quando aplicadas medidas assecuratórias tais quais o sequestro — quais serão os efeitos patrimoniais incidentes sobre cada investigado ou acusado.

E mais: em se tratando de delitos perpetrados por diversos agentes, com efeitos danosos e/ou de enriquecimento que ultrapassa a esfera individual do patrimônio de cada um dos autores, esbarra-se na dificultosa tarefa de delimitar *se*, *quando* e *quanto* do patrimônio de cada agente deve responder pelo dano e enriquecimento decorrentes da atividade conjunta.

Isso dá margem, muitas vezes, a violações às garantias *ne bis in idem* e de intranscendência das sanções penais, que se abatem sobre *direito*

---

compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro. *Revista da AJUFE*, São Paulo, v. 95, p. 207-240, 2015.

7 Formas semelhantes de *confisco*, baseadas na suposta *diferença* entre o patrimônio *real* e o patrimônio *lícito* do acusado – ou seja, havendo *evidências* de enriquecimento ilícito –, especialmente no contexto de *organizações criminosas*, já figuram na legislação de outros países, como Espanha, Colômbia e Itália. Cf. LOPES, J.F.M. *Op. cit.*, p. 210-216.

8 NICOLLIT, André. *Manual de processo penal*. 7. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 941-943.

que, assim como a *liberdade de locomoção*, é *fundamental* e assegurado com destaque pela Constituição: a propriedade.

Some-se a isso a utilização *atécnica* das medidas assecuratórias típicas previstas pelo CPP, ou mesmo a utilização de medidas *amorfas* ou *genéricas*, que sequer visam se conformar a uma das formas específicas trazidas pela lei processual penal[9], e tem-se por resultado um panorama que demanda sério restabelecimento da aplicabilidade estrita e dos limites de cada uma dessas medidas patrimoniais.

Para ilustrar a repercussão prática dos problemas mencionados, considerem-se os seguintes casos:

> Caso 1:
>
> A e B, empresários, praticam o crime de corrupção ativa, entregando a C, funcionário público e autor crime de corrupção passiva, vantagem indevida na monta de R$ 100.000,00 (cem mil reais), provenientes do patrimônio lícito de A; em contrapartida, C lhes favorece com a prática de ato administrativo em desacordo com a lei, o qual não proporciona a A, B ou suas empresas vantagem econômica direta. O Ministério Público oferece denúncia contra os três e requer ao Juízo criminal a decretação de *bloqueio de valores,* sobre o patrimônio – lícito ou ilícito – de cada réu, no valor de R$ 100.000,00 (cem mil reais). Deferido o *bloqueio*, são constritos os valores de R$ 100.000,00 na conta de A, R$ 15.000,00 na conta de B (insuficiência de saldos), e R$ 1.000,00 na conta de C (insuficiência de saldos).
>
> Caso 2:
>
> X e Y praticam estelionato contra Z, causando prejuízo na monta de R$ 100.000,00 (cem mil reais) em dinheiro vivo. Na divisão do valor obtido, X fica com R$ 70.000,00, com o que adquire um veículo, e Y com R$ 30.000,00, escondidos dentro de uma maleta, em sua casa. Oferecida a denúncia, o Ministério Público requer e o juízo decreta o *sequestro de bens e valores* na monta de

[9] ESSADO, Tiago. *A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro*. Dissertação – Mestrado em Direito – Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo - SP, 2014, p. 38.

> R$ 100.000,00, quanto a cada réu, o que acarreta, quanto a X, a apreensão do veículo e o bloqueio de R$ 50.000,00 (origem lícita) em sua conta, e, quanto a Y, o bloqueio de R$ 60.000,00 de origem não especificada em sua conta. O dinheiro em espécie mantido por Y não foi objeto de busca.

Os casos concretos formulados acima buscam sintetizar a problemática que se apresenta cotidianamente nos tribunais, e buscam problematizar a correta aplicação das medidas assecuratórias, principalmente quanto às suas finalidades e limites subjetivos. Após o desenvolvimento dos fundamentos deste estudo, buscaremos retomar os casos e propor suas respectivas resoluções.

Para tanto, na Seção 1 abordaremos breve revisão das medidas assecuratórias previstas na legislação pátria. Na Seção 2, trataremos da referibilidade dessas medidas às finalidades de perdimento de produtos e proventos do crime e condenação à reparação de danos. Na Seção 3, analisaremos os limites subjetivos aplicáveis a essas consequências patrimoniais da condenação criminal. Ao final, exporemos nossas conclusões quanto aos limites subjetivos aplicáveis à medida de sequestro, buscando, sem pretensão de esgotamento, apontar a *relevância* e a *necessidade* do estudo acurado sobre o alcance patrimonial em matéria criminal, focando especificamente no sequestro de bens e em alguns limites que esse instrumento deverá observar, a fim de que seja aplicado como legítima ferramenta de combate ao crime, mas sem ofensas ilegais ao direito fundamental de propriedade.

1. Medidas Assecuratórias Previstas na Legislação Processual Penal

O ponto inicial do breve estudo, naturalmente, será a descrição *sumária* das formas típicas de medidas assecuratórias[10] que o legislador

[10] Ao logo de toda a pesquisa, tomou-se por base fundamental, em apoio à legislação, a obra SAAD GIMENES, Marta Cristina Cury. *As medidas assecuratórias do Código de Processo Penal como forma de tutela cautelar destinada à reparação do dano causado pelo delito*. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo - SP, 2007.

insculpiu na lei processual penal, apresentando-se descrições resumidas, mas suficientes (crê-se) a que se chegue de forma natural às conclusões finais.

1.1. As medidas assecuratórias do Código de Processo Penal

A pretérita desatenção dada ao alcance patrimonial da persecução penal no cenário pátrio[11], em comparação com a relevância atual dos *instrumentos* de constrição de bens e valores manejados na prática, fica evidente com o tratamento dado pelo CPP às ditas medidas assecuratórias disciplinadas nos seus arts. 125 a 144-A.

Explica-se: muitas vezes as medidas instrumentais aplicadas na fase investigatória ou ao longo do processo, visando assegurar bens destinados à reparação de danos e/ou ao perdimento de proventos do crime, não tomam a *forma* estrita das medidas previstas no CPP. Com crescente frequência, tem-se visualizado a aplicação de *medidas amorfas*, seguindo linhas práticas do processo civil ou outros diplomas legais, que priorizam o *bloqueio de valores* em contas, poupanças e fundos de investimentos (v.g. via sistema Bacenjud), ou mesmo um *bloqueio de bens* genérico que tampouco se amolda aos instrumentos específicos que serão descritos em linhas breves abaixo.

Primeiro, necessário indicar de plano que as medidas assecuratórias, ao contrário do que comumente se pensa, não se aplicam quanto (i) às coisas obtidas por meios criminosos, (ii) aos instrumentos de falsificação, contrafação e objetos falsificados e (iii) aos instrumentos utilizados na prática de crimes ou destinados a fim delituoso (art. 240, § 1.º, alíneas "b", "c" e "d", CPP).

Quanto a bens que se enquadrem nessas hipóteses — atente-se para o caráter *aberto* da terceira —, caberá a medida de busca e apreensão[12], prevista nos arts. 240 a 250 do CPP. Também é por meio desse

---

[11] "Não houve tratamento técnico aos institutos no processo penal, na medida em que estão no Código como um misto de sequestro e arresto." (NICOLLIT, A. *Op. cit.*, p. 896).

[12] DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 6. ed. São Paulo: RT, 2018. p. 715.

instrumento que se dará a apreensão de objetos que de qualquer forma auxiliem na elucidação dos fatos (art. 240, § 1.º, alíneas "e", "f" e "h", CPP). Portanto, em se tratando de coisa — ou mesmo valor — que consista em *instrumento* ou *produto* do crime, ou mesmo objeto relevante para a instrução, aplicar-se-á a *busca e apreensão*.[13]

Note-se, portanto, que, com base nessa premissa, fica claro que o âmbito de aplicabilidade das *medidas assecuratórias* propriamente ditas — ou *típicas* — é limitado a bens que não possuam relação direta ou imediata com o fato delituoso, pois nesse caso seria cabível a busca e apreensão[14] (exceto quanto a *bens imóveis*, naturalmente).

A primeira medida assecuratória típica é o *sequestro*, ao qual o CPP dedica, basicamente, os arts. 125 a 132. A principal hipótese de cabimento é no tocante aos "*bens imóveis, adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiro*" (art. 125), desde que haja "*indícios veementes da proveniência ilícita dos bens*" (art. 126). Denote-se então que, para decretação do sequestro, será necessário evidenciar *indícios veementes* de que *os bens foram adquiridos com proventos da infração*, consistindo, portanto, em *provento indireto* da atividade criminosa. Ainda, no art. 132, prevê-se a possibilidade de decretação de sequestro de bens móveis, acaso demonstrados os mesmos *indícios veementes* de proveniência ilícita e (condição cumulativa) não seja aplicável a medida de busca e apreensão.[15]

A finalidade imediata desse instrumento é assegurar a decretação final de *perdimento* dos bens (mais sobre isso será oportunamente aduzido), conforme previsto no art. 133, *caput*, do CPP.[16] Já o objetivo mediato é a reparação do dano causado a terceiro, conforme estabelecido no § 1.º, sendo que "*será recolhido aos cofres públicos o que não couber ao lesado ou a terceiro de boa-fé*". Por brevidade, e considerado o foco que será desenvolvido nas seções adiante, as demais previsões legais referentes

---

13 NICOLLIT, A. *Op. cit*., p. 900-901.

14 SAAD GIMENES, M. C. C. *Op. cit*., 2007, p. 117.

15 LINHARES, S. C. *Op. cit*., p. 106.

16 BADARÓ, Gustavo Henrique. Das Questões e Processos Incidentes. In: GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique (coord.). *Código de Processo Penal comentado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2019. p. 371.

ao sequestro, tais quais a autorização de uso pelos órgãos públicos (art. 133-A, CPP), não serão abordadas.

A segunda modalidade específica trazida pelo CPP é a *hipoteca legal* de bens imóveis, especificamente destinada a satisfazer a reparação dos danos causados ao ofendido[17], e dependente de "*certeza da infração e indícios suficientes da autoria*" (art. 134, CPP). Diferentemente do sequestro, tal medida incide sobre patrimônio lícito.[18]

A medida depende de iniciativa do *ofendido*, ou do Ministério Público, acaso haja interesse da Fazenda Pública ou em substituição ao ofendido (em caso de hipossuficiência – art. 142, CPP), mediante requerimento no qual será estimado o dano causado (art. 135, CPP).

Por fim, o *arresto* pode se dar *subsidiariamente* à hipoteca legal, sobre bens móveis, se o *responsável* não possuir bens imóveis ou o valor desses não for suficiente (art. 137, CPP), ou *previamente* à hipoteca legal, cuja especialização e inscrição, não raro, demanda mais tempo[19].

Com essa descrição sumária das medidas trazidas pelo Código de Processo Penal, já se faz possível compreender os limites que serão descritos abaixo.

1.2. Previsões em legislação extravagante

A *patrimonialização* do direito penal também é vista em leis penais especiais, situações em que o legislador prevê novas formas de dispor do patrimônio do investigado ou do acusado — ou, no mínimo, *relembra* o aplicador acerca da existência e possibilidade de aplicação das medidas já descritas no CPP.

Na Lei n.º 11.343, de 2006, que tutela o combate ao tráfico ilícito de entorpecentes, o art. 60 descreve, talvez de forma desnecessária, que são aplicáveis as medidas previstas nos arts. 125 e seguintes do CPP,

---

[17] *Ibid*., p. 373.

[18] "Enquanto o sequestro visa a indisponibilidade dos bens adquiridos com a prática do crime, portanto bens ilícitos, a hipoteca legal busca a constrição judicial dos bens de origem lícita, sem relação alguma com o crime." (LINHARES, S. C. *Op. cit*., p. 108).

[19] *Ibid*., p. 111.

no tocante a bens, direitos ou valores que "sejam produto do crime ou constituam proveito" do tráfico ilícito e outros tipos penais previstos pelo diploma.

Os demais dispositivos — do art. 60-A a 64 — dispõem principalmente acerca da *conservação*, da *destinação*, da *alienação antecipada* e da *utilização* dos bens apreendidos, e não propriamente de novas formas de medidas assecuratórias que não aquelas já abordadas acima. Ponto relevante é a recente (por meio da Lei n.º 13.886, de 2019) previsão, no art. 63-F, de espécie de *perdimento alargado* de bens em caso de ser aferida "diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele compatível com o seu rendimento lícito". Como será mencionado abaixo, previsão semelhante também foi adicionada ao CP (art. 91-A).

A Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei n.º 9.613, de 1998) também *reafirma*, em seu art. 4.º, o cabimento de *medidas assecuratórias*— sem especificar *quais* — quanto a "bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei". O § 4.º do art. descrito reitera ainda o cabimento das medidas assecuratórias como forma de garantir a "reparação do dano decorrente da infração penal antecedente ou da prevista nesta Lei ou para pagamento de prestação pecuniária, multa e custas".

No art. 7.º, encontra-se a previsão do perdimento de bens, direitos e valores "relacionados, direta ou indiretamente, à prática dos crimes" previstos na Lei em comento, aparentemente permitindo o alargamento da decretação de perdimento trazida no CP[20]. Os demais dispositivos, semelhantemente à Lei n.º 11.343, discorrem principalmente acerca da *alienação* e da *destinação* dos bens e valores apreendidos, aparentemente sem criar nova medida que não as *gerais* (acima).

Considerando não ser o foco do presente trabalho, ora não se adentrará nas previsões específicas trazidas nessas duas leis quanto aos bens e valores apreendidos.

Curiosamente, a Lei n.º 12.850, de 2013, que trata das organizações criminosas e das medidas de criminalização e investigação contra elas cabíveis, não traz em seu bojo dispositivos que sequer façam menção a

[20] Nesse sentido, v. LOPES, J. F. M. *Op. cit*., p. 218.

medidas assecuratórias, à reparação do dano e ao perdimento de bens e valores, salvo no art. 4.º, inciso IV, em que se estabelece a "recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa" como requisito de perdão judicial ou redução da pena. A doutrina especializada já identificou, quanto a isso, a perda da oportunidade de conferir disciplina legal mais eficiente nesse ponto.[21]

No mais, a Lei não trata de quaisquer medidas destinadas à apreensão de bens ou valores, tampouco da reparação de danos causados ou perdimento de enriquecimento ilícito. Isso significa que, mesmo em se tratando de organizações criminosas e dos processos delas decorrentes, os meios de constrição patrimonial aplicáveis são — ou *devem ser* — aqueles previstos no CPP.

2. Referibilidade Material das Medidas Assecuratórias

A operacionalização das medidas assecuratórias descritas na seção acima só pode ser corretamente *compreendida* e *efetivada* com respeito aos limites estabelecidos pelo legislador acaso se retroceda a análise para um ponto elementar precedente: os *efeitos patrimoniais* da condenação penal.[22]

A bem da verdade, o escopo do tema dos *efeitos patrimoniais da condenação penal* é demasiadamente amplo, e marcado por divergências que, por óbvio, não poderiam ser satisfatoriamente abordadas — mesmo em resumo — no presente trabalho. Como exemplo, pode-se mencionar o possível *bis in idem* entre as sanções pecuniárias estabelecidas na seara penal, condenação à reparação de danos, e sanções aplicadas na esfera

---

21 V. LOPES, J. F. M. *Op. cit.*, p. 235.

22 "Cada um dos efeitos da condenação — pessoal e patrimonial — conta com medida cautelar, prevista no Código de Processo Penal, destinada a acautelá-la no curso da persecução penal." (SAAD, Marta. Prisão processual para recuperação de ativos: uma prática desfuncionalizada. In: MALAN, Diogo; BADARÓ, Gustavo; ZILLI, Marcos; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; SAAD, Marta; MORAES, Maurício Zanoide de (org.). *Processo penal humanista*: escritos em homenagem a Antonio Magalhães Gomes Filho. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 267).

administrativa em decorrência de fatos que também foram objeto de escrutínio no juízo criminal.[23]

Contudo, algumas breves considerações sobre a *natureza* e *características* de dois dos principais *efeitos* (aqui em sentido lato) da sentença condenatória se fazem necessárias para que se chegue a um dos pontos nevrálgicos do estudo. Isso porque, como se delineou acima, a *ratio* que determina o cabimento e o procedimento de cada medida assecuratória se orienta conforme o objetivo final visado.[24]

Dessa forma, as peculiaridades desse *objetivo final* condicionam — ou melhor, *devem* condicionar — a operacionalização dos instrumentos processuais identificados acima.[25]

Trata-se da *obrigação de reparação do dano causado* e do *perdimento do produto ou proventos do crime*, consequências que, conforme se viu na seção anterior, figuram como principais objetivos das medidas assecuratórias.[26]

---

[23] Sobre esse ponto, ver: COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. Tese (Livre Docência). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo - SP, 2013.

[24] "A referibilidade, como se pode verificar, revela-se como instrumento de aferição dos limites da medida constritiva patrimonial, a denotar sua importância" (MAGRIARELLI, Filipe Henrique Vergniano. *Cooperação jurídica internacional em matéria penal e as medidas cautelares patrimoniais*. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo - SP, 2014. p. 68).

[25] "Os efeitos automáticos da decisão condenatória, de caráter real, também são assegurados, no curso do processo penal, por meio de medidas cautelares patrimoniais, as quais não podem ser tomadas de forma desmotivada, porque devem obedecer a pressupostos e requisitos delimitados, em respeito à garantia da presunção de inocência ou proibição de prévia consideração da culpabilidade." (SAAD, M. *Op. cit*. (2019), p. 270).

[26] "Há, entre as medidas cautelares previstas no CPP, duas finalidades distintas: a medida de sequestro destina-se a assegurar o cumprimento do efeito da condenação consistente na perda do produto do crime. Já a inscrição e registro da hipoteca legal e o arresto prévio visam à reparação do dano causado pelo delito. Enquanto a primeira medida impede o lucro ilícito, as duas últimas asseguram a reparação do prejuízo causado à vítima." (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 1113).

Embora o perdimento e a obrigação de reparar danos figurem como efeitos da condenação e constituam o principal fundamento para a incidência de medidas assecuratórias do processo penal[27], a *natureza jurídica* dessas duas consequências patrimoniais da condenação penal é distinta. Por isso, as regras aplicáveis não são as mesmas. Confira-se.

2.1. A obrigação de reparação do dano

Resumindo-se ao *elementar*, pode-se dizer que a sentença penal condenatória *declara* a ocorrência de fato amoldado a um determinado tipo penal, bem como identifica o agente pessoal e subjetivamente responsável pela prática de tal ato, ao final condenando-lhe ao cumprimento das sanções previstas no preceito secundário do dispositivo incriminador.[28] Quaisquer que sejam as penas aplicadas ao final, característica comum da sentença penal condenatória é *declarar* a ocorrência de um ato ilícito.

Considerando, na perspectiva de *círculos concêntricos*, que o *fato delituoso* que figura como objeto de conhecimento do processo penal e da sentença existe no ordenamento jurídico como *espécie* do *gênero* dos *atos ilícitos* (art. 186, CC), reconhece-se a incidência simultânea de dispositivos de natureza penal e de natureza civil, de modo que a prática do crime, comumente, ensejará responsabilização criminal e civil cumulativas[29].

Enquanto as consequências de natureza penal estarão descritas e reguladas no CP e dispositivos incriminadores de legislação extravagante, as consequências civis da prática do *fato delituoso* (ato ilícito) serão regidas pelo CC. Dentre elas, a principal, provavelmente, é a *obrigação de reparar o dano*[30], estabelecida no art. 927 do CC.

---

[27] No mesmo sentido, v. MAGRIARELLI, F. H. V. *Op. cit.*, p. 56.

[28] NICOLLIT, A. *Op. cit.*, p. 941-943.

[29] MAGRIARELLI, F. H. V. *Op. cit.*, p. 59-60.

[30] "A este respeito, o efeito de 'tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime' (inc. I do art. 91), não apresenta conteúdo penal, sendo um efeito civil da condenação penal". (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI,

Embora afirmar que a *obrigação* de reparar o dano causado pelo *fato criminoso* decorre da legislação civil e não propriamente da lei penal pareça equivocado, os próprios dispositivos do CP e do CPP que *versam sobre* — não *estabelecem* — a reparação do dano confirmam essa premissa.[31]

No art. 91, inciso I, do CP está previsto que um dos efeitos da condenação é "*tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime*". Denote-se que a locução *tornar certa a obrigação*, em sentido técnico jurídico estrito, é consideravelmente diferente de *condenar à reparação de danos*. Significa dizer que a condenação criminal apenas *confirma* existência da *obrigação* — instituto jurídico regido pela lei civil — de reparar o dano, em vez de verdadeiramente *condenar* o agente à dita reparação.[32] O fato de comumente se utilizar em sentenças condenatórias construções frasais como "condeno o réu ao pagamento do valor de X a título de reparação de danos" não altera esse fato.

Isso também é confirmado pelo fato de o CPP, em seu art. 387, inciso IV, determinar ao juiz a *fixação o valor mínimo para reparação do dano* na sentença. A previsão do ato de *fixar*[33] *valor mínimo* na sentença condenatória, relegando a efetiva definição do valor *total* do dano e a execução ao juízo cível[34], se coaduna ao acima exposto.

Em suma, a obrigação de reparar o dano decorrente do crime obedece à legislação civil[35]. O estabelecimento dessa premissa é necessário para o raciocínio que será apresentado na seção 3 adiante.

José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 11 ed. São Paulo: RT, 2015. p. 729).

31 MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. *Lições fundamentais de direito penal: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 962-963.

32 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 214.

33 "Não há dúvida de que temos aqui um conteúdo material, mas não de direito penal e sim de direito civil. Vale dizer: o legislador reconheceu o dever do juiz de fixar o valor mínimo da indenização e esta indenização é de natureza civil, afastando-se, portanto do antigo sistema da confusão." (DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 5. ed. São Paulo: RT, 2019. p. 348).

34 NICOLLIT, A. *Op. cit*., p. 374-375.

35 ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. *Op. cit*., p. 746-765.

2.2. *Perdimento do produto e proventos do crime*

O segundo efeito patrimonial da sentença condenatória que enseja a referibilidade das medidas assecuratórias — em especial o sequestro — é o perdimento do produto e dos proventos do crime.

A previsão legal se dá no art. 91, inciso II, alínea "b", do CP, incidindo sobre o "produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso". Enquanto o *produto do crime* consiste no proveito direto e imediato decorrente da prática ilícita — v.g. a coisa alheia móvel subtraída no crime de roubo, ou o valor ilícito recebido como exaurimento da corrupção passiva —, o *proveito auferido* se refere ao lucro (em sentido lato) gerado a partir do *produto* do crime — ou seja, benefício indireto[36]. Poder-se-ia falar, por exemplo, na renda gerada a partir do investimento dos valores ilícitos recebidos a título de corrupção passiva.

O perdimento também pode recair sobre "bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior" (art. 91, § 1.º, CP), o que pressupõe que tais bens tenham sido, ao menos, identificados[37]. O § 2.º do art. 91, por sua vez, estende a aplicabilidade das medidas assecuratórias do CPP a "bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda".

Essa modalidade de confisco "por equiparação" (art. 91, §§ 1.º e 2.º) pode dificultar a visualização exata das finalidades buscadas, enfraquecendo, por consequência, os limites de alcance quanto ao patrimônio lícito do acusado/investigado.

Porém, a leitura atenta dos dispositivos indica que essas modalidades também se limitam ao efetivo enriquecimento ilícito auferido pelo acusado (o que difere de dano causado a terceiro), ante a previsão expressa do cabimento quanto a bens equivalentes ao "produto ou proveito do crime". Não se elimina, portanto, a necessidade de demonstração, por

---

[36] *Ibid*., p. 730. No mesmo sentido, v. ESSADO, Tiago. *A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro*. Dissertação – Mestrado em Direito – Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo - SP, 2014. p. 24 e 48.

[37] ESSADO, T. *Op. cit*., p. 49-50.

parte do Ministério Público e do juiz, de que *houve enriquecimento ilícito* e de *quanto* se acresceu ilicitamente ao patrimônio do acusado.

Lembre-se, ainda, que o mesmo artigo também prevê o perdimento dos *instrumentos* do crime (art. 91, II, "a", CP). Porém, considerando que o presente trabalho tem como foco as *medidas assecuratórias* – sequestro, hipoteca legal e arresto – que guardam relação de referibilidade com os *proventos*, não se tratará especificamente da *perda* dos instrumentos, visto que quanto a esses aplica-se a medida de *busca e apreensão* (cf. 1.1, acima).

Importante apontar, também, que a *reforma* operada na legislação penal e processual penal com a Lei "Anticrime" criou nova previsão de *perda de bens* "correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito", no art. 91-A do CP.

Essa modalidade, comumente referida como *confisco alargado*, é aplicável quanto os crimes apenados com pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão, e, similarmente à modalidade de confisco "por equiparação" acima mencionada, baseia-se em uma *presunção* de enriquecimento ilícito. Isso porque a decretação de perdimento incidirá sobre o que seria a "diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito". Para que haja decretação, dever-se-á demonstrar, no mínimo, que há disparidade objetiva entre o patrimônio possuído pelo acusado, ainda que a *origem* não seja perfeitamente identificada, e o que *seria* seu real patrimônio, com base em seu rendimento lícito.

Cabe reforçar que o fundamento para a criação dessa medida no CP tem por objeto evitar o "enriquecimento ilícito" decorrente da prática do crime, o que difere de "dano causado pelo crime". Não há, porém, medida assecuratória destinada a tornar indisponível antes da condenação a "diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito". Essa modalidade merece tratamento cuidadoso especial[38], e, por não estar associada a qualquer medida assecuratória do CPP, não será o objeto de reflexão no presente texto.[39]

---

[38] V. SANTOS, Juarez Cirino dos. Reflexões sobre o confisco alargado. *Boletim IBCCRIM*. v. 277, a. 23, p. 23-24, 2015.

[39] Para considerações críticas a respeito da perda alargada, v. LUCCHESI, Guilherme Brenner. Confisco alargado: análise das medidas para recuperação

O *perdimento* decorrente da sentença penal condenatória possui natureza jurídica diversa da *obrigação de indenizar o dano decorrente do crime*, ainda que esteja previsto no mesmo dispositivo do CP. A consequência tratada na subseção acima consiste em *obrigação de natureza civil* decorrente de *ato ilícito,* que se faz *declarada* na decisão condenatória, enquanto o efeito sobre o qual aqui se trata consiste verdadeiramente em consequência de *natureza penal*.[40]

Evitando adentrar no tormentoso tema do conceito da *sanção penal*, o que certamente não é o foco visado (e nem se poderia fazê-lo de forma adequada em trabalho breve tal qual o presente), basta ter-se em mente que a própria Constituição prevê o *perdimento* como efetiva *pena* (art. 5º, XLVI, "b"[41]), que será *decretada* (note-se: não *declarada* ou *tornada certa* — diferença terminológica relevante do aspecto técnico-jurídico) pelo juiz criminal na sentença condenatória, de forma comparável à *perda dos direitos políticos*. Tal forma de extinção do direito de propriedade não encontra previsão na legislação civil[42], como acontece com a *obrigação de reparar o dano*.

Isso significa dizer que o *perdimento* é instituto propriamente *penal*[43], decorrente da *lei penal* em sentido estrito e, portanto, sujeito às

---

de bens de origem ilícita na experiência comparada americana. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (org.) *Crime e política*: Corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito. São Paulo: FGV Editora, 2017. p. 425-428. Sobre a alteração do CP pela Lei "Anticrime", v. MENDES, Tiago Bunning; LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Lei Anticrime*: (Re)forma penal e a aproximação de um sistema acusatório? Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2020 (no prelo).

40 ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. *Op. cit*., p. p. 729. Em posição diversa, embora sem atribuir natureza *cível* à perda, que seria "efeito extrapenal genérico da condenação", v. CORRÊA JUNIOR, A. *Op. cit*., p. 38.

41 Para uma análise detalhada do dispositivo em comento, v. *Ibid*., p. 147-154.

42 Interessante ressalva pode ser feita no tocante aos bens auferidos com a prática do tráfico ilícito de entorpecentes, cuja *perda em favor da União* encontra previsão específica no art. 243 da Constituição da República.

43 Há posições divergentes na doutrina: "A perda de bens é um instituto de direito material. Consiste num efeito de natureza patrimonial decorrente da condenação penal. A natureza jurídica da perda de bens é assunto controvertido, tanto no Brasil como em outros países. No Brasil, os principais posicionamentos sobre o tema são os seguintes: a) natureza penal; b) natureza extrapenal

regras e princípios aplicáveis a esse ramo específico do ordenamento pátrio. Essa constatação é elementar para as conclusões que se visa apresentar na seção adiante.

3. Os Limites Subjetivos do Perdimento de Bens

Na seção acima, estabeleceu-se premissa *dupla* — como dois lados de uma mesma moeda — que encampa o raciocínio a ser desdobrado nesta seção. Tal é que a *obrigação de reparar o dano* consiste em instituto que obedece às regras do direito civil, enquanto o *perdimento de bens* consiste em efeito propriamente *penal*, e por isso sujeito às regras e princípios específicos desse ramo do ordenamento.

A diferença do *regime* de princípios e regras aplicáveis a essas duas "consequências" da condenação enseja mudanças no tocante à extensão subjetiva de tais figuras, conforme se expõe abaixo.

3.1. A solidariedade da obrigação de reparar o dano

Dentre as disposições do CC, tem-se nos arts. 264 a 285 as regras aplicáveis às *obrigações solidárias*, sendo aquelas em que "na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda" (art. 264).

De suma importância — para o presente trabalho e para o regime jurídico civil em geral — é a previsão do dispositivo seguinte, por força do qual se estabelece que "a solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes". Isso significa dizer que, em se tratando de *obrigação decorrente de lei* (diga-se, não oriunda de *contrato*), só haverá *solidariedade* se houver previsão legal específica e expressa nesse sentido.

Para o que demais interessa ao presente trabalho, encontra-se no art. 275 do CC a definição da *solidariedade passiva*, regra conforme a qual o credor da obrigação "tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum".

---

genérica; c) natureza civil; d) natureza reparatória e preventiva." (ESSADO, T. *Op. cit.*, p. 18). Para Essado, a perda de bens é *efeito civil* da condenação penal.

Por fim, o dispositivo elementar que determina a *solidariedade* da *obrigação de reparar o dano* se encontra no art. 942 do CC, no qual se lê que "os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação".

Concatenando vários dos dispositivos abordados no texto, sintetiza-se que o *ato ilícito* (art. 186, CC) que tomar forma de *crime* ensejará a *obrigação de reparar o dano* (art. 927, CC)[44], à qual responderão solidariamente todos os *autores* (art. 942, CC). Com a sentença penal condenatória, *torna-se certa* esta obrigação (art. 91, I, CP) que, diante das regras que regem a responsabilidade civil, pode ser exigida de quaisquer dos condenados. Ver-se-á abaixo que o perdimento não obedece à mesma lógica.

3.2. *Inaplicabilidade da solidariedade ao perdimento do enriquecimento ilícito*

Em sequência a tudo que se expôs acima a respeito da natureza *solidária* da obrigação de reparar o dano causado com a prática da conduta delituosa, tem-se, em sentido oposto, que a decretação de *perdimento de bens* pelo Juízo criminal não pode ultrapassar os limites personalíssimos da *pena*.[45]

Já se descreveu na subseção 2.2. acima, embora de forma breve, que a decretação de perdimento dos *produtos* e *proventos* do crime (art. 91, § 1.º, II, "a" e "b", CP) consiste em verdadeira *sanção* decorrente da condenação criminal, de forma alguma se podendo confundir, no tocante à sua *natureza*, com a obrigação de reparar o dano.

---

[44] MARTINELLI, J. P.; BEM, L. S. *Op. cit.*, p. p. 962-963.

[45] "Não existe fundamento humano, social, e ético para que o sacrifício da pena seja também imposto aos parentes e amigos do responsável pelo fato punível." (DOTTI, R. A. *Op. cit.*, p. 668). No mesmo sentido: "A primeira garantia do princípio de culpabilidade diz respeito à intranscendência da pena, ou seja, a responsabilidade penal não poderá ultrapassar a pessoa do autor do crime. Proíbe-se, em termos simples, que a pena recaia sobre uma pessoa diferente da que praticou o fato que lhe serve de fundamento." (MARTINELLI, J. P.; BEM, L. S. *Op. cit.*, p. 250).

Tal forma de *extinção do direito de propriedade*[46], portanto, deverá se conformar a *princípios* e *regras* específicos do ordenamento penal, que não necessariamente se aplicam às normas do direito civil — e vice-versa.

Com base nessa constatação, deve-se concluir que os dispositivos do CC que preveem a solidariedade da obrigação de reparar o dano causado pelo ato ilícito são inaplicáveis à decretação de perdimento de bens. Lembre-se: a previsão expressa do CC vige no sentido de que, afora obrigações *contratuais*, a solidariedade não se presume. E, como se viu, no que diz respeito aos efeitos patrimoniais da condenação penal, a solidariedade passiva está estabelecida de forma expressa na lei civil apenas no tocante à reparação de danos. O mesmo não ocorre quanto ao perdimento de bens, que é efeito patrimonial *propriamente penal* da condenação criminal.

Não somente, em se tratando de *sanção penal* propriamente dita, vige o princípio da *intranscendência*, insculpido no inciso XLV do art. 5.º da Constituição, o qual determina de forma clara que "nenhuma pena passará da pessoa do condenado".

Nas exceções estabelecidas pelo próprio dispositivo, tem-se que poderão "a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido". Nenhuma dessas ressalvas autorizadas pelo Constituinte insculpe a solidariedade no tocante ao *perdimento*. Este não é alcançado pela previsão expressa na lei civil de solidariedade quanto à *reparação*. E mais: a ressalva em si, quanto ao perdimento, confirma que a *extensão* para além do condenado somente poderá se dar nos limites do *patrimônio transferido*, o que pressupõe ter havido efetivo repasse de bens e/ou valores decorrentes da prática criminosa.

Retornando-se às hipóteses legais de perdimento do CP (art. 91), vê-se que no que diz respeito aos *instrumentos do crime*, as *coisas* a serem perdidas serão específicas, determinadas e estarão *ou em poder do condenado* ou *com quem dele as tenha recebido*. Apreender-se-á o tal

[46] Pode-se cogitar, com ressalvas, que nem tudo que possa vir a ser alvo de perdimento realmente *integrava* o patrimônio do condenado, *v.g.* eventual *instrumento* de crime que tão somente estava em *posse* do agente.

instrumento, mediante busca e apreensão, e decretar-se-á o perdimento, quem quer seja o seu atual *detentor*.[47]

Já no tocante ao *produto do crime* ou *qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido* em decorrência do ilícito, somente se poderá decretar o perdimento contra o próprio autor do fato delituoso ou, quando muito, contra quem tiver recebido *bens* ou *valores* provenientes da prática do ilícito. Nesse último caso, o perdimento estará limitado ao valor *transferido*. O perdimento dos *proventos* do crime, naturalmente, exige que tenha havido *enriquecimento ilícito* por parte daquele que virá a ser alvo da decretação.

Conjugando-se (i) a limitação da *solidariedade passiva* à *obrigação de reparação do dano*, (ii) o princípio da intranscendência das penas e (iii) os limites claros das exceções constitucionais ao referido princípio, tem-se por certo que a decretação de perdimento dos proventos do crime não pode se dar de forma *solidária* entre os coautores de um ilícito penal e/ou entre corréus em um mesmo feito, ainda que todos venham a ser condenados.

Em suma, diferentemente da *obrigação solidária de reparar o dano causado*, os limites da decretação de perdimento deverão obedecer estritamente ao exato montante do *enriquecimento ilícito* que cada autor do fato criminoso auferiu, admitindo-se *extensão* tão somente se houve *transferência* de *proventos* entre eles. Não se poderá, dessa forma, decretar o *perdimento* de bens e valores contra um determinado réu condenado, a fim de punir eventual enriquecimento ilícito auferido por *outro* réu.

4. Solidariedade nas Medidas Assecuratórias

A partir das duas premissas demonstradas na seção 3, ora pode-se traçar o caminho *inverso*, retornando-se às medidas assecuratórias patrimoniais descritas na seção 1, a fim de que se estabeleçam a elas os limites aplicáveis conforme a finalidade, dentre aquelas descritas na seção 2, com a qual forem implementadas.

---

[47] Evitou-se propositadamente utilizar o termo *proprietário*, dado o caráter problemático do direito de propriedade quanto aos *instrumentos do crime* e *coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito*.

No mais, após o que se expôs acima, pode-se solucionar os dois casos concretos formulados ao início.

4.1. *Solidariedade no arresto e especialização de hipoteca legal*

A *hipoteca legal* e o *arresto* referem-se à finalidade de reparação do dano causado — lembre-se a expressa legitimidade do *ofendido* —, bem como, de forma subsidiária, "as despesas processuais e as penas pecuniárias" (art. 140, CPP).

Considerando a finalidade específica dessas duas medidas, tem-se que quanto a elas aplicar-se-á o efeito da *solidariedade*, descrito na seção 3, de modo que o arresto e a hipoteca legal poderão recair sobre quaisquer bens de *cada acusado* até o limite de *todo* o dano causado pelo crime.

Ou seja: o *valor máximo* do dano poderá ser utilizado como parâmetro para fixação do valor para aplicação dessas medidas contra cada um dos codenunciados, de modo que *um único acusado* pode ter seu patrimônio — ainda que plenamente lícito — constrito no valor de *todo* o dano causado.

Em *paralelo* ao que se tem visto cotidianamente em processos criminais, em nenhum dos casos concretos houve a decretação de *arresto* ou *hipoteca*. Como já afirmado anteriormente, as peculiaridades referentes ao procedimento aplicável parecem fazer com que as autoridades públicas priorizem o *sequestro* e as medidas *amorfas* como *bloqueio de valores e bens*.

4.2. *Solidariedade no sequestro*

Já quanto ao sequestro, a situação é diversa do que se descreveu acima. Primeiro, porque a medida somente caberá quando presentes *indícios veementes* de que *os bens foram adquiridos com proventos da infração*. O primeiro limite advém da própria previsão de cabimento da medida, que se cinge aos bens que puderem ser alcançados pelo perdimento. No caso, esses serão os *produtos e proventos*[48] da atividade criminosa (art. 91, II, CP).

[48] Excetuam-se os *instrumentos* do crime, pois quanto a esses caberá não o *sequestro*, mas a *busca e apreensão* (art. 240, CPP).

O sequestro não poderá ser aplicado, portanto, quanto a patrimônio lícito e que não decorra, na forma de *provento indireto*, de *valor* ou de *proveito* obtido com a prática delituosa.

O segundo limite, que se soma ao primeiro e consiste no ponto focal do presente artigo, refere-se à inaplicabilidade da *solidariedade* no tocante ao enriquecimento ilícito (seção 3). Como já se demonstrou acima, diferentemente da obrigação solidária de reparar o dano causado, os limites da decretação de perdimento devem obedecer estritamente ao exato montante do enriquecimento ilícito que cada autor do fato criminoso auferiu.

Por conseguinte, considerando que a finalidade do sequestro está relacionada ao *perdimento*, tem-se que o sequestro somente poderá incidir sobre instrumentos, produtos e proventos da atividade criminosa e no estrito limite do enriquecimento ilícito auferido pelo agente.

Essa medida não poderá ser aplicada, portanto, em limite superior ao que cada coautor tenha percebido como enriquecimento ilícito próprio. Em suma, o sequestro não poderá ser aplicado conforme a lógica da solidariedade, sendo inviável que se aplique tal constrição em *quantum* superior ao que o *agente* efetivamente percebeu como *produto* e *proventos* do crime.

Retomemos os casos formulados na Introdução.

No Caso 1, a medida atípica de *bloqueio de valores*, embora *comum*, não está prevista no CPP. Entendemos que, em se tratando de medida cautelar, deve-se obedecer ao princípio da legalidade[49], de modo a aplicar alguma medida assecuratória típica, *i.e.* sequestro, hipoteca legal e arresto. Desse modo, descabida a constrição patrimonial *genérica*. No mais, quanto aos valores em si, tem-se que os R$ 100.000,00 recebidos como vantagem indevida consistiram em enriquecimento ilícito aproveitado tão somente por C, o qual, por isso, poderia ser alvo de *sequestro*. Não houve

[49] "Constituído o princípio da legalidade, por outro lado, a mais sólida garantia das pessoas contra possíveis arbítrios do Estado, não se vê porque não haja ele de estender-se, na medida imposta pelo seu conteúdo de sentido, ao processo penal, cuja regulamentação pode a todo momento pôr em grave risco a liberdade das pessoas" (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 96-97. No mesmo sentido, especialmente quanto às medidas assecuratórias, v. ESSADO, T. *Op. cit.*, p. 38.

demonstração de dano pecuniário causado ao Estado, à coletividade ou a qualquer vítima determinada, de modo que não haveria que se falar em *reparação de dano* ou, por isso, em *solidariedade*. Por fim, como A e B não tiveram enriquecimento ilícito demonstrado, não poderiam ter seus respectivos patrimônios alcançados por medida assecuratória, por não haver previsão legal — ainda que, caso condenados, pudessem vir a sofrer *perda alargada* (art. 91-A) se a licitude da origem de seus bens não for demonstrada.

Quanto ao Caso 2, tendo sido causado prejuízo de R$ 100.000,00, X e Y responderão *solidariamente* quanto a esse total, de forma que as medidas assecuratórias poderiam abranger tal valor para ambos, independentemente de quanto cada um auferiu como proveito do crime. Apesar disto, considerando-se que o sequestro se aplica quando houver "indícios de proveniência ilícita", os valores bloqueados nas contas de X e Y não poderiam ser alcançados; o veículo adquirido por X com os R$ 70.000,00 que auferiu com o crime poderia ser objeto de sequestro, desde que identificada previamente a proveniência ilícita do valor usado na aquisição. Por fim, quanto à maleta que continha os R$ 30.000,00 que couberam a Y, caberia medida de *busca e a apreensão*, que, por manejo atécnico da medida de sequestro, não veio a ser realizada.

Conclusão

Como visto, o *sequestro*, medida assecuratória utilizada com frequência crescente no paradigma atual de patrimonialização do direito penal, deve se ater ao limite do efetivo enriquecimento ilícito que o sujeito *alvo* obteve. Não se pode perverter tal modalidade *cautelar patrimonial*, por ser ela aparentemente mais *célere* e *simples* que a hipoteca legal e o arresto (que pressupõe posterior especialização de *hipoteca*), a fim de alcançar patrimônio desrelacionado à prática delituosa e/ou para punir *um* agente pelo enriquecimento ilícito de *outros*.

Tampouco se pode, de forma estranha às medidas assecuratórias expressamente previstas na lei processual penal, lançar mão de medidas *amorfas* que visem constringir bens de forma indistinta e ilimitada, sob a premissa de que *o crime não pode compensar*. A premissa não está

equivocada, mas tampouco o está a afirmação de que *os agentes encarregados da persecução penal devem respeitar os limites da lei*.

Espera-se que, após a argumentação no presente texto, essas constatações pareçam por demais óbvias. Quiçá, assim devesse ser. Porém, o cenário *complexo* da persecução penal voltada aos megaprocessos[50] e às organizações criminosas vem ensejando — aos órgãos de investigação, ao Ministério Público, aos juízes e às defesas — sérias dificuldades (ou mesmo *desinteresse*) em delimitar estritamente o alcance do *confisco* patrimonial que se dará sob a forma de *perdimento de bens*.

As dificuldades práticas e teóricas a serem enfrentadas hoje não mais se manifestam em casos como *roubos residenciais perpetrados por diversos autores com divisão de funções e repartição de lucros*. Agora se lida com atos de corrupção imputados a *organizações criminosas* não raro integradas por *dezenas de agentes*, com atuação espraiada na máquina pública e/ou estruturada em empresas atuantes em vários países, por anos a fio.

Assim, as linhas de separação, não somente da *autoria* e da *participação* como das repercussões patrimoniais de tais delitos, no tocante aos danos causados e ao enriquecimento ilícito dos envolvidos, não mais se visualizam com facilidade. Isso, por sua vez, reflete no cabimento de toda sorte de medidas processais e penas, aplicáveis *na medida da culpabilidade* de cada agente.

Por isso, as conclusões quanto ao perdimento e ao sequestro apresentadas acima, que poderiam (e até *deveriam*) parecer óbvias, nem sempre o são na prática. Isso só se agrava ao levar em consideração o escopo dos megaprocessos e das inúmeras ações penais deles decorrentes, cenário em que se lida com dezenas de agentes delituosos e cifras bilionárias de danos causados, que nem sempre correspondem ao enriquecimento ilícito auferido.

Considerando que o ordenamento penal democrático deve obedecer a limites previstos na Constituição e na lei penal em favor dos *acusados*, e não somente da *sociedade vitimada* — o que por vezes parece ser esquecido —, o alcance das medidas assecuratórias deve ser tecnicamente

[50] Acerca da expressão ver MALAN, Diogo Rudge. Megaprocessos e direito de defesa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 159, p. 45-67, set. 2019.

definido, compreendido e aplicado de forma a compatibilizar a *persecução* e, simultaneamente, o respeito aos direitos fundamentais daquele que se vê como alvo do poder de punir.

Referências

BADARÓ, Gustavo Henrique. Das Questões e Processos Incidentes. In: GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique (coord.). *Código de Processo Penal comentado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2019. p. 317-398.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: RT, 2016.

CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Confisco penal*: alternativa à prisão e aplicação aos delitos econômicos. São Paulo: IBCCRIM, 2006.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador*: *ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. Tese (Livre Docência). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo - SP, 2013.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*: parte geral. 6. ed. São Paulo: RT, 2018.

ESSADO, Tiago. *A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo - SP, 2014.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

LINHARES, Sólon Cicero. *Confisco de bens*: Uma medida penal, com efeitos civis contra a corrupção. São Paulo: RT, 2016.

LOPES, João Felipe Menezes. Confisco de bens como instrumento de combate à criminalidade organizada: análise dos regimes estrangeiros e de sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro. *Revista da AJUFE*, São Paulo, v. 95, n. 2, p. 207-240, 2015.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. Confisco alargado: análise das medidas para recuperação de bens de origem ilícita na experiência comparada americana. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (org.) *Crime e política*: Corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito. São Paulo: FGV Editora, 2017. p. 425-428.

MAGRIARELLI, Filipe Henrique Vergniano. *Cooperação jurídica internacional em matéria penal e as medidas cautelares patrimoniais*. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo - SP, 2014.

MALAN, Diogo Rudge. Megaprocessos e direito de defesa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 159, p. 45-67, set. 2019.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. *Lições fundamentais de direito penal*: parte geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MENDES, Tiago Bunning; LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Lei Anticrime*: (Re) forma penal e a aproximação de um sistema acusatório? Rio de Janeiro: Lumen-Juris, 2020 (no prelo).

NICOLLIT, André. *Manual de processo penal*. 7. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

RIOS, Rodrigo Sánchez; PUJOL, Luiz Gustavo. Confisco alargado: reflexões acerca de suas possibilidades no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 118, p. 123-158, jan.-fev. 2016.

SAAD GIMENES, Marta Cristina Cury. *As medidas assecuratórias do Código de Processo Penal como forma de tutela cautelar destinada à reparação do dano causado pelo delito*. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo - SP, 2007.

SAAD, Marta. Prisão processual para recuperação de ativos: uma prática desfuncionalizada. In: MALAN, Diogo; BADARÓ, Gustavo; ZILLI, Marcos; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; SAAD, Marta; MORAES, Maurício Zanoide de (org.). *Processo penal humanista*: escritos em homenagem a Antonio Magalhães Gomes Filho. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 265-284.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Reflexões sobre o confisco alargado. *Boletim IBCCRIM*. v. 277, a. 23, p. 23-24, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 11 ed. São Paulo: RT, 2015.

Informações adicionais e declarações dos autores (*integridade científica*)

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): Os autores atuam como advogados em processo, em grau recursal, a partir do qual surgiu a temática que veio a ser aprofundada e tratada no artigo. Contudo, embora parte da problemática ora analisada seja abordada no recurso, a tese tanto ultrapassa os limites estritos do feito quanto está dissociada dos interesses da causa. Importante ressaltar, ainda, que o feito em questão se encontra em fase recursal, já tendo sido apresentadas as principais peças processuais (na fase) - razões e contrarrazões -, o que elimina qualquer possibilidade de "inovação" quanto aos argumentos já lançados nos autos. De todo modo, o patrocínio da referida causa não impacta a neutralidade científica que orientou a pesquisa e as conclusões apresentadas.

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

- *Ivan Navarro Zonta*: projeto e esboço inicial (conceptualization), desenvolvimento da metodologia (methodology), coleta e análise de dados (data curation), levantamento bibliográfico (investigation), revisão bibliográfica (investigation), redação (writing – original draft), implementação inicial das modificações apontadas no processo editorial, aprovação da versão final (writing – final draft).
- *Guilherme Brenner Lucchesi*: revisão bibliográfica (investigation), participação ativa nas discussões dos resultados (validation), revisão crítica com contribuições substanciais (writing – review and editing), revisão das modificações apontadas no processo editorial, aprovação da versão final (writing – final draft).

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

Dados do processo editorial
(http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies)

- Recebido em: 29/03/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 30/03/2020
- Avaliação 1: 03/04/2020
- Avaliação 2: 07/04/2020
- Avaliação 3: 13/04/2020
- Decisão editorial preliminar: 05/05/2020
- Retorno rodada de correções: 19/05/2020
- Decisão editorial final: 21/05/2020

Equipe editorial envolvida

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

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

LUCCHESI, Guilherme Brenner; ZONTA, Ivan Navarro. Sequestro dos proventos do crime: limites à solidariedade na decretação de medidas assecuratórias. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 2, p. 735-764, maio/ago. 2020. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i2.353

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

A recuperação de ativos, o regime do reconhecimento mútuo e os pedidos de cooperação judiciária relacionados a confisco *non-conviction based* em Portugal

The assets recovery, the mutual recognition scheme and the requests for judicial cooperation related to non-conviction based forfeiture in Portugal

Gabriel Marson Junqueira[1]

Centro Regional Universitário de Espírito Santo do Pinhal/SP, Brasil

g_junqueira@yahoo.com

http://lattes.cnpq.br/7072990083275548

http://orcid.org/0000-0001-6626-6758

Resumo: O presente trabalho procura responder à seguinte questão: em Portugal, o regime de reconhecimento mútuo abrange pedido de cooperação judiciária, de outro Estado-Membro da União Europeia, fundado em confisco *non-conviction based*? Após breve análise das modalidades de confisco (criminal) existentes em Portugal (perda clássica e perda alargada), das formas de confisco *non-conviction based* (o de índole civil e o de índole criminal) e dos modelos de cooperação judiciária na Europa, conclui-se que o modelo de reconhecimento mútuo, nos dias de hoje, abrange quer a perda clássica, quer a perda alargada, mas não qualquer das formas de confisco *non-conviction based* – civil ou em processo criminal. Assim, ao final, concluímos que se deve responder negativamente a pergunta que motivou o presente trabalho.

Palavras-chave: Recuperação de ativos; Confisco; Cooperação judiciária em matéria penal; Princípio do reconhecimento mútuo; Perda *non-conviction based*.

[1] Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra. Professor de Direito Processual Penal do Centro Regional Universitário de Espírito Santo do Pinhal/SP - Unipinhal. Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo.

Abstract: *The present work seeks to answer the following question: in Portugal, does the mutual recognition regime cover a request for judicial cooperation, from another Member State of the European Union, based on non-conviction based confiscation? After a brief analysis of the instruments of forfeiture (criminal) adopted by Portugal (classic forfeiture and extended forfeiture), non-conviction based forms of forfeiture (of a civil nature and of criminal nature) and models of judicial cooperation in Europe, concludes that the mutual recognition model nowadays covers both the classic and extended forfeiture, but not any of the non-conviction-based forms of forfeiture - civil or in criminal prosecution. Thus, in the end, we conclude that the question that motivated the present work should be answered negatively.*

Keywords: *Assets recovery; Forfeiture; Judicial cooperation in criminal matters; Principle of mutual recognition; Non-conviction based forfeiture.*

Sumário: 1. Introdução – 2. Alguns aspectos prévios – 2.1. Clarificações conceituais – 2.2. Instrumentos de confisco adotados em Portugal – 2.3. O confisco *non-conviction based* – 3. Modelos de cooperação judiciária na Europa – 3.1. Cooperação em matéria de recuperação de ativos – 4. O princípio do reconhecimento mútuo – 5. Visão geral da Decisão-Quadro nº 2006/783/JAI – 6. Reconhecimento mútuo e perda *NCB* de outro Estado-Membro – 7. Considerações finais. 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Atualmente, parece haver consenso quanto à importância das denominadas "estratégias patrimoniais de combate à criminalidade", ou de "asfixiamento econômico". Nos crimes cujo escopo principal é a obtenção de lucro, em geral, mas especialmente nos casos de criminalidade organizada[2], o Estado não deve se ater à "questão da culpabilidade"; para além

[2] Cremos que a atenção com a recuperação de ativos deva ser ainda maior quando estamos diante de criminalidade organizada, cuja vocação para gerar lucros, nos dias atuais, constitui algo extraordinário. Não por outra razão, o escopo de lucro integra o próprio conceito de organização criminosa, constante da Convenção de Palermo (art. 2º).

disso, deve ter especial preocupação em fazer valer o brocardo segundo o qual "o crime não compensa"[3]. Por essa razão, estão na ordem do dia debates em torno de institutos ligados à recuperação de ativos, a exemplo da perda clássica, da perda alargada e da perda *non-conviction based* (*NCB*) [4].

Por outro lado, afigura-se-nos impossível pensar, hoje, em enfrentamento da criminalidade geradora de réditos, de maneira insulada. O impacto da globalização no fenômeno criminal foi geral[5]. Na Europa, em razão da sua progressiva integração, o impacto é ainda mais preocupante. Ativos podem ser movimentados, por exemplo, por meio do sistema financeiro internacional, quase que instantaneamente, de um país para outro. Em outras palavras, ao menos nos casos mais graves, muito provavelmente, a recuperação de ativos não prescindirá de cooperação judiciária internacional.

No presente trabalho, procuraremos esclarecer uma particular questão, que se insere justamente nesse contexto, de cooperação judiciária internacional em matéria de recuperação de ativos. Procuraremos responder à seguinte pergunta: em Portugal, o regime de reconhecimento mútuo abrange pedido de cooperação, de outro Estado-Membro da União Europeia, fundado em confisco *NCB*? Assim esclarecido o propósito deste trabalho, de início, procederemos a algumas clarificações conceituais e verificaremos os principais aspectos dos instrumentos clássicos de confisco, do instituto da perda ampliada e da perda *NCB*. Na sequência, estudaremos as características gerais da cooperação judiciária, na Europa,

---

[3] Nesse sentido, CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco "in rem" e a criminalização do enriquecimento ilícito". *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 21, nº 02, 2011, p. 275. Ver, ainda, RODRIGUES, Hélio; RODRIGUES, Carlos. *Recuperação de ativos na criminalidade econômico-financeira*. Lisboa: Editora Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2013, p. 13.

[4] Basta ver que, como bem lembra LELIEUR, Juliette. Freeezing and Confiscating Criminal Assets in the European Union. *European Criminal Law Review*, nº 3, 2015, p. 281, em apenas 15 anos, a União Europeia adotou nada menos que sete instrumentos legais relacionados com recuperação de ativos.

[5] CAEIRO, Pedro. Cooperação judiciária na União Europeia. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco A. Marques da (org.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais. Visão Luso-Brasileira*. Quartier Latin, 2006, p. 441.

voltada à recuperação de ativos e daremos as notas principais do modelo de reconhecimento mútuo. Já próximos do final, faremos breve análise do regime instituído pela Decisão-Quadro nº 2006/783/JAI e pela Lei nº 88/2009. Percorrido tal caminho, tentaremos, enfim, responder à questão que nos move.

2. ALGUNS ASPECTOS PRÉVIOS

2.1. CLARIFICAÇÕES CONCEITUAIS

Cremos que o rigor terminológico é fundamental para um discurso teórico devidamente orientado. Por isso, iniciamos nossa trajetória com algumas clarificações conceituais. Tal clarificação é particularmente importante para este trabalho, afinal, a terminologia, em regra, empregada no direito interno português é diferente daquela do direito internacional, o que poderia dar azo a confusões.

Assim, em primeiro lugar, por instrumentos do crime, devemos entender os objetos (coisas) utilizados como meios para a prática do crime. Em segundo, por produtos do crime, devemos entender os objetos (coisas) criados ou produzidos pela atividade criminosa, e não as vantagens retiradas do crime[6]. Em terceiro lugar, por vantagens (coisas ou direitos) do crime, em sentido amplo, devemos entender tanto a recompensa dada ou prometida ao infrator, "como todo e qualquer benefício patrimonial que resulte do crime ou através dele tenha alcançado"[7]. Finalmente, em

---

[6] Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português, Parte Geral II, As Consequências Jurídicas do Crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 618.

[7] Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português, Parte Geral II, As Consequências Jurídicas do Crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009,., p. 632. Donde concluirmos, concordando com CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco "in rem" e a criminalização do enriquecimento ilícito". *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 21, nº 02, 2011, p. 272-273, que as recompensas constituem mera subespécie das vantagens do crime e, pois, com relação à perda, submetidas ao mesmo regime jurídico (art. 111º, do Código Penal).

quarto lugar, faremos uso da expressão "vantagens relacionadas com o crime", quando quisermos englobar quer as vantagens decorrentes de um específico fato ilícito-típico, objeto de dado processo-crime, e sujeitas à "perda clássica", quer as vantagens sobre as quais paira suspeita de provirem de atividade criminosa não incluída no objeto do processo, sujeitas à "perda alargada"[8].

Como já dito, essa clarificação conceitual, feita à luz do direito penal português, não pode, *tout court*, ser transposta para os diplomas internacionais e regionais. Com efeito, aquilo que, no plano nacional português, denomina-se "vantagens do crime", no plano supranacional, em regra, encontra-se abrangido pela expressão "produtos do crime"[9]. Ao longo deste trabalho, adotaremos a terminologia predominante no direito doméstico[10], por entendermos possuir maior precisão e, consequentemente, possibilitar maior clareza ao discurso.

Finalmente, sublinhamos que, quando falamos em "recuperação de ativos", estamos nos referindo, em especial, às vantagens relacionadas com o crime, mas também a instrumentos e produtos do crime[11].

---

8 Acompanhamos, no ponto, CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco "in rem" e a criminalização do enriquecimento ilícito". *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 21, nº 02, 2011, p. 273.

9 Nesse sentido, *v.g.*, dispõe o art. 2º, alínea "e", da Convenção da ONU contra a Corrupção, que, por "produto de delito" "se entenderá os bens de qualquer índole derivados ou obtidos direta ou indiretamente da ocorrência de um delito". A expressão, pois, engloba as "vantagens do crime".

10 Deixamos claro que se cuida de terminologia *predominante* no direito interno. Dizemos isso porque, a título de exemplo, na Lei nº 144/99, de 31 de agosto, fala-se em "recuperação de instrumentos, objetos ou produtos da infração" (art. 145º, nº 1). Esses vocábulos reaparecem, inclusive, no art. 160º, do mesmo diploma. O mesmo ocorre na Lei nº 45/2011.

11 Entendendo que a perda dos instrumentos do crime também se inclui na ideia de recuperação de ativos, tem-se GREENBERG, Theodore S.; SAMUEL, Linda M.; GRANT, Wingate; GRAY, Larissa. *Stolen asset recovery: a good practices guide for non-conviction based asset forfeiture*. The World Bank, 2009, p. 13. Discordamos, portanto, de RODRIGUES, Hélio; RODRIGUES, Carlos. *Recuperação de ativos na criminalidade econômico-financeira*. Lisboa: Editora Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2013, p. 13, para os quais, aparentemente, a recuperação de ativos diz apenas com vantagens do crime.

Feitas tais clarificações, temos agora terreno seguro para avançar, o que faremos analisando os principais aspectos dos institutos ligados à recuperação de ativos já adotados em Portugal. Ou seja, tentaremos, no tópico seguinte, traçar um panorama geral – logo, sem qualquer pretensão de exaustão – de cada um dos instrumentos de confisco hoje existentes em Portugal.

2.2. INSTRUMENTOS DE CONFISCO ADOTADOS EM PORTUGAL

Quando falamos sobre recuperação de ativos, a nosso ver, devemos pensar, em primeiro lugar, naqueles instrumentos de confisco cuja aplicação depende da demonstração de um vínculo direto entre o fato ilícito-típico, de um lado, e os instrumentos, produtos e vantagens, de outro. Cuidamos aqui da perda clássica, de há muito consagrada nos mais diversos ordenamentos jurídicos - em Portugal, inclusive. Em alguns países, assume a natureza jurídica de pena acessória, ou de efeito da pena; em outros, de medida de segurança. Finalmente, noutras legislações ainda, ao instituto se assinala natureza mista, ora análoga à pena, ora à medida de segurança[12].

Em Portugal, a perda clássica, no que diz respeito aos instrumentos e produtos do crime (ou simplesmente "objetos" do crime), encontra seu regime jurídico nos arts. 109º e 110º, do Código Penal. A índole da medida é, segundo o Tribunal Constitucional português, preventiva, já que visa impedir que instrumentos e produtos sejam utilizados para a prática de novos ilícitos ou que possam colocar em risco a segurança das pessoas ou da ordem pública[13]. Cuida-se, de fato, em nosso sentir, de "uma providência sancionatória análoga à da medida de segurança"[14].

---

[12] Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português, Parte Geral II, As Consequências Jurídicas do Crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 614.

[13] Cf. Acórdão nº 392/15, do Tribunal Constitucional, disponível em http://www.tribunalconstitucional.pt.

[14] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português, Parte Geral II, As Consequências Jurídicas do Crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 628. Para fundamentar seu posicionamento, ressalta, em primeiro lugar, a finalidade preventiva do instituto, tal como hoje consagrado. Em segundo, pondera que ele possui pressupostos de incidência muito assemelhados aos da medida de segurança, a

Ainda com relação à perda clássica, mas de vantagens do crime, seu regime jurídico se encontra no art. 111º, do Código Penal. Sua natureza jurídica é, atualmente, controvertida. Para Figueiredo Dias, a providência é análoga à medida de segurança, afinal, tem por fim prevenir a prática de futuros crimes, mostrando, quer ao agente, quer à generalidade das pessoas, que, em caso de prática de um fato ilícito-típico, é sempre instaurada uma ordenação dos bens conforme ao direito[15]. Pedro Caeiro, a seu turno, discorda, asseverando que a medida constitui, em verdade, um "tertium genus dentro da panóplia das reações penais". Isso porque, em suma, enquanto a medida de segurança depende da demonstração de uma perigosidade concreta do agente, a perda de vantagens é totalmente alheia a um juízo como esse, ainda que tendo por foco o patrimônio, em vez do agente[16].

Ocorre que essa modalidade – que podemos chamar de "tradicional" ou "clássica" – de perda de vantagens do crime, baseada na demonstração de um vínculo direto entre as vantagens obtidas pelo infrator e um crime concreto dado como provado, tem se revelado insuficiente, especialmente diante de criminalidade grave e organizada. Além disso, aos poucos, aparentemente, vai se firmando a ideia de que quem dá razoáveis motivos para fazer crer que se sustenta pelo crime deve ser chamado a prestar contas do seu patrimônio[17] [18]. Donde a introdução, pelo

---

saber: um fato ilícito-típico, por um lado, e a perigosidade, por outro – se bem que referida ao objeto, em vez de ao agente (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português, Parte Geral II, As Consequências Jurídicas do Crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 628). Se o nº 3 do art. 109º do Código Penal coloca ou não em xeque essa posição, tem-se aí questão que não podemos enfrentar neste trabalho, em razão dos estreitos limites traçados inicialmente.

[15] Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português, Parte Geral II, As Consequências Jurídicas do Crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 638.

[16] Cf. CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco "in rem" e a criminalização do enriquecimento ilícito". *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 21, nº 02, 2011, p. 308.

[17] Cf. SIMÕES, Euclides Dâmaso; TRINDADE, José Luis. Recuperação de ativos: da perda ampliada à "actio in rem" (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves). *Julgar on line*, 2009, p. 06.

[18] Essa ideia, inclusive, parece estar na base do novo art. 91-A, introduzido no Código Penal brasileiro pela Lei nº 13.964/19. Tal dispositivo incorporou ao ordenamento brasileiro a denominada perda alargada, deixando, no

legislador português, muito por conta de influxos internacionais, por meio da Lei nº 5/2002, de uma forma de confisco ou perda – dita "alargada" (*extended forfeiture*) – fundada sobre a presunção de origem ilícita dos bens possuídos por um infrator condenado por determinados crimes[19].

Em nosso entendimento, segundo o art. 7º, os pressupostos de aplicação da perda alargada são os seguintes: a) deve existir prova, para além da dúvida razoável, da prática de um dos crimes do catálogo previsto no art. 1º, viabilizando a condenação do arguido[20]; b) deve existir prova

---

entanto, de regular diversos dos seus aspectos. Para a aplicação do dispositivo, basta que o crime tenha pena máxima superior a seis anos, ou, aliado a isso, ele deve ter necessariamente escopo lucrativo? Pode-se fazer uma verificação patrimonial retrospectiva do investigado ilimitada no tempo? Possui relevância o eventual fato de o processo-crime ter revelado que o crime praticado pelo acusado foi episódico, e não habitual? Esses são alguns questionamentos possíveis, diante da redação dada ao novel art. 91-A. Por fugirem ao propósito deste trabalho, deixamos de enfrentá-los. Para uma visão crítica do novo instituto à luz da realidade brasileira, ver RIOS, Rodrigo Sánchez; PUJOL, Luiz Gustavo. Confisco alargado: reflexões acerca de suas possibilidades no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 118, p. 140 e ss. Sobre a compatibilidade da perda alargada, em si, com o ordenamento brasileiro, numa análise que precedeu o novel art. 91-A, ver SOUZA, Cláudio Macedo de; CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. A perda alargada em face da principiologia processual penal brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 24, n. 118, p. 269-270.

19 Poderíamos citar, como instrumentos internacionais preconizadores da "perda alargada", a Convenção de Viena contra o Tráfico de Drogas (art. 5º, nº 7), a "Convenção de Palermo" (art. 12º, nº 7), a Convenção da ONU contra a Corrupção (art. 31, nº 8) e, finalmente, a Recomendação 3 (2003) do GAFI/FATF. No universo europeu, poderíamos mencionar ainda (i) a Convenção do Conselho da Europa relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e ao Financiamento ao Terrorismo, (ii) a Decisão-Quadro 2005/212/JAI (*vide*, em especial, o art. 3º, que preconiza a adoção de "poderes alargados de declaração de perda", traçando alternativas de conformação legislativa) e, mais recentemente, (iii) a Diretiva 2014/42/UE.

20 Em interessante passagem, CUNHA, José M. Damião da. Perda de bens a favor do Estado. In: *Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinários, vol. III* Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 130, afirma que "a condenação por um dos crimes do catálogo (e com uma pena grave) é um pressuposto, na medida em que é um sintoma que legitima a averiguação da "licitude" do património, por via de um juízo retrospectivo". E, na sequência, complementa: "Trata-se (...) de uma situação que assume contornos semelhantes ao que legitima a aplicação de uma medida de segurança (...). Aqui, a diferença

de que o patrimônio do arguido é incongruente com seus rendimentos lícitos; e c) deve existir prova "de uma atividade criminosa anterior do condenado, onde se incluam ilícitos do catálogo idênticos ao crime do processo em causa, ou que com ele tenham uma certa conexão"[21]. Provados esses pressupostos ("base da presunção"), a partir daí a lei presume que a parcela do patrimônio desproporcional aos rendimentos legítimos do arguido constitui vantagem advinda de atividade criminosa, donde a decretação de sua perda.

Com relação à natureza jurídica do instituto, tem-se aí algo controvertido[22]. Para José M. Damião da Cunha, "trata-se pois de uma medida de caráter não penal (...). No fundo, uma sanção administrativa prejudicada por uma anterior condenação penal"[23]. Com esse posicionamento, em essência, concorda Pedro Caeiro, malgrado prefira ver a perda das vantagens decorrentes da atividade criminosa como uma "medida", e não

---

reside em que está em causa, não um juízo de prognose para o futuro, mas um juízo de prognose para o passado".

[21] Cf. CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco "in rem" e a criminalização do enriquecimento ilícito". *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 21, nº 02, 2011, p. 313, onde, inclusive, pode-se encontrar desenvolvimento mais detido sobre o estalão de prova exigido – "preponderância de probabilidade". Em sentido diverso, por crerem que a prova desse requisito é desnecessária, *vide:* RODRIGUES, Hélio; RODRIGUES, Carlos. *Recuperação de ativos na criminalidade econômico-financeira*. Lisboa: Editora Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2013, p. 224.

[22] Para uma referência mais detalhada aos diversos posicionamentos sobre a matéria, ver CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco "in rem" e a criminalização do enriquecimento ilícito". *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 21, nº 02, 2011, p. 309, e o Acórdão nº 392/2015, do Tribunal Constitucional.

[23] CUNHA, José M. Damião da. Perda de bens a favor do Estado. In: *Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinários, vol. III* Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 134. O autor ainda esclarece, na nota 6, que no modelo originário de onde é derivada, a medida é considerada uma "sanção civil". Contudo, a conotação "civil", no modelo anglo-saxônico, "resulta da inexistência de uma jurisdição administrativa e por isso da resolução de questões entre Estado e cidadão ser resolvida na jurisdição comum".

como "sanção"[24]. Na ótica do Tribunal Constitucional, as finalidades da perda alargada são (i) restaurar uma ordem patrimonial conforme ao direito e (ii) prevenção criminal. Seria, nessa linha, simplesmente, uma medida não penal[25], com o que concordamos

No âmbito da União Europeia, como havia muitas discrepâncias entre as feições de perda ampliada acolhidas nos diversos Estados-Membros, dificultando, inclusive, a cooperação entre eles, tentou-se, num primeiro momento, alguma harmonização, via Decisão-Quadro 2005/212/JAI, de 24 de fevereiro de 2005. Seu art. 3º, nº 2, preconizou a adoção de "poderes alargados de declaração de perda", traçando três alternativas de transposição ou conformação legislativa. Como tal investida não surtiu os efeitos desejados, mais recentemente, foi adotada a Diretiva 2014/42/UE, na qual se prevê uma única alternativa (art. 5º).

Pois bem. Estudadas – ainda que mui resumidamente – as principais características de institutos já consagrados em Portugal, em matéria de recuperação de ativos, passemos à análise dos aspectos fundamentais da perda de vantagens não baseada em condenação penal – *non-conviction based* (*NCB*)[26]. Após isso, teremos, aí sim, condições de seguir para análise da cooperação internacional na matéria.

---

[24] Cf. CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco "in rem" e a criminalização do enriquecimento ilícito". *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 21, nº 02, 2011, p. 311.

[25] Cf. Acórdão nº 392/15, do Tribunal Constitucional. Em sentido próximo, tem-se CORREIA, João Conde. *Da proibição do confisco à perda alargada*. Lisboa: Imprensa Nacional da Casa da Moeda, 2012, p. 116.

[26] Em hipóteses muito específicas, talvez seja possível afirmar que o direito português já admite confiscos *NCB´s*. Referimo-nos, aqui, principalmente ao art. 109º, nº 2, do CP, e à suficiência da prática de um fato ilícito-típico, de um modo geral, na perda clássica. Ou seja, esta pode vir acompanhada de uma medida de segurança, e não de uma condenação. Nesse sentido, CORREIA, João Conde. Reflexos da Diretiva 2014/42/UE (do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia) no direito português vigente. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, nº 2, 2014, p. 99 e 103. O mesmo autor, em outro texto, sustenta que, no caso do art. 109º, nº 2, do CP, tem-se verdadeira *actio in rem* (CORREIA, João Conde. A recuperação dos ativos dos

2.3. O CONFISCO *NON-CONVICTION BASED*

De proêmio, parece-nos importante sublinhar que, em nosso sentir, atualmente, grassa alguma confusão em torno dos sentidos da expressão "confisco *non-conviction based*". Tradicionalmente, a expressão aparece associada aos sistemas da *common law*, onde o processo destinado à aplicação do confisco é completamente autonomizado do processo penal e é dirigido contra os ativos (*actio in rem*), em si, e não contra seus proprietários[27]. É que, em sua base, está uma ficção jurídica, no sentido de que a propriedade, e não seu titular, violou a lei (*property is tainted*), donde, inclusive, não ser relevante a perquirição da culpa do atual proprietário[28]. Ademais, como o objetivo do processo autonomizado está adstrito à declaração da perda do bem a favor do Estado, a prova do vínculo entre o patrimônio e a atividade criminosa poderá ser feita com *standard* civilístico, desnecessária qualquer precedência de condenação penal – daí se falar em confisco *non-conviction based*[29].

Ocorre que, atualmente, existe uma espécie diferente de confisco *NCB*. Em 2003, a Assembleia-Geral das Nações Unidas adotou uma Convenção contra a Corrupção ("Convenção de Mérida"). Seu art. 54, nº 1,

---

crimes contra a economia e a saúde pública (Decreto-lei n° 28/84, de 20 de janeiro). *Revista do Ministério Público de Lisboa,* Lisboa, v. 37, n. 146, p. 63).

27 Cf. CORREIA, João Conde. Reflexos da Diretiva 2014/42/UE (do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia) no direito português vigente. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, nº 2, 2014, p. 102. No mesmo sentido, GREENBERG, Theodore S.; SAMUEL, Linda M.; GRANT, Wingate; GRAY, Larissa. *Stolen asset recovery: a good practices guide for non-conviction based asset forfeiture*. The World Bank, 2009, p. 14, nota 22. Curioso que, mesmo no México, cujo sistema é *civil law*, foi instituído um procedimento em face do bem (nesse sentido, *vide* MARQUES, Karla Padilha Rebelo. O sistema civil de recuperação de ativos como instrumento de efetividade da realização do direito. *Julgar on line*, 2014, p. 06).

28 Cf. RODRIGUES, Hélio; RODRIGUES, Carlos. *Recuperação de ativos na criminalidade econômico-financeira*. Lisboa: Editora Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2013, p. 269.

29 No Brasil, há projeto de lei em trâmite (nº 4850/2016), aguardando deliberação do Congresso Nacional, que prevê o ajuizamento de "ação declaratória de perda civil da propriedade ou posse", em face dos titulares dos ativos cujo confisco se pretende, e não em face dos ativos em si.

alínea "c", estabelece que cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar as medidas que sejam necessárias para permitir o confisco de ativos sem que envolva uma pena, nos casos nos quais o suspeito não possa ser condenado por motivo de falecimento, fuga ou ausência, ou em outros casos apropriados. Na mesma linha, a Diretiva 2014/42/UE, em seu art. 4º, nº 2, preconiza que, em havendo impossibilidade de condenação criminal do arguido, pelo menos nos casos de doença ou fuga, os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para, ainda assim, permitir a perda de objetos ou vantagens, se se tratar de infração penal geradora de benefícios econômicos e se o processo pudesse ter conduzido a uma condenação criminal, se o arguido tivesse comparecido em juízo[30].

Além das hipóteses acima mencionadas, de falecimento (prevista na Convenção de Mérida), fuga e doença (referidas na Diretiva 2014/42/UE), outras têm sido cogitadas, como a imunidade, a prescrição[31] e a simples não identificação do autor da infração[32]. Como se pode ver, o legislador europeu foi bastante comedido, ao tratar dessa espécie diferente de confisco *NCB*[33]. A uma, por ter limitado a perda aos casos de doença e fuga. E, a duas, por ter deixado de lado a ideia de suficiência de um padrão civilístico de prova, falando, em vez disso, em processo

---

30 Na versão inglesa da Diretiva, quiçá mais clara, lê-se, no art. 4º, nº 2, *in fine*: "*and such proceedings could have led to a criminal conviction if the suspected or accused person had been able to stand trial*".

31 Sustentando a possibilidade, em Portugal, de decretação de perda, mesmo após reconhecimento de prescrição, *vide* Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 30/09/2015 (processo nº 736/03.4TOPRT.P2, disponível em http://www.trp.pt/jurispitij.html). Por fugir completamente aos limites deste trabalho, deixamos de analisar a correção ou não da solução alvitrada. Apenas sublinhamos que, pelo que pudemos constatar, cuida-se de decisão absolutamente isolada.

32 Cf. LELIEUR, Juliette. Freeezing and Confiscating Criminal Assets in the European Union. *European Criminal Law Review*, nº 3, 2015, p. 299. Uma vez mais, por fugir ao escopo do presente trabalho, não faremos análise da compatibilidade de cada uma dessas hipóteses, mencionadas no texto, com o direito português.

33 No mesmo sentido, LIGETI, Katalin; SIMONATO, Michele. Asset Recovery in the EU: Towards a Comprehensive Enforcement Model beyond Confiscation? An Introduction. In: LIGETI, Katalin; SIMONATO, Michele (org.). *Chasing Criminal Money (Challenges and Perspectives on Asset Recovery in the EU)*. Oxford: Hart Publishing, 2017, p. 07-08.

que seria capaz – logo, com estalão superior de prova – de levar a uma condenação penal, caso o julgamento tivesse sido possível.

Diversamente do que ocorre no confisco *NCB* tradicional, como bem lembra João Conde Correia, nas situações ora tratadas, o confisco deverá continuar a reger-se pelas regras processuais penais e a dirigir-se contra o próprio visado (é ainda um mecanismo *in persona*). Será, assim, segundo aquele autor, "uma espécie de processo penal especial, que em vez da condenação clássica conduz apenas ao confisco dos proventos do crime"[34].

Com supedâneo no exposto até aqui, podemos extrair duas conclusões, fundamentais para o escopo deste trabalho. Em primeiro lugar, podemos inferir que, atualmente, em nosso sentir, existem dois modelos de confisco *NCB*, um de índole civil ou administrativa[35] (o tradicional) e outro de índole criminal (*v.g.*, o da Diretiva 2014/42/UE). O que verdadeiramente os caracteriza e, ao mesmo tempo, os distingue das demais formas de confisco de bens é que, enquanto a perda clássica e a perda alargada jamais prescindem de condenação criminal do arguido, a perda *NCB*, quer seja civil, quer seja em processo penal, é possível mesmo na ausência daquela condenação. Em segundo lugar, podemos inferir que a suficiência de um padrão inferior de prova, para a decretação da medida, antes vista como apanágio dos confiscos *NCB´s*, não está presente em todas as suas modalidades. Em verdade, a suficiência do estalão inferior de prova – *on balance of the probabilities* –, em alguns países, existe até na perda clássica. Quando isso ocorre, a porção criminal do processo exige prova para além da dúvida razoável, ao passo que a porção relativa ao confisco se satisfaz com um *standard* inferior[36].

Neste ponto, talvez surja uma dúvida: faria sentido continuar debatendo perda *NCB*, na Europa, após as decisões do Tribunal

---

[34] CORREIA, João Conde. Reflexos da Diretiva 2014/42/UE (do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia) no direito português vigente. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, nº 2, 2014, p. 102.

[35] Utilizaremos, doravante, a terminologia ("confisco *NCB* civil") sugerida no guia *Carin NCB Typologies*. Guernsey Law Officers, 2015, p. 03.

[36] Cf. GREENBERG, Theodore S.; SAMUEL, Linda M.; GRANT, Wingate; GRAY, Larissa. *Stolen asset recovery: a good practices guide for non-conviction based asset forfeiture*. The World Bank, 2009, p. 13.

Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), nos casos *Sud Fondi srl and others v. Italy*[37] e *Varvara v. Italy*[38]? Em nosso sentir, a resposta deve ser positiva.

Nos dois casos, cuidava-se de infração penal de loteamento irregular. No primeiro deles, os arguidos foram absolvidos, com base em erro inevitável e desculpável na interpretação da lei; no segundo, houve reconhecimento de prescrição. Ainda assim, os feitos tiveram sequência e foi neles decretado o confisco de toda a área abrangida pelo plano de desenvolvimento, apesar de cerca de 90% dela sequer ter sido alterada. Em atenção à gravidade das medidas, o TEDH considerou que tinham natureza de sanção penal e, como não foram precedidas de "declaração de responsabilidade" dos arguidos, violavam a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH).

Em nosso entendimento, o TEDH acertou ao decidir os dois precedentes, apesar de discordarmos, em alguma medida, dos fundamentos invocados. É que, embora os dois casos digam respeito a confisco, nenhum deles se liga a perda de *vantagens líquidas*. Com efeito, em nenhum dos casos, houve qualquer preocupação, por parte das autoridades judiciárias italianas, em identificar em que medida os arguidos lucraram com as infrações penais. Simplesmente decretou-se a perda de toda a área abrangida pelos planos de desenvolvimento. Uma providência como essa ostenta, claramente, a nosso ver, conteúdo sancionatório, razão pela qual deve ser antecedida de análise da "questão da culpabilidade". Como isso não foi feito, foram mesmo os confiscos, a nosso ver, arbitrários.

Diferentemente, por meio dos instrumentos que temos aqui analisado, o que se pretende é, em regra, tão só, restituir o arguido à situação em que se encontrava antes do delito, mediante ablação da porção do seu patrimônio que constitui vantagem relacionada com o crime[39]. Assim, diante da especificidade das situações analisadas nos

---

[37] AcTEDH de 20-01-2009, *Sud Fondi srl and others v. Italy*.

[38] AcTEDH de 29-10-2013, *Varvara v. Italy*.

[39] Aquilo que CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco "in rem" e a criminalização do enriquecimento ilícito". *Revista Portuguesa*

dois acórdãos acima mencionados do TEDH, cremos não ser possível deles extrair que, segundo aquela Corte, todo confisco *NCB* é arbitrário[40]. Ou seja, não vemos razão para acreditar que a tendência de paulatina implementação do confisco *NCB* ao longo da Europa perdeu fôlego ou deve arrefecer[41] [42].

---

de Ciência Criminal, Coimbra, ano 21, nº 02, 2011, p. 308, chama de "vantagem líquida". Em sentido próximo ao do texto, s.m.j., o autor, a propósito da perda clássica, afirma que, para lá da fronteira representada pela vantagem líquida, "a perda assumiria um caráter inequivocamente punitivo (pena), com as consequências daí decorrentes (nomeadamente, a sua sujeição ao princípio da culpa)".

40 Por tais razões, discordamos de SANTOS, Hugo Luz dos. O acórdão do TEDH 'Varvara c. Itália' e o confisco alargado na União Europeia: um passo atrás no 'crime doesn't pay'? *Scientia Iuridica*, Universidade do Minho, nº 334, Braga, 2014, p. 94, para quem esses precedentes destoaram da jurisprudência anterior e da visão do Conselho da Europa, em favor da implementação de mecanismos de perda *NCB*. Entendemos, ainda, que esses dois casos mais recentes em nada alteraram o que sedimentado nos precedentes *Arcuri and others v. Italy* (AcTEDH de 05-07-2001) e *Webb v. United Kingdom* (AcTEDH de 10-02-2004). Nas duas situações, que versavam sobre confisco *NCB* civil, o TEDH entendeu que a perda de bens tinha natureza de "medida preventiva", que não constituía sanção penal e que não violava a CEDH. Ocorre que, ali, estavam, de fato, em causa confiscos de *vantagens líquidas* relacionadas com atividade criminosa.

41 O que se nota, já há algum tempo, é que a União Europeia tem caminhado muito cautelosamente nessa matéria. O comedimento da Diretiva 2014/42/UE, que tratou apenas do confisco *NCB* em processo criminal – e o preconizou para hipóteses bastante limitadas –, deixando de lado o *NCB* civil, já foi destacado. Acrescentamos agora que, em 21 de dezembro de 2016, a Comissão Europeia elaborou proposta de Regulamento sobre o regime de reconhecimento mútuo em matéria de congelamento e confisco de ativos. E, de acordo com a proposta, apenas o confisco *NCB* em processo penal passa a ficar abrangido pelo modelo de reconhecimento mútuo; o confisco *NCB* civil, não.

42 Segundo LIGETI, Katalin; SIMONATO, Michele. Asset Recovery in the EU: Towards a Comprehensive Enforcement Model beyond Confiscation? An Introduction. In: LIGETI, Katalin; SIMONATO, Michele (org.). *Chasing Criminal Money (Challenges and Perspectives on Asset Recovery in the EU)*. Oxford: Hart Publishing, 2017, p. 10, em razão da resistência dos Estados-Membros, em geral, quanto à adoção de medidas de confisco não baseadas em condenação, a União Europeia pode, eventualmente, decidir focar, apenas, na melhoria e ampliação do regime de reconhecimento mútuo de decisões de perda.

3. MODELOS DE COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA NA EUROPA

Sintetizados, desse modo, os principais aspectos dos mecanismos legais voltados à recuperação de ativos, passamos, então, a nos debruçar sobre a cooperação judiciária na União Europeia, nessa específica matéria. Recuperação de ativos não pode ser feita com uma perspectiva local, se é certo que, hodiernamente, a perspectiva do agente do crime é transfronteiriça.

Por cooperação judiciária, em termos bem simples, podemos entender a atividade de colaboração entre Estados com o objetivo de tornar efetivo o processo judicial – já existente ou futuro – de um deles[43].

Existem hoje, na Europa, três diferentes modelos de cooperação, a saber: a) o modelo de pedido[44]; b) o modelo do reconhecimento mútuo; e c) o modelo de disponibilidade. O uso de um modelo ou outro dependerá do ato material que será necessário. Em alguns casos, apenas uma via será adequada, ao passo que, em outros, caberá ao Estado-Membro fazer a escolha entre uma ou outra via. Pode ainda ocorrer situação em que seja necessário o acionamento de duas vias, pelo fato de o instrumento da União Europeia ser muito limitado, exigindo complementação por mecanismo de cooperação internacional geral. Alguns exemplos podem ajudar a compreensão. No caso de cooperação ligada ao confisco de ativos, a Decisão-Quadro nº 2006/783/JAI, relativa à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo, não substituiu o prévio modelo de pedido, o que significa que os dois modelos podem ser aplicados[45]. Contudo, caso o Estado de execução da ordem de confisco não tenha feito

---

[43] Em sentido próximo, ver TRIUNFANTE, Luis de Lemos. *A cooperação judiciária europeia em matéria penal: o espaço ibérico em particular*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 18.

[44] No que diz respeito ao modelo de pedido, são formas de cooperação judiciária em matéria penal, dentre outras, a extradição, a transmissão de processos penais e o auxílio judiciário mútuo em matéria penal (ver, a propósito, o art. 1º, da Lei 144/99). Tem especial interesse para o presente estudo o auxílio judiciário mútuo, que "compreende a comunicação de informações (...), bem como os atos necessários à apreensão ou à recuperação de instrumentos, objetos ou produtos da infração" (art. 145º, da Lei 144/99).

[45] Nesse sentido, KLIP, André. *European Criminal law. An integrative approach*. Intersentia, 2009, p. 318.

ainda a transposição da referida Decisão-Quadro, devem ser aplicadas as Convenções do Conselho da Europa, ou tratados bilaterais[46]. Finalmente, pode ocorrer de um bloqueio ou confisco de aplicações financeiras, pelo regime do reconhecimento mútuo, ter de ser antecedido de pedidos de informações sobre os valores depositados – auxílio judiciário mútuo. Do mesmo modo, no âmbito da Decisão-Quadro nº 2003/577/JAI, concernente ao princípio do reconhecimento mútuo em matéria de congelamento de bens, os resultados da medida só podem ser transmitidos de acordo com o modelo do pedido (art. 10, nº 2). Ou seja, temos situações em que dois pedidos baseados em instrumentos legais diferentes devem ser feitos, em vez de um[47].

Como se pode perceber, há, na União Europeia, muita fragmentação legislativa, existindo diversos instrumentos aplicáveis ao auxílio judiciário mútuo – especialmente a Convenção do Conselho da Europa de Branqueamento de Capitais, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime, de 1990 ("Convenção de 1990") -, ao mesmo tempo em que se procura sedimentar o regime de reconhecimento mútuo[48]. É que, quando a União Europeia ingressou no campo da cooperação judiciária em matéria penal, o Conselho da Europa já havia criado uma vasta rede de convenções, apesar de nem todos os Estados serem partes em todos os instrumentos. Foi sob a égide da União Europeia que, depois de Amsterdam, surgiram as Decisões-Quadro e se iniciou a implantação do "modelo de reconhecimento mútuo".

---

[46] Sobre a importância de tratados bilaterais em matéria de recuperação de ativos, especialmente os ligados a lavagem de capitais, ver BARCELOS, Andrea de. Cooperação internacional para recuperação de ativos provenientes de lavagem de capitais. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, nº 7, Belo Horizonte, 2006, p. 510.

[47] Cf. KLIP, André. *European Criminal law. An integrative approach*. Intersentia, 2009, p. 352.

[48] Cf. JIMÉNEZ-VILLAREJO, Francisco. Assets recovery and mutual recognition in Spain — Development. *Recuperação de Ativos*. Lisboa: Projeto Fênix, Edição Procuradoria-Geral da República, 2012, p. 247. Sobre a problemática das relações entre os instrumentos da União Europeia e os do Conselho da Europa, e a (im)possibilidade de os primeiros estabelecerem que os últimos não têm mais aplicação, ver KLIP, André. *European Criminal law. An integrative approach*. Intersentia, 2009, p. 316-317.

3.1. COOPERAÇÃO EM MATÉRIA DE RECUPERAÇÃO DE ATIVOS

Vislumbramos, quiçá invariavelmente, na cooperação judiciária em matéria de recuperação de ativos, a pretensão – deduzida ou não em processo penal – de um Estado requerente, de confisco de determinados bens ou valores, por crer ser ilícita sua origem, mas cujo exercício fica na dependência da prática de atos judiciais (trocas de informações, entrega de documentos, apreensão, congelamento, expropriação e repatriação[49]) pelo Estado requerido. A cooperação internacional pressupõe, portanto, que os ativos visados pelo Estado requerente não estejam à sua disposição. Assim como pressupõe respeito à soberania do Estado requerido.

Dentro do contexto da recuperação de ativos, a cooperação judiciária internacional, tendo em vista sua finalidade específica, em nosso sentir, pode ser subdividida em: a) intercâmbio espontâneo de informações entre gabinetes de recuperação de ativos (GRA´s); b) cooperação na investigação patrimonial em geral; c) cooperação em relação a medidas cautelares patrimoniais (congelamento ou apreensão de bens); e d) cooperação na execução do confisco. Tendo em vista o escopo do presente trabalho, temos centrado nossas atenções nessa última etapa da cooperação internacional em matéria de recuperação de ativos[50].

---

[49] Enumeração encontrada em BARCELOS, Andrea de. Cooperação internacional para recuperação de ativos provenientes de lavagem de capitais. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, nº 7, Belo Horizonte, 2006, p. 505. Para uma referência mais detalhada às diversas etapas da recuperação de ativos situados no estrangeiro, ver CORREIA, João Conde. Cooperação judiciária internacional em matéria de recuperação de ativos. *Anatomia do crime: revista de ciências jurídico-criminais*, Coimbra, n. 7, jan./jun. 2018, p. 238 e ss.

[50] O que não nos impede de, ainda que muito resumidamente, ressaltar a importância, para a ablação de vantagens relacionadas com o crime, da denominada "investigação financeira", regulada, em Portugal, pela Lei nº 45/2011. Esse mesmo diploma criou organismo altamente especializado, com equipe multidisciplinar, voltado a realizar investigações patrimoniais complexas. Falamos aqui do Gabinete de Recuperação de Ativos – GRA, que possui, em síntese, quatro missões. Em primeiro lugar, identificar, localizar e apreender vantagens relacionadas com o crime, a nível interno ou internacional. Em segundo, auxiliar autoridades judiciárias na realização de atos de cooperação judiciária internacional. Em terceiro, cooperar, a nível policial, com os gabinetes de outros Estados. E, em quarto, recolher, analisar e tratar dados estatísticos sobre recuperação de ativos. Em termos de cooperação para a investigação

4. O PRINCÍPIO DO RECONHECIMENTO MÚTUO

Como já deixamos antever, sobre o princípio do reconhecimento mútuo, foi erigido um modelo de cooperação completamente diferente. No modelo do pedido, em regra, podemos enxergar quatro momentos distintos, a saber: a) o Estado requerente, onde tramita o processo originário, formula um pedido ao Estado onde se encontram os ativos, de congelamento ou de confisco; b) o Estado requerente deve fazer chegar o pedido ao Estado requerido (por vias diplomáticas, autoridades centrais e Interpol[51], *v.g.*); c) recebido o pedido pelo Estado requerido, serão suas autoridades que emitirão uma decisão que, *v.g.*, estabeleça o congelamento ou o confisco de ativos (conversão da decisão estrangeira em decisão nacional); e d) finalmente, a decisão do Estado requerido precisa ser executada e, em princípio, manter-se-á, até que se resolva definitivamente a questão no processo em curso no Estado requerente[52].

Diversamente, no modelo de reconhecimento mútuo, a autoridade judiciária perante a qual tramita o processo principal, no país de origem, já delibera sobre a adoção de medidas cautelares ou sobre o confisco, mesmo que o ativo não se encontre no território do seu Estado. Via de regra, tal decisão, na sequência, é transmitida diretamente para as autoridades judiciárias competentes do Estado em que o ativo se encontra – sem

---

patrimonial, na União Europeia, especial importância têm a Decisão-Quadro nº 2007/845/JAI e o Protocolo da Convenção Relativa ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal. Ademais, nesta fase, cremos não se possa prescindir de recurso às redes e instituições existentes (CARIN, RJE ou a EUROJUST), assim como aos sistemas informatizados de outros Estados (modelo de disponibilidade). Para maiores considerações sobre o modelo de disponibilidade, ver KLIP, André. *European Criminal law. An integrative approach*. Intersentia, 2009, p. 353-354.

[51] A Interpol, na União Europeia, é mais comumente acionada quando necessário um ato de auxílio fora do continente (Cf. Manual de Boas Práticas, disponível, em 02 de fevereiro de 2017, no sítio http://www.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/livrorecuperacaoactivos_final.pdf, p. 28).

[52] Cf. GASCÓN INCHAUSTI *apud* RODRIGUES, Hélio; RODRIGUES, Carlos. *Recuperação de ativos na criminalidade econômico-financeira*. Lisboa: Editora Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2013, p. 105.

intermediação nem mesmo de autoridades centrais ou da Interpol. Ali, tais autoridades apenas a reconhecerão e dar-lhe-ão cumprimento[53]. Em termos gerais, os Estados concordam que certos institutos jurídicos são equivalentes, a fim de evitar criar obstáculos à cooperação. Isto é, diferenças legais são ignoradas em favor da cooperação[54]. Ademais, enquanto, antes, a dupla incriminação era verificada de maneira complexa, agora, emite-se uma determinação com base numa mera confirmação de que a infração em questão consta de uma lista[55].

Segundo André Klip, o princípio foi construído sobre a confiança mútua e sobre o entendimento de que as regras legais do outro Estado-Membro são mais ou menos equivalentes. Ou seja, uma segunda verificação quanto ao preenchimento de todos os pressupostos para uma ordem seria sinal de desconfiança e, portanto, isso seria inaceitável. Assim, "a mensagem do reconhecimento mútuo é alta e clara: deve haver

---

[53] Com um tom bastante diferente, dizendo mesmo que a dita "livre circulação das decisões judiciais em matéria penal", no espaço europeu, é uma "falácia", tem-se CAEIRO, Pedro. Reconhecimento mútuo, harmonização e confiança mútua (primeiro esboço de uma revisão). In: SANTOS, Margarida; MONTE, Mario Ferreira; MONTEIRO, Fernando Conde (org.). *Os Novos Desafios da Cooperação Judiciária e Policial na União Europeia e da Implementação da Procuradoria Europeia*. Ed. Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos, e-book, 2017, p. 37.

[54] Em sentido próximo, Ricardo Jorge Bragança de Matos afirma que "o reconhecimento mútuo baseia-se na ideia de que, ainda que outro Estado possa não tratar uma determinada questão de forma igual ou análoga à forma como seria tratada no Estado do interessado, os resultados serão considerados equivalentes às decisões do seu próprio Estado" (MATOS, Ricardo Jorge Bragança de. O princípio do reconhecimento mútuo e o mandado de detenção europeu. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 14, nº. 3, julho-setembro, 2004, p. 328).

[55] Cf. KLIP, André. *European Criminal law. An integrative approach*. Intersentia, 2009, p. 310. O autor ainda esclarece que o princípio foi inspirado em princípios do mercado interno – as mercadorias colocadas no mercado de um Estado não podem ser objeto de uma segunda verificação de conformidade em outro Estado. A ideia, em termos bem simples, é que o papel do Estado de execução fique limitado à mera execução. As condições de emissão de uma ordem ou mandado são as definidas pelo Estado de emissão. A expectativa, claro, é de maior agilidade e eficiência, em comparação com o modelo de pedido (KLIP, André. *European Criminal law. An integrative approach*. Intersentia, 2009, p. 330).

cumprimento, tão logo quanto possível"[56] [57]. A autoridade de execução deve confiar que a autoridade de emissão está em conformidade com a lei aplicável e que houve respeito aos direitos do arguido.

Por outro lado, em que pese o princípio em pauta constitua, hoje, na União Europeia, uma das pedras angulares do espaço de liberdade, segurança e justiça, o significado do reconhecimento mútuo, a nosso ver, está limitado ao reconhecimento de atos formais e *em casos específicos*. O que significa que, segundo cremos, não se afigura possível pensar em reconhecimento mútuo em todo e qualquer caso de cooperação internacional, independentemente de sua consagração no instrumento que a rege[58]. Até porque, apesar dos seus méritos, tal modelo é mais propício a servir aos interesses do Estado-Membro que toma a primeira iniciativa, do que a servir aos interesses do arguido, de outros envolvidos ou mesmo de outros Estados-Membros[59] - tudo, a demandar interpretação e aplicação *cum grano salis*.

No que diz respeito à recuperação de ativos, coube – já antecipamos – à Decisão-Quadro nº 2003/577/JAI regular a aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às decisões de congelamento de bens, enquanto que coube à Decisão-Quadro nº 2006/783/JAI a tarefa de moldar a incidência do mesmo princípio nos casos de decisões de confisco. Em atenção ao objetivo deste trabalho, no item seguinte, tentaremos traçar um panorama – logo, uma vez mais, sem qualquer pretensão de esgotar o assunto – do regime instituído pela Decisão-Quadro nº 2006/783/JAI.

---

[56] KLIP, André. *European Criminal law. An integrative approach*. Intersentia, 2009, p. 331.

[57] Para maiores desenvolvimentos sobre a confiança mútua, ver MATOS, Ricardo Jorge Bragança de. O princípio do reconhecimento mútuo e o mandado de detenção europeu. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 14, nº. 3, julho-setembro, 2004, p. 328-329.

[58] Em sentido próximo, KLIP, André. *European Criminal law. An integrative approach*. Intersentia, 2009, p. 337.

[59] Cf. KLIP, André. *European Criminal law. An integrative approach*. Intersentia, 2009, p. 315. No mesmo sentido, apontando para o fortalecimento do princípio do reconhecimento mútuo após os acontecimentos de 11 de setembro de 2001, ver MATOS, Ricardo Jorge Bragança de. O princípio do reconhecimento mútuo e o mandado de detenção europeu. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 14, nº. 3, julho-setembro, 2004, p. 342-343.

5. VISÃO GERAL DA DECISÃO-QUADRO Nº 2006/783/JAI

Antes da Decisão-Quadro nº 2006/783/JAI, que instituiu o regime do reconhecimento mútuo no cenário das decisões de confisco, a cooperação internacional nessa matéria, na Europa, era feita com supedâneo na Convenção de 1990, relativa ao branqueamento, detecção, apreensão e perda dos produtos do crime. Em verdade, dada fragmentação legislativa hoje existente na União Europeia – sobre a qual já tecemos breves comentários –, a via instituída por essa Convenção pode ainda ser necessária. Seu art. 13 estabelece a obrigação, do Estado requerido, de executar uma decisão de perda de objetos ou vantagens, proferida pelo Estado requerente, ou de apresentar o pedido de perda às suas autoridades competentes e, em havendo acolhimento, executar o confisco. Por outro lado, o art. 18, da mesma Convenção, ao estabelecer os motivos de recusa do pedido de cooperação judiciária, ali inseriu a ausência de dupla incriminação. Para além disso, ainda previu que pode haver recusa se, no Estado requerido, o crime em apuração não dá ensejo a confisco, donde se falar em exigência de "dupla tipicidade do próprio confisco"[60], ou – como preferimos – dupla legalidade. Com a Decisão-Quadro em epígrafe, o que se pretendeu foi, acima de tudo, reduzir os motivos de recusa, além de suprimir o sistema de conversão da decisão de perda numa decisão nacional – conforme considerando nº 4.

Com efeito, pela Decisão-Quadro nº 2006/783/JAI, há dispensa do requisito da dupla incriminação, para que a decisão de perda do Estado de emissão seja reconhecida e cumprida no Estado de execução, desde que (i) se trate de qualquer dos domínios da criminalidade previstos em catálogo constante do art. 6º e (ii) a infração penal seja punida, no Estado de emissão, com pena privativa de liberdade igual ou superior a três anos. A sistemática adotada, como se pode ver facilmente, é bastante semelhante à da Decisão-Quadro relativa ao mandado de detenção europeu (MDE). O rol de domínios da criminalidade que admitem

[60] FRANCISCO FERNÁNDEZ *apud* RODRIGUES, Hélio; RODRIGUES, Carlos. *Recuperação de ativos na criminalidade econômico-financeira*. Lisboa: Editora Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2013, p. 76.

cooperação sem verificação da dupla incriminação ("lista positiva") é essencialmente o mesmo, inclusive[61].

Curioso que, apesar de o nº 1 do art. 6º, da Decisão-Quadro nº 2006/783/JAI, fazer menção à dispensa da "dupla criminalização", nos casos de infrações constantes da lista positiva, o mesmo diploma, ao elencar os possíveis motivos de recusa de reconhecimento e execução da decisão de confisco estrangeira, nas situações *não* abrangidas pela lista (art. 6º, nº 3, e art. 8º, nº 2, alínea "b"), nada falou sobre dupla incriminação. A Decisão-Quadro, nesses casos, apenas elenca, como um dos possíveis motivos de recusa, a legalidade do confisco. No âmbito da Lei nº 88/2009, pela qual foi feita a transposição da referida Decisão-Quadro, passa-se exatamente o mesmo, tendo a dupla legalidade do confisco sido erigida como causa de recusa facultativa (arts. 3º, nº 2, e 13º, nº 2). Ocorre que, a nosso ver, a exigência de "dupla tipicidade" traz, a reboque, implicitamente, a exigência de dupla incriminação. Se a autoridade judiciária portuguesa pode deixar de reconhecer decisão de confisco, pelo fato de a infração em causa não dar ensejo, em Portugal, à perda de ativos, com muito mais razão, deve poder deixar de reconhecê-la se o fato, aqui, sequer configura infração penal[62].

---

[61] No âmbito do mandado de detenção europeu, tem-se admitido algum controle, por parte do Estado de execução, a fim de que seja verificado se a subsunção à denominada "lista positiva", procedida pelo Estado de emissão, não foi resultado de uma interpretação demasiado extensiva. Com efeito, tem-se, naquele contexto, preconizado que a autoridade judiciária do Estado de execução deverá fazer um controle em duas frentes: a) um controle genérico, para verificar se os fatos que originam o mandado entram ou não, realmente, no âmbito de aplicação da lista; b) um controle jurídico, visando confirmar que o fato constitui infração punível no Estado de emissão com pena ou medida de segurança privativas de liberdade de duração máxima igual ou superior a três anos (Cf. RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito Penal Europeu emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 201, e COSTA, Lopes. A dupla incriminação no mandado de detenção europeu e o verdadeiro alcance da abolição do seu controlo. In: CAEIRO, Pedro (org.). *Temas de Extradição e Entrega*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 103). No que diz respeito ao confisco, cremos que a lógica deve ser a mesma.

[62] No mesmo sentido, quanto à conclusão, aparentemente, LELIEUR, Juliette. Freeezing and Confiscating Criminal Assets in the European Union. *European Criminal Law Review*, nº 3, 2015, p. 289.

6. RECONHECIMENTO MÚTUO E PERDA *NCB* DE OUTRO ESTADO-MEMBRO

Percorridas todas as etapas e esboçado, em breves linhas, o panorama geral da Decisão-Quadro nº 2006/783/JAI, temos agora condições de enfrentar a questão que motivou o presente trabalho. Desde o princípio, esclarecemos que, neste trabalho, procuramos descortinar se, em Portugal, o regime de reconhecimento mútuo abrange pedido de cooperação, de outro Estado-Membro da União Europeia, fundado em confisco *NCB*.

De acordo com Hélio Rigor Rodrigues e Carlos Rodrigues, a resposta é positiva. Quanto à perda *NCB* em processo criminal, creem, s.m.j., que não há dúvidas de sua submissão ao regime do reconhecimento mútuo. Quanto à perda *NCB* civil, mesmo reconhecendo se tratar de uma questão "melindrosa", sustentam que a solução deve ser a mesma. Argumentam, então, que: a) quando a Lei nº 88/2009 e a Decisão-Quadro nº 2006/783/JAI definem "decisão de perda", não fazem qualquer restrição ao confisco dependente de condenação criminal (perda clássica ou alargada); b) a mesma lei, no art. 2º, nº 1, alínea "d", iv, ao definir "bens", faz referência àqueles que foram declarados perdidos por força de "poderes alargados" não previstos na Decisão-Quadro nº 2005/212/JAI, sendo certo que, para eles, a perda *NCB* é uma forma de perda alargada, pois, nos dois casos, não se consegue demonstrar a conexão entre um concreto fato e determinados bens; e c) a perda *NCB* é menos invasiva dos direitos fundamentais do que a perda alargada[63].

De pronto, esclarecemos que não podemos concordar com os autores. O argumento da menor invasividade, segundo cremos, não procede. A uma, porque isso pode até ser verdadeiro em um Estado, mas não em outro. Afinal, depende da configuração dada, em cada Estado, à perda alargada, de um lado, e à perda *NCB*, de outro (estalão de prova exigido, garantias processuais etc.). E, a duas, porque, como visto, o reconhecimento mútuo está limitado a casos específicos, isto é, depende de expressa previsão para decisões determinadas. Como igualmente

[63] Cf. RODRIGUES, Hélio; RODRIGUES, Carlos. *Recuperação de ativos na criminalidade econômico-financeira*. Lisboa: Editora Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2013,p. 283/286.

aludido alhures, embora o modelo favoreça os interesses do Estado de emissão, não revela grande preocupação com os do arguido, de outros envolvidos ou mesmo de outros Estados-Membros. Ademais, a prevalecer essa lógica da menor invasividade de uma medida, teríamos de concluir que, depois da Decisão-Quadro relativa ao MDE, toda e qualquer decisão judicial estaria abarcada pelo modelo de reconhecimento mútuo, afinal, em princípio, nada é mais invasivo que a detenção de uma pessoa e sua entrega a outro Estado-Membro.

Outrossim, não procede o argumento de que a perda *NCB* é uma forma de perda alargada. Em verdade, o que se costuma afirmar é justamente o contrário, i.e., que a perda alargada é uma forma de perda *NCB*[64]. A nosso ver, nem uma coisa nem outra é verdadeira, em que pese a possibilidade de, em dado ordenamento jurídico, as modalidades de perda em pauta terem natureza jurídica semelhante. As perdas *NCB´s* se caracterizam, como visto, por prescindirem de condenação criminal do arguido (eis o critério distintivo). Acreditamos ser evidente que se contrapõem a essa categoria todas as perdas cuja decretação fica totalmente à mercê de tal condenação – o que inclui tanto a perda clássica, como a perda alargada. Em outras palavras, como as perdas clássica e alargada são dependentes de condenação criminal, como já vimos, só podem ser, sob essa ótica, antípodas da perda *NCB*. E, sendo assim, uma não pode ser espécie da outra, e vice-versa.

O que ora afirmamos não quer significar que não possam existir quaisquer semelhanças entre a perda alargada e uma específica perda *NCB*, adotada por determinado Estado. Sustentamos, isso sim, que eventuais semelhanças não têm o condão de transformar a perda alargada em modalidade de perda *NCB*, desde logo – insistimos – porque aquela jamais prescinde de condenação do arguido.

Parece-nos temerário tentar distinguir as perdas *NCB´s* das demais com base em outros critérios, ao menos a partir de uma perspectiva internacional, uma vez que a conformação dada aos institutos, nos mais

---

[64] Nessa linha, *v.g.*, PANZAVOLTA, Michele. Confiscation and the Concept of Punishment: Can There be a Confiscation Without a Conviction? In: LIGETI, Katalin; SIMONATO, Michele (org.). *Chasing Criminal Money (Challenges and Perspectives on Asset Recovery in the EU)*. Oxford: Hart Publishing, 2017, p. 44-45.

diferentes Estados, é muito diversificada[65]. Principalmente por isso, não nos afigura possível dizer que a perda *NCB* e a perda alargada têm, em comum, o fato de prescindirem de uma demonstração clara da conexão entre um concreto fato e determinados bens. Esse aspecto pode, de fato, aparecer em algumas perdas *NCB´s* civis, mas acidentalmente. Em contrapartida, no confisco *NCB* em processo criminal, principalmente se a feição for aquela da Diretiva 2014/42/UE (art. 4º, nº 2), na qual se exige prova para além da dúvida razoável, a indigitada conexão, necessariamente, deve ficar clara.

Aliás, na Diretiva referida, a perda ampliada foi regulada em seu art. 5º - sob a epígrafe "perda alargada". A perda *NCB* em processo criminal (a de índole civil não foi objeto do mencionado instrumento normativo), em vez disso, sintomaticamente, foi tratada em cânon precedente (art. 4º, nº 2). Aliado a isso, tem-se a exposição de motivos da proposta de Regulamento recentemente elaborada (cujo objetivo principal é ampliar o regime de reconhecimento mútuo em matéria de decisões de congelamento e confisco), de onde se extrai que, aos olhos da Comissão, o confisco pode ser de quatro tipos, a saber: a) confisco ordinário; b) confisco alargado; c) confisco de bens de terceiros; e d) confisco não baseado em condenação[66]. Em que pese haver sobreposição de critérios, na base dessa classificação, o que pode potenciar equívocos, cremos que tal categorização constitui mais um indicativo de que, no âmbito da

---

[65] Nesse sentido, aparentemente, ver RUI, Jon Petter; SIEBER, Ulrich. Non-Conviction-Based Confiscation in Europe: Bringing the Picture Together. In: RUI, Jon Petter; SIEBER, Ulrich (org.). *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe: Possibilities and Limitations on Rules Enabling Confiscation without a Criminal Conviction*. Berlin: Duncker & Humblot, 2015, p. 245-246. Também nessa linha, Rodrigo Sánchez Rios e Luiz Gustavo Pujol, quanto à perda alargada, afirmam que "a natureza jurídica outorgada à perda alargada está condicionada ao ordenamento jurídico em que se vê inserida" (RIOS, Rodrigo Sánchez; PUJOL, Luiz Gustavo. Confisco alargado: reflexões acerca de suas possibilidades no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 118, p. 140).

[66] Em sentido próximo, ver LIGETI, Katalin; SIMONATO, Michele. Asset Recovery in the EU: Towards a Comprehensive Enforcement Model beyond Confiscation? An Introduction. In: LIGETI, Katalin; SIMONATO, Michele (org.). *Chasing Criminal Money (Challenges and Perspectives on Asset Recovery in the EU)*. Oxford: Hart Publishing, 2017, p. 05.

União Europeia, não é possível ver a perda *NCB* como forma de perda alargada, nem o contrário.

Finalmente, deveras, quando a Lei nº 88/2009 e a Decisão-Quadro nº 2006/783/JAI definem "decisão de perda", não fazem qualquer restrição ao confisco dependente de condenação criminal. Por outro lado, o art. 1º, nº 1, e o art. 2º, nº 1, alínea "a", dos dois diplomas, fazem expressa menção a decisões de perda proferidas "no âmbito de um processo penal", referindo que apenas elas estariam abrangidas pelo regime jurídico então instituído. Além disso, o preâmbulo da Decisão-Quadro revela que ela foi adotada com base em dispositivos que se relacionavam, à época do Tratado de Amsterdam, com cooperação judiciária *em matéria penal*. Assim, já por aí, parece-nos evidente que as perdas *NCB´s civis* não se encontram ao alcance do modelo de reconhecimento mútuo vigente[67].

Chegados aqui, resta saber se as perdas *NCB´s* em processos criminais, especialmente aquelas reguladas no art. 4º, nº 2, da Diretiva nº 2014/42/UE, encontram-se ou não abrangidas pelo regime de reconhecimento mútuo instituído pela Decisão-Quadro nº 2006/783/JAI. Já que elas também são proferidas "no âmbito de processos penais", como já vimos, em princípio, pelo menos à luz dos arts. 1º, nº 1, e 2º, nº 1, não

---

[67] LELIEUR, Juliette. Freeezing and Confiscating Criminal Assets in the European Union. *European Criminal Law Review*, nº 3, 2015,p. 289, chega à mesma conclusão, mas a extrai da própria definição de "decisão de perda" ("uma sanção ou medida de caráter definitivo, imposta por um tribunal relativamente a uma ou várias infrações penais"). Com o fundamento invocado pela autora, não podemos concordar, uma vez que também a perda *NCB* civil pode se fundar em debates e demonstrações de "uma ou várias infrações penais". Também no sentido da exclusão, do âmbito do princípio do reconhecimento mútuo, dos confiscos decretados em procedimentos civis ou administrativos, como o *civil forfeiture* inglês ou irlandês, bem como da "medida preventiva" italiana, tem-se CORREIA, João Conde. *Da proibição do confisco à perda alargada*. Lisboa: Imprensa Nacional da Casa da Moeda, 2012, p. 204, JIMÉNEZ-VILLAREJO, Francisco. Assets recovery and mutual recognition in Spain — Development. *Recuperação de Ativos*. Lisboa: Projeto Fênix, Edição Procuradoria-Geral da República, 2012, p. 247, MAUGERI, Anna Maria. La conformità dell´actio in rem com il principio del mutuo riconoscimento. *AA. VV., Le misure Patrimoniali antimafia,* Milano, Giuffrè Editore, 2010, p. 199 e ss., e CORREIA, João Conde. Cooperação judiciária internacional em matéria de recuperação de ativos. *Anatomia do crime: revista de ciências jurídico-criminais*, Coimbra, n. 7, jan./jun. 2018, p. 246.

estariam excluídas. Ocorre que a resposta a essa questão não pode ser extraída nem do art. 1º, que delimitou o objetivo da Decisão-Quadro, nem das definições de "Estado de emissão", ou "decisão de perda". A resposta passa, segundo cremos, necessariamente, pela interpretação do art. 2º, alínea "d". Aliás, a nosso ver, aí está o principal cânon, no que diz respeito à delimitação, de um modo geral, do alcance do princípio do reconhecimento mútuo, em matéria de confisco de ativos.

Com efeito, nesse dispositivo, o legislador europeu esclareceu quais tipos de decisão de perda se encontram sob a influência do princípio mencionado. Parece-nos claro que, nos itens "i" e "ii", referiu-se àquilo que aqui temos denominado de perda clássica – ou "confisco ordinário", na terminologia da Comissão. Já no item "iii", fez referência à perda alargada e, mais precisamente, às alternativas de transposição legislativa traçadas pela Decisão-Quadro nº 2005/212/JAI, a que já fizemos menção. Como vimos, no âmbito da União Europeia, a primeira tentativa de harmonização da perda alargada foi feita por tal instrumento, via art. 3º, nº 1 e 2. Ocorre que, como a Decisão-Quadro nº 2005/212/JAI se preocupou em estabelecer um mínimo, quando erigiu as três alternativas de transposição, automaticamente, os Estados ficaram autorizados a ir além, na conformação de sua perda alargada. Daí o item "iv", que incluiu, no âmbito do princípio do reconhecimento mútuo, os confiscos fundados em "quaisquer outras disposições relacionadas com os poderes alargados de declaração de perda, previstos na legislação do Estado de emissão"[68]. Ou seja, tanto o item "iii" quanto o item "iv" versam sobre perda alargada.

Assim delimitado o âmbito de aplicação do modelo de reconhecimento mútuo, no concernente às decisões de perda de ativos, fica claro, em nosso entendimento, que ele abrange, apenas, a perda clássica e a perda alargada. Vale dizer, o art. 2º, alínea "d", da Decisão-Quadro, revela, a nosso ver com clareza, que tanto a perda *NCB* civil como a perda *NCB* em processo criminal foram excluídas do raio de incidência do princípio

[68] Embora, depois, tenha o legislador europeu autorizado os Estados a instituírem um motivo de recusa ligado, justamente, ao fato de o pedido de cooperação estar ao abrigo dessa hipótese (art. 8º, nº 2, alínea "g", da Decisão-Quadro). Todavia, a lei portuguesa de transposição da Decisão-Quadro (Lei nº 88/2009) não consagrou tal recusa, nem como causa obrigatória, nem facultativa.

do reconhecimento mútuo[69]. Excluída foi, inclusive, a perda *NCB* prevista no art. 4º, nº 2, da Diretiva nº 2014/42/UE[70].

Ainda que concordássemos com aqueles que advogam que a perda alargada é forma de perda *NCB*, a solução ainda seria a mesma. É que, se, como vimos, não podemos estender o princípio do reconhecimento mútuo para além daqueles casos em que foi consagrado, o fato de o legislador incluir, no seu raio de alcance, uma espécie de determinado gênero não nos autoriza a concluir que as demais espécies – ou seja, todo o gênero – foram também abrangidas.

A propósito, se fosse correto o entendimento de Hélio Rigor Rodrigues e Carlos Rodrigues, não teria sentido a proposta de Regulamento recentemente elaborada pela Comissão Europeia. Um dos seus principais objetivos, conforme exposição de motivos e art. 2º, nº 3, da proposta de Regulamento, foi, justamente, trazer as decisões de perda *NCB* em processo criminal – as previstas no art. 4º, nº 2, da Diretiva nº 2014/42/UE, e as ali não consagradas –, para o âmbito de incidência do princípio do reconhecimento mútuo[71].

---

[69] Uma vez que, em nosso entendimento, o âmbito de aplicação do princípio do reconhecimento mútuo decorre, principalmente, do art. 2º, alínea "d", da Decisão-Quadro, e não das expressões "tribunal competente em matéria penal" (art. 1º, nº 1) e "decisão de perda no âmbito de uma ação penal" (art. 2º, alínea "a"), não faria sentido, a nosso ver, invocar, aqui, o precedente *Marián Baláž* (processo C-60/12), do Tribunal de Justiça da União Europeia. Ou seja, cremos que a delimitação do âmbito de aplicação da Decisão-Quadro se liga, sobretudo, aos tipos de confisco nela referidos, e não à competência da autoridade judiciária de emissão, ou à natureza do processo do qual dimanou.

[70] Chega a conclusão idêntica LELIEUR, Juliette. Freeezing and Confiscating Criminal Assets in the European Union. *European Criminal Law Review*, nº 3, 2015, p. 299/300. A autora, contudo, novamente, funda seu posicionamento na definição de "decisão de perda", constante do art. 2º, da Decisão-Quadro nº 2006/783/JAI.

[71] Consoante a exposição de motivos da proposta de Regulamento, a Comissão considerou algumas opções legislativas. Uma delas limitaria o reconhecimento mútuo às perdas *NCB´s* em processo criminal previstas na Diretiva. Outra, a seu turno, estenderia o raio de alcance do princípio em pauta também para as perdas *NCB´s* civis. Ao cabo, a opção vencedora deixou de fora o confisco *NCB* civil, mas acolheu todas as formas de perda *NCB* em processo criminal debaixo do regime de reconhecimento mútuo.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelos fundamentos acima aduzidos, concluímos que o modelo de reconhecimento mútuo, atualmente, abrange quer a perda clássica, quer a perda alargada, mas não qualquer das formas de confisco *NCB* – civil ou em processo criminal. Logo, sentimo-nos obrigados a responder negativamente a questão inicialmente formulada. Não nos parece possível afirmar que a perda *NCB* constitui forma de perda alargada, assim como, segundo cremos, seria impróprio lançar mão de uma ideia de menor invasividade de uma medida, frente à outra, para justificar indevido alargamento do princípio do reconhecimento mútuo.

Desse modo, caso as autoridades judiciárias portuguesas recebam, para reconhecimento e execução, em seu território, uma decisão de confisco *NCB*, civil ou em processo criminal, de outro Estado-Membro, devem, em nosso entendimento, na linha do que preconizado por Juliette Lelieur, alterar o procedimento para o tradicional auxílio judiciário mútuo – modelo do pedido –, que é mais flexível[72]. Em outros termos, devem fazer a análise à luz da Convenção de 1990, afastando a aplicabilidade da Lei nº 88/2009, que transpôs a Decisão-Quadro nº 2006/783/JAI.

REFERÊNCIAS

BARCELOS, Andrea de. Cooperação internacional para recuperação de ativos provenientes de lavagem de capitais. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, nº 7, 2006.

CAEIRO, Pedro. Cooperação judiciária na União Europeia. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco A. Marques da (org.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: Visão Luso-Brasileira*. Quartier Latin, 2006.

CAEIRO, Pedro. Reconhecimento mútuo, harmonização e confiança mútua (primeiro esboço de uma revisão). In: SANTOS, Margarida; MONTE, Mario Ferreira; MONTEIRO, Fernando Conde (org.). *Os Novos Desafios da Cooperação Judiciária e Policial na União Europeia e da Implementação da Procuradoria Europeia*. Ed. Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos, e-book, 2017.

[72] Cf. LELIEUR, Juliette. Freeezing and Confiscating Criminal Assets in the European Union. *European Criminal Law Review*, nº 3, 2015, p. 289/290.

CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco "in rem" e a criminalização do enriquecimento ilícito. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 21, nº 02, Coimbra Editora, 2011.

Carin NCB Typologies. Guernsey Law Officers, 2015.

CORREIA, João Conde. A recuperação dos ativos dos crimes contra a economia e a saúde pública (Decreto-lei n° 28/84, de 20 de janeiro). *Revista do Ministério Público de Lisboa,* Lisboa, v. 37, n. 146.

CORREIA, João Conde. Cooperação judiciária internacional em matéria de recuperação de ativos. *Anatomia do crime: revista de ciências jurídico-criminais*, Coimbra, n. 7, jan./jun. 2018.

CORREIA, João Conde. *Da proibição do confisco à perda alargada*. Lisboa: Imprensa Nacional da Casa da Moeda, 2012.

CORREIA, João Conde. Reflexos da Diretiva 2014/42/UE (do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia) no direito português vigente. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, nº 2, 2014.

COSTA, João Pedro Lopes. A dupla incriminação no mandado de detenção europeu e o verdadeiro alcance da abolição do seu controlo. In: CAEIRO, Pedro (org.). *Temas de Extradição e Entrega*. Coimbra: Almedina, 2015.

CUNHA, José M. Damião da. Perda de bens a favor do Estado. In: *Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinários, vol. III*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português, Parte Geral II:* As Consequências Jurídicas do Crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

GREENBERG, Theodore S.; SAMUEL, Linda M.; GRANT, Wingate; GRAY, Larissa. *Stolen asset recovery:* a good practices guide for non-conviction based asset forfeiture, The World Bank, 2009.

JIMÉNEZ-VILLAREJO, Francisco. Assets recovery and mutual recognition in Spain — Development. In: *Recuperação de Ativos*: Projeto Fênix. Lisboa: Edição Procuradoria-Geral da República, 2012.

KLIP, André. *European Criminal law:* An integrative approach, Intersentia, 2009.

LELIEUR, Juliette. Freeezing and Confiscating Criminal Assets in the European Union. *European Criminal Law Review*, nº 3, 2015.

LIGETI, Katalin; SIMONATO, Michele. Asset Recovery in the EU: Towards a Comprehensive Enforcement Model beyond Confiscation? An Introduction. In: LIGETI, Katalin; SIMONATO, Michele (org.). *Chasing Criminal Money:* Challenges and Perspectives on Asset Recovery in the EU. Oxford: Hart Publishing, UK, 2017.

MARQUES, Karla Padilha Rebelo. O sistema civil de recuperação de ativos como instrumento de efetividade da realização do direito. *Julgar on line*, 2014.

MATOS, Ricardo Jorge Bragança de. O princípio do reconhecimento mútuo e o mandado de detenção europeu. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 14, nº. 3, julho-setembro, 2004.

MAUGERI, Anna Maria. La conformità dell´actio in rem com il principio del mutuo riconoscimento. *Le misure Patrimoniali anti-mafia*. Milano: Giuffrè Editore, 2010.

PANZAVOLTA, Michele. Confiscation and the Concept of Punishment: Can There be a Confiscation Without a Conviction? In: LIGETI, Katalin; SIMONATO, Michele (org.). *Chasing Criminal Money:* Challenges and Perspectives on Asset Recovery in the EU. Oxford: Hart Publishing, UK, 2017.

RIOS, Rodrigo Sánchez; PUJOL, Luiz Gustavo. Confisco alargado: reflexões acerca de suas possibilidades no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 24, n. 118.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito Penal Europeu emergente.* Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

RODRIGUES, Hélio Rigor; RODRIGUES, Carlos A. Reis. *Recuperação de ativos na criminalidade econômico-financeira*. Lisboa: Editora Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2013.

RUI, Jon Petter; SIEBER, Ulrich. Non-Conviction-Based Confiscation in Europe: Bringing the Picture Together. In: RUI, Jon Petter; SIEBER, Ulrich (org.). *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe: Possibilities and Limitations on Rules Enabling Confiscation without a Criminal Conviction*. Berlin: Duncker & Humblot, 2015.

SANTOS, Hugo Luz dos. O acórdão do TEDH 'Varvara c. Itália' e o confisco alargado na União Europeia: um passo atrás no 'crime doesn't pay'? *Scientia Iuridica*, Braga, Universidade do Minho, nº 334, 2014.

SIMÕES, Euclides Dâmaso; TRINDADE, José Luis. Recuperação de ativos: da perda ampliada à "actio in rem" (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves). *Julgar on line*, 2009.

SOUZA, Cláudio Macedo de; CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. A perda alargada em face da principiologia processual penal brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 24, n. 118.

TRIUNFANTE, Luís de Lemos. *A cooperação judiciária europeia em matéria penal:* o espaço ibérico em particular. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

Informações adicionais e declarações dos autores (*integridade científica*)

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

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

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

Dados do processo editorial
(http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies)

- Recebido em: 15/11/2019
- Deslocamento V6N2 e aviso autor: 26/11/2019
- Controle preliminar e verificação de plágio: 15/03/2020
- Avaliação 1: 24/03/2020
- Avaliação 2: 10/04/2020
- Avaliação 3: 14/04/2020
- Decisão editorial preliminar: 05/05/2020
- Retorno rodada de correções: 06/05/2020
- Decisão editorial final: 12/05/2020

Equipe editorial envolvida

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

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

JUNQUEIRA, Gabriel Marson. A recuperação de ativos, o regime do reconhecimento mútuo e os pedidos de cooperação judiciária relacionados a confisco non-conviction based em Portugal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 2, p. 765-798, mai./ago. 2020. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i2.294

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

A inversão do ônus da prova na decretação da perda alargada: entre o Código Penal e a Lei n. 11.343/06

The reversion of the burden of proof underlying the extended confiscation: between the Penal Code and the Drugs Act

Luiz Eduardo Dias Cardoso[1]

Universidade Federal de Santa Catarina – Florianópolis/SC, Brasil

luizeduardo.cardoso@gmail.com

lattes.cnpq.br/7842116424496804

orcid.org/0000-0002-9432-1379

Resumo: Este artigo aborda a perda alargada, recentemente incorporada ao Código Penal (artigo 91-A) e à Lei n. 11.343/06 (artigo 63-F), e aprecia um aspecto processual em particular, atinente ao ônus da prova subjacente àquela espécie de confisco. O problema remete à seguinte indagação: a perda alargada é operacionalizada a partir da inversão do ônus da prova? A hipótese dá conta de que a resposta não é unívoca: há inversão do ônus da prova no Código Penal, mas não há na Lei de Drogas. O trabalho, cuja realização é justificada em razão da novidade e da relevância do tema, é orientado pelo método dedutivo, uma vez que parte de acepções abrangentes acerca da perda alargada e busca formular uma conclusão pontual sobre a inversão do ônus da prova. A estrutura é segmentada em três seções: apresenta-se a perda alargada, com ênfase em seus antecedentes legislativos, em suas principais nuances dogmáticas e na disciplina dada pela legislação brasileira; aprecia-se a forma como é operacionalizada a questão probatória subjacente à perda alargada nos dois diplomas que a preveem; e reflete-se quanto às repercussões da eventual inversão do ônus da prova. O resultado da pesquisa confirma a hipótese introdutoriamente articulada.

[1] Doutorando, Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Especialista em Direito Penal e Processo Penal (Univali e ABDConst). Professor de Direito Penal da Escola Superior da Magistratura Federal de Santa Catarina (ESMAFESC). Advogado.

Palavras-Chave: perda alargada; confisco alargado; Código Penal; Lei de Drogas; inversão do ônus da prova.

Abstract: *The present article aims to analyze the extended confiscation, recently incorporated to the Penal Code (article 91-A) and to the Drugs Act (article 63-F), and focuses on a specific procedural issue, regarding the burden of proof underlying the extended confiscation. The research problem can be summarized as the following: does the extended confiscation work based on a reversion of the burden of proof? The hypothesis points that there are two answers: reversion of proof exists in the Penal Code, however, it cannot be found in the Drugs Act. This paper, which is justified by the theme's relevance and novelty, is guided by the deductive method, because it begins with broad considerations regarding the extended confiscation and aims to find a specific conclusion about the reversion of the burden of proof. Firstly, it presents the extended confiscation, emphasizing its legislative background, its main characteristics and Brazil's laws. Later, the article shows how the proof regarding the extended confiscation is produced according both to the Penal Code and to the Drugs Act; finally, it reflects on the consequences following the reversion of the burden of proof. The research's result confirms the hypothesis initially drawn.*

Keywords: *extended confiscation; Penal Code; Drugs Act; reversion of the burden of proof.*

Sumário: Introdução; 1. Breve panorama quanto à perda alargada: principais nuances dogmáticas e legislativas; 1.1. Panorama legislativo e político-criminal da perda alargada; 1.2. A perda alargada na legislação penal brasileira: um instituto, dois regimes; 2. Entre a redução do *standard* probatório e a inversão do ônus da prova; 3. Repercussões da inversão do ônus da prova na disciplina da perda alargada; Considerações Finais; Referências.

Introdução

A perda alargada é instrumento que permite o confisco não apenas dos bens diretamente vinculados ao crime pelo qual o agente é condenado, mas também de toda a parcela de seu patrimônio que seja incompatível com seus rendimentos lícitos.

Trata-se de modalidade de confisco adotada em diversos países europeus a partir do final do século XX (GODINHO, 2004, p. 1.321), cujo objetivo principal consiste no enfrentamento à criminalidade econômica organizada.

Sobretudo a partir dos anos 2000, intensificou-se a tendência de adoção de instrumentos confiscatórios cujo âmbito de incidência vai além daquelas modalidades de perda que já se encontravam previstas nos Códigos Penais, das quais é exemplo a perda clássica, disciplinada no artigo 91, II, *b*, do Código Penal brasileiro.

O Brasil não se manteve alheio a essa tendência. Embora já houvesse tímidas discussões doutrinárias pretéritas, a perda alargada passou a ser mais intensamente discutida em território nacional a partir de 2015, com a proposição das Dez Medidas Contra a Corrupção e de diversos outros projetos legislativos que se seguiram.

De todo modo, apenas com a proposição de outro conjunto de medidas, o Pacote Anticrime, a perda alargada foi efetivamente incorporada à legislação penal brasileira, com o acréscimo, pela Lei n. 13.964/2019, do artigo 91-A ao Código Penal, ultimado em janeiro de 2020. Pouco antes disso, todavia, a perda alargada foi acrescida à Lei de Drogas, em seu artigo 63-F, com a promulgação da Lei n. 13.886/2019.

Com a incorporação da perda alargada à legislação penal brasileira, as discussões doutrinárias a respeito desse novo instituto, antes pouco numerosas, certamente se multiplicarão. Além disso, em sentido semelhante, a aplicação judicial da perda tem o potencial de provocar dissonâncias interpretativas por ocasião de sua análise pelos tribunais. Essas dúvidas e discussões devem ser potencializadas pelo fato de se tratar de instituto absolutamente novo, munido de métodos e técnicas pouco ortodoxos, até pouco tempo estranhos à legislação nacional. Não fosse isso suficiente, a consagração de uma técnica legislativa lacunosa e dúbia deve incrementar as dificuldades que naturalmente já circundam a perda alargada.

Esse instituto, muito embora seja, em última análise, um instrumento de Direito Penal material – não à toa consagrado no Código Penal –, também possui relevantes aspectos processuais, que, da mesma forma, têm o potencial de gerar divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

Aquele que possivelmente mais suscitará dissonâncias diz respeito à inversão do ônus da prova subjacente à perda alargada. Com efeito, as

convenções internacionais que discorrem acerca da perda alargada preveem a possibilidade – e não a obrigatoriedade – de inversão dos ônus probatórios, de forma que se imponha à defesa o encargo de comprovar a licitude do patrimônio do condenado. Nessa linha, em boa parte dos ordenamentos jurídicos que a consagram, a perda alargada é efetivamente operacionalizada a partir de uma inversão do ônus da prova.

Por conta do tortuoso processo legislativo pelo qual passou a perda alargada no parlamento brasileiro, não está claro se a sua operacionalização ocorre, de fato, a partir dessa inversão dos encargos probatórios. Para adicionar ainda mais complexidade à discussão, o cenário legislativo apresenta uma dicotomia regulatória em relação à matéria, uma vez que a disciplina adotada no artigo 91-A Código Penal é distinta daquela encontrada no artigo 63-F da Lei de Drogas.

Nesse cenário, é em torno deste aspecto processual da perda alargada que orbita o presente artigo. Seu objeto consiste, pois, na própria perda alargada e, mais estritamente, no ônus probatório subjacente àquele instituto.

O problema de pesquisa que suscita o desenvolvimento da presente pesquisa pode ser sintetizado na seguinte indagação: de acordo com o artigo 91-A do Código Penal e o artigo 63-F da Lei de Drogas, a perda alargada é operacionalizada a partir de uma lógica de inversão do ônus da prova? Busca-se, em outras palavras, compreender se uma leitura guiada pelo método de interpretação textual ou literal poderia levar à conclusão de que os aludidos dispositivos legais invertem o ônus da prova em desfavor da defesa por ocasião da decretação da perda alargada.

A resposta à questão acima delineada há de ser formulada a partir do método dedutivo, uma vez que o presente artigo parte de considerações abrangentes a respeito da perda alargada – sua consagração em leis e convenções internacionais, bem como suas principais nuances dogmáticas – para desenvolver conclusão específica a partir de um aspecto particular daquele instrumento penal: o ônus probatório que lhe é subjacente.

A hipótese provisoriamente articulada dá conta de que, exatamente em razão da dicotomia que caracteriza a regulamentação legal da perda alargada, a resposta à indagação antes formulada não é unívoca: assim, conjectura-se que a perda alargada prevista no Código Penal é

operacionalizada a partir da inversão do ônus da prova, ao passo que aquela contida na Lei de Drogas não o é.

Para verificar ou falsear a hipótese acima apresentada, este artigo é estruturado em três seções.

Na primeira delas, apresenta-se uma introdução à perda alargada, com a indicação de suas origens normativas – principalmente das convenções internacionais que a preveem, das quais o Brasil é signatário –, de suas principais nuances dogmáticas e da disciplina que foi consagrada no Código Penal e na Lei de Drogas.

Na sequência, inicia-se a discussão a respeito dos aspectos probatórios subjacentes à perda alargada. Para tanto, aprecia-se a dinâmica probatória prevista nos dispositivos legais que disciplinam esse novo instrumento confiscatório. Busca-se, ainda, identificar se o artigo 91-A do Código Penal e o artigo 63-F da Lei de Drogas de fato invertem o ônus da prova em desfavor da defesa, em uma análise que deve levar em conta as peculiaridades das respectivas regulamentações. Reflete-se, ademais, quanto ao *standard* probatório adotado no juízo quanto à decretação da perda alargada.

Por fim, elaboram-se reflexões a respeito das repercussões práticas das conclusões formuladas, bem como apresentam-se possíveis críticas à forma como a questão probatória subjacente à perda alargada foi delineada pelo legislador brasileiro nos dois diplomas normativos que a preveem.

A realização da presente pesquisa é justificada pela considerável relevância que a questão aqui abordada assume com a consagração legal da perda alargada. Nesse sentido, a reflexão aqui proposta, apesar de teórica, tem profundas implicações práticas: além de suscitar a discussão acadêmica, busca fornecer balizas teóricas para a aplicação prática da perda alargada pelos tribunais. Acrescenta-se, ainda, tratar-se de instrumento novo, a respeito do qual a bibliografia ainda é bastante restrita no meio jurídico nacional[2].

---

[2] Não se pode ignorar, é claro, a existência de trabalhos acadêmicos brasileiros que abordam a questão da perda alargada, como é o caso dos escritos de Linhares (2016) e Vieira (2017), além de produções críticas à perda alargada, mencionadas ao longo do presente artigo. De todo modo, o estado da arte em relação à perda alargada ainda é muito incipiente na academia jurídica brasileira.

O procedimento de pesquisa aqui adotado é o bibliográfico, com remissão destacada à legislação pertinente – em âmbito nacional, estrangeiro e internacional – e à doutrina especializada, sobretudo de países nos quais a perda alargada já é adotada e, portanto, já apresenta discussões relativamente consolidadas a respeito de tal instituto, tanto em âmbito doutrinário quanto em âmbito jurisprudencial. Destacam-se, aqui, a doutrina, a jurisprudência e a legislação portuguesas, nas quais as discussões a respeito da perda alargada, apesar de ainda bastante vívidas, estão relativamente consolidadas; assim, embora não haja consenso em relação a todos aspectos que circundam a perda alargada, as discussões daí decorrentes alcançaram um grau de maturidade acadêmica, até porque já se passaram duas décadas desde a incorporação da perda alargada ao ordenamento jurídico português, com a Lei n. 5/2002.

O objetivo geral aqui almejado consiste em elucidar a operacionalização probatória da perda alargada, especialmente no que toca à inversão do ônus da prova em desfavor da defesa. Os objetivos específicos consubstanciam-se na introdução da perda alargada e de seus aspectos dogmáticos e normativos mais destacados; na discussão acerca dos aspectos probatórios envoltos no requerimento e na decretação da perda alargada; e na reflexão acerca das repercussões práticas e doutrinárias decorrentes da inversão do ônus da prova subjacente à perda alargada.

Por limitações de tempo e espaço, a trajetória traçada neste artigo passará ao largo de outras questões atinentes à perda alargada que, ainda que transitoriamente mencionadas, suscitam divergências cujo debate demanda pesquisas apartadas[3].

---

[3] Duas das questões cuja ausência neste escrito possivelmente será sentida dizem respeito à conformidade constitucional e à natureza jurídica da perda alargada. Em ambos os casos, o enfrentamento dos temas demandaria análises amplas e profundas, que, por não serem o cerne deste escrito, não encontram aqui seu lugar. De todo modo, vale consignar, antecipando estudos futuros, que a adequação da perda alargada à ordem constitucional, sobretudo no caso da disciplina dada pelo Código Penal, demandaria um esforço interpretativo e integrativo bastante significativo; é duvidosa, para dizer o mínimo, a constitucionalidade da perda alargada. Quanto à natureza jurídica do instituto, a própria topografia legal o qualifica como efeito secundário da condenação; no que toca ao caráter penal ou extrapenal, mantém-se, por ora, a concepção de que se trata de instrumento penal (CARDOSO; SOUZA, 2016, p. 240).

Expostos os elementos metodológicos que conformam este trabalho, passa-se a discorrer acerca das principais nuances dogmáticas e legislativas da perda alargada.

1. Breve panorama quanto à perda alargada: principais nuances dogmáticas e legislativas

A perda alargada[4] consubstancia, como se antecipou acima, instrumento[5] que permite que se decrete o confisco[6] não apenas dos bens vinculados a uma infração pela qual o agente é condenado (artigo 91,

---

[4] Este trabalho, quando alude à perda alargada, naturalmente refere-se ao modelo agora consagrado pela legislação penal brasileira, o qual, apesar de algumas divergências, encontra paralelo muito semelhante na perda alargada à portuguesa, prevista na Lei n. 5/2002. Esse esclarecimento é útil porque não existe um só modelo de perda alargada, como se extrai, por exemplo, da Decisão-quadro 2005/212/JAI, importante instrumento normativo editado no âmbito da União Europeia, que exorta os Estados-Membros à adoção de algum dos três diferentes modelos de perda alargada ali previstos (mais tarde unificados pela Diretiva 2014/42/UE). Alerte-se que, por vezes, outros autores veiculam a expressão "confisco alargado" para aludir a institutos distintos daquele abordado no presente artigo, como é o caso em Rios e Pujol (2016) – em que os autores se debruçam, em verdade, sobre a ação civil de extinção de domínio – e em Lucchesi (2017), em que o autor aprecia a perda de bens no ordenamento jurídico norte-americano, a qual, mais uma vez, mais se assemelha à perda civil de bens. Em sentido semelhante, vale observar que o Supremo Tribunal Federal, no voto condutor do acordão proferido no julgamento do Recurso Extraordinário n. 638.491/PR (Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 17/05/2017), também utilizou a expressão "confisco alargado", equiparando tal instrumento, equivocadamente, àquela espécie de confisco prevista no artigo 243 da Constituição Federal.

[5] Em âmbito material, a discussão quanto à natureza jurídica da perda alargada é uma das que suscita as maiores divergências, especialmente na doutrina portuguesa. Para uma síntese quanto ao tema, remete-se a Essado (2014, p. 18).

[6] Apesar de algum dissenso doutrinário, este trabalho utiliza, indistintamente, as expressões "confisco" e "perda". Embora, como narra Dias (2018, p. 133-134) alguns autores defendam a inadequação do termo "perda", é essa a expressão que foi adotada pela legislação portuguesa, pela Diretiva 2014/42/UE e pela própria legislação brasileira. Além disso, a discussão parece ser desprovida de repercussão prática. Por oportuno, salienta-se que também não há distinção entre as expressões "perda alargada" e "confisco alargado", também indistintamente utilizadas neste escrito.

II, *b*, do Código Penal) ou de valores equivalentes (artigo 91, § 1º), mas também de toda a parcela de seu patrimônio que se afigure incompatível com seus rendimentos lícitos.

Com o objetivo de apresentá-la – pelo menos em relação a seus aspectos mais relevantes –, discorre-se, aqui, a respeito de seus antecedentes legislativos (na esfera internacional e no ordenamento jurídico de outras nações) e de sua regulamentação no Brasil, com a exposição de suas principais nuances dogmáticas.

1.1. Panorama legislativo e político-criminal da perda alargada

Como narra Godinho (2004, p. 1.321), a perda alargada existe pelo menos desde 1986, com a sua consagração na legislação britânica, à qual se seguiram, nos anos seguintes, previsões nos ordenamentos da Austrália (1987), da Alemanha e da Holanda (1992). Portugal consagrou a perda alargada em 2002, por meio da Lei n. 5/2002. Na legislação norte-americana há a previsão de modalidades "alargadas" de confisco pelo menos desde a década de 1970, mas o paralelo com os Estados Unidos da América é menos usual, em razão das peculiaridades que lhe são características[7].

Para além dos ordenamentos jurídicos nacionais, é relevante a menção às convenções internacionais que, de uma forma ou de outra, dão sustento a instrumentos alargados de confisco.

A primeira delas é a Convenção de Viena (Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, de 1988), a qual, ao discorrer sobre o confisco, estipula o seguinte (artigo 5, item 7):

> Cada Parte considerará a possibilidade de inverter o ônus da prova com respeito à origem lícita do suposto produto ou outros bens sujeitos a confisco, na medida em que isto seja compatível com os princípios de direito interno e com a natureza de seus procedimentos jurídicos e de outros procedimentos.

[7] Uma compreensiva visão panorâmica sobre o "confisco alargado" americano é apresentada por Lucchesi (2017).

Logo se vê, então, a razão para o destaque da Convenção de Viena: é a primeira em que se prevê a possibilidade – e, frise-se, não a obrigatoriedade – de inversão do ônus da prova quanto à licitude do patrimônio do condenado, contanto que previsão nesse sentido seja compatível com o direito inteiro. A Convenção, além disso, apresentou uma definição de "confisco": "Por 'confisco' se entende a privação em caráter definitivo, de algum bem, por decisão de um tribunal ou de outra autoridade competente" (artigo 1, *e*).

À Convenção de Viena seguiram-se a Convenção de Palermo (contra o Crime Organizado Transnacional, de 2000) e a Convenção de Mérida (contra a Corrupção, de 2003), as quais reiteraram as disposições antecedentes.

No âmbito da União Europeia, vale destacar, quanto à perda alargada, a Decisão-Quadro 2005/212/JAI[8], que exortou os Estados-Membros a adotar, alternativamente, um dos três modelos de perda alargada previstos nesse instrumento normativo.

Quase uma década se passou até que, após experimentar severos problemas de harmonização legislativa e de cooperação judiciária – decorrentes da pluralidade de regimes indicados na Decisão-Quadro 2005/212/JAI e daqueles já previamente adotados pelos Estados-Membros –, a União Europeia editou a Diretiva 2014/42. Com esse instrumento, a Comunidade Europeia buscou, primordialmente, superar os problemas de harmonização que obstavam uma cooperação judiciária eficiente. Trata-se de um relevante marco nesse recente trajeto por que passou a perda alargada.

As repercussões da Diretiva 2014/42 foram sentidas em toda Europa. Em Portugal, por exemplo, promulgou-se a Lei n. 30/2017, que "transpõe a Diretiva 2014/42/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia".

Portugal é um exemplo bastante emblemático quanto aos efeitos da Diretiva em questão. De fato, após a Lei n. 5/2002, a perda alargada foi pouco acionada no enfrentamento à delinquência econômica levado a cabo pelas autoridades persecutórias portuguesas. Esse instrumento

[8] Segundo Essado (2014, p. 100), "o principal objetivo de uma decisão-quadro é aproximar as disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros".

passou, como diz a doutrina lusa, por uma "fase platônica" (SIMÕES, 2010, p. 184) – o que se deve, pelo menos em parte, à resistência da doutrina em aceitar tão peculiar instituto –, mas, com a criação do Gabinete de Recuperação de Ativos pela Lei n. 45/2011 e sobretudo com a influência da Diretiva 2014/42, sua utilização passou a constituir diretriz central da política criminal portuguesa[9].

Toda essa tendência legislativa tendente ao fortalecimento das iniciativas de recuperação de ativos, que vem se avolumando nos últimos anos, tem por objetivo principal o enfrentamento à criminalidade econômica organizada, cujas peculiaridades tornam ineficazes os instrumentos clássicos dos quais se serve o Direito Penal – como a pena de prisão e até mesmo a perda "clássica".

Como não se almeja traçar, no presente trabalho, uma análise exaustiva sobre essas novas nuances que o Direito Penal – agora sob o epíteto de Direito Penal Econômico – tem assumido nas últimas décadas[10], basta anotar, aqui, duas características singulares dessa nova macrodelinquência: a continuidade com a qual suas atividades delitivas são desenvolvidas, em uma logica verdadeiramente empresarial, que "se utiliza da estrutura societária de corporação de negócios" (MALAN, 2016, p. 218), e a adoção do lucro como móbil, naquilo que se reputa constituir a "criminalidade reditícia" (CAEIRO, 2013, p. 456), que se retroalimenta a partir da obtenção de vantagens ilícitas e do subsequente reinvestimento na prática de novos delitos.

São essas peculiaridades que impulsionam a política criminal que tem sido adotada internacionalmente desde o final do século XX na direção da recuperação de ativos, em um cenário que faz surgir instrumentos de confisco com âmbitos de incidência expandidos, como é o caso da perda alargada.

---

[9] A Lei n. 96/2017 de Portugal, que "define os objetivos, prioridades e orientações de política criminal para o biénio de 2017-2019", dispõe que "é prioritária a identificação, localização e apreensão de bens ou produtos relacionados com crimes, a desenvolver pelo Gabinete de Recuperação de Ativos" (artigo 16º, item 1).

[10] Para esse fim, remete-se à não tão recente – mas sempre atual – obra de Sánchez (2002).

Nesse cenário, a essência do instituto de que aqui se trata consiste na existência de uma incongruência patrimonial – entre os rendimentos lícitos do agente e o patrimônio que efetivamente detém –, que indica a existência de bens que constituem, presumivelmente, produtos ou proveitos de infrações penais anteriores àquela pela qual o agente é condenado, isto é, de uma anterior carreira criminosa. A partir dessas premissas relativamente simples, as diversas formas de regulamentação do instituto direcionam a forma como se dará o confisco de bens do condenado, que pode variar em diversos aspectos, que vão do âmbito probatório até as regras procedimentais.

1.2. A perda alargada na legislação penal brasileira: um instituto, dois regimes

O Brasil, embora com certo atraso, aderiu à mencionada tendência político-criminal. Com efeito, ainda que seja signatário daquelas três convenções da Organização das Nações Unidas, o país tardou a adotar instrumentos de confisco mais amplos do que aqueles já classicamente previstos na legislação penal.

O próprio artigo 91, II, do Código Penal, está presente desde a redação originária do estatuto punitivo, e sofreu alterações apenas redacionais por ocasião da reforma da Parte Geral havida em 1984. A essência desse dispositivo é um vínculo completo entre o bem a ser confiscado e o crime imputado ao agente. Assim, somente é possível a decretação da perda dos bens[11] diretamente decorrentes de uma prática delitiva.

Mais recentemente, com a paulatina adoção das políticas criminais que ganharam força mundo afora, houve uma tímida expansão dos instrumentos de confisco, nos âmbitos processual e material. Na seara processual, vale a alusão à alienação antecipada de bens, inicialmente reservada à lavagem de dinheiro e mais tarde incorporada, em 2012, ao Código de Processo Penal (artigo 144-A).

Materialmente, é relevante a adoção, também em 2012, da perda por equivalente (ou perda subsidiária), com o acréscimo dos §§ 1º e 2º

[11] Ao longo deste artigo, a remissão à perda de bens refere-se, em geral, às vantagens (ou proveitos) auferidas com a prática de um delito.

ao artigo 91 do Código Penal. Com a adoção da perda por equivalente, muito embora tenha sido mantida a limitação do confisco em relação ao valor auferido com a prática delitiva, tornou-se prescindível o nexo de causalidade entre o crime e os bens a serem confiscados – a chamada referibilidade, a que alude Essado (2014, p. 48). Tratou-se, sob essa perspectiva, de um primeiro passo no afastamento entre o crime e os bens confiscáveis.

A mudança mais significativa, todavia, ocorreu entre os anos de 2019 e 2020, com a incorporação da perda alargada à legislação penal brasileira.

O capítulo inicial dessa trajetória legislativa é, todavia, anterior: remete pelo menos a 2015, com a proposição das Dez Medidas Contra a Corrupção[12]. No Parlamento, entretanto, o pacote foi derrotado e, assim, silenciou-se brevemente a discussão legislativa a respeito da perda alargada.

Ainda assim, diversas outras propostas legislativas[13] – embora não tão notórias quanto as Dez Medidas – foram apresentadas, como é o caso das Novas Medidas Contra a Corrupção e do Projeto de Lei n. 10.372/2018, redigido por comissão de juristas coordenada pelo então Ministro da Justiça (mais tarde, Ministro do Supremo Tribunal Federal) Alexandre de Moraes.

No começo de 2019, sob considerável influência das Dez Medidas, o Governo Federal apresentou o denominado Pacote Anticrime. Entre as 20 medidas então propostas, uma delas (a Medida VIII) dizia respeito, em parte, à perda alargada. Dada a relevância dessa medida, vale aludir à redação então proposta:

---

[12] Vale observar que o pacote das Dez Medidas propôs, a par da perda alargada, a adoção da ação civil de extinção de domínio, qualificada como exemplo de *non-conviction based confiscation*, isto é, de instrumento confiscatório cuja decretação dispensa uma condenação criminal. O Pacote Anticrime, por outro lado, não previu a adoção dessa medida, de forma que, mesmo com previsão nesse sentido no PL 10.372/2018, a Lei n. 13.964/2019 acabou por não consagrar o instituto. A respeito do tema, v. Rios e Pujol (2016), Lucchesi (2017) e, sobretudo, Vasconcelos (2010).

[13] A perda alargada é abordada nas Dez Medidas Contra a Corrupção, nas Novas Medidas Contra a Corrupção e nos seguintes Projetos de Lei: a) da Câmara dos Deputados – PLs 3.912 e 4.003, de 2015; 4.268 e 6.719, de 2016; 8.727 e 9.173, de 2017; 11.127, 11.172 e 10.372, de 2018; 13, 94 e 3.855 (anterior PL 4.850/2016, correspondente às Dez Medidas Contra a Corrupção), de 2019; b) no Senado Federal – PLS 103 e 306, ambos de 2016.

> Art. 91-A. Na hipótese de condenação por infrações às quais a lei comine pena máxima superior a seis anos de reclusão, poderá ser decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito.
>
> § 1º A decretação da perda prevista no caput fica condicionada à existência de elementos probatórios que indiquem conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional do condenado ou sua vinculação à organização criminosa.
>
> § 2º Para efeito da perda prevista no caput, entende-se por patrimônio do condenado todos os bens:
>
> I - de sua titularidade, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício direto ou indireto, na data da infração penal ou recebidos posteriormente; e
>
> II - transferidos a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, a partir do início da atividade criminal.
>
> § 3º O condenado poderá demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio.

Encaminhado à Câmara dos Deputados (sob a rubrica do Projeto de Lei n. 882/2019), o pacote foi apensado ao Projeto de Lei n. 10.372/2018 e analisado por Grupo de Trabalho instituído com o objetivo de aperfeiçoar a legislação penal e processual penal.

O *iter* legislativo da perda alargada possui um capítulo paralelo com a Lei n. 13.886/2019. Esse diploma, oriundo da Medida Provisória n. 885/2019, introduziu, em seis leis, dispositivos voltados a acelerar a destinação de bens apreendidos que tenham vinculação com o tráfico de drogas. Uma das novas previsões legislativas, o recém introduzido artigo 63-F da Lei de Drogas instituiu a possibilidade de decretação da perda alargada para crimes previstos naquela lei. Oriundo de emenda aditiva apresentada por ocasião dos debates parlamentares atinentes à conversão da MP em lei, esse dispositivo consiste em cópia praticamente integral da Medida VIII do Pacote Anticrime, excetuados ajustes redacionais e o âmbito de incidência do instituto, restrito aos crimes tipificados na própria Lei n. 11.343/06 aos quais é cominada pena máxima superior a seis anos de reclusão. O que de mais relevante se deve destacar, aqui, é a manutenção do § 1º, em redação idêntica àquela acima transcrita.

Feito esse adendo, retoma-se a narrativa quanto ao caminho percorrido pela perda alargada entre a sua proposição, no Pacote Anticrime, e a sua consagração legal. Com o apensamento dos Projetos de Lei n. 882/2019 e 10.372/2018, a disciplina da perda alargada definida pelo Grupo de Trabalho constituído na Câmara dos Deputados representou um amálgama dessas duas propostas.

A regulamentação, reproduzida no projeto encaminhado ao Plenário da Câmara dos Deputados e ao Senado Federal, foi fixada nos seguintes termos:

> Art. 91-A. Na hipótese de condenação por infrações às quais a lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão, poderá ser decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito.
>
> § 1º Para efeito da perda prevista no caput deste artigo, entende-se por patrimônio do condenado todos os bens:
>
> I - de sua titularidade, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício direto ou indireto, na data da infração penal ou recebidos posteriormente; e
>
> II - transferidos a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, a partir do início da atividade criminal.
>
> § 2º O condenado poderá demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio.
>
> § 3º A perda prevista neste artigo deverá ser requerida expressamente pelo Ministério Público, por ocasião do oferecimento da denúncia, com indicação da diferença apurada.
>
> § 4º Na sentença condenatória, o juiz deve declarar o valor da diferença apurada e especificar os bens cuja perda for decretada.
>
> § 5º Os instrumentos utilizados para a prática de crimes por organizações criminosas e milícias deverão ser declarados perdidos em favor da União ou do Estado, dependendo da Justiça onde tramita a ação penal, ainda que não ponham em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem pública, nem ofereçam sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos crimes.

Como se extrai do cotejo com a versão apresentada no Pacote Anticrime, as modificações operadas pelo Congresso Nacional dizem respeito à exclusão do anterior § 1º e à inclusão dos atuais §§ 3º, 4º e 5º. Vale notar, desde já, que a exclusão do § 1º, relativo a elementos probatórios condicionantes da decretação da perda alargada, representa modificação determinante para a aferição da dinâmica probatória subjacente aos dois regimes que agora presidem a perda alargada, constantes no Código Penal e na Lei de Drogas.

Com a sanção presidencial, esse dispositivo passou a integrar o Código Penal, na forma do recém introduzido artigo 91-A.

Traçado esse caminho introdutório até a dupla chegada da perda alargada na legislação penal brasileira, passa-se ao cerne do presente estudo, atinente à dinâmica probatória subjacente à perda alargada no Código Penal e na Lei de Drogas.

2. Entre a redução do *standard* probatório e a inversão do ônus da prova

Entre as questões processuais com o potencial de gerar discussões e dissensos doutrinários e jurisprudenciais, aquela relativa à inversão do ônus da prova certamente merece destaque, como demonstra a discussão travada pela doutrina brasileira – que, em boa parte, principalmente em relação aos críticos (BOTTINI, 2020; OLIVEIRA, 2015, p. 54; SANTOS; SANTOS, 2015, p. 24)[14], enfatiza a inversão do ônus da prova como algo estranho ao processo penal brasileiro.

Essa estranheza, vale apontar, não é uma exclusividade brasileira. Também em Portugal a doutrina apontou, logo após a promulgação da Lei n. 5/2002, que a inversão do ônus da prova é técnica que até então não encontrava lugar no direito processual penal luso (GODINHO, 2004, p. 1.316)[15].

---

[14] A propósito, vale destacar que o artigo 91-A do Código Penal foi impugnado, perante o Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6304, ajuizada pela Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (Abracrim), ainda durante de o período de *vacatio legis* da Lei n. 13.964/2019.

[15] Talvez no Brasil não se possa dizer que a inversão do ônus da prova em matéria patrimonial seja uma técnica totalmente inédita, porque, pelo menos

Em Portugal, a propósito, é relativamente consolidada a concepção de que a perda alargada, tal como prevista na Lei n. 5/2002, opera a partir da inversão do ônus da prova. A lei, portanto, imputa à defesa o ônus de comprovar a licitude da parcela do patrimônio do condenado em relação à qual o Ministério Público postula a decretação da perda alargada.

Essa compreensão acompanha a perda alargada desde antes mesmo da sua consagração legal. Godinho (2004, p. 1.317), por exemplo, recorda que o então Ministro da Justiça português, por ocasião do debate parlamentar acerca da Proposta de Lei n. 94/VIII, "questionado sobre se se trata de uma inversão do ónus da prova [...], reconheceu ser esse o caso". Por isso, o autor conclui, com referência à Lei n. 5/2002: "dos trabalhos preparatórios e do texto da referida Lei resulta com clareza que se trata de uma inversão do ónus da prova; o n. 1 do art. 7º estabelece a regra de base".

De fato, a questão quanto à inversão do ônus da prova parece estar fora de discussão na doutrina portuguesa[16], embora, ressalve-se, o mesmo não possa dizer quanto à compatibilidade constitucional dessa providência.

No Brasil, por outro lado, a inversão do ônus da prova não é assim tão óbvia, o que se deve, inicialmente, ao tortuoso caminho legislativo percorrido pela perda alargada até a sua chegada ao Código Penal e à Lei de Drogas e, ademais, a esse duplo regime confiscatório, em que se verifica que a disciplina constante em uma lei conflita com aquela presente na outra.

---

segundo a sua exposição de motivos, a Lei n. 9.613/98 promove uma inversão do encargo probatório em seu artigo 4º, § 2º, quando condiciona a restituição de bens sequestrados ou apreendidos à comprovação, por parte do sujeito passivo, de sua licitude. Ressalve-se que parte da doutrina aponta que essa inversão do ônus da prova opera apenas na fase cautelar (BALTAZAR, 2008, p. 521-522), ao passo que outros autores sustentam que falar em inversão do ônus da prova constitui uma imprecisão técnica, porque somente haveria, em verdade, uma redução do *standard* probatório (BONFIM; BONFIM, 2005, p. 95; PEZZOTTI, 2019, p. 83-89).

16 Além disso, ressalte-se que o Tribunal Constitucional português se pronunciou-se, por três vezes (Acórdãos n. 101, 392 e 476), no ano de 2015, favoravelmente à constitucionalidade da perda alargada, oportunidades em que também assentou que essa medida é efetivamente operacionalizada a partir da inversão do ônus da prova.

2.1. A dinâmica probatória da perda alargada na Lei de Drogas

No artigo 63-F da Lei de Drogas, como se afiançou, foi mantido o § 1º, originalmente previsto no Pacote Anticrime, segundo o qual "a decretação da perda prevista no caput fica condicionada à existência de elementos probatórios que indiquem conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional do condenado ou sua vinculação a organização criminosa".

No *caput* mencionam-se dois requisitos: "condenação por infrações às quais esta Lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão" e "diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele compatível com o seu rendimento lícito".

Os requisitos aí mencionados são, portanto, a condenação criminal e a incongruência patrimonial. Assim, para que se requeira a perda alargada, pressupõe-se a existência de provas quanto à prática de um delito suficientes a embasar a condenação e a indicação de uma incongruência patrimonial.

Mais do que isso, todavia, o artigo 63-F da Lei de Drogas demanda que a acusação apresente "elementos probatórios que indiquem conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional do condenado ou sua vinculação a organização criminosa". Vale atentar, aqui, à conjunção "ou", a indicar alternatividade entre os requisitos ali citados.

Ou seja, o regime da perda alargada disciplinado na Lei de Drogas demanda a demonstração de dois requisitos compulsórios – relativos à condenação criminal e à incongruência patrimonial – e de um requisito alternativo, que pode dizer respeito a "conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional do condenado" ou à "sua vinculação a organização criminosa".

Os requisitos compulsórios e os requisitos alternativos[17] dizem respeito, portanto, a fatos diversos.

Com efeito, a condenação criminal – primeiro requisito compulsório – exige provas de autoria e de materialidade a respeito de um

[17] Ainda que "alternativos" – no sentido de que a acusação pode comprovar um ou outro –, os dois requisitos mencionados pelo art. 63, § 1º, da Lei de Drogas também são "compulsórios", porque é necessário que pelo menos um dos dois esteja presente para que se decrete a perda alargada.

delito específico, e não é a isso que os requisitos alternativos se referem (embora, como se verá, também se direcionem, em última análise, à comprovação de uma prévia conduta criminosa).

A prova da incongruência patrimonial – o outro requisito compulsório – também não se confunde com aquela indicada pelo requisito alternativo. Trata-se de uma prova essencialmente patrimonial, relativa à compatibilidade do patrimônio que se encontra sob domínio do condenado – de acordo com a ampla conceituação de patrimônio encontrada no artigo 63-F, § 2º – com seus rendimentos lícitos.

Os requisitos compulsórios não dizem respeito, pois, à conduta criminosa do agente ou à sua vinculação a organização criminosa. Esse requisito alternativo demanda, portanto, elementos probatórios próprios, adicionais àqueles que demonstram a satisfação dos requisitos compulsórios.

E, embora o § 1º do artigo 63-F não o consigne expressamente, é evidente que cabe ao Ministério Público, por ocasião do requerimento de perda alargada, a produção dessa prova. Questão diversa – a ser mais adiante enfrentada – dirá respeito ao *standard* probatório a ser satisfeito nesse requerimento.

O § 3º do artigo 63-F, segundo o qual "o condenado poderá demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio", não tem o condão de inverter esse ônus do probatório. Tal dispositivo, também presente no Código Penal (na forma do § 2º do artigo 91-A), deve ser lido à luz dos parágrafos que o antecedem e, especialmente, à luz do que dispõe o § 1º. Se este último dispositivo prevê a necessidade da comprovação de uma conduta criminal prévia, o § 3º não seria capaz de desnaturar tal previsão. O § 3º deve ser lido, portanto, como uma garantia expressa do contraditório e da ampla defesa, a serem exercidos contra o pedido ministerial de decretação da perda alargada. Trata-se de disposição semelhante ao artigo 9º da Lei n. 5/2002, segundo o qual "sem prejuízo da consideração pelo tribunal, nos termos gerais, de toda a prova produzida no processo, pode o arguido provar a origem lícita dos bens referidos no n.º 2 do artigo 7.º"[18].

[18] Ressalve-se que a lei portuguesa acrescenta (artigo 9º, item 3) que o condenado pode ilidir a presunção de ilegitimidade erigida pelo Ministério

A interpretação do artigo 63-F da Lei de Drogas demonstra, portanto, que o regime aí disciplinado não se baseia na inversão do ônus da prova. Com efeito, segundo tal dispositivo legal, cabe ao Ministério Público a produção de provas adicionais, para além daquelas relativas à condenação do agente e à incongruência patrimonial, que permitam a decretação da perda alargada[19].

Público se provar que os bens "a) Resultam de rendimentos de atividade lícita; b) Estavam na titularidade do arguido há pelo menos cinco anos no momento da constituição como arguido; c) Foram adquiridos pelo arguido com rendimentos obtidos no período referido na alínea anterior". Ou seja, além de simplesmente prever a evidente possibilidade de exercício do contraditório e da ampla defesa, a norma lusa impõe à perda alargada limite temporal de cinco anos (previamente à constituição do condenado como arguido).

19 A exigência desse requisito se assemelha a uma condição cunhada pela doutrina portuguesa: trata-se de uma anterior atividade (ou carreira) criminosa. Caeiro (2013, p. 494), por exemplo, sustenta que a perda alargada é vinculada a três requisitos: a condenação por um dos "crimes do catálogo"; a incongruência do patrimônio do condenado; e "a existência de uma atividade criminosa anterior do condenado, onde se incluam ilícitos do catálogo idênticos ao crime do processo em causa, ou que com ele tenham uma certa conexão". Cunha (2009, p. 135), de forma ainda mais exigente, defende que a melhor interpretação da Lei n. 5/2002 demanda prova quanto a uma anterior "carreira criminosa". Outra parte da doutrina, no entanto, é contrária à exigência desse requisito; Correia (2012, p. 110), por exemplo, afirma que "esta exigência suplementar, imposta apenas por via exegética, não tem grande justificação, acabando por redundar numa espécie de revogação interpretativa do novo regime legal". No confronto entre essas duas posições, é a segunda que tem recebido respaldo jurisprudencial. Cita-se, por exemplo, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Processo 1653/12.2JAPRT.P1, Relatora Maria Deolinda Dionísio, julgamento em 17/09/2014, em que se decidiu que "São pressupostos da aplicação da perda alargada: a condenação por um dos crimes do catálogo (artº 1º al.a) da Lei 5/2002); a existência de um património que esteja na titularidade ou mero domínio e beneficio do condenado, património esse em desacordo com aquele que seria possível obter face aos seus rendimentos lícitos; a demonstração de que o património do condenado é desproporcional em relação aos seus rendimentos lícitos". Não se referiu, portanto, a qualquer atividade criminosa anterior. Além disso, como se indicou acima (nota 14) o Tribunal Constitucional português, nas três vezes em que confirmou a constitucionalidade da perda alargada, nada disse a respeito desse requisito adicional formulado pela doutrina e, assim, limitou-se àqueles expressamente previstos pela Lei n. 5/2002.

2.2. A dinâmica probatória da perda alargada no Código Penal

No regime instituído no Código Penal, por outro lado, não se exige do Ministério Público a apresentação de provas quanto àqueles requisitos alternativos demandados pelo regime especial da Lei de Drogas.

Assim, a perda alargada baseia-se, no Código Penal, tão-somente na incongruência patrimonial e na condenação por crime cuja pena máxima seja superior a seis anos de reclusão – apenas os requisitos compulsórios, referidos por ocasião da exposição acerca do artigo 63-F da Lei de Drogas.

Em relação a esses requisitos, todavia, parece que não ocorre, de fato, a imputação de um ônus probatório ao Ministério Público; com efeito, as previsões contidas no *caput* dos artigos inseridos no Código Penal (art. 91-A) e na Lei de Drogas (art. 63-F), isoladamente, não impõem encargos probatórios à acusação. Quanto à condenação criminal, a prova que a subsidia não diz respeito aos bens a serem confiscados por meio da perda alargada; na verdade, essa condição figura muito mais como uma "condição de procedibilidade" à qual a perda alargada é sujeita.

No que toca à incongruência patrimonial também não parece haver a imposição de um encargo probatório à acusação. Basta que se identifique a existência de um patrimônio em nome do condenado – e isso, mais uma vez, à luz do conceito bastante amplo que se encontra no § 1º do artigo 91-A – e que se indique que tal patrimônio é incompatível com os rendimentos lícitos do agente (que podem ser consultados, por exemplo, em sua declaração de Imposto de Renda de Pessoa Física). Essa incumbência imputada ao Ministério Público assemelha-se muito mais a uma operação comparativa (entre o patrimônio e os rendimentos lícitos) do que à efetiva produção de provas. E ainda que se interprete que a indicação da incongruência representa um ônus probatório do qual o Ministério Público deve se desincumbir, trata-se de um ônus significativamente mitigado e simplificado, para cuja satisfação é suficiente, como se disse, mera consulta a declarações de rendimentos.

No regime do Código Penal, a produção de provas fica a encargo do sujeito passivo, que deve comprovar a licitude de seu próprio patrimônio, sob pena de vê-lo confiscado.

As opiniões jurídicas a respeito da inclusão da perda alargada no Código Penal por meio da Lei n. 13.964/2019, embora ainda pouco

numerosas, também parecem se inclinar nesse sentido, como se extrai dos argumentos de Bottini (2020) e de D'Angelo (2020).

Assim, verifica-se que a perda alargada disciplinada no Código Penal é operacionalizada a partir da inversão do ônus da prova em desfavor da defesa. Em suma, sob o aspecto probatório, o que distingue os regimes da perda alargada no Código Penal e na Lei de Drogas é, fundamentalmente, a existência, nesta última, do § 1º – excluído da regulamentação daquele diploma –, que demanda a comprovação de requisitos além daqueles disciplinados no *caput* dos artigos 91-A do Código Penal e 63-F da Lei n. 11.343/06.

2.3. Entre os diferentes ônus de prova e os standards probatórios

Após a análise da disciplina contida no Código Penal e na Lei de Drogas, a dinâmica probatória subjacente aos regimes geral e especial da perda alargada pode ser melhor diferenciada a partir de um olhar processual penal que, em primeiro lugar, distinga a inversão do ônus da prova e a redução do *standard* probatório.

Quanto ao encargo probatório, vale a remissão às lições de Ferrer Beltrán (2018, p. 175), que, em relação ao ônus da prova, elucida a distinção entre o *burden of proof* e o *burden of producing evidence*[20]:

> No primeiro sentido, a distribuição do ônus da prova supõe determinar qual das partes se verá prejudicada pela falta de prova, i.e., quem perde o processo se não se cumpre o standard de prova aplicável ao mesmo. No segundo sentido, o ônus da prova rege qual das partes deve produzir todas ou alguma prova no processo.

[20] Especificamente quanto ao juízo condenatório, a distinção entre as duas espécies de ônus probatórios tem particular relevância no que toca ao encargo quanto à comprovação de excludentes de ilicitude ou de culpabilidade: Nogueira (2018, p. 271), por exemplo, afiança que "o ônus da prova das excludentes de ilicitude e culpabilidade devem ser suportados pelo acusador, não podendo haver espaço para exceções a essa regra", ao passo que Ferrer Beltrán (2018, p. 177), pugnando por uma concepção minimalista e garantista da presunção de inocência, argumenta que "nada exclui na maioria dos sistemas jurídicos modernos, que a defesa deva integrar provas ao processo se assim se ordena, por exemplo, devido a que a ela resulta mais fácil integrá-la ou porque é ela quem dispõe da prova que se considera relevante" – ou seja, que é possível imputar à defesa o *burden of producing evidence* (o que não implica a imputação do *burden of proof*).

A conceituação das espécies de encargos probatórios torna ainda mais clara a diferença entre os regimes probatórios subjacentes ao Código Penal e à Lei de Drogas.

No regime geral, tanto o *burden of proof* quanto o *burden of producing evidence* recaem sobre o sujeito passivo da persecução penal. Assim, diz-se que o condenado carrega o *burden of producing evidence* porque é a ele que incumbe comprovar a licitude de seu patrimônio. Além disso, também se imputa àquele sujeito passivo o *burden of proof* porque, caso não satisfaça o *standard* probatório, "perde" o processo – o que se traduz na declaração da perda alargada e, portanto, no confisco da parcela de seu patrimônio que se julgar incompatível com seus rendimentos lícitos.

Por outro lado, no regime especial disciplinado na Lei de Drogas, o condenado também carrega o *burden of producing evidence*, porque, segundo o § 3º do artigo 63-F, ele deve – ou pelo menos pode – "demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio". No entanto, também à acusação é imputado o *burden of producing evidence*, porque é necessária a produção de provas "que indiquem conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional do condenado ou sua vinculação a organização criminosa".

Assim, em uma primeira análise, é ao Ministério Público que compete o *burden of proof*, porque será ele que, na hipótese de não se satisfazer o *standard* probatório subjacente ao juízo confiscatório – relacionado ao *caput* e ao § 1º do art. 63-F da Lei de Drogas –, "perderá" o processo, porque não logrará êxito em obter a decretação perda alargada, em desfavor do condenado.

Logo, enquanto no regime geral há uma cumulação do *burden of proof* e do *burden of producing evidence* sobre a defesa, na Lei de Drogas esses ônus são imputados ao Ministério Público, muito embora também se imponha ao condenado o ônus de produzir prova quanto à licitude de seu patrimônio. De todo modo, neste regime especial, ainda que o sujeito passivo não logre comprovar a procedência lícita de seus bens, isso não implicará em uma derrota processual, caso o Ministério Público também não se desincumba de seu ônus – aquele indicado no § 1º do artigo 63-F.

A discussão em relação a essa distribuição dos diferentes ônus invoca, ainda, a reflexão quanto aos *standards* probatórios, definidos como "critérios que estabelecem o grau de confirmação probatória necessário

para que o julgador considere um enunciado fático como provado" (BADARÓ, 2018, p. 71). Também conhecidos como modelos de constatação, os *standards* probatórios representam uma dentre as categorias e processos que visam "controlar, no quanto for possível, os subjetivismos que incidem na questão de fato"; são, assim, imbuídos da concepção de que a "metodologia do livre convencimento judicial quanto à questão fática não pode ser compreendida como local em que não exista qualquer tipo de controle jurídico" (KIRCHER, 2018, p. 204).

O *standard* probatório usualmente associado ao processo penal é o da prova além da dúvida razoável, vinculado, em geral, ao juízo condenatório. É esse o juízo que, em geral, suscita análises quanto à produção probatória no processo penal, em suas acepções cognitiva e persuasiva, até porque conduz à decisão "que, com a condenação, libera o exercício do poder punitivo estatal" (VASCONCELLOS, 2018, p. 715). Nada impede, todavia, que outros juízos formulados ao longo da persecução penal adotem *standards* probatórios diversos, a depender da fase processual e do interesse jurídico que esteja em jogo. Badaró (2011, p. 352) indica isso com bastante clareza ao afirmar que

> nada impede que a técnica dos 'modelos de constatação' seja utilizada no processo penal com vista a decisões distintas a serem proferidas ao longo da persecução penal, em especial para distinguir as decisões cautelares com base em juízo de probabilidade, das sentenças de mérito, baseada em provas "além de qualquer dúvida razoável".

Como aponta Lucchesi (2019, p. 186), "o modelo de pr*oof beyond a reasonable doubt* [...] serve tão somente à formação da decisão de mérito, ao final do processo"; sob o fundamento de que "é necessário estabelecer critérios para cada fase processual" (2019, p. 166), o autor propõe, então, que "a relação entre a carga probatória, a presunção de inocência e a decisão judicial seja compreendida e delimitada para cada fase processual, a fim de que se possa determinar qual deve ser o critério para a decisão judicial durante o processo" (2019, p. 186).

Por isso, mesmo no processo penal, os juízos vinculados a temas exclusivamente patrimoniais usualmente são formulados sob o crivo do *standard* probatório da preponderância de evidências, tipicamente utilizado no processo civil.

Caeiro (2013, p. 498), nesse sentido, alude aos ordenamentos jurídicos britânico (que se vale da fórmula "*on the balance of the probabilities*"), espanhol, holandês, francês, italiano e português como exemplos nos quais as questões relativas ao confisco são decididas a partir desse modelo de constatação intermediário, tipicamente civil.

A menção aos *standards* probatórios é relevante porque a utilização de um modelo de constatação inferior ao da prova além de qualquer dúvida razoável é um dos aspectos em que a perda alargada se distancia da perda clássica. Com efeito, como os bens que constituem o objeto da perda clássica (na forma do artigo 91 do Código Penal, o "produto do crime" e "qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso") devem estar diretamente vinculados a um crime, a sua decretação demanda que o Ministério Público satisfaça o *standard* probatório mais exigente: o da prova além de qualquer dúvida razoável. Aqui, portanto, o juízo condenatório e o juízo confiscatório estão indissociavelmente vinculados.

Na perda alargada, por outro lado, a condenação criminal é apenas uma condição para a sua decretação, de forma que os bens a serem confiscados não estão diretamente vinculados a qualquer delito – até porque, se estivessem e se esse nexo fosse demonstrado, seria o caso de decretação da perda clássica. Assim, em razão dessa dissociação entre o juízo condenatório e o juízo confiscatório, é possível a utilização de um *standard* probatório inferior: o da preponderância de evidências.

Dessa forma, a despeito da existência de diferenças entre os regimes disciplinados no Código Penal e na Lei de Drogas, ambos são guiados por esse modelo de constatação menos exigente. No Código Penal, no entanto, além de haver essa mitigação do *standard* probatório, há a inversão do correspondente ônus.

Assim, tanto em um caso como no outro, o sujeito processual ao qual incumbe o *burden of proof* deve demonstrar a preponderância de evidências em favor de sua hipótese: no Código Penal, o condenado deve indicar que preponderam evidências quanto à procedência lícita de seu patrimônio; na Lei de Drogas, o Ministério Público, além de indicar a incongruência patrimonial, deve comprovar, também à luz de uma preponderância de evidências, a "conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional do condenado ou sua vinculação a organização criminosa".

Em síntese, essa distinção quanto aos sujeitos processuais aos quais incumbe a satisfação do *standard* probatório e do correspondente *burden of proof* reforça: no Código Penal, há efetiva inversão do ônus da prova em desfavor da defesa, ao passo que o mesmo não ocorre na Lei de Drogas.

3. Repercussões da inversão do ônus da prova na disciplina comum da perda alargada

Verificada a dinâmica probatória subjacente aos regimes de perda alargada consagrados na legislação brasileira, cabe discorrer a respeito das repercussões daí decorrentes.

A identificação de que a perda alargada, tal como regulamentada no Código Penal, opera a partir da inversão do ônus da prova traz consigo alguns problemas e desafios.

Em primeiro lugar, cabe citar o fato de que, diante da duplicidade de regimes regulatórios da perda alargada – um no Código Penal, outro na Lei de Drogas –, há dissonâncias entre as regras a serem aplicadas a cada caso. Especificamente em relação à distribuição do ônus probatório, o regime constante na lei especial é muito mais benéfico para os réus do que aquele disciplinado na lei geral, porque imputa à acusação o ônus de produzir provas adicionais que permitam satisfazer um dos requisitos do artigo 63-F, § 1º. Trata-se uma situação um tanto paradoxal, uma vez que o regime geral previsto no Código Penal, em razão da ampla delimitação do âmbito de incidência delineada no *caput* do artigo 91-A – a atingir todos os crimes com pena máxima superior a seis anos de reclusão –, pode abranger delitos cuja gravidade em abstrato é, em geral, inferior àquela ínsita aos crimes tipificados na Lei de Drogas.

Conjecture-se, por exemplo, o caso do crime de furto na forma qualificada – ao qual é cominada pena de dois a oito anos de reclusão, e multa –, que ilustra que, mesmo em situações triviais e de gravidade mitigada, como a de um furto cometido "mediante concurso de pessoas" (artigo 155, IV, do Código Penal), o Código Penal sujeitaria os condenados a um regime confiscatório muito mais severo do que aquele aplicável a sujeito acusado da prática do crime de tráfico de

drogas[21], mesmo sendo este, por previsão constitucional (artigo 5º, XLIII), um crime equiparado a hediondo.

A situação chama a atenção, a propósito, à desproporção que permeia a disciplina da perda alargada no Código Penal. Até aqui, enfatizou-se a questão vinculada à inversão do ônus da prova, que, por si só, suscita múltiplos problemas. Há, todavia, dois outros componentes que tornam ainda mais complexa a equação: a má delimitação do âmbito de incidência da perda alargada e a ausência de limitação temporal.

Quanto à delimitação do âmbito de incidência, trata-se de escolha legislativa peculiar, que fugiu completamente à tendência que vinha se desenhando em todos os projetos de lei em que se propôs a adoção da perda alargada. Com efeito, considerando os quatorze projetos que tramitam ou tramitaram no Congresso Nacional (mencionados na nota 11, supra), verifica-se que há, em geral, duas "fontes": os pacotes das Dez Medidas Contra a Corrupção e das Novas Medidas Contra a Corrupção. Dos quatorze projetos, treze deles se valem, implícita ou explicitamente, das propostas contidas naqueles pacotes legislativos. Há, além disso, o Projeto de Lei n. 10.372/2018, que, como se pontuou, foi redigido pelo Ministro Alexandre de Moraes.

Em todas essas propostas legislativas, havia uma delimitação muito mais específica do âmbito de incidência da perda alargada. Nos aludidos pacotes legislativos anticorrupção há um rol de crimes aos quais aquela espécie de confisco é aplicável – delitos que, em geral, se adéquam à acepção da delinquência econômica. No PL n. 10.372/2018, por outro lado, a perda alargada é reservada tão somente aos delitos de organização criminosa[22].

---

[21] Se, em outra hipótese, a acusação pelo crime de tráfico de drogas for acompanhada de imputação relativa ao crime de organização criminosa, parece possível a aplicação do regime confiscatório "geral", previsto no Código Penal, porque os crimes tipificados na Lei n 12.850/13 – como quaisquer outros, à exceção daqueles previstos na Lei de Drogas – estão sujeitos ao regramento contido no artigo 91-A do Código Penal. Por outro lado, pode-se argumentar que, diante do conflito aparente de normas, prevaleceria a lei especial – no caso, a Lei de Drogas. Sem pretensões futurológicas, parece seguro afiançar que a questão desafiará divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

[22] Essa proposta de delimitação converge, por exemplo, com as ideias defendidas por Linhares (2016, p. 194), para quem o ideal seria a conjugação do rol taxativo presente em propostas como as das Dez e das Novas Medidas Contra a Corrupção, com a exigência de que os crimes tenham sido praticados "no marco de uma organização criminosa".

Em Portugal, da mesma forma, a decretação da perda alargada é vinculada à condenação do sujeito passivo por um dos "crimes do catálogo" – isto é, os crimes arrolados no artigo 1º daquele diploma.

O Pacote Anticrime – e, consequentemente, a Lei n. 13.964/19 – adotou técnica legislativa pouco usual quanto a esse aspecto, e delimitou o âmbito de incidência da perda alargada com base tão-somente no limite máximo da pena (de seis anos de reclusão, em momento algum justificado) abstratamente cominada à infração penal.

Somado ao bastante amplo (e mal delimitado) âmbito de incidência da perda alargada, tem-se, ainda, aspecto ainda mais grave: a completa ausência de limite temporal para a decretação da perda alargada.

Tanto nos pacotes das Dez Medidas e das Novas Medidas, quanto no Projeto de Lei n. 10.372/2018, impôs-se um limite de cinco anos à perda alargada (interregno que remete, por exemplo, aos prazos prescricionais e decadenciais na esfera tributária), contados retroativamente a partir de marcos temporais diversos (a data de oferecimento ou recebimento da denúncia, no caso desta última proposta; a data de instauração da investigação, no caso daqueles pacotes legislativos). A proposta do Projeto Alexandre de Moraes inclusive menciona que, para ilidir a presunção de ilicitude dos bens que constituem a incongruência patrimonial, pode a defesa comprovar que os bens estavam na titularidade do condenado há pelo menos cinco anos, contados do oferecimento da denúncia, em dispositivo semelhante ao artigo 7º, item 2, *b* e *c*, da Lei n. 5/2002, de Portugal.

No diploma português, a propósito, a limitação temporal alcança os cinco anos anteriores à constituição do sujeito como arguido, como define o artigo 7º[23].

O artigo 91-A do Código Penal, por sua vez, nada dispõe acerca de eventuais limites temporais, em aspecto observado também no artigo 63-F da Lei de Drogas.

Assim, conjugados esses aspectos relativos a delimitações inadequadas – no caso do âmbito de incidência – ou inexistentes – no caso do limite temporal –, verifica-se que, seja no Código Penal, seja na Lei

[23] Ainda no âmbito internacional, vale a referência à legislação do Reino Unido – o *Proceeds of Crime Act*, de 2002 –, em que há um limite temporal de seis anos, semelhante àquela presente na lei portuguesa.

de Drogas, a perda alargada tem uma dimensão bastante considerável porque permite, na prática, que se alcance o patrimônio amealhado pelo condenado ao longo de toda a sua vida, desde a sua mais tenra idade.

O regime do Código Penal é, nesse aspecto, ainda mais severo, porque, ao suprimir os requisitos alternativos hoje presentes no § 1º do artigo 63-F da Lei de Drogas, imputa ao sujeito passivo tanto o *burden of proof* quanto o *burden of producing evidence*, isto é, o ônus de comprovar a licitude de absolutamente todo o seu patrimônio, sem qualquer limitação temporal[24]. Em um país cuja economia informal alcança dimensões bastante consideráveis[25], trata-se de um encargo bastante substancial.

A propósito, embora não seja este o mote do presente trabalho – que buscou, primordialmente, identificar a dinâmica probatória subjacente aos regimes geral e especial da perda alargada – não se pode deixar de anotar, nestas últimas linhas, que a perda alargada, além de representar uma inovação legislativa significativa, flerta perigosamente com a violação aos preceitos elementares do Direito Penal e Processual Penal brasileiro.

Sobretudo por conta da rigidez que caracteriza o regime geral instituído no Código Penal – aplicável a toda a legislação penal brasileira, à exceção da Lei de Drogas (que, paradoxalmente, prevê um regime atenuado) –, a perda alargada representa ameaça ou até efetiva violação a preceitos tais como a presunção de inocência, o direito à não autoincriminação, a proporcionalidade e até mesmo o direito fundamental à propriedade privada.

Trata-se, de todo modo, de questão a ser enfrentada em pesquisas apartadas, que se aprofundem em relação à compatibilidade da perda alargada com os preceitos constitucionais acima (não exaustivamente) mencionados.

---

[24] É claro que se pode conjecturar que a jurisprudência, em homenagem ao princípio da proporcionalidade e à proteção da propriedade privada, imponha um limite temporal à perda alargada, com o recurso à analogia e consequente aplicação de outros dispositivos legais que imponham limites temporais ao poder estatal. Em análise *de lege ferenda*, Essado (2014, p. 175) sugeriu a adoção do prazo de cinco anos para a cobrança judicial do crédito tributário (Lei 5.172/1966, artigo 174).

[25] O Índice de Economia Subterrânea aponta que, em 2019, 17,3% do PIB do país foi movimentado pela economia informal. Disponível em: bit.ly/2U86hvN. Além disso, pesquisa recente mostra que, em 2017, 40,3% da população economicamente ocupada desempenhava trabalhos informais: bit.ly/38muXH9.

Considerações Finais

O presente artigo se debruçou sobre a perda alargada, e buscou apreciar um aspecto processual em particular, atinente à dinâmica probatória subjacente àquela espécie de confisco. Intentou-se responder, mais precisamente, à seguinte indagação: os regimes instituídos no artigo 91-A do Código Penal e no artigo 63-F da Lei de Drogas promovem inversão do ônus da prova em desfavor do réu?

Para tanto, a partir do método dedutivo e do procedimento de pesquisa bibliográfico, este trabalho teve início com uma exposição panorâmica a respeito dos antecedentes legislativos e das razões político-criminais que dão sustento à perda alargada e que a fazem se expandir. Apresentou-se, ainda, o tortuoso percurso legislativo da perda alargada, que culminou com a sua consagração no artigo 63-F da Lei de Drogas e no artigo 91-A do Código Penal. Essa análise revelou-se fundamental para que se compreendessem as vicissitudes que permeiam tal medida patrimonial.

Na sequência, passou ao cerne da pesquisa: buscou-se, então, compreender a dinâmica probatória a partir da qual é operacionalizada a perda alargada, especificamente para que se identificasse se de fato há, nos regimes geral e especial daquela modalidade de confisco, inversão do ônus da prova. Para tanto, discorreu-se, inicialmente, a respeito do regime disciplinado na Lei de Drogas, oportunidade em que se verificou que, como o § 1º do artigo 63-F impõe ao Ministério Público a produção de provas quanto à conduta criminosa do condenado ou à sua vinculação a organização criminosa, isso implica a inexistência da inversão do ônus da prova. Com o caminho pavimentado pela análise anterior, passou-se, então, a apreciar o regime geral. Verificou-se que, como aqueles requisitos alternativos previstos na Lei de Drogas foram suprimidos do Projeto de Lei que introduziu o artigo 91-A do Código Penal, isso desincumbiu o Ministério Público de produzir qualquer prova adicional, de modo que basta a obtenção da condenação criminal e a indicação de incongruência patrimonial; e, concomitante, imputou-se ao réu o ônus – o *burden of proof* e o *burden of producing evidence* – de comprovar a licitude de seu próprio patrimônio.

A partir dessa constatação, passou-se à reflexão a respeito das decorrências dessa dinâmica probatória, cuja rigidez é acentuada no regime geral previsto no Código Penal, precisamente por conta da inversão do ônus da prova em desfavor da defesa. Acrescentou-se, ainda, que tal

encargo – por si só substancial – é agravado pelo fato de que ambos os regimes disciplinados pelo legislador não impõem limitações temporais à decretação da perda alargada, que terá por objeto, portanto, a integralidade do patrimônio amealhado pelo condenado ao longo de toda sua vida. Observou-se, ademais, o paradoxo resultante da instituição, na Lei de Drogas, de um regime não tão rígido quanto aquele consagrado no Código Penal, o que, mais uma vez, se deve à distinção quanto à exigência, ou não, de requisitos alternativos (para além dos compulsórios).

Ao cabo do trabalho, verifica-se que a hipótese introdutoriamente articulada foi verificada, uma vez que se constatou que a resposta ao problema de pesquisa não é, de fato, unívoca: há inversão do ônus da prova no Código Penal, e não há na Lei de Drogas.

Ao final ainda cabe registrar que o caminho aqui traçado – um incipiente estudo processual da perda alargada – permite vislumbrar outras rotas a serem traçadas em pesquisas futuras. É fundamental, por exemplo, um aprofundamento na natureza jurídica e no caráter – penal ou extrapenal – da perda alargada. Além disso, a matéria demanda um estudo sistemático relativo à compatibilidade desse novo instrumento com a ordem constitucional, até porque os tribunais certamente se depararão, em breve, com questionamentos nesse sentido.

De todo modo, no vasto leque de questões relativas à perda alargada a serem estudadas, este artigo buscou propiciar a compreensão a respeito de um aspecto fundamental, atinente à dinâmica probatória do instituto e à inversão do ônus da prova nos regimes adotados no Código Penal e na Lei de Drogas.

Referências

BADARÓ, Gustavo H. Editorial dossiê "Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos". *Revista Brasileira de Direito Processual Penal,* Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 43-80, jan./abr. 2018. https:/doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.138

BADARÓ, Gustavo H. Direito a um julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias, In: BONATO, Gilson (Org.). *Processo Penal, Constituição e Crítica* – Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 343-364. Disponível em: https://goo.gl/XssrqX. Acesso em 06. maio 2020.

BALTAZAR JR., José Paulo. *Crimes federais*. 3a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BONFIM, Edilson Mougenot; BONFIM, Marcia Monassi Mougenot. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Direito penal, processo penal e colaboração premiada na lei "anticrime". *Consultor Jurídico*. 6. jan. 2020. Disponível em: bit.ly/2usMrSy. Acesso em 06 maio. 2020.

CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas como o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco e a criminalização do enriquecimento "ilícito"). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 21, n. 100, p. 454-501, jan.-fev. 2013.

CARDOSO, Luiz Eduardo Dias; SOUZA, Claudio Macedo de. A perda alargada em face da principiologia processual penal brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 118, jan.-fev. 2016.

CORREIA, João Conde. *Da proibição do confisco à perda alargada*. Lisboa: INCM, 2012.

CUNHA, José Manuel Damião da. Perda de bens a favor do Estado. Arts. 7º-12º da Lei n. 5/2002. de 11 de janeiro (medidas de combate à criminalidade organizada *e* económico-financeira). Direito Penal Econômico e Europeu: textos doutrinários. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

D'ANGELO, Andréa Cristina. Breves considerações sobre o confisco alargado. *Jota*. 25 fev. 2020. Disponível em: bit.ly/39AV6RM. Acesso em 06 maio. 2020.

DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva. "Perda alargada" prevista na Diretiva 2014/42/EU (artigo 5.º) e "perda do valor de vantagem de atividade criminosa" prevista na Lei n.º 5/2002 (artigos 7.º a 12.º). *In:* CARDOSO, Elina Lopes; CORREIA, João Conde; FERREIRA, Maria Raquel Desterro (coord.). *O novo regime de recuperação de ativos à luz da Diretiva 2014/42/UE e da Lei que a transpôs*. Lisboa: INCM, 2018.

DUARTE, Ana Patrícia Cruz. *O Combate aos Lucros do Crime – O mecanismo da "perda alargada" constante da Lei n.o 5/2002 de 11 de Janeiro*: a inversão do ónus da prova nos termos do artigo 7.º e as suas implicações. 2013. 53 f. Dissertação – Curso de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2013. p. 14.

FERRER BELTRÁN, Jordi. Uma concepção minimalista e garantista de presunção de inocência. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 149-182, jan./abr. 2018. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.131

GODINHO, Jorge A. F. Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro, artigos 1º e 7º a 12º. *In*: ANDRADE, Manuel da Costa *et al.* (Org.). *Liber Discipulorum para Jorge Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 1.315-1.365.

KIRCHER, Luís Felipe Schneider. O Convencimento Judicial e os Parâmetros de Controle sobre o Juízo de Fato: visão geral, Direito Comparado e o Tribunal Penal Internacional. *Duc In Altum - Cadernos de Direito*, v. 10, n. 20, p. 179–206, 2018. https://doi.org/10.22293/2179-507x.v10i20.692

LINHARES, Solon. *Confisco de bens*: uma medida penal, com efeitos civis contra a corrupção sistêmica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. Confisco alargado: análise das medidas para a recuperação de bens de origem ilícita na experiência comparada americana. *In*: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). *Crime e política*: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito. São Paulo: FGV Editora, 2017.

MALAN, Diogo. Notas sobre a investigação e prova da criminalidade econômico-financeira organizada. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 2, n. 1, p. 213 - 238, 2016. http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v2i1.22

NOGUEIRA, R. F. Ônus da prova das excludentes de ilicitude no processo penal e a necessidade de rompimento com a sua matriz civilista. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 4, n. 1, p. 243–275, 2018. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.124

OLIVEIRA, Juliana Magalhães Fernandes et al. Como Combater a Corrupção? Uma avaliação de impacto legislativo de propostas em discussão no Congresso Nacional. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, jul. 2015, Texto para Discussão nº 179. Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 06 maio 2020.

PEZZOTTI, Olavo Evangelista. Apontamentos sobre o confisco nos crimes de tráfico de entorpecentes e de lavagem de dinheiro. *Revista Fórum de Ciências Criminais*, Belo Horizonte, ano 6, n. 11, p. 61-101, jan.-jun. 2019.

RIOS, Rodrigo Sánchez; PUJOL, Luiz Gustavo. Confisco alargado: reflexões acerca de suas possibilidades no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 118, p. 123-158., jan.-fev. 2016.

RODRIGUES, Hélio Rigor. Perda de bens no crime de tráfico de estupefacientes: harmonização dos diferentes regimes jurídicos aplicáveis. *Revista do Ministério Público*, v. 134, abr.-jun. 2013, p. 189-244.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão do Direito Penal*: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Série as Ciências Criminais no século XXI. v. 11. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos; SANTOS, June Cirino dos. Reflexões sobre Confisco Alargado. *Boletim IBCCRIM*, ano 23, n. 277, dez. 2015, p. 23-24.

SIMÕES, Euclides Dâmaso. A proposta de Lei sobre o Gabinete de Recuperação de Activos (um passo no caminho certo). Direito Contra-Ordenacional, *Revista do CEJ*, 2º Semestre, n. 14, Coimbra, Almedina, 2010.

SIMÕES, Euclides Dâmaso; TRINDADE, José Luís F. Recuperação de activos: Da perda ampliada à actio in rem (Virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves). *Revista Julgar on-line*, 2009, p. 3. Disponível em julgar.pt/. Acesso em 06 maio 2020.

VASCONCELOS, André Prado de. *Extinção civil de domínio* - perdimento de bens: uma análise comparada: Brasil-Estados Unidos. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. A prova no processo penal: a importância da valoração do lastro probatório e de seu controle por meio recursal. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 13, n. 2, p. 695–721, 2018. http://doi.org/10.5902/1981369430012

VIEIRA, Roberto D'Oliveira. *Análise de direito comparado do confisco alargado*: aportes da perda alargada para o Brasil. 2017. 135 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2017.

Informações adicionais e declarações dos autores

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

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

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

Dados do processo editorial
(http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies)

- Recebido em: 31/03/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 04/04/2020
- Avaliação 1: 15/04/2020
- Avaliação 2: 17/04/2020
- Avaliação 3: 27/04/2020
- Decisão editorial preliminar: 05/05/2020
- Retorno rodada de correções: 20/05/2020
- Decisão editorial final: 29/05/2020

Equipe editorial envolvida

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

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. A inversão do ônus da prova na decretação da perda alargada: entre o Código Penal e a Lei n. 11.343/06. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 2, p. 799-832, maio/ago. 2020. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i2.362

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

Fundamentos de Direito Processual Penal

Fundamentals of Criminal Procedure

O caso das Bruxas de Salem e a origem do *plea bargaining* norte-americano: contrapondo o entendimento dicotômico dos sistemas processuais penais

The Salem witchcraft and the origin of the north American plea bargaining: contrasting the dichotomous knowledge of the criminal justice systems

Sarah Gonçalves Ribeiro[1]

Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná – Curitiba/PR, Brasil

ribeirogsarah@gmail.com

http://lattes.cnpq.br/1023020248431150

https://orcid.org/0000-0001-5573-2506

Rodrigo Régnier Chemim Guimarães[2]

Universidade Positivo – Curitiba/PR, Brasil

rodrigo.chemim@up.edu.br

http://lattes.cnpq.br/3509382891487960

https://orcid.org/0000-0001-7378-4553

Resumo: A questão que move o presente artigo é: pode o *plea bargaining* norte-americano ter sido originado por meios considerados pela doutrina contemporânea como predominantemente "inquisitórios"? Em caso afirmativo, e considerando que 95% dos casos naquele país se resolvem pelo *plea bargaining*, faz sentido seguir dizendo que o sistema processual penal dos Estados Unidos da América seja "acusatório"? E

[1] Cursando pós-graduação e especialização de Direito na Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná, e, em Penal e Processo Penal na Universidade Curitiba. Graduada em direito na Universidade Positivo. Cursando filosofia na faculdade Claretiano.

[2] Doutor em Direito de Estado pela Universidade Federal do Paraná. Professor Titular de Direito Processual Penal da Escola de Direito e do Programa de Mestrado Profissional em Direito da Universidade Positivo. Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná.

mais: desconstruídos os rótulos que predominam na doutrina em torno desse tema, faz sentido insistir no emprego da dicotomia dos sistemas processuais penais, em acusatório *versus* inquisitório, notadamente na discussão da adoção de modelos processuais inspirados no *plea bargaining* norte-americano? Essas perguntas pretendem ser respondidas a partir da reconstrução histórica do *plea bargaining* nos Estados Unidos, o que remonta à sua colonização puritana, seu apego a disputas econômicas e às práticas introduzidas no século XVII, cuja expressão primitiva se encontra no famoso julgamento das "bruxas de Salem", em Massachussets. O artigo, então, explora como as coisas se deram nesse caso, identificando a semelhança entre os métodos utilizados no julgamento das bruxas de Salem e no moderno *plea bargaining*. A tortura física e psicológica, esta vinculada à possibilidade de duras penas, que atemorizavam os acusados de heresia nos processos da inquisição medieval, assim como a sua parca possibilidade de defesa, também foram encontradas nos julgamentos das bruxas de Salem. Assim, o que se percebe é que se perpetuou um modelo de justiça criminal tachado como "inquisitorial" pela transmissão cultural, como uma herança medieval em parcelas do processo penal norte-americano. Isso evidencia que não há rigidez conceitual acerca dos sistemas processuais penais contradizendo significativa parcela da doutrina contemporânea que segue se apegando à dicotomia inquisitório *versus* acusatório. E permite avançar para, desvinculando-se dessa amarração dicotômica doutrinária, que é própria das pretensões de organização científica do século XIX na Europa, e que de lá para cá vem promovendo uma visão dualista e que não aceita enxergar nada para além dos rótulos antagônicos de inquisitório ou acusatório, indagar se é conveniente, ou não e em que termos à luz da Constituição da República de 1988, adotar-se, no Brasil modelos inspirados no *plea bargaining* estadunidense.

Palavras-Chave: *Plea bargaining*; Inquisitório; Bruxas de Salem; Acusatório; Sistemas processuais penais.

Abstract: *The question that drives this article is: can the North American plea bargaining originate by means considered by contemporary doctrine as predominantly "inquisitorial"? If so, and considering that 95% of the cases in that country are resolved by plea bargaining, does it make sense to continue saying that the criminal procedure system in the United States of America is "adversarial"? And more: deconstructed the labels that predominate in the*

doctrine around this theme, does it make sense to insist on the use of the dichotomy of criminal procedural systems, in adversarial versus inquisitorial, notably in the discussion of the adoption of procedural models inspired by the American plea bargaining? These questions are intended to be answered based on the historical reconstruction of plea bargaining in the United States, which goes back to its Puritan colonization, its attachment to economic disputes and the practices introduced in the 17th century, whose primitive expression is found in the famous judgment of the "witches of Salem" in Massachusetts. The article then explores how things went in this case, identifying the similarity between the methods used in the Salem witches' trial and the modern plea bargaining. Physical and psychological torture, linked to the possibility of harsh penalties, which frightened those accused of heresy in the processes of the medieval inquisition, as well as their limited possibility of defense, were also found in the Salem witch trials. Thus, what can be seen is that a criminal justice model perpetuated as "inquisitorial" by cultural transmission has been perpetuated, as a medieval heritage in parts of the North American criminal process. This shows that there is no conceptual rigidity about criminal procedural systems, contradicting a significant part of contemporary doctrine that continues to cling to the inquisitorial versus adversarial dichotomy. And it allows us to move forward, detaching ourselves from this doctrinal dichotomous tie, which is typical of the pretensions of scientific organization of the 19th century in Europe, and which has since promoted a dualist vision and which does not accept to see anything beyond the antagonistic labels of inquisitorial or adversarial, to inquire whether it is convenient or not and in what terms, in light of the 1988 Constitution, to adopt models inspired by the American bargaining model in Brazil.

Keywords: *Plea bargaining; Salem witch trials; Inquisitorial; Salem witchcraft; Adversarial system.*

Sumário: Introdução; 1. A baía de Massachussetts; 2. O julgamento das bruxas de Salem e o *plea bargaining*; Considerações Finais; Referências.

Introdução

Há certo paradoxo no trato do tema dos sistemas processuais penais na doutrina da atualidade. Não obstante exista uma pluralidade

de classificações a esse respeito[3], há um olhar dicotômico acentuado que apresenta os sistemas "acusatório" e "inquisitório", como antagônicos e incompatíveis. Mesmo quando o sistema jurídico do Estado apresenta características dos dois sistemas processuais penais, esses doutrinadores argumentam que, "apesar de eles não serem puros", não podem ser mistos (pois aí seriam inconciliáveis). Assim, justamente o fato de não haver "pureza" entre eles justificaria a opção por um dos dois sistemas dentro do direito interno de cada Estado.

Analisando essa questão por outro contexto, entende-se que cada Estado possui o seu direito interno, ou seja, é, de fato, um equívoco tachar de "acusatório" ou "inquisitório" o direito que foi tradicionalmente oriundo dos usos e costumes de cada nação. Por exemplo: o Brasil, de colonização portuguesa, herdou o sistema *civil law*[4], porém o direito interno brasileiro foi adequado aos seus usos e costumes, ou seja, em razão de suas particularidades culturais intrínsecas, o regramento positivado no Brasil não é exatamente o mesmo europeu. Após a independência de Portugal, não se implantou, no Brasil, um "sistema", pronto, "copiado e colado" do direito europeu. Ainda que diversas regras tenham sido importadas da Europa, desde o Império e, de forma mais destacada, também na Primeira República houve também um olhar para o direito norte-americano[5].

---

[3] Sobre o tema, Rodrigo Régnier Chemim Guimarães aponta quatorze formas diferentes de classificação dos sistemas "acusatório" e "inquisitório" na doutrina brasileira e estrangeira: GUIMARÃES, Rodrigo Régnier Chemim. *A Atividade Probatória Complementar do Juiz como Ampliação do Contraditório e da Ampla Defesa no Novo Processo Penal Brasileiro*. Tese. Curitiba: UFPR, 2015, pp. 246 e ss.

[4] Sobre a divisão em "*civil law*" e "*common law*" vide, dentre outros: KELLY, John M. *Uma Breve História da Teoria do Direito Ocidental*. Tradução de Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 233 e ss.; DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 23 e ss.. Em particular sobre a influência da "*civil law*" fora da Europa, vide: GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 4ª ed., tradução de A.M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, pp. 206 e ss.

[5] Vale anotar que o Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, que organizou a Justiça Federal, previu, em seu artigo 386, que "*os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas na República dos Estados Unidos da América do Norte, os casos de common law e equity, serão também subsidiários da jurisprudência e processo federal*" (BRASIL. Decreto nº 848, de

À essa mistura de influências se somou a necessidade de realizar adaptações à realidade brasileira, promovendo-se ajustes, adaptações, criando estruturas jurídicas próprias, a exemplo da múltipla experiência dos Códigos estaduais, ou da manutenção da figura do Delegado de Polícia, no Código de Processo Penal de 1941, e, ainda, da forma inédita, em termos globais, de como se organizou o perfil e as funções do Ministério Público brasileiro na Constituição de 1988. Nessa mesma linha de compreensão, também serve de ilustração, no ponto que aqui se pretende explorar, ver como a introdução do modelo de *plea bargaining*[6] norte-americano, que serviu de base para reformas legislativas de vários países europeus e latino-americanos (*v.g.* Itália, Alemanha, França, Argentina e Brasil), sofreu diferentes ajustes e adaptações em cada um dos países que nele se inspiraram[7]. De outra sorte, os Estados Unidos da América que foram colonizados, em grande parte, pelos britânicos, herdaram o sistema *common law,* ainda que seja possível identificar um direito interno norte-americano que foi estruturado desde o período da colônia[8]. O direito

---

11 de outubro de 1890. In: PIERANGELLI, José Henrique, *Processo Penal: evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru: Jalovi, 1983, pp. 431-463).

6 Há diferentes modelos do que se pode denominar de *plea bargaining*. Para efeitos deste artigo se adota a referência abrangente dada por Regina Rauxloh, quando promoveu estudo comparativo entre o modelo norte-americano e o alemão. Em tradução livre: "*Embora essas práticas possuam um grande número de formas em diferentes sistemas judiciais, elas compartilham em comum o fato de o réu renunciar a alguns direitos processuais criminais em troca de um tratamento mais brando pela a promotoria e pelo tribunal, com uma confissão trocada por uma redução de sentença geralmente no cerne da barganha*". (RAUXLOH, Regina. *Plea Bargaining in National and International Law*. New York: Routledge, 2014, p. 10).

7 Sobre o tema, vide: LANGER, Maximo. Dos Transplantes Jurídicos às Traduções Jurídicas: a globalização do *plea bargaining* e a tese da americanização do processo penal. *Delictae*, vol. 2, nº 3, p. 19-115, julho-dezembro de 2017, p. 25.

8 "*O direito inglês, proveniente dos processos da common law, é essencialmente um direito jurisprudencial (case law); suas regras são, fundamentalmente, as regras que se encontram na ratio decidendi das decisões tomadas pelos tribunais superiores da Inglaterra*", e "*a língua inglesa e o povoamento originariamente inglês dos Estados Unidos mantiveram este país na família da common law*", não obstante, isso se trate "*de uma observação geral, e desde que se enfoque mais de perto o problema, descobrem-se, entre o direito americano e o direito inglês, múltiplas diferenças de estrutura, algumas das quais são verdadeiramente substanciais e não podem ser ignoradas*", conforme: DAVID, René. *Os Grandes*

interno sofre constantes modificações para se adaptar às necessidades próprias de cada país, que variam devido a uma construção histórica e são essas mudanças que possibilitam demonstrar o equívoco que gira em torno da dicotomia dos sistemas processuais penais.

Nessa linha de compreensão, serve de exemplo para ilustrar o desencontro doutrinário, analisar o que se passa com o *plea bargaining* em termos de classificação teórica. Para alguns ele é a expressão máxima do que se costuma denominar de "sistema acusatório", pois seria representado por um modelo no qual as partes seriam as gestoras da prova, operando à luz do princípio dispositivo. Para outros, é de uma inquisitorialidade marcante, haja vista o exacerbado uso do poder pelo Estado que concentra os poderes de acusar e julgar nas mãos do promotor, e que opera, predominantemente, pela busca da confissão do investigado, por vezes, até chegando ao ponto de constranger psicologicamente o investigado a confessar para evitar uma sanção mais severa[9]. A impressão que passa é que, na análise dicotômica dos sistemas isso nada mais é do que um jogo de retórica.

Ana Lara Camargo de Castro, por exemplo, considera que o sistema "adversarial"[10] é o pilar do direito penal norte-americano, e que o sistema de justiça penal nos Estados Unidos vive à sombra do júri "*o que equivale a dizer que ele se orienta a partir do ideal constitucional, à espera desse confronto de opositores diante de membros imparciais da sociedade, mas, em realidade, resolve-se na quase totalidade por meio de pleas*."[11] Na

---

Sistemas do Direito Contemporâneo. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 408, 459 e ss.

[9] No mesmo sentido a percepção de VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Barganha do Processo Penal e o autoritarismo "consensual" nos sistemas processuais penais: a Justiça negocial entre a patologização do acusatório e o contragolpe inquisitivo. *Revista dos Tribunais*, 953, março de 2015, p. 261-279.

[10] Sistema "adversarial" é considerado aqui como equivalente ao termo acusatório, em português. Não obstante alguns autores considerem que adversarial e acusatório seriam sistemas diferentes, a exemplo de Ada Pellegrini Grinover (GRINOVER, Ada Pellegrini. A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal Acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 07, nº 27, julho-setembro de 1999, pp. 71-79), a grande maioria trata as terminologias como sinônimas.

[11] CAMARGO DE CASTRO, Ana Lara. Plea Bargain: *resolução penal pactuada nos Estados Unidos*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 25.

mesma linha de raciocínio sobre o sistema "adversarial", Malcolm M. Feeley sustenta que a justiça negocial (incluindo o *plea bargaining*) se encontra em processo de expansão.[12]

Com o mesmo entendimento, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho considera o *plea bargaining* "*um instituto tipicamente do sistema acusatório, mormente daquele norte-americano.*"[13] Seguindo a trilha, Aury Lopes Junior e Vitor Paczek, dizem que, um dos argumentos para implementar o *plea bargaining* no processo penal é que deve estar em conformidade com os princípios do modelo acusatório, e esclarecem que pelo Brasil possuir "cultura inquisitória" seria necessário recuperar o projeto de lei do novo Código de Processo que tramita por quase dez anos para que se possa "*melhorar alguns aspectos e consagrar uma ampliação no nosso espaço negocial*", pois segundo eles, a negociação pode ser favorável ao processo penal desde que seja bem utilizada[14]. Ainda, Alafair S. Burke argumenta que "*os promotores priorizam os casos, em parte, pela quantidade de paixão que sentem por cada um deles*", e considera que esta dita "paixão" seria a "*paixão acusatória*", a qual, a seu sentir, "*pode afetar o plea bargaining*".[15]

Mas não foram todos os autores que ignoraram as incompatibilidades do *plea bargaining* com a ideia de um sistema acusatório. Há quem aponte as divergências, a exemplo do que se vê no estudo de John H. Langbein, no qual ele demonstra as diversas semelhanças entre os métodos utilizados no *plea bargaining* e nas inquisições europeias, trabalhando, portanto, na linha de considerar o instituto como inerente ao que se denomina, na visão dicotômica da doutrina, de "sistema inquisitório". Fazendo coro a esse entendimento, Bernd Schünemann diz que o júri americano é ilusório, pois poucos têm acesso a ele e, na realidade, a

---

[12] FEELEY, Malcolm M. *Plea Bargaining and the structure of the criminal process*. *The Justice System Journal*, v. 7, n. 3, p. 338-354, jan. 1982, p. 344.

[13] MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de; MURATA, Ana Maria Lumi Kamimura. *Plea bargaining à brasileira*. *Boletim Ibbcrim*, nº 317, abril de 2019, p. 04.

[14] LOPES JR, Aury; PACZEK, Vitor. Plea Bargaining no projeto "anticrime": *remédio ou veneno?* In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). *Plea Bargaining*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 149-174.

[15] BURKE, Alafair S. *Persecutorial Passion, Cognitive Bias, and Plea Bargaining*. Marquette Law Review, 183, vol. 91, Issue 1. Symposium: Dispute Resolution in Criminal Law, article 9, 2007, p. 192.

esmagadora maioria da população é submetida a um modelo de processo inquisitório (ou seja: o *plea bargaining*).[16]

Ricardo Gloeckner vai além, pois apesar de considerar o *plea bargaining* como inerente ao sistema adversarial, diz que "*no campo do direito processual penal, o plea bargain se encontra na origem do avanço do 'liberalismo autoritário'*".[17] Ou seja, o autor identifica o instituto como um novo fenômeno autoritário (uma característica marcante que a doutrina costuma atribuir ao sistema inquisitório), que se mistura à filosofia política econômica e moral baseada na liberdade, com origem histórica norte-americana.

Como se vê, não há um entendimento acerca do instituto ser inerente ao sistema acusatório ou inquisitório. Muito pelo contrário, o que se demonstra é que cada autor cria a sua própria compreensão sobre o fenômeno do *plea bargaining* nos sistemas processuais penais. E talvez isso se deva pelo fato de que a amarração dicotômica dos sistemas, que boa parte da doutrina contemporânea insiste em usar, não encontra respaldo na realidade histórica[18].

É certo que as transformações sociais dos oitocentos, alusivas à descoberta da lei e das codificações como instrumentos ordenadores, vinculadas, também, à afirmação do indivíduo e à simplificação da

---

[16] SCHÜNEMANN, Bernd. Crítica al modelo norteamericano de processo penal. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Obras*. Tomo II. Colección Autores de Derecho Penal. DONNA, Edgardo Alberto (Director), Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2009, pp. 427-450, p. 429.

[17] GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Um "novo" liberalismo processual penal autoritário? In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). *Plea Bargaining*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 177-190, p. 188.

[18] Cite-se, por todos, a lição de CARBASSE, Jean-Marie. *Histoire du droit penal et de la justice criminelle, 2ª edición refondue*, Paris: Presses Universitaires de France, 2009, p. 216, tradução livre: "*Nos últimos séculos do Ancien Régime, a palavra "prática" designará primeiro o processo* (...) *Assim, então, cada região, cada corte, por vezes cada tribunal, tinha seus próprios usos, isso que nós chamamos seu "estilo". É assim que na França do fim da Idade Média, o processo penal é muito pouco homogêneo, muito pouco claro, e, também, pouco "racional" o que se expõe nos tratados doutrinários. (...) O inquisitório e o acusatório coexistem ao longo de todo o século XIV e se interpenetram...*". Para uma análise mais detalhada da impropriedade histórica da dicotomia acusatório *versus* inquisitório, vide: GUIMARÃES, Rodrigo Régnier Chemim. *A Atividade Probatória Complementar do Juiz como Ampliação do Contraditório e da Ampla Defesa no Novo Processo Penal Brasileiro*. Tese. Curitiba: UFPR, 2015, p. 229-380.

demanda por justiça, promoveram um afastamento da concorrência de jurisdições nas quais havia se desenvolvido a "simbiose dualística entre *accusatio* e *inquisitio*", a ponto da análise se "cristalizar em dois tipos ideais de processos distintos e contrapostos", como recorda Massimo Meccarelli[19]. Porém, também é certo que, no plano da construção teórica doutrinária de processo penal, esse dualismo igualmente decorre de uma pretensão de organização científica desenvolvida a partir do século XIX, notadamente a partir da obra de Giovanni Carmignani, "*Teoria delle leggi della sicuritezza sociale*", publicada em 1832[20]. Nela, Carmignani, que foi o primeiro autor europeu a trabalhar com a ideia de "sistemas processuais penais"[21], sustentou ser possível identificar

---

[19] MECCARELLI, Massimo. El proceso penal como lugar de determinación de la justicia. Algunas aproximaciones teóricas en la época del ius commune, In*:* GALAN LORDA, Mercedes (Directora), *Gobernar y administrar justicia: Navarra ante la incorporación a Castilla*. Navarra: Tompsom Reuters, Aranzadi, 2012, pp. 307-323, pp. 322-323.

[20] Não obstante o discurso dos sistemas e da compreensão histórica do Direito tenha sido praticamente introduzido no início do século XIX, num primeiro momento, pela "Metodologia Jurídica" de Savigny (1802) e, num segundo momento, pela "jurisprudência dos conceitos" de Puchta (1832), apresentando o tema como "formas de procedimento judicial".

[21] As palavras em latim, "*accusatio*" e "*inquisitio*", já eram empregadas nos textos romanos do Império (sobre o anacronismo de querer enxergar um sistema aqui, vide, dentre outros, RONCO. Alessandra. *Il processo penale nella legislazione tardo imperiale*. Tese. Universidade de Padova, Itália, 2008) e seguiram sendo adotadas ao longo dos tempos, mas não como "sistemas", nos moldes kantianos, isto é, como modelos de processo que partissem de uma ideia fundante e se organizassem por princípios unificadores. Ainda que alguns autores do início do século XIX tenham feito referências ao "processo inquisitório", a exemplo de BIENER, Friedrich August. *Beiträge zu der Geschichte des Inquisitionsprozesses und der Geschworenengerichte*. Leipzig, 1827, *passim*, o primeiro a fazer isso, com pretensões de organização científica e invocando a ideia de sistemas processuais, foi CARMIGNANI, Giovanni. *Teoria delle leggi della sicuritezza sociale*. Tomo IV, Pisa: Fratelli Nistri, 1832, pp. 31-32, de cujo texto se extrai a seguinte esclarecedora passagem, em tradução livre: "*Dois métodos entre os diversos para a pesquisa e demonstração do verdadeiro se apresentam ao espírito humano: o sintético, e o analítico. O primeiro é assertivo, e cabe admiravelmente à acusação, à qual o princípio político é sempre pronto; o segundo é indagativo, e cabe admiravelmente à pesquisa que o princípio de justiça deseja. Um demonstra aquilo que acredita ser a verdade, o que o princípio político promotor do juízo penal sempre supõe, tem interesse de acreditar sempre e, quanto mais forte seja, mais facilmente converte o interesse em direito. O outro*

um "sistema" a partir da seleção de trechos das práticas judiciárias[22]

rastreia, examina, separa as aparências da realidade, o errado do verdadeiro, e não o assinala senão ao final de uma lenta e cansativa viagem, o que o princípio de justiça já se manifestou ser o próprio voto. Um é um método de composição adaptado a quem se encarrega de apresentar um libelo de acusação. O outro é um método de invenção que poderia desejar-se para descobrir um tesouro escondido adaptado à situação de quem, com uma sentença, deve estabelecer uma verdade de fato e de direito. É, então, na índole do espírito humano, e é coerente à diversidade dos métodos de pesquisar ou de demonstrar uma verdade, a distinção do processo "accusatorio", assim chamado porque o acusador é quem o move e adere, e o processo "quesitorio" ou "investigatorio", assim chamado porque o juiz, com base em fundamentos prováveis, institui de ofício a pesquisa da verdade, ou do falso nas notícias que conhece, e que lhe chegam a partir de uma ofensa à segurança social. E também é, ao menos à primeira vista, inegável que isso proporcione, como critério de verdade, maiores garantias jurídicas do que aquele".

[22] Aqui, Carmignani está se referindo às *Practicae*, próprias do século XIII. Sobre o tema, vide: GARLATI, Loredana. Per um storia del processo penale: le pratiche criminali. In: Rivista italiana di storia del diritto, vol. LXXXIX, 2016, pp. 71-109. As *Practicae* que são mais referidas pelos doutrinadores do século XIX são os textos de Alberto Da Gandino (GANDINUS, Albertus. *Strafrecht der Scholastik*. Von KANTOROWICZ, Hermann U., Berlin: J. Guttentag, 1907) e de Philippe de Beaumanoir, publicada em 1280 (BEAUMANOIR, Philippe de. *Les Costumes de Beauvoisis. Nouvelle edition, publié d'aprés le manuscrits de la bibiotheque royale*. Paris: Jules Renouard, 1842). Jean-Marie Carbasse também se refere à obra de Philippe de Beaumanoir, o qual, ao relatar os costumes da região de Clermont-en-Beauvoisis, na França, deu especial destaque ao modelo processual "híbrido", em que o juiz somente poderia iniciar um processo no caso de tê-lo presenciado (flagrante delito). (CARBASSE, Jean-Marie. *Histoire du droit penal et de la justice criminelle, 2ª edition refondue*. Paris: Presses Universitaires de France, 2009, p. 184). Em sentido similar, a lição de Massimo Valerani, em tradução livre: "*A passagem da acusação à inquisição, seja de que forma for, é sempre vista como o sinal de uma estrutura judicial estadual completa. Trata-se, naturalmente, de um processo gradual, enquadrado em esquemas de evolução cronológica de diferentes padrões de tamanho. Com frequência se escolhem tempos longos, por vezes longuíssimos, do século XIII ao século XVIII, ou até mesmo do século XII ao XIX, depois de insistir numa evolução lenta e contrastada ou sob um ponto de ruptura preciso: a "Vergentis in senium" de Inocêncio III ou a Cruzada anticátara – termos "a quo" escolhidos em vários estudos sobre os procedimentos inquisitoriais anticlericais – ou mesmo o "Tractatus de maleficiis" de Alberto Gandino, que assinalaria a ruptura do monopólio da acusação privada, ou ainda os grandes processos políticos do início do século XIV que fossem de lesa majestade e de heresia, em um grande sistema penalístico-repressivo sem fronteiras*". E, sobre a obra de Alberto Da Gandino, Massimo Vallerani é ainda mais incisivo, dizendo (tradução livre): "*...seu panfleto se alimenta principalmente das "questiones de facto" resolvidas de diferentes maneiras e em diferentes momentos pelos principais*

medievais do século XIII:

> "Estas observações parecem confirmar que as probabilidades judiciárias formam um corpo de ciência; que nos livros dos práticos estão contidos os dados necessários a dar-lhes um sistema, e que não falta nada quando se queira diretamente decidir a sorte dos acusados, senão um trabalho, o qual coordenando regras esparsas, que nos livros dos práticos encontram-se jogadas as bases deste sistema científico, o qual não pode surgir todo de uma vez, mas pode, recolhendo progressivamente os casos decididos pelos seus verdadeiros caracteres, chegar um dia à sua maior perfeição".[23]

Como se vê no trecho acima, Carmignani "*coordenou regras esparsas*" para construir a ideia de sistemas acusatório e inquisitório, dizendo que ele "*recolhia progressivamente os casos decididos pelos seus verdadeiros caracteres*", visando, quem sabe, chegar "*um dia à sua maior perfeição*". Dali em diante, o que se encontra são cópias da apresentação feita por

---

juristas do século XIII, muitas vezes em contradição com os outros colegas e com ele mesmo. As "questiones" constituem, assim, um material perigoso, fundado na dúvida e num esquema dialético estruturalmente incapaz de estabelecer um sistema. Gandino faz uma série de escolhas conscientes, selecionando as opiniões que reforçam o seu sentido de "estado", mas esta seleção é confrontada com a natureza fragmentária e episódica de um "corpus" de opiniões baseadas em "casus". (VALLERANI, Massimo. Procedura e giustizia nelle città italiane del basso medioevo (XII-XIV secolo). In: CHIFFOLEAU, Jacques; GAUVARD, Andrea Zorzi (Organizadores). *Pratiques Sociales et Politiques Judiciaires dans les Villes de L'Occident à la Fin du Moyen Age. Publications de l'École française de Rome*, 2007, pp. 439-494). Mario Sbricoli analisando as práticas de Alberto da Gandino e outros da mesma época, também concorda com a mescla de modelos e com a dificuldade de aceitar a classificação dicotômica. Em tradução livre: "*...antecipando uma classificação 'possível', sobre a qual retornarei, me parece ser necessário dizer que aqueles que nós percebemos, ou tendemos a 'ver', como dois modelos processuais distintos – o acusatório, o inquisitório – não aparecem, todavia, como 'modus procedendi' perfeitamente distintos. Trata-se de maneiras processuais diversificadas sob três distintos perfis, os quais, todavia, podem ser interligados entre eles no efetivo desenvolvimento do processo*". (SBRICOLI, Mario. "Vidi Communiter Observari". L'emerzione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII. In: *Quaderni Fiorentini, XXVII*. Centro studi per la storia del pensiero giuridico moderno. Firenze: Università degli Studi di Firenze, 1998, p. 268).

[23] CARMIGNANI, Giovanni. *Teoria delle leggi della sicuritezza sociale.* Tomo IV, Pisa: Fratelli Nistri, 1832, p. 175, tradução livre.

Carmignani, as quais aparecem com referência expressa, nas doutrinas de: Pessina[24], Carrara[25] e Mittermayer[26], e, também, em alguma medida, nas obras de Faustin Hélie[27], Adhemar Esmein[28], e em praticamente todos os que se sucederam na análise dessa dicotomia. Assim se construiu, na doutrina europeia dos oitocentos, a ideia dos sistemas "puros"[29], dicotômicos e antagônicos entre "acusatório" *versus* "inquisitório".

O que se percebe, então, é que falta, à doutrina contemporânea, compreender esse processo de mudança social que promove, no plano

---

[24] PESSINA, Enrico. *Storia delle leggi sul procedimento penale*. Napoli: Dott. Pirro Pirrone Editore, 1912, p. 06-08.

[25] CARRARA, Francesco. *Programma del Corso di Diritto Criminale, Parte Generale*. Vol. II, 9ª ed., Firenze: Casa Editrice Libraria "Fratelli Cammelli", 1902, pp. 299 e ss.

[26] MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Tratado da Prova em Matéria Criminal*. Tradução para o francês da 3ª edição (1848), de C.A. Alexandre e para o português de Herbert Wüntzel Heinrich, Campinas: Bookseller, 1997, p. 33, nota 131; p. 34, nota 134; p. 35, nota 137; p. 36, nogta 142, p. 37, nota 144.

[27] HÉLIE, Faustin. *Traité de l'instruction criminelle ou Théorie du Code d'Instruction Criminelle. Premiére partie. Histoire et théorie de la procédure criminelle*. Paris: Charles Hingray Libraire-Editeur, 1845.

[28] ESMEIN, Adhemar. *Histoire de la procédure criminelle en France: et speciélment de la procédure inquisitoire depuis le XIII siecle jusqu'a nos jours*. Paris: L. Larose et Forcel Libraires-Editeurs, 1882.

[29] O primeiro autor de processo penal a falar em "sistemas puros" foi Francesco Carrara, no segundo volume de seu famoso "Programma", dedicado ao estudo do processo penal (CARRARA, Francesco. Ob. cit., p. 319). No entanto, essa referência à pureza é falsa em termos históricos. Sobre o tema, vale a lição de Ettore Dezza, em tradução livre: "*Na intervenção introdutória deste meu encontro entre historiadores do direito e estudiosos do processo penal, Michele Pifferi focou-se no tema da relação entre os modelos acusatório e inquisitório, e oportunamente convidou a desconfiar das construções (e das reconstruções) excessivamente teóricas e abstratas: como historicamente nunca existiu (nem mesmo, podemos acrescentar, nas experiências de common law) um processo acusatório puro, assim como nunca existiu um processo inquisitório puro. Os eventos históricos do processo penal nos oferecem ao contrário um quadro articulado e composto, formado – como nos recorda Pifferi – por "contaminações, interferências, desperdícios e hibridações", numa contínua e oscilante alternância, de resto já claramente advertida e sinteticamente descrita por Felippo Maria Renanzi em 1777*." (DEZZA, Ettore. Accusa e Inquisizione nell'Esperienza Italiana Contemporanea. In: NEGRI, Daniele e PIFFERI, Michele (org.) *Diritti Individuali e Processo Penale nell'Italia Repubblicana*. Materiali dall'incontro di studio Ferrara, 12-13 novembre 2010. *Per la storia del pensiero giuridico moderno,* 93, Milano: Giuffré Editore, 2011, p. 101-116).

doutrinário, pretensões de organização científica do processo penal. E aqui se chega às questões que movem o presente artigo, no qual se procurará discutir se o *plea bargaining* norte-americano pode ter sido originado por meios considerados pela doutrina contemporânea como predominantemente "inquisitórios". Em caso afirmativo, se procurará considerar se faz sentido seguir dizendo que o sistema processual penal dos Estados Unidos da América seja "acusatório". E mais: desconstruído os rótulos que predominam na doutrina em torno desse tema, será avaliado se também faz sentido insistir no emprego da dicotomia dos sistemas processuais penais, em acusatório *versus* inquisitório, notadamente na discussão da adoção de modelos processuais inspirados no *plea bargaining* norte-americano. Até porque, é curioso que muitos considerem o sistema norte-americano como acusatório e ele se resolva, em 95% dos casos, com a solução negociada nos moldes do *plea bargaining*[30]. E de um *plea bargaining*, registra-se, "*à la americana*", isto é, que funciona na medida em que o acusado se declara culpado e renuncia direitos básicos do processo para evitar o risco de penas mais elevadas, inclusive, a pena capital em alguns Estados daquele país.[31]

---

[30] WATSON, Duncan. The Attorney General's Guidelines on Plea Bargaining in Serious Fraud: Obtaining Guilty Pleas Fairly? In: *The Journal of Criminal Law*. Vol. 74, Edição 1, p. 77-90, fevereiro de 2010, p. 78. Vide, também, a crítica de BARKOW, Rachel E. Separation of Powers and the Criminal Law. In: *Stanford Law Review*, Stanford, v. 58, n. 4, p. 989-1054, fev. 2006, p. 1033. Também é relevante a análise estatística progressiva apresentada por STITH, Kate. The Arc of Pendulum: Judges, Prosecutors, and the Exercise of Discretion. In: *Yale Law School Legal Scholarship Repository*, New Haven, nº 117, p. 1420-1497, 2008, pp. 1453-1454, em tradução livre: "*As Guidelines e a concomitantemente imposição de sentenças mínimas, teve outros efeitos significantes. Um dos mais notados foi a redução na frequência dos julgamentos federais. Antes das Guidelines, mais de 12% dos acusados por crimes federais eram condenados mediante julgamento; até 1996, esta percentagem chegou a 8%; e desde 2000 tem sido inferior a 5%. De fato, durante o período 'compulsório' das Guidelines, declarações de culpa acabaram substituindo os julgamentos no sistema federal. Aqueles que estudaram esse fenômeno com razão dizem que isso decorre da 'adoção de novas leis a respeito de sentenças, que acabaram aumentando a influência do plea bargaining, em proveito dos prosecutors'*.

[31] ALSCHULER, Albert W. Plea Bargaining and Its History. *Columbia Law Review*. Vol. 79, nº 01, Jan 1979, p. 01.

O ponto principal deste artigo, portanto, é demonstrar que não há uma rigidez conceitual nos sistemas processuais penais e isso será feito a partir da análise das raízes históricas do *plea bargaining* em território norte-americano. Quando a doutrina de processo penal fica amarrada à dicotomia "acusatório" *versus* "inquisitório", costuma dizer que o sistema norte-americano seria "acusatório", porém, também há indícios que o *plea bargaining* tenha sido introduzido nos Estados Unidos pelos puritanos, em Massachussets, no século XVII, revelando-se no famoso caso das "bruxas de Salem"[32], em modo de julgamento que, nessa mesma classificação dicotômica, seria tachado de "inquisitório". Neste ponto, vale anotar que apesar desse modelo negocial ter sido mais utilizado após a Guerra Civil americana, em 1865[33], devido ao grande aumento da criminalidade que ocorreu junto ao deslocamento populacional em direção às regiões urbanas e imigração[34], causando sobrecarga judiciária, há registros que antecedem esse momento, servindo o caso das bruxas de Salem de exemplo marcante e muito pouco explorado nessa discussão teórica em torno da classificação do sistema processual penal norte-americano.

Compreender como esse instituto surgiu e se desenvolveu nos Estados Unidos pode ser o ponto de partida para o abandono das categorias forçadas que não permitem enxergar para além delas mesmas. Essa amarração dicotômica e maniqueísta – ou o instituto é acusatório (e merece ser adotado) ou é inquisitório (e merece ser rechaçado) – não tolera que se avance para a construção de um melhor modelo de processo penal, adaptado à realidade e à Constituição brasileira, mantendo o país tanto numa discussão eurocêntrica em torno dos sistemas, quanto numa

---

[32] Seria possível questionar se antes desse caso não tenha havido algum outro em moldes similares em território norte-americano, mas é o caso das "bruxas de Salem" que marca profundamente, na população daquele país, a percepção de que o uso da barganha pela confissão como modelo para evitar condenações à morte é uma opção a ser considerada, o que revela a importância histórica significativa na construção do *plea bargaining* nos Estados Unidos.

[33] ALSCHULER, Albert W. Plea Bargaining and Its History. *Columbia Law Review*. Vol. 79, nº 01, Jan 1979, p. 06.

[34] George Fischer, no entanto, considera que existiram três ondas na adoção do *plea bargaining*, sendo que a primeira delas teria início apenas em 1920: FISCHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*: a history of plea bargaining in America. Stanford, California: Stanford University Press, 2003, p. 06.

disputa retórica a respeito do que se quer ou do que não se quer (por qualquer motivo, nem sempre declarado) para o processo penal brasileiro.

1. A Baía de Massachussetts

O caso das bruxas de Salem merece ser contextualizado para se compreender o grau de influência do poder, tanto religioso, quanto econômico, no desencadeamento das investigações, na condução dos processos e na adoção do modelo do *plea bargaining*.

Em meados do século XVI, na trilha da reforma protestante calvinista da Igreja Católica, cunhou-se, na Inglaterra, o termo "puritanismo", para designar as pessoas que desejavam se purificar dentro da Igreja Anglicana, sendo, posteriormente, interpretado como uma doutrina cristã. Por esses fiéis seguirem os ditames de Calvino, os adeptos do puritanismo desenvolveram um novo sistema de crenças que colocou em risco a herança feudal da época e acabou servindo aos interesses dos detentores do dinheiro[35] – e, nessa medida, de parcela do poder –, pois Calvino justificava a riqueza terrena como algo querido por Deus[36].

A principal característica desse grupo religioso era a graça da salvação e eles acreditavam que esta graça foi de forma divina destinada para um seleto grupo de pessoas, os eleitos, o que ocorria antes do seu nascimento. A virtude era o sinal da salvação e era encontrada na alma do puritano, por isso que as hierarquias, apesar de existentes, não eram úteis para determinar o valor divino, pois no céu não havia classe. Desta forma desenvolveram de forma diferenciada a ideia cristã de igualdade[37].

Assim, considerando-se "*escolhidos por Deus*" os puritanos se rebelaram, separando-se da Igreja Anglicana e por medo de punições

---

[35] GRIFFITHS, Megan Rose. Radicals, conservatives, and the Salem witchcraft crisis: *Exploiting the fragile communities of colonial New England*. Tese. Leiden University, 2017, p. 18.

[36] DE BONI, Luis Alberto. *Escritos Seletos de Martinho Lutero, Tomás Müntzer e João Calvino*. Tradução de Ilson Kayser, Martin N. Dreher, Helberto Michel, Arno F. Steltzer e Sabatini Lalli. Petrópolis: Vozes, 2000; DELUMEAU, Jean. *O Pecado e o Medo: A culpabilização no Ocidente (Séculos 13-18)*, vol. II. Tradução de Álvaro Lorencini, Bauru, SP: EDUSC, 2003, p. 371 e ss.

[37] GRIFFITHS, Megan Rose. Op. Cit., p. 19.

emigraram para a Holanda. Em meados de 1620, um pequeno grupo de puritanos, que ficou conhecido como peregrinos separatistas do Mayflower (nome do navio que os conduziu), embarcou para o território norte-americano para fundar a colônia de Plymouth[38].

Uma década depois eles se juntaram a outro grupo de imigrantes puritanos, não separatistas, que desembarcou do navio Arbella, na baía de Massachussetts. Esse novo grupo insistiu em manter os dogmas reformadores da Igreja Anglicana e foi predominante por ter o respaldo oficial. Apesar dessa imigração não ter sido financiada pela Coroa Inglesa, mas sim por um grupo de empresários privados que buscavam lucrar com a expedição, a autoridade inglesa forneceu aos puritanos a "*carta de patente para a Baía de Massachussetts*"[39], que não contou com a cláusula de competência para a Corte Londrina e foi entregue a John Winthrop e aos demais integrantes do grupo.[40] Ao desembarcar na baía, fundaram a comunidade de Massachussets, que foi criada com base nas suas próprias crenças, na mesma trilha de acreditar ser o povo eleito por Deus para criar o novo Éden na Terra.

A colônia mais puritana, Massachussetts, tornou a condição de ser um membro da Igreja um pré-requisito para o comércio, o que a fez se diferenciar do restante das colônias da Nova Inglaterra, e, por decisão democrática a colônia concedeu o poder de legislar a Winthrop e seus assistentes no governo.[41] Com a introdução de novas leis, iniciou-se um embate com os magistrados ingleses que não as respeitaram, pois agiam de forma conservadora. Para solucionar o conflito, buscou-se ajuda na Corte Geral da Inglaterra e, após diversas comissões, em 1647, foi aprovado um Código mais rígido, conhecido como *The Lawes and Liberties of Massachusetts*[42]. Dentre outras regras, o Código disciplinava que "*Se*

---

38 GRIFFITHS, Megan Rose. Op. Cit., p. 19-20.

39 A carta de patente para a Baía de Massachussetts, foi um documento entregue pela Coroa Inglesa que concedeu o domínio das terras em torno da Baía de Massachussets para os puritanos.

40 GRIFFITHS, Megan Rose. Op. Cit., p. 19-20.

41 SOUBBOTNIK, Michael A. Poder, autoridade e codificação das leis na "Cidade na Colina"*: a Baia do Massachusetts entre 1630 e 1648.* Université Paris-Est -UPEM, 2013, vol.30, p.61.

42 SOUBBOTNIK, Michael A. Op. Cit., p.70.

qualquer homem ou mulher for uma bruxa, isto é, tiver ou consultar um espírito familiar, eles serão mortos. Exod. 22. 18. Levit. 20. 27. Deut. 18. 10. 11." A bruxaria era considerada um dos "crimes capitais" e, para estes, era possível o emprego de tortura, após a condenação, visando alcançar outros partícipes do crime, assim regrado no mesmo Código: "*É ordenado, decretado e declarado por este Tribunal; que nenhum homem será forçado pela tortura a confessar qualquer crime contra si próprio ou outro, a menos que seja de crime capital onde ele seja condenado pela primeira vez por evidências claras e suficientes para ser culpado. Depois disso, se o caso for dessa natureza, é muito evidente que há outros conspiradores ou confederados com ele; então ele pode ser torturado, mas não com torturas tão bárbaras e desumanas*." [43]

Os colonos impuseram à sociedade modelos de conduta, padrões e ideais de vida que representariam o caminho ideal a ser trilhado para alcançar e desfrutar da graça de Deus. Nesse modelo se incluía o trabalho árduo e bem-sucedido em qualquer ofício ou negócio por mais mundano que fosse, pois, tudo era enviado por Deus e enriquecer era atender ao chamado do divino. Com esta posição as divergências com as leis inglesas se destacaram[44].

Apesar da questão religiosa que gira em torno da Nova Inglaterra, o vilarejo de Salem foi iniciado por interesse predominantemente agrícola e comercial, pois há uma rede de rios que desembocam em seu interior. Originalmente a localidade era conhecida apenas por "*Salem Farm*", que foi o nome coloquial designado ao responsável pelas questões agrícolas da comunidade. Após algum tempo, os fazendeiros passaram a divergir dos comerciantes, devido aos tributos que aumentaram, e, além disso, deixaram de fornecer alimentos à cidade. Esses conflitos proliferaram no período da secularização da colônia e, assim, era cada vez maior a mudança do agrícola para o mercantil, e os agricultores, que a princípio detinham o poder da vila, estavam perdendo o domínio do comércio.[45]

---

[43] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. The Lawes and Liberties of Massachusetts. *Online Library of Liberty*, 1647, tradução livre.

[44] SOUBBOTNIK, Michael A. Op. Cit., p.71.

[45] BOYER, Paul. NISSENBAUM, Stephen. *Salem Possessed*: The Social Origins of Witchcraft. Massachussetts: Harvard University Press, 2003, p. 39-40.

Em 1672, Salem Village passou a cuidar exclusivamente da atividade agrícola, separando-se da cidade, Salem Town, que ficou responsável pelo comércio[46].

Os atritos entre Salem Town e Salem Village aumentaram com o passar do tempo, como relatam dezenas de petições, resoluções, depoimentos e protestos da época. Em 1667, por exemplo, o Tribunal de *Essex* registrou o pedido dos fazendeiros para deixar de fornecer homens para fazer a vigilância noturna em Salem Town, e apesar do Tribunal ter atendido à pretensão dos fazendeiros, a cidade manteve as exigências acerca do serviço. O Tribunal, num primeiro momento, deixou de determinar o cumprimento de sua decisão.[47]

Como o grupo de fazendeiros não possuía um aparato eclesiástico, tampouco Igreja, ministro ou capela, devido a obrigatoriedade de participar dos eventos religiosos eram compelidos, aos fins de semana, a viajar para a cidade. Foi nesse ponto que se potencializaram os impulsos separatistas na comunidade. Com a decisão do Tribunal finalmente se fazendo cumprir, permitiu-se a independência clerical e foram designados um ministro e a construção de uma Igreja em Salem Village. Ocorre que, Salem Town expediu também uma cobrança fiscal especial, aos fazendeiros, para arcar com as despesas da construção dessa capela. Assim, iniciaram-se diversos protestos e manifestos de recusa ao pagamento do tributo extra.[48] Dois fazendeiros, John e Thomas Putnan, ficaram responsáveis por levar o abaixo-assinado à cidade, porém o documento não foi recebido, nem mesmo após muita insistência. Essa e inúmeras outras rejeições semelhantes provaram que a cidade de Salem era hostil aos seus interesses. [49]

A instabilidade da situação da comunidade de Salem Village contribuiu, e muito, para acentuar as brigas internas e a desordem na região. Segundo Jeremiah Watt, morador da vila, esse desfecho caracterizou a comunidade como aquela em que: "*irmão é contra o seu irmão e os vizinhos são contra os seus vizinhos, pois todos brigam e ferem uns aos outros*". [50]

---

[46] BOYER, Paul. NISSENBAUM, Stephen. Op. Cit., p. 17-18.

[47] BOYER, Paul. NISSENBAUM, Stephen. Op. Cit., p. 40.

[48] BOYER, Paul. NISSENBAUM, Stephen. Op. Cit., pag. 40.

[49] BOYER, Paul. NISSENBAUM, Stephen. Idem.

[50] BOYER, Paul. NISSENBAUM, Stephen. Op. Cit., p. 45-46.

O ocorrido com o ministro James Bayley foi o estopim dos conflitos. Ele iniciou seu trabalho, em Salem Village, em outubro de 1672. Já no ano seguinte foi chamado para uma reunião entre os chefes de família do local, ocasião em que foi presenteado por cinco fazendeiros com quarenta acres de terra, em área nobre, para construir a sua residência. Porém, no mesmo ano se verificaram os primeiros sinais de descontentamento com o seu ministério, quando quatorze membros atrasaram o pagamento dos impostos com o apoio do ministro.[51]

Em 1679, algumas pessoas da comunidade de Salem Village, lideradas por Nathaniel Putman, e Bray Wilkins, se voltaram contra Bayley que convocou, em seguida, uma reunião para reconhecer as divergências e enfatizar que iria se comprometer ainda mais com o seu trabalho. Após diversos conflitos com o ministro, foi feito um apelo para a Igreja de Salem Town para que ela os ajudasse a resolver as controvérsias. Em abril do mesmo ano, o ministro da cidade, John Higginson, enviou uma carta ao conselho de Salem Village favorecendo a Bayley e aconselhando os moradores da região a se submeter ao comando do ministro[52].

O ministro Bayley, meses depois, em julho, informou aos moradores que pretendia sair do cargo, o que potencializou os conflitos. Além disso, foram enviadas ao Tribunal inúmeras petições externando a revolta das pessoas. Em resposta, a câmara redigiu um decreto que ordenava que: "*o Sr. Bayley continuasse no cargo e se estabelecesse como o ministro daquela região*". Somou-se a isso, o alerta da cidade aos moradores de Salem Village para que os impostos fossem pagos corretamente e caso houvesse irregularidade haveria consequência. Esta ameaça deixou transparecer os interesses políticos na questão e foi o ponto principal para desencadear o "*surto de bruxaria*" de 1692.

Após a saída de três dos ministros designados para Salem Village a comunidade se tornou instável e distante da tão esperada independência. O novo ministro, Samuel Parris, em meados de 1691, identificou publicamente alguns dos moradores como seus inimigos[53].

---

51 BOYER, Paul. NISSENBAUM, Stephen. Op. Cit., p. 46.

52 BOYER, Paul. NISSENBAUM, Stephen. Idem.

53 BOYER, Paul. NISSENBAUM, Stephen. Op. Cit., p. 60.

Com esses intensos conflitos se formaram dois grupos na região de Salem Village: os a favor e os contra Parris. Esse é o pano de fundo para o que viria em seguida: o surto das bruxas de Salem, em 1692, decorrência da intensidade com que se vivenciou o aumento da vingança entre os locais[54].

Discovery Education

2. O julgamento das bruxas de Salem e o *plea bargaining*.

Na pequena comunidade de Salem Village meninas jovens se reuniam para conversar a respeito do futuro e, ocasionalmente, criaram uma "*bola de cristal*", bastante primitiva, feita com uma clara de ovo que ficava suspensa em um copo que flutuava[55].

Em fevereiro de 1692, os pais destas meninas externaram em palavras o que estava ocorrendo com as suas filhas, como sendo

[54] BOYER, Paul. NISSENBAUM, Stephen. Op. Cit., p. 65.

[55] BOYER, Paul. NISSENBAUM, Stephen. Op. Cit., p. 01.

"*comportamento estranho*". Como os ânimos estavam acirrados, foi o suficiente para dar início ao que se denominou como o "*surto das bruxas*"[56].

A princípio, tentou-se contornar a situação de maneira silenciosa, até que o ministro Parris resolveu tomar uma postura a respeito da situação e chamou o médico local, para tratar a sua filha, Betty Parris, de nove anos, e a sua sobrinha, Abigail Willians, de onze anos, que sofriam de convulsão. O doutor, Griggs, não alcançou um diagnóstico: "*não consigo identificar o comportamento delas*", e então, o posicionamento foi que elas poderiam estar possuídas por um demônio. Assim, não se tratava de doença, mas sim, de um crime cometido contra estas jovens meninas[57], ou seja, alguém as havia enfeitiçado e deveria ser investigado para que se pudesse punir o culpado.

Posteriormente, mais oito meninas, incluindo três da família Putman, também foram "afetadas", apresentando marcas de machucados pelo corpo, o que deixou a comunidade em estado de alerta máximo. E, por fim, no dia 29 de fevereiro de 1692, após longo questionamento e conversa com essas meninas, consideradas "*vítimas de bruxaria*", elas apontaram três nomes e foram expedidos mandados de prisão em face de: Sarah Good, Sarah Osborne e uma escrava, índia, chamada Tituba, acusadas de "bruxaria"[58]. Os registros dos depoimentos da época deixam transparecer, ao menos naquele de Sarah Good, uma pressão para confessar. Ela é perguntada a respeito de seu conhecimento dos espíritos malignos, se fez um pacto com o diabo, e se machucou as meninas, no que ela responde negativamente. As meninas, então, são chamadas à frente de Sarah Good e apontam para ela como uma das pessoas que as machucaram. O interrogador, então, retoma a palavra e diz: "*Sarah Good você não vê agora o que você fez? Porque você não nos conta a verdade? Por que você causou tormentos nessas pobres crianças?*" Pressionada, Sarah Good acusou Sarah Osborne de ter machucado as crianças. Sarah Osborne negou

---

[56] BOYER, Paul. NISSENBAUM, Stephen. Idem.

[57] BOYER, Paul. NISSENBAUM, Stephen. Op. Cit., p. 02.

[58] ROSENTHAL, Bernard (General Editor). Warrant for the Apprehension of Sarah Good, and Officer's Return. In: *Records of the Salem Witch-Hunt*. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 125.

as práticas de bruxaria, no entanto a escrava Tituba confessou, dizendo que "*o diabo veio até ela e a obrigou a lhe servir*". Acrescentou, ainda, que quatro mulheres e um homem machucavam as crianças, dentre elas Sarah Osborn e Sarah Good e disse que eles lhe obrigaram a também lesionar as crianças, caso contrário ela seria machucada por eles. A escrava prestou dois depoimentos e revelando atender ao que os interrogadores queriam ouvir, disse ter visto gatos pretos e vermelhos os quais lhe arranharam porque ela não queria servir aos seus propósitos de machucar as crianças. Sempre induzida pelas perguntas, ia confirmando tudo o que lhe perguntavam, chegando a confessar ter firmado um contrato por escrito com o diabo, se dizendo muito arrependida[59].

Com a confissão da escrava, o aparelho governamental que provocou a histeria das bruxas também criou rígidos critérios, que podem ser classificados, nos termos da dicotomia doutrinária de processo penal, como "inquisitoriais", para salvar a vida dessas mulheres acusadas de bruxaria: elas deveriam confessar e delatar seus cúmplices para que fossem poupadas da forca.[60]

Acreditava-se, na época, que a bruxa da Nova Inglaterra era uma pessoa com poderes sobrenaturais, através dos quais fazia mal as pessoas[61]. A confissão da escrava Tituba convenceu o povo da colônia que esta prática de bruxaria não se tratava de um caso isolado. O fato dela ter sido uma escrava, pode ter influenciado na sua confissão, pois não prestigiava de posição social e o pedido por clemência poderia ser a única forma de poupar a sua vida, e de fato, foi o que ocorreu[62]. Ela permaneceu encarcerada durante um período e ao se submeter ao *Grand*

---

59 ROSENTHAL, Bernard (General Editor). Examinations of Sarah Good, Sarah Osburn, & Tituba, as Recorded by Ezekiel Cheever. In: *Records of the Salem Witch-Hunt*. New York: Cambridge University Press, 2014, pp. 127 e ss.

60 MORAIS, Gabriela de Souza. *Os processos de Salem*: uma breve análise da sua historiografia, memórias e representações. Curitiba: Cadernos de Clio, 2015, p. 152.

61 ROSENTHAL, Bernard (General Editor). General Introduction. In: *Records of the Salem Witch-Hunt*. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 15-16.

62 CONDÉ, Maryse. *Eu, Tituba* – bruxa negra de Salem. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2019, p. 55 (kindle).

Jury (júri de acusação) teve sua acusação recusada ("*ignoramus*") em 9 de maio de 1692[63].

No dia 21 de maio de 1692, foi feita uma denúncia por Thomas Putnan e John Putnan, contra Susannah Roots. Segundo eles, ela teria praticado diversos atos de bruxaria nos corpos de Mary Wallcott, Abigal Williams, Marcy Lewis, Ann Putnan e outras meninas[64].

A primeira a ser julgada pelo Tribunal foi Bridget Bishop que se declarou tão inocente "*quanto uma criança que acabara de nascer*" e no dia 10 de junho de 1692 foi executada na forca. Este modelo se repetiu com todas as acusadas que se negaram a confessar.[65]

O julgamento de Rebeca Eames, foi em 1692. Ela foi acusada de praticar feitiçaria e, inicialmente, confessou a sua culpa, pediu perdão ao senhor e prometeu obediência a ele pelo resto da sua vida. Depois, negou os fatos e foi condenada à forca[66], pois, segundo os juízes: "*o diabo te batizou, encontrou o seu corpo e fez de você uma bruxa*"[67].

O julgamento de Abigail Hobbs, torna-se interessante na compreensão da adoção de um modelo equivalente ao moderno *plea bargaining*, pois demonstra o momento que as pessoas acusadas de serem bruxas perceberam que, por mais que fossem inocentes, negar as acusações as levaria à morte, e, confessar e suplicar pelo perdão, seria a única chance de poupar as suas vidas. Ela havia sido condenada à morte na forca[68], suplicou pelo perdão e "*ofereceu a sua vida como expiação de seu pecado*".

---

63 ROSENTHAL, Bernard (General Editor). Indictment of Tituba, for Covenanting (Returned Ignoramus). In: *Records of the Salem Witch-Hunt*. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 820.

64 BOYER, Paul. NISSENBAUM, Stephen. *The Salem Witchcraft Papers*: Verbatim Transcripts of the Legal Documents of the Salem Witchcraft Outbreak of 1692.

65 BROOKS, Rebecca Beatrice. History of the Salem witch trials. In: *History of Massachusetts*, 2011.

66 ROACH, Marilynne. *The Salem Witch Trials. A day-by-day chronicle of a Community under siege*. New York: Taylor Trade Publishing, 2004, p. 294.

67 WOODWARD, W. Elliot. *Records od Salem witchcraft – copied from the original documents*. Vol. II. Roxbury, Massachussets: Privately printed for W. E. Woodward, 1864, pp. 143-146.

68 ROACH, Marilynne. *The Salem Witch Trials. A day-by-day chronicle of a Community under siege*. New York: Taylor Trade Publishing, 2004, p. 295.

Após ser perdoada, as outras mulheres acusadas de bruxaria e que estavam no corredor da morte seguiram seu exemplo, ou seja, "*as demais supostas bruxas também começaram a confessar*".[69]

O certo é que se espalhou entre os envolvidos a ideia de que a confissão serviria de mote para o posterior perdão, evitando a forca. A pressão psicológica pela confissão ficou bem demonstrada no caso ocorrido em janeiro de 1693, envolvendo seis mulheres acusadas de bruxaria: Mary Osgood, Mary Tyler, Deliverance Dane, Abigail Barker, Sarah Wilson Sr. e Hannah Tyler. Havia uma crença, na época, de que, em casos de bruxaria, pessoas doentes podiam sentir quem eram os culpados pela sua doença, quando essas pessoas delas se aproximassem. E isso servia como uma "prova espectral". Um casal da cidade de Andover, vizinha de Salem, Joseph Ballard e sua esposa, estavam doentes e, por alguma razão que não consta dos documentos da época, as seis mulheres foram trazidas, vendadas, à presença do casal, sendo instadas a tocar-lhes com as mãos. Ao sentir a presença das seis mulheres, o casal as acusou de bruxaria, dizendo que estavam bem e se sentiram mal na presença delas. As mulheres foram presas e quando apresentadas ao Grand Jury, prestaram o seguinte depoimento, assim registrado nos documentos da época:

> "Então, todas nós fomos capturadas, como prisioneiras, por um mandado do Juiz de Paz e imediatamente transportadas para Salem. E, devido a essa súbita surpresa, por nos conhecermos completamente inocentes desse crime, ficamos todas extremamente atônitas e espantadas, e consternadas e aterrorizadas, mesmo fora de nossa razão; e nossas relações mais próximas e mais queridas, vendo-nos nessa condição terrível e conhecendo nosso grande perigo, compreenderam que não havia outra maneira de salvar nossas vidas, já que o caso havia sido circunstanciado, senão confessando-nos ser tais e tais pessoas como os afetados nos representavam ser, eles, por ternura e piedade, nos convenceram a confessar o que confessamos. E, de fato, essa confissão, como se diz que fizemos, não era outra senão o que nos foi sugerido por alguns senhores, eles nos disseram que éramos bruxas, e que eles sabiam disso, e sabiam disso, e sabiam disso, o que nos fez pensar que era assim;

[69] UPHAM, Caroline E. Idem.

> e nossos entendimentos, nossa razão, nossas faculdades quase desapareceram, não fomos capazes de julgar nossa condição; assim como as duras medidas que eles usaram conosco nos tornaram incapazes de fazer nossa defesa, apenas dissemos tudo e qualquer coisa que desejavam, e a maior parte do que dissemos, foi, na verdade, um consentimento do que eles disseram. Algum tempo depois, quando estávamos mais bem compostas, eles nos dizendo o que havíamos confessado, professamos ser inocentes e ignorantes de tais coisas; e ouvimos que Samuel Wardwell havia renunciado à sua confissão e, rapidamente, depois teria sido condenado e executado, e assim disseram que algumas de nós estávamos indo atrás de Wardwell."[70]

Esse registro histórico é marcante de como operava a pressão pela confissão na época, ainda mais diante do medo da forca. Além da confissão evitar a morte, a recusa em confessar poderia levar à tortura, como se deu no caso de Giles Corey, um agricultor com má fama na comunidade, pois os Putman acreditavam que ele era envolvido com negócios ilegais. A sua reputação piorou após espancar Jacob Goodale, um trabalhador rural, até a sua morte, em 1676, e para ajudar na trama ele foi viúvo por três vezes. No dia 21 de março de 1692, a sua esposa Martha Corey, foi acusada de bruxaria, e ele por estar envolvido com os casos de bruxaria, a princípio acreditou, e inclusive, testemunhou contra a sua esposa, dizendo que seu boi e seu gato tiveram uma súbita doença e, além disso, disse que a sua esposa ficava até tarde da noite ajoelhada em frente à lareira fazendo orações.[71]

No dia 18 de abril de 1692, foi expedido um mandado de prisão contra Giles Corey, que havia sido acusado de realizar bruxaria por Ann Putnan Jr., Mercy Lewis, Abigail Williams, Mary Walcott e Elizabeth Hubbard. No julgamento de Corey, ele negou a prática de bruxaria e os juízes John Hathorne e Jonathan Corwin o acusaram diversas vezes de

---

[70] ROSENTHAL, Bernard (General Editor). Declaration of Mary Osgood, Mary Tyler, Deliverance Dane, Abigail Barker, Sarah Wilson Sr., & Hannah Tyler. In: *Records of the Salem Witch-Hunt*. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 738, tradução livre.

[71] BROOKS, Rebecca Beatrice. Idem.

mentiroso, inclusive, no Tribunal, as mãos de Corey foram amarradas, como demonstrou os registros do ministro Samuel Parris[72]:

> "Então o tribunal ordenou que suas mãos fossem atadas.
>
> Magistrado: Não é suficiente agir com bruxaria em outros momentos, mas você deve fazê-lo agora diante da autoridade?
>
> Corey: Sou uma pobre criatura e não posso evitar.
>
> Com o movimento de sua cabeça novamente, eles tiveram suas cabeças e pescoços aflitos.
>
> Magistrado: Por que você mente para as testemunhas que te ouviram falar dessa maneira, nesta mesma manhã?
>
> Corey: Eu nunca vi nada além de um porco preto".

Na tentativa de obter informações do acusado, o Tribunal apresentou o testemunho que ele havia feito contra a sua esposa, porém, ele se recusou a fornecer qualquer informação. Seu julgamento nunca chegou ao fim, pois faleceu sendo torturado, pelo Xerife Corwin, em setembro de 1692.[73]

O caso de Corey também deixa evidenciado que as pessoas que se recusavam a prestar informações eram torturadas, não obstante a lei da época só admitisse formalmente a tortura para os condenados a fim de entregar seus cúmplices. Além disso, como demonstrado acima, as supostas bruxas que se declaravam inocentes eram condenadas à morte, como o caso de Bridget Bishop, mas quando elas confessavam o crime e se declaravam culpadas de todas as acusações, elas eram perdoadas, permaneciam um tempo em cárcere e logo após retornavam aos seus lares. No caso, se fosse invocar a dicotomia dos sistemas processuais penais, caberia dizer que, no julgamento das bruxas de Salem se evidenciou os primeiros sinais de *plea bargaining* como um modelo processual penal muito mais voltado para o rótulo de "inquisitório" do que de "acusatório".

---

72 BROOKS, Rebecca Beatrice. Idem.

73 BROOKS, Rebecca Beatrice. Idem.

Apesar das condenações e execuções de bruxaria no restante da Europa estarem relacionadas a mulheres de baixa renda e sem posição social de destaque, assim como Tituba, na Nova Inglaterra ocorreu de forma diferente, pois o escândalo de bruxaria atingiu pessoas consideradas da alta sociedade e desse modo, evidenciou-se que a questão era mais política e econômica do que apenas religiosa.[74]

Em outubro de 1692, foi aprovada a lei que proibia o uso de "evidência espectral" como prova e, consequentemente, as pessoas acusadas de serem bruxas passaram a ser perdoadas por falta de prova.[75] O Tribunal responsável pelo julgamento das bruxas de Salem foi encerrado em maio de 1693, tendo investigado 162 pessoas, das quais 52 foram processadas, 30 condenadas à morte e 20 executadas. Cinco delas morreram na cadeia[76].

Após o fim do julgamento das bruxas, os crimes cometidos no Tribunal deixaram a população de Salem com sentimento de culpa. Em 1697, o então governador, Stoughton, emitiu uma nota de esperança em busca do perdão de Deus, e assim, o dia 15 de janeiro de 1697 ficou conhecido como: o Dia da Humilhação Oficial.[77]

Como visto, nesses registros dos julgamentos das bruxas de Salém é possível evidenciar os primeiros sinais, em território norte-americano, do modelo que hoje se conhece por *plea bargaining*.[78] Naquele nascedouro do que viria a se tornar os Estados Unidos da América, quando as mulheres acusadas pelo crime de bruxaria admitiam a culpa, eram poupadas da forca e a pena era substituída pelo cárcere seguido da soltura, já as que negavam o "delito", eram executadas[79].

Os crimes cometidos no julgamento de Salem traumatizaram a população da época e, com isso, "*há relatos que indicam que, por tempo, os Tribunais anglo-americanos não incentivaram as admissões de culpa, e*

---

74 MORAIS, Gabriela de Souza. Op. Cit., p. 152.

75 BROOKS, Rebecca Beatrice. Op. Cit., p. 149-150.

76 ROACH, Marilynne K. *Six Women of Salem. The untold story of the accused and their accusers in the Salem Witch Trials*. Boston: Da Capo Press, 2013, p. IX.

77 BROOKS, Rebecca Beatrice. Idem.

78 LEVISON, David. *Encyclopedia of crime and punishment*. Thousand Oaks, California: Sage, 2002, p. 1148.

79 LEVISON, David. Idem.

com frequência desencorajavam esta prática." [80] Além disso, o historiador Alschuler, concluiu que: "*há registros criminais americanos, do início do século XIX, que revelam uma taxa extremamente baixa de condenações. Essa prática de desencorajamento da admissão de culpa persistiu até a metade desse mesmo século, pois surgiu a figura mais ativa do promotor de justiça nos casos criminais.*"[81] E posteriormente, após muita resistência dos Tribunais, eles passaram a admitir a barganha como uma prática legal nos Estados Unidos.

O primeiro registro, dessa nova tentativa, de *plea bargaining* norte-americano foi em 1804, período pós independência, curiosamente em Massachussets[82]. John Battis, um negro de vinte anos de idade, declarou-se culpado (*plea guilty*) da acusação de homicídio de uma menina, pele branca, de 13 anos de idade.[83] O magistrado do Tribunal, informou-o sobre o seu direito de permanecer em silêncio e também de negar qualquer uma das acusações que lhe foram imputadas. Mas Battis, insistiu em se declarar culpado de todas as acusações.[84]

Os norte-americanos do vilarejo de Salem, sem ter a dimensão exata do que faziam, no seio de uma situação volátil e perigosa, acabaram induzindo, culturalmente, a criação de um sistema de justiça criminal,[85] de molde muito mais ajustado ao rótulo de "inquisitorial" e que ainda hoje é responsável por aproximadamente 95% das condenações nos Estados Unidos da América.

O estudo realizado por John Harris Langbein, sobre as semelhanças dos métodos coercitivos exercidos no *plea bargaining* e na inquisição medieval, confirma a hipótese de, nos termos da dicotomia doutrinária, ser catalogado como "inquisitório" aquele instituto.

Segundo Langbein, a barganha é utilizada como instrumento de negociação no *plea bargaining* entre o promotor e o acusado. Com uma

---

[80] ALSCHULER, Albert. Op. Cit., p.5.

[81] ALSCHULER, Albert. Idem.

[82] ALSCHULER, Albert. Op. Cit., p. 09.

[83] ESTADOS UNIDOS. United States – Mass, 95 (1804), Commonwealth v. Bettis. In: *Caselaw Acess Project*. Harvard Law School.

[84] Idem.

[85] BROOKS, Rebecca Beatrice. Op. Cit.

vantagem sobre o acusado, o agente público o induz a confessar a sua culpa e renunciar os seus direitos a um julgamento em troca de atenuação da pena, ou seja, há uma clemência por parte do promotor de Justiça na redução da pena e convencimento do juiz para homologação do acordo.[86]

Para ele, as semelhanças entre os métodos coercitivos utilizados pelo promotor do *plea bargaining* nos Estados Unidos e do inquisidor medieval são significativas e o principal paralelo entre eles é o uso da confissão como único meio de prova. Da mesma forma ambos buscam induzir o juiz a realizar a mesma apreciação apresentada e os acusados nos dois processos renunciam aos seus direitos. A similitude entre estas instituições reside no fato do país norte-americano ter substituído a tortura por sentenças que impõem penas elevadíssimas, inclusive de morte, e é neste ponto que a barganha se torna semelhante à tortura coercitiva.[87]

> "Obviamente há uma diferença entre ter seus membros esmagados ou sofrer alguns anos extras de prisão se você se recusar a confessar, mas a diferença é de grau, não de tipo." [88]

Analisando essas situações, nota-se que, em uma o acusado confessava por medo de ser submetido à tortura, já na outra, o acusado confessa por medo de ficar muito mais tempo na prisão ou ser morto.[89] O mesmo ocorreu no julgamento das bruxas de Salem: as pessoas acusadas de serem bruxas confessavam por medo da forca.

Neste contexto, caso se siga insistindo em invocar a dicotomia dos sistemas processuais penais, nitidamente, deve-se dizer que os Estados Unidos da América possuem um sistema predominantemente "inquisitório" e não "acusatório" como diz a maioria dos doutrinadores, pois uma vez que o *plea bargaining* corresponde a cerca de 95% dos casos, não parece sensato afirmar que esses 5% torne algo prevalente ou seja representativo do seja o seu sistema processual.

---

[86] LANGBEIN, John H. Torture and Plea Bargaining, *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 46, n. 3, 1978, p. 03-22.

[87] LANGBEIN, John H. Op. cit., p. 12.

[88] LANGBEIN, John H. Op. cit., pp. 12-13.

[89] LANGBEIN, John H. Op. cit., p. 13.

Em verdade, essa questão toda permite tornar mais evidente que essa disputa classificatória entre "acusatório" e "inquisitório", parece ser um erro teórico que se perdura por gerações. Melhor do que o rótulo de um e de outro é saber se o instituto atende às premissas de orientação do direito interno de cada país. Por exemplo, a Constituição da República brasileira de 1988, deixa anotada uma dupla baliza de orientação: não se toleram excessos no exercício do poder, mas, simultaneamente, o poder deve atuar positivamente, em favor do cidadão, que não pode estar desprotegido em seu cotidiano. Se o instituto do *plea bargaining* à brasileira viesse a observar esses limites de orientação, ele poderia ser considerado como ajustado ao modelo de processo penal brasileiro. E não importa o rótulo que se lhe dê. Do contrário, se viesse nos moldes hoje praticados nos Estados Unidos, com penas elevadíssimas, correspondentes, por vezes, à prisão perpétua e até mesmo pena de morte, somado ao poder exacerbado do promotor, que pode inclusive barganhar imputações, ele não seria considerado ajustado ao sistema processual penal brasileiro. E, repita-se, não interessa se ele será chamado de "acusatório" ou "inquisitório", mas sim, se a maneira pela qual vem regrado se ajusta ao plano constitucional interno, ou seja, ao direito interno do Brasil.

Considerações Finais

Com a abordagem do contexto histórico em que se deu o caso das bruxas de Salem e com o detalhamento de como foram conduzidos os julgamentos – com pressão pela confissão em troca da liberdade, somado a práticas de tortura, em moldes similares ao que se produzia na Europa continental –, pode-se dizer que a expressão primitiva do *plea bargaining* norte-americano tem traços marcadamente considerados pela doutrina contemporânea como predominantemente "inquisitórios".

A história, portanto, prevalece sobre os discursos, e o que se extrai do quanto sucedeu no século XVII, em Massachussetts, é apenas mais uma prova do equívoco que se enfrenta quando se insiste em seguir vinculado a uma, historicamente, falsa dicotomia dos sistemas em "acusatório" e "inquisitório". A origem "inquisitória" do *plea bargaining* e a sua sobreposição sobre o sistema "acusatório", invalida classificar o sistema processual penal americano como "acusatório". Essa análise também

revela a necessidade de não se desmerecer a importância das diretrizes do direito interno e a evolução histórica de cada Estado, em decorrência de suas origens étnicas, usos e costumes. Assim, e considerando que hoje em dia 95% dos casos naquele país se resolvem pelo *plea bargaining*, não faz sentido seguir dizendo que o sistema processual penal dos Estados Unidos da América seja "acusatório".

E mais: desconstruído os rótulos que predominam na doutrina em torno desse tema, não faz sentido insistir no emprego da dicotomia dos sistemas processuais penais, em acusatório *versus* inquisitório, notadamente na discussão da adoção de modelos processuais inspirados no *plea bargaining* norte-americano. O que se tem, afinal, nos Estados Unidos é o "sistema processual norte-americano", com suas vantagens e desvantagens históricas, mas que atende à realidade daquele país.

Quanto ao Brasil, resta saber se as propostas legislativas obedecerão às diretrizes da Constituição da República de 1988, de proibição de excessos, de um lado, e de proibição de proteção insuficiente, de outro. Assim, o que menos importa é a etiqueta que se dê.

Referências

ALSCHULER, Albert W. Plea Bargaining and Its History. *Columbia Law Review*. Vol. 79, nº 01, p. 01-43, Jan 1979.

ANDERSON. Robert Charles. *The great migration*. Volume VI. Boston, 2009.

BARKOW, Rachel E. Separation of Powers and the Criminal Law. *Stanford Law Review*, Stanford, v. 58, n. 4, p. 989-1054, fev. 2006.

BEAUMANOIR, Philippe de. *Les Costumes de Beauvoisis*. Nouvelle edition, publié d'aprés le manuscrits de la bibiotheque royale. Paris: Jules Renouard, 1842.

BIENER, Friedrich August. *Beiträge zu der Geschichte des Inquisitionsprozesses und der Geschworenengerichte*. Leipzig, 1827.

BOYER, Paul. NISSENBAUM, Stephen. *Salem Possessed*: The Social Origins of Witchcraft. Massachussetts: Harvard University Press, 2003.

BROOKS, Rebecca Beatrice. History of the Salem witch trials. In: *History of Massachusetts*, 2011. Disponível em: http://historyofmassachusetts.org/the-salem-witch-trials/ acesso dia 26 de julho de 2019.

BURKE, Alafair S. Persecutorial Passion, Cognitive Bias, and Plea Bargaining. *Marquette Law Review*, 183, vol. 91, Issue 1. Symposium: Dispute Resolution in Criminal Law, article 9, 2007.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DE BONI, Luis Alberto. *Escritos Seletos de Martinho Lutero, Tomás Müntzer e João Calvino.* Tradução de Ilson Kayser, Martin N. Dreher, Helberto Michel, Arno F. Steltzer e Sabatini Lalli. Petrópolis: Vozes, 2000.

DELUMEAU, Jean. *O Pecado e o Medo: A culpabilização no Ocidente (Séculos 13-18)*, vol. II. Tradução de Álvaro Lorencini, Bauru, SP: EDUSC, 2003.

CALVINO, João. Série Comentários Bíblicos - *Gêneses*. Volume 1, Editora: CLIRE, 2018.

CAMARGO DE CASTRO, Ana Lara. *Plea Bargain*: resolução penal pactuada nos Estados Unidos. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

CARBASSE, Jean-Marie. *Histoire du droit penal et de la justice criminelle, 2ª edición refondue*. Paris: Presses Universitaires de France, 2009.

CARMIGNANI, Giovanni. *Teoria delle leggi della sicuritezza sociale*. Tomo IV, Pisa: Fratelli Nistri, 1832.

CARRARA, Francesco. *Programma del Corso di Diritto Criminale, Parte Generale*. Vol. II, 9ª ed., Firenze: Casa Editrice Libraria "Fratelli Cammelli", 1902.

CONDÉ, Maryse. *Eu, Tituba – bruxa negra de Salem*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2019.

DEZZA, Ettore. Accusa e Inquisizione nell'Esperienza Italiana Contemporanea. In: NEGRI, Daniele e PIFFERI, Michele (org.) *Diritti Individuali e Processo Penale nell'Italia Repubblicana*. Materiali dall'incontro di studio Ferrara, 12-13 novembre 2010. Per la storia del pensiero giuridico moderno, 93, Milano: Giuffré Editore, 2011, pp. 101-116.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. The Lawes and Liberties of Massachusetts. In: *Online Library of Liberty*, 1647. Disponível em https://oll.libertyfund.org/pages/1647-laws-and-liberties-of-massachusetts, acesso em 13 de abril de 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States – Mass, 95 (1804), Commonwealth v. Bettis. In: *Caselaw Acess Project*. Harvard Law School. Disponível em: <https://cite.case.law/mass/1/95/>. Acesso em: 29 dez. 2019.

FEELEY, Malcolm M. Plea Bargaining and the structure of the criminal pro*cess*. *The Justice System Journal,* v. 7, n. 3, p. 338-354, January,1982.

FONSECA, Carlos da. *Deus está do nosso lado*: excepcionalismo e religião nos EUA. Rio de Janeiro: artigo Scielo, maio 2006.

ESMEIN, Adhemar. *Histoire de la procédure criminelle en France: et speciélment de la procédure inquisitoire depuis le XIII siecle jusqu'a nos jours*. Paris: L. Larose et Forcel Libraires-Editeurs, 1882.

FISCHER, George. Plea *Bargaining's Triumph*: a history of plea bargaining in America. Stanford, California: Stanford University Press, 2003.

GANDINUS, Albertus. *Strafrecht der Scholastik*. Von KANTOROWICZ, Hermann U., Berlin: J. Guttentag, 1907.

GARLATI, Loredana. Per um storia del processo penale: le pratiche criminali. *Rivista italiana di storia del diritto*, vol. LXXXIX, 2016, pp. 71-109.

GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 4ª ed., tradução de A.M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Um "novo" liberalismo processual penal autoritário? In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). *Plea Bargaining*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 177-190.

GRIFFITHS, Megan Rose. *Radicals, conservatives, and the Salem witchcraft crisis*: Exploiting the fragile communities of colonial New England. Tese. Leiden University, 2017. Disponível em https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/49589/MeganGriffithsMAThesis.pdf?sequence=1, acesso em 11 de abril de 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal Acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* ano 07, nº 27, p. 71-79, julho-setembro de 1999.

GUIMARÃES, Rodrigo Régnier Chemim. *A Atividade Probatória Complementar do Juiz como Ampliação do Contraditório e da Ampla Defesa no Novo Processo Penal Brasileiro*. Tese. Curitiba: UFPR, 2015, disponível em https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/41025/R%20-%20T%20-%20RODRIGO%20REGNIER%20CHEMIM%20GUIMARAES.pdf?sequence=2&isAllowed=y, acesso em 09 de janeiro de 2020.

HÉLIE, Faustin. *Traité de l'instruction criminelle ou Théorie du Code d'Instruction Criminelle. Premiére partie. Histoire et théorie de la procédure criminelle*. Paris: Charles Hingray Libraire-Editeur, 1845.

KELLY, John M. *Uma Breve História da Teoria do Direito Ocidental*. Tradução de Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

LANGBEIN, John H. Torture and Plea Bargaining, *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 46, n. 3, p. 03-22, 1978.

LANGER, Maximo. Dos Transplantes Jurídicos às Traduções Jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do processo penal. *Delictae*, vol. 2, nº 3, p. 19-115, julho-dezembro de 2017. https://doi.org/10.24861/2526-5180.v2i3.41

LOPES JR. Aury; PACZEK, Vitor. Plea Bargaining no projeto "anticrime": *remédio ou veneno?* In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). *Plea Bargaining*. São Paulo: Empório do Direito e Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 149-174.

MECCARELLI, Massimo. El proceso penal como lugar de determinación de la justicia. Algunas aproximaciones teóricas en la época del ius commune, In*:* GALAN LORDA, Mercedes (Directora), *Gobernar y administrar justicia: Navarra ante la incorporación a Castilla*. Navarra: Tompsom Reuters, Aranzadi, 2012, pp. 307-323.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de; MURATA, Ana Maria Lumi Kamimura. Plea bargaining à brasileira. *Boletim Ibbcrim*, nº 317, abril de 2019.

MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Tratado da Prova em Matéria Criminal*. Tradução para o francês da 3ª edição (1848), de C.A. Alexandre e para o português de Herbert Wüntzel Heinrich. Campinas: Bookseller, 1997.

MORAIS, Gabriela de Souza. *Os processos de Salem*: uma breve análise da sua historiografia, memórias e representações. Curitiba: Cadernos de Clio, 2015.

PESSINA, Enrico. *Storia delle leggi sul procedimento penale*. Napoli: Dott. Pirro Pirrone Editore, 1912.

PIERANGELLI, José Henrique, *Processo Penal:* evolução histórica e fontes legislativas. Bauru: Jalovi, 1983.

RAUXLOH, Regina. *Plea Bargaining in National and International Law*. New York: Routledge, 2014.

ROACH, Marilynne K. *The Salem Witch Trials. A day-by-day chronicle of a Community under siege*. New York: Taylor Trade Publishing, 2004.

ROACH, Marilynne K. *Six Women of Salem. The untold story of the accused and their accusers in the Salem Witch Trials*. Boston: Da Capo Press, 2013.

RONCO. Alessandra. *Il processo penale nella legislazione tardo imperiale*. Tese. Universidade de Padova, Itália, 2008.

ROSENTHAL, Bernard (General Editor). *Records of the Salem Witch-Hunt*. New York: Cambridge University Press, 2014.

SBRICOLI, Mario. "Vidi Communiter Observari". L'emerzione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII. In: *Quaderni Fiorentini, XXVII*. Centro studi per la storia del pensiero giuridico moderno. Firenze: Università degli Studi di Firenze, 1998, pp. 231-268

SCHÜNEMANN, Bernd. Crítica al modelo norteamericano de processo penal. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Obras*. Tomo II. Colección Autores de Derecho Penal. DONNA, Edgardo Alberto (Director), Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2009, pp. 427-450.

SOUBBOTNIK, Michael A. *Poder, autoridade e codificação das leis na "Cidade na Colina":* a Baia do Massachusetts entre 1630 e 1648. Université Paris-Est-UPEM, 2013, vol.30.

STITH, Kate. The Arc of Pendulum: Judges, Prosecutors, and the Exercise of Discretion. *Yale Law School Legal Scholarship Repository*, New Haven, nº 117, p. 1420-1497, 2008.

UPHAM, Caroline E. *Salem Witchcraft in ouline*. 2º ed. Massachussetts: Duke University Library, 1891.

VALLERANI, Massimo. Procedura e giustizia nelle città italiane del basso medioevo (XII-XIV secolo). In: CHIFFOLEAU, Jacques; GAUVARD, Andrea Zorzi (org.). *Pratiques Sociales et Politiques Judiciaires dans les Villes de L'Occident à la Fin du Moyen Age. Publications de l'École française de Rome*, 2007, pp. 439-494.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Barganha do Processo Penal e o autoritarismo "consensual" nos sistemas processuais penais: a Justiça negocial entre a patologização do acusatório e o contragolpe inquisitivo. *Revista dos Tribunais*, 953, março de 2015, pp. 261-279.

WATSON, Duncan. The Attorney General's Guidelines on Plea Bargaining in Serious Fraud: Obtaining Guilty Pleas Fairly? *The Journal of Criminal Law*. Vol. 74, Edição 1, p. 77-90, fevereiro de 2010.

WOODWARD, W. Elliot. *Records od Salem witchcraft – copied from the original documents*. Vol. II. Roxbury, Massachussets: Privately printed for W. E. Woodward, 1864. Disponível em https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=nyp.33433005881358&-view=1up&seq=15, acesso em 16 de abril de 2020.

Informações adicionais e declarações dos autores (*integridade científica*)

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

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

- *Sarah Gonçalves Ribeiro*: projeto e esboço inicial da análise histórica do caso das Bruxas de Salem como inerente ao sistema inquisitório (conceptualization), coleta e análise de dados do caso das Bruxas de Salem e da origem da colonização norte-americana (data curation), levantamento bibliográfico (investigation), redação (writing – original draft), participação ativa nas discussões dos resultados (validation), revisão crítica com contribuições substanciais (writing – review and editing), aprovação da versão final.
- *Rodrigo Régnier Chemim Guimarães*: projeto e esboço inicial de vincular a discussão do caso das Bruxas de Salem à demonstração da necessidade de se repensar a vinculação dicotômica dos sistemas, análise das origens dos discursos na doutrina de processo penal do século XIX e sua base nos práticos do século XIII, com análise crítica do dualismo entre "acusatório" e "inquisitório" com pretensões de pureza científica (conceptualization), desenvolvimento da metodologia (methodology), coleta e análise de dados tanto dos sistemas quanto, em parte, das fontes primárias do caso das Bruxas de Salem (data curation), levantamento bibliográfico (investigation), revisão bibliográfica (investigation), redação (writing – original draft), participação ativa nas discussões dos resultados (validation), revisão crítica com contribuições substanciais (writing – review and editing), aprovação da versão final.

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

Dados do processo editorial
(http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies)

- Recebido em: 10/01/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 19/01/2020
- Deslocamento ao V6N2 e aviso autores: 19/01/2020
- Avaliação 1: 20/01/2020
- Avaliação 2: 20/01/2020
- Avaliação 3: 28/01/2020
- Decisão editorial preliminar: 10/04/2020
- Retorno rodada de correções 1: 16/04/2020
- Decisão editorial preliminar 2: 06/05/2020
- Retorno rodada de correções 2: 06/05/2020
- Decisão editorial final: 12/05/2020

Equipe editorial envolvida

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

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

RIBEIRO, Sarah; CHEMIM, Rodrigo. O caso das Bruxas de Salem e a origem do plea bargaining norte-americano: contrapondo o entendimento dicotômico dos sistemas processuais penais. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 2, p. 835-872, mai./ago. 2020. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i2.323

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

Redefinindo o trânsito em julgado a partir da soberania dos veredictos: a coisa julgada parcial no tribunal do júri

Redefining claim preclusion from verdict sovereignty: partial res judicata in jury trials

Paulo Gustavo Rodrigues[1]

Universidade Federal de Alagoas – Maceió/AL, Brasil

rodrigues.paulogustavo@gmail.com

http://lattes.cnpq.br/4136000039136925

https://orcid.org/0000-0001-6670-6557

Resumo: O Tribunal do Júri se apresentou na história como importante instrumento de consolidação de processos democráticos, por se mostrar uma tribuna à qual o povo é convocado para discutir e julgar diretamente fatos ocorridos em sua comunidade. Com a intenção de fortalecer a instituição após um período ditatorial, o constituinte brasileiro resgatou a soberania dos veredictos e ergueu a instituição e suas características ao patamar de cláusula pétrea fundamental. A partir de uma proposta exploratória, de análise qualitativa, o presente trabalho pretende investigar de que forma a soberania dos vereditos impacta no procedimento legal dos crimes dolosos contra a vida a ponto de redefinir o momento inicial de cumprimento da pena, eventualmente justificando hipóteses de execução da pena na primeira, na segunda instância ou após o término definitivo do processo. Discutir-se-á a possibilidade de formação de coisa julgada parcial em relação à culpa do réu ante a natureza subjetivamente complexa da sentença condenatória do procedimento do júri.

[1] Mestre em Direito Público (UFAL). Especialista em Ciências Criminais (UNIDERP/IPAN), com atualizações em dogmática penal pelo Siracusa International Institute for Criminal Justice and Human Rights e pela Escola Alemã de Ciências Criminais da Universidade de Göettingen. Assessor de Magistrado no Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE).

Palavras-chave: Soberania dos veredictos; Tribunal do Júri; Cumprimento da Pena; Coisa Julgada.

Abstract: *Jury trials have presented themselves in history as an important instrument for the consolidation of democratic processes, because they are a tribunal for which the people are summoned to discuss and directly judge facts that have occurred in their community. With the intention of strengthening the institution after a dictatorial period, the Brazilian Constituent Assembly rescued the sovereignty of the verdicts, and raised the institution and its characteristics to the level of a fundamental clause. From an exploratory perspective, of qualitative nature, the present work intends to investigate how the sovereignty of the verdicts impacts on the legal procedure of the intentional crimes against the life to the point of redefining the initial moment of compliance to the sentence, possibly justifying hypotheses of execution of the sentence in the first, second degree or after the end of the process. It will be discussed the possibility of forming a partial claim preclusion in relation to the criminal responsibility of the defendant, in face of the subjectively complex nature of the condemnatory sentence of the Jury procedure.*

Keywords: *Verdict sovereignty; Trial by a Jury; Enforcement of sentence; Res Judicata.*

Sumário: Introdução. 1. O Tribunal do Júri como direito-garantia fundamental: delimitando o conteúdo normativo da soberania dos veredictos; 2. O posicionamento constitucional do Tribunal do Júri: um direito-garantia de dúplice aspecto; 2.1. Razões e os reflexos da opção constituinte pela soberania dos veredictos: extraindo seu conteúdo normativo; 3. O sistema recursal como controle posterior e o limite da devolutividade recursal em face das condenações impostas pelo Tribunal do Júri; 4.Redefinindo o trânsito em julgado penal a partir da soberania dos veredictos: a coisa julgada parcial no Tribunal do Júri; 4.1. A coisa julgada parcial a partir da confirmação da condenação em segunda instância; 5. As modificações promovidas pela Lei nº. 13.964/2019; Conclusão; Referências

Introdução

Após a decisão do Supremo Tribunal Federal acerca do momento inicial de cumprimento da pena, proferida no HC 126.292/SP, observou-se uma proliferação de estudos acadêmicos e decisões judiciais reforçando ou rechaçando o novo paradigma estabelecido.

Tais divergências podem ser tidas como frutos da inconsequente abertura hermenêutica conferida pelo STF à sua decisão, na qual estabeleceu tese deveras ampla, sem preocupação com a fixação de condições ou limites à sua adjudicação judicial. Fauzi Choukr aduz que a decisão "possui repercussões desde as consequências civis em sentido estrito até mesmo aquelas de fruição de direitos da cidadania, como a capacidade eleitoral, sendo que nenhuma dessas dimensões foi sequer tangenciada"[2]. Com isso, os Tribunais se dividiram quanto à execução imediata de penas originalmente estabelecidas em segundo grau (em decorrência de foro por prerrogativa de função), assim como execução de penas restritivas de direito, dentre outras celeumas surgidas.

Mesmo com a modificação do precedente no julgamento definitivo das Ações Diretas de Constitucionalidade nº. 43 e 44, que julgou inconstitucional a execução da pena à revelia do trânsito em julgado da condenação, um dos aspectos da tese continua em discussão ativa, inclusive com adesão aparente de Ministros que votaram pela modificação do precedente original.

Cuida-se do entendimento acerca da possibilidade de execução imediata de penas oriundas de condenações do Tribunal do Júri, ante a norma constitucional da soberania dos veredictos, e é sobre este conteúdo que se debruça o presente artigo.

Em modificação recente, promovida pela chamada Lei Anticrime, o art. 492, I, do Código de Processo Penal passou a prever que as condenações proferidas pelo Tribunal do Júri em que a pena supere 15 (quinze) anos de reclusão já seriam provisoriamente executadas, com recolhimento do réu à prisão.

---

[2] CHOUKR, Fauzi Hassan. A leitura do STF sobre o sistema recursal e o início da execução da pena: a pauperização do comparatismo à brasileira. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 3, p. 1122.

Além disso, na data de finalização deste artigo, se encontra em julgamento no STF o Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº. 1235340/SC, em que se decide precisamente o objeto deste trabalho, tendo os Ministros Luis Roberto Barroso e Dias Toffoli votado pela constitucionalidade da execução imediata das condenações, independentemente do *quantum* da pena[3]. Vale observar que o Ministro Dias Toffoli foi um dos que formou a maioria nas Ações de Constitucionalidade que reverteram o entendimento quanto à execução provisória da pena para as condenações em geral, de modo que seu voto pode indicar uma tendência da Corte em decidir a matéria de forma distinta da regra geral.

Das diversas formas de participação popular no complexo universo jurídico, o Tribunal do Júri talvez seja a mais aberta e invasiva delas, permitindo que a sociedade, idealmente representada por seus vários segmentos, ingresse ativamente numa das funções essencialmente estatais, imiscuindo-se no papel de julgador para decidir o destino de um de seus pares.

Pretende-se uma análise exploratória e qualitativa dos aspectos legais e políticos relacionados ao Tribunal do Júri, para se investigar os diversos impactos que a soberania possuiria no microcosmo processual do Tribunal do Júri, e de que forma isso poderia impactar na formação da coisa julgada e no momento inicial de cumprimento de pena.

1. O Tribunal do Júri como direito-garantia fundamental: delimitando o conteúdo normativo da soberania dos veredictos

Para que se possa defender uma tese que sustente a possibilidade de marcos diferenciados de trânsito em julgado nos procedimentos do júri, em razão da previsão constitucional da soberania dos veredictos, é necessário que se estabeleça qual a extensão e a profundidade de seu conteúdo normativo, para além de sua mera definição gramatical.

Mesmo sem pretensões de um longo escorço histórico, não se pode ignorar o fato de a soberania dos veredictos, no Brasil, ter sido limada

[3] Conforme ata de julgamento do dia 04/05/2020, disponível na consulta pública do processo junto ao sítio do STF.

do ordenamento jurídico durante os períodos constitucionais do Estado Novo e do regime militar, e ter sempre retornado durante os períodos de redemocratização. Esta contextualização é imprescindível, afinal, já dizia Bobbio, os direitos do homem são direitos históricos, "nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas"[4].

Tanto o Tribunal do Júri quanto sua soberania são elementos que sempre estiveram ligados à ideia de consolidação da democracia e de resistência ao Estado, sendo essencial que se construa tal vínculo cíclico de forma detalhada para demonstrar a força histórica por trás da opção constitucional de conferir imutabilidade às decisões populares e, com isso, abstrair toda a sua essência normativa.

Jeffrey Abramson inicia sua obra *We, the jury* com a afirmação de que "o julgamento pelo júri representa o melhor da democracia e o pior da democracia"[5], e que ele continua a nos atrair e a nos repelir justamente por expor a amplitude dos vícios e virtudes democráticos.

Há aqueles, como Adel El Tasse, que chegam a afirmar que "os críticos do Tribunal do Júri são críticos da própria democracia"[6], e que, "por detrás dos argumentos retoricamente insinuantes das razões contrárias à atuação popular na administração da justiça, esconde-se o germe do autoritarismo"[7]. A despeito de seu extremismo, essas são afirmações que guardam certo grau de coerência com o processo histórico de construção e consolidação do júri.

De fato, muitos dos argumentos contrários à instituição do júri sempre esbarram naquilo que se identifica como controverso no próprio processo democrático. Da mesma forma que se costuma expressar indignação pelo fato de se depositar tamanha responsabilidade nas mãos de pessoas leigas, também elas são as responsáveis por eleger os

---

4 BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5.

5 "Trial by a jury is about the best of democracy and about the worst of democracy" (tradução nossa). ABRAMSON, Jeffrey. *We, the jury: the jury system and the ideal of democracy*. New York: Harvard University Press, 2000, p. 1.

6 TASSE, Adel El. *Tribunal do Júri*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 23.

7 Ibidem, p. 25.

representantes que nortearão o caminho da nação em seus aspectos mais profundos, inclusive político-criminais.

Da mesma forma que se deseja que os jurados sejam mais qualificados, também se deseja que o sejam aqueles que votam. Como, eventualmente, verificam-se júris malformados com prevalência de determinado gênero, raça ou estrato social, tomando decisões que envolvem classes de pessoas com as quais não possuem suficiente vivência, também no Parlamento há representantes escolhidos por estes estratos que tomam decisões que não necessariamente atendem aos interesses dos demais.

Muitas outras críticas aproximam seus detratores do chamado elitismo democrático, exposto por José Afonso da Silva[8], que se fundamenta em uma constante desconfiança com o povo, julgando-o intrinsecamente incompetente para o exercício da soberania e defendendo que a democracia somente poderia ser plena após um período de capacitação e instrução, numa visão paternalista e essencialmente antidemocrática.

Não há a pretensão, neste trabalho, de se definir democracia, tarefa que há séculos martiriza os cientistas políticos e que está longe de culminar numa expressão com identidade estática e consensual. Entretanto, não é difícil apontar certos momentos que são historicamente identificados como processos de democratização, e perceber como efetivamente o Tribunal do Júri sempre se relaciona com eles. Necessário, portanto, que se construa esta contextualização para que se possa compreender o ciclo normativo que o correlaciona aos processos democráticos.

A princípio, embora haja registros de julgamentos populares em épocas mais antigas, como na Palestina, Grécia e Roma, estes não guardam relação com o Júri da modernidade, pois, como lembra Fragoso, "são apenas formas de participação do povo nos julgamentos, as quais se explicam pela deficiência do aparelho judiciário, constituindo manifestações primitivas da administração da justiça"[9]. O júri como hoje se conhece é tido como oriundo da tradição inglesa insculpida na Magna

---

[8] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

[9] FRAGOSO, Heleno Cláudio. A Questão do Júri. In: Revista Forense. nº 193, 1961, p. 20.

Carta de 1215, previsto com a intenção de se fazer prevalecer os costumes da terra em detrimento da vontade do monarca soberano. Desde o início, portanto, ele se mostrou um instrumento de controle do Estado e proteção do povo, mesmo que, à época, o povo protegido não fosse a grande massa dos governados, mas os barões ingleses.

Com o advento da Revolução Francesa, em 1789, a instituição do júri foi importada ao continente europeu, mantendo seu espírito de fazer prevalecer a vontade do povo em detrimento daquela de juízes vinculados a uma agenda estatal autoritária, construída no *ancien régime*. Nucci destaca que, naquele momento, o júri se mostrou "a lufada de democracia necessária à Europa"[10], razão pela qual se espalhara rapidamente por praticamente todo o continente.

Todavia, a partir da identificação e repúdio a certas vicissitudes do instituto, associadas à criação de garantias e prerrogativas às instituições judiciais e o fortalecimento da democracia, o júri passou a ser superado em diversos países europeus, ou por meio de uma total extirpação ou mediante a substituição pelo sistema de escabinado (em que há um órgão julgador formado conjuntamente por leigos e togados), mantendo-se com força principalmente em países ligados à tradição do *common law,* além de outros como a Espanha, que o revitalizou nas últimas décadas após sua exclusão durante o período militar[11].

Faz-se esta breve regressão histórica do surgimento do júri para correlacionar com a realidade brasileira, de modo a demonstrar como a instituição sempre é tida como um instrumento necessário à consolidação de um regime democrático. Como destacou Alexis de Tocqueville, o júri é uma instituição essencialmente política, e deve-se considerá-lo "um modo da soberania do povo; convém rejeitá-lo inteiramente, quando se repele a soberania do povo, ou relacioná-lo com outras leis que estabelecem essa soberania"[12].

---

[10] NUCCI, Guilherme de Souza. *Júri: Princípios Constitucionais.* São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 1999, p. 33.

[11] THAMAN, Stephen C. Spain returns to Trial by Jury. In: *Hastings International & Comparative Law Review*. Vol. 21, n° 241, 1998. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2571420>. Acesso em 12.2.2018.

[12] TOQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América:* leis e costumes. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 320.

No Brasil, o júri foi importado ainda no período colonial, como resultado da influência política e jurídica que a Inglaterra tinha em Portugal, passando por diversas transformações de competência e estrutura durante os anos de colônia, Império e República. Criado em 1822 para os crimes de imprensa, foi mantido nas Constituições de 1824, 1891 e 1934[13].

Entretanto, ao se chegar à Constituição de 1937, outorgada pelo Estado Novo de Getúlio Vargas, não se vê nenhuma previsão acerca do Tribunal do Júri, surgindo ele apenas no Decreto-lei nº 167/1938, que regulou sua instituição, mas efetivamente lhe excluiu a soberania. Na prática, criava-se uma aura de julgamento popular, porém com a decisão final a recair sobre o Poder Judiciário, já que havia ampla possibilidade de revisão meritória.

No restabelecimento da democracia, em 1946, o Tribunal do Júri voltou ainda com mais força, no capítulo de direitos e garantias individuais do texto constitucional, em contraposição às Constituições anteriores, que o colocavam no capítulo atinente ao Poder Judiciário. Guilherme de Souza Nucci destaca que o retorno do júri na Constituição de 1946 não teria se dado por questão de utilidade ou confiança na instituição em si, mas por ele representar "um foco de democracia, uma tribuna livre onde as causas são debatidas e apreciadas diretamente pelo povo"[14], sendo efetivamente uma declaração política de rejeição do autoritarismo de 1937. Fragoso destaca que essa reação do Constituinte de 46, embora explicável sob uma perspectiva política, era fundada em uma concepção romântica do Tribunal do Júri[15].

Um padrão começa a ser estabelecido, com o júri sempre surgindo como um instrumento de democratização do poder, seja no curso dos processos revolucionários europeus, seja no ordenamento interno

---

[13] A historiografia contida neste tópico do trabalho é obtida em análise dos documentos constitucionais mencionados, além de também constar nas seguintes obras: NUCCI, Guilherme de Souza. *Júri: Princípios Constitucionais*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 1999, p. 36-40; STRECK, Lênio Luiz. *Tribunal do Júri: símbolos e rituais*. 3ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 73-74; MARQUES, José Frederico. *O júri no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 55-59.

[14] NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.,* 1999, p. 41.

[15] FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. Cit*., p. 22,

brasileiro. Ele sempre era suprimido ou inutilizado no autoritarismo, mas retornava ou surgia durante processos constituintes democráticos, como uma reação de desconfiança para com o Estado e com o Poder Judiciário construído durante o período que se pretendia superar.

A Constituição de 1967, produzida pelo governo militar, não foi diferente; embora tenha mantido o júri, retirou-lhe a soberania por meio da Emenda Constitucional nº 1/69, produzida no auge do período de repressão chamado de "anos de chumbo", abrindo margem para que o Poder Judiciário revisasse com amplitude as decisões tomadas pelo povo.

Pelo exercício histórico já realizado, não há como deixar de perceber o quão sintomático foi – durante o regime militar – a supressão da soberania do povo e a transferência da competência revisora plena ao Poder Judiciário.

O fato é que, quando o Brasil enfrenta seu último período de redemocratização, tamanha era a ideologia de resistência política que orientou o Poder Constituinte que o Tribunal do Júri surgiu com ainda mais força, não só se consolidando no capítulo de direitos fundamentais, com sua soberania restabelecida, mas sendo ambos fortalecidos como cláusula pétrea, inexpurgável, portanto, pelo constituinte derivado ou pelo legislador ordinário.

Assim como Nucci observou para o texto constitucional de 1946, não parece que esse retorno tenha algo a ver, necessariamente, com um reconhecimento do Constituinte do sucesso ou da fundamentalidade da instituição do júri, sendo essencialmente uma declaração política de que a consolidação da democracia exige que a voz do povo seja ouvida e levada em consideração, nas suas mais diversas facetas, e que sua participação nos ditames do rumo da nação não mais poderia ser ignorada.

Destaca-se, novamente: há um padrão histórico, uma repetição normativa de o Tribunal do Júri sempre surgir em épocas de revolução ou democratização, como um ato de resistência ou rejeição ao Poder Judiciário construído no período autoritário. Ao final, o júri sempre representou um exemplo da tradição liberal de medo da tirania estatal[16], e isso tem reflexos indiscutíveis quando se pretende analisar o conteúdo normativo

[16] ABRAMSOM, Jeffrey. *Op. cit*.

da soberania dos veredictos e seus efeitos processuais, especialmente na democracia brasileira dos dias de hoje.

José Afonso da Silva afirma que a democracia é "um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo"[17], construindo-se e aprimorando-se a partir de uma dialética com experiências bem e malsucedidas, mas sempre com uma cultura política orientada por valores construídos na base e a partir dela direcionados.

Como dito anteriormente, alguns países europeus que adotaram o Tribunal do Júri foram sistematicamente abandonando-o, ou substituindo -o por um órgão julgador misto (escabinado), à medida que os processos democráticos iam se consolidando e a confiança na legitimidade do Poder Judiciário ia se fortalecendo.

Concordamos com Vasconcelos e Galicia quando afirmam que, embora "a participação cidadã na justiça criminal se mostra compatível com um processo penal democrático", são necessárias reformas nos procedimentos para melhor adequá-lo às demais garantias constitucionais historicamente construídas na defesa do indivíduo[18]. Diante disso, passemos a analisar de que forma o Júri se posiciona dentro do espectro de garantias fundamentais.

2. O posicionamento constitucional do Tribunal do Júri: um direito-garantia de dúplice aspecto

Quando do seu posicionamento no texto de 1988, o Tribunal do Júri foi inserido no capítulo de direitos e garantias fundamentais, e, embora não haja consenso acerca da sua natureza materialmente constitucional, é certo que formalmente houve a opção do Constituinte de incluí-lo entre as cláusulas pétreas. Com a intenção de abstrair todo o extrato normativo da soberania dos veredictos, é necessário que se o faça

---

[17] SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 126.

[18] VASCONCELOS, Vinícius Gomes de; GALICIA, Caíque Ribeiro. Tribunal do Júri na Justiça Criminal Brasileira: Críticas e Propostas de Reforma para a Restituição de sua Função de Garantia no Processo Penal Democrático. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Volume XIII, n. 13, 2014, p. 926.

através do posicionamento do Tribunal do Júri dentro de uma teoria dos direitos fundamentais, identificando quais os aspectos envolvidos em sua classificação constitucional.

Há, indubitavelmente, a feição de garantia individual relacionada ao devido processo legal, já que é um elemento de competência funcional que serve de proteção à liberdade do indivíduo, determinando que, nos casos de crimes dolosos contra a vida, ele não pode ser condenado e apenado senão em razão de conclusão positiva de seus semelhantes.

Ingo Sarlet afirma, na esteira de Canotilho e Bonavides, que as garantias institucionais constitucionais em regra possuem natureza jurídico-objetiva e não são aptas a outorgar ao indivíduo direitos subjetivos autônomos[19]. Não é o caso do júri, como o próprio Sarlet destacou. Dada a complexidade histórica de formação e desenvolvimento da instituição, pode-se abstrair claramente desta garantia um direito subjetivo do acusado ao julgamento pelo júri.

Esta, inclusive, é a sua feição mais consagrada, revelando-se como um direito de o acusado ser julgado por seus pares, idealmente integrantes de uma mesma realidade social, econômica e cultural que a sua e que poderão – em tese – empreender um julgamento mais adequado à justiça esperada pela comunidade. Direito este, vale ressaltar, de aspecto preponderantemente positivo, já que impõe a adoção de ações estruturais pelo Estado para que assegure um mecanismo adequado de convocação e seleção de jurados, garantia do sigilo e da plena defesa, e construa um sistema recursal que prestigie sua soberania, mostrando sua feição negativa ao determinar uma inação do Estado-Juiz quanto à intervenção na definição meritória dos fatos.

Doutra banda, caso se compreenda o Tribunal do Júri apenas e tão somente pela feição fundamental do direito do cidadão de ser julgado por seus pares, pode-se chegar à conclusão, a que chegou Vladimir Aras[20], de haver a possibilidade de renúncia deste direito pelo acusado

---

[19] SARLET, Ingo Wolgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

[20] ARAS, Vladimir. Renúncia ao julgamento pelo júri no Processo Penal Brasileiro. *Waiver of jury trial in Brazilian Criminal Procedure*. In: CALABRICH,

e ele escolher ser julgado pelo juízo singular, o *waiver of jury trial,* como chamado no direito americano. Não é o caso.

Na feição democrática já exposta nos itens anteriores deste trabalho, o Tribunal do Júri também consolida um direito do cidadão, não acusado, de participar na administração da justiça do país[21]. Jeffrey Abramson também reforçava essa natureza dúplice do papel normativo do júri, ao afirmar que "a instituição é simultaneamente sobre direitos democráticos, políticos e participativos do cidadão de ser jurado, e também sobre o direito do acusado de encontrar no júri popular a melhor proteção contra a opressão[22]".

Perez Luño afirmava que os direitos fundamentais, em sua feição axiológica objetiva, representavam o resultado de um pacto entre as diferentes forças sociais, alcançado por relações de tensão e cooperação[23]. O Tribunal do Júri sempre esteve no epicentro das tensões entre autoritarismo e democracia, e seu ressurgimento e prestígio sempre foram historicamente vistos como uma vitória do povo, que passa a assumir diretamente, mesmo que de forma restrita, o poder de definir o padrão de conduta de sua própria comunidade.

Não há como negar que a previsão constitucional do Tribunal do Júri descortina um direito individual subjetivo de participação direta do cidadão na administração da justiça dos crimes dolosos contra a vida. Este, inclusive, é o principal elemento definidor do conteúdo normativo do direito ao Tribunal do Júri.

Desta conclusão se inicia a discussão acerca do conteúdo normativo da soberania dos veredictos. A partir do momento em que se

---

Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (orgs.). *Garantismo Penal Integral*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

21 Neste sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. *Júri: Princípios Constitucionais*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 1999; ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Curso de Direito Processual Penal.* 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

22 "the institution is simultaneously all about the political, participatory, or democratic rights of citizens to be jurors, and yet all about the rights of the accused to find in the jury of the people the best protection against oppression" (ABRAMSON, Jeffrey. *Op. cit.*) (tradução nossa).

23 LUÑO, Antonio E. Perez. *Los Derechos Fundamentais*. Madrid: Tecnos, 1995, p. 21.

determina o Tribunal do Júri como, essencialmente, um direito de o cidadão participar da administração da justiça, determinando diretamente, e não por intermédio do Estado, o destino dos integrantes de sua comunidade, é especialmente relevante que a decisão final tomada pelo povo seja constitucionalmente protegida da intervenção e modificação do Estado, contra quem a instituição originalmente fora criada. Não se poderia admitir qualquer legislação infraconstitucional que permitisse ao Poder Judiciário sobrepor sua vontade àquela adotada pelo conselho popular de sentença, sob pena de se atingir o núcleo essencial da soberania dos veredictos.

2.1. Razões e os reflexos da opção constituinte pela soberania dos veredictos: extraindo seu conteúdo normativo

No texto constitucional, a expressão soberania somente é utilizada em três oportunidades: ao se referir à soberania nacional como fundamento da república e merecedora de proteção institucional (arts. 1º, I, § 5º, LXXI, 17, 91, 170, I, e 231, § 5º), a soberania popular exercida por meio do sufrágio universal (art. 14) e a soberania dos veredictos do Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII, c).

Certamente não se tratou de uma opção gramatical desimportante do Constituinte, especialmente se considerados o contexto histórico e os fundamentos democráticos de fortalecimento do Tribunal do Júri, já detalhadas neste artigo. Indubitavelmente, pretendeu-se, com esta provisão constitucional específica, relacionar diretamente o veredicto como uma expressão do poder do povo, já que é algo comparável ao voto e à república, e, ao mesmo tempo, conferir à decisão dos jurados uma força jurídico-normativa superior à das demais decisões do Estado-Juiz. Afinal, é uma decisão que não está sujeita a reforma sequer pela Suprema Corte do País.

Frederico Marques já alertava que a soberania dos veredictos é uma expressão técnico-jurídica "que deve ser definida segundo a ciência dogmática do processo penal, e não de acordo com uma exegese de lastro filológico, alimentada em esclarecimentos vagos de dicionários"[24]. Assim

[24] MARQUES, José Frederico. *Op. cit*.

sendo, concorda-se com Nucci quando afirma que não se pode pretender estender ao júri toda a complexidade do tradicional conceito de soberania atrelado aos Estados-Nações em suas relações internacionais[25].

O risco de se olhar para a soberania dos veredictos com a perspectiva do direito dos Estados é querer compreender o júri como algo supremo e absoluto, sem nenhuma sorte de controle pela legislação infraconstitucional, o que não parece condizente com a ideia de direitos fundamentais pretendida pelo Constituinte.

Em nosso ordenamento, a soberania não é alçada ao patamar absoluto que outrora lhe era concedido pelas fundamentações teológicas ou contratualistas. A confrontação da soberania dos veredictos com os demais direitos fundamentais do acusado acabou por gerar um sistema processual muito específico, em que, por vezes, a decisão tomada pelo Conselho de Sentença é objeto de revisão, prévia e posterior, pelo Poder Judiciário togado. E é importante que assim o seja, já que um poder livre de qualquer sorte de controles, mesmo que legitimado pelo povo, não se revelou como algo salutar na história da consolidação democrática.

Entretanto, eventual revisão nunca pode atingir o núcleo essencial do júri, que é a prevalência da vontade da comunidade sobre o interesse do Judiciário togado. Dessa forma, como se verá mais adiante, de nenhuma forma poderá a Corte Revisora anular o Tribunal do Júri por uma mera discordância da conclusão a que ele chegou, ou por uma diferente interpretação dos fatos, ou, eventualmente, imiscuir-se nas funções judicantes e proferir diretamente a decisão meritória em contrariedade à decisão do júri, como alguns defendem ser possível em revisão criminal. Para evitar a afetação a esta *ratio essendi* do Tribunal do Júri, entende-se imprescindível uma blindagem constitucional.

As ressalvas feitas à soberania são, em regra, atreladas a um descontentamento com a própria instituição do júri e a "atecnicidade" do julgamento, que geraria muitas absolvições por clemência induzida mediante um sentimentalismo construído artificialmente pelas defesas dos acusados. Concorda-se com Lênio Streck quando ele afirma que algumas críticas usualmente se relacionam com certo grau de fetichismo com o cientificismo, como se a técnica dogmático-jurídica fosse o único

[25] NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit*.

mecanismo legítimo para se conferir um *status* de dignidade e verdade às decisões penais[26].

As decisões dos jurados, embora tomadas por íntima convicção e não sujeitas à motivação expressa, obtém sua legitimidade e dignidade a partir da democratização da administração da justiça, fundada no direito subjetivo de o cidadão participar na definição dos padrões de conduta de sua comunidade. Esta definição pode implicar uma absolvição quando os elementos de convencimento possam conduzir a uma condenação. Muitas vezes pode haver uma discordância entre o que os jurados decidem e o que decidiria um Magistrado togado, mas se não fosse para assim sê-lo, a instituição perderia a razão de ser. Quisesse o Constituinte que o júri decidisse sempre da mesma forma que o Magistrado, não o teria revitalizado e fortalecido.

Dogmaticamente, então, a soberania se traduz essencialmente numa competência jurídico-funcional conferida ao júri para dar a última palavra acerca dos fatos apurados e da responsabilidade criminal daqueles acusados de atentar dolosamente contra a vida de outrem, e de impor seu padrão de conduta para aquela comunidade, através do poder simbólico (*veritas* e *auctoritas*) daquela decisão jurídica. Ela obsta que qualquer medida legislativa ou judicial seja adotada com o intuito de transferir ao Estado esta parcela de poder que constitucionalmente foi direcionada ao cidadão.

De tudo que foi dito e analisado neste capítulo, vê-se claramente que a soberania dos veredictos, porquanto intimamente ligada com os fundamentos e justificações do Tribunal do Júri, é uma norma constitucional de natureza dúplice: a garantia do cidadão julgado de ter assegurado e protegido seu direito de ter seu destino decidido por seus iguais, e o direito do povo de participar na administração da justiça, assumindo diretamente parcela de poder, consistente no julgamento dos atos dolosos contra a vida, agindo para a fixação dos padrões de conduta de sua comunidade.

Como os outros direitos constitucionais, a soberania dos veredictos não possui natureza absoluta. Como observou Chaves, "o Tribunal do Júri brasileiro deve compatibilizar com o modelo democrático" e "a

[26] STRECK, Lênio. *Op. cit*.

soberania dos vereditos deve ser lida aos olhos da Constituição"[27], de modo que seu confronto com princípios caros ao Estado Democrático, como presunção de inocência, plena defesa e duplo grau de jurisdição, permite a construção de um sistema processual em que haja controle prévio e posterior pelo Poder Judiciário, embora, novamente, este controle não atinja o mérito essencial dos veredictos nem substitua a vontade popular pela do Estado.

Em sendo, como visto, a soberania dos veredictos um elemento normativo constitucional que confere alto grau de imutabilidade às decisões dos jurados, preserva uma capacidade de o povo exercer diretamente parcela de seu poder e exclui do Judiciário a possibilidade de reforma direta sobre seu conteúdo, é importante que se analise de que forma isso se reflete no procedimento específico previsto em lei para o Tribunal do Júri.

Nesta perspectiva, nosso sistema acertadamente criou mecanismos de controle prévio da decisão dos jurados, estabelecendo uma primeira fase de instrução probatória perante o Juiz togado (*judicium accusationis*), quando então ele deverá filtrar as acusações levianas, as manifestamente infundadas e os casos claros de excludentes legais, e uma segunda fase diretamente perante o juízo natural da causa (*judicium causae*), quando o mérito da acusação será enfim resolvido.

Criou-se, ainda, uma possibilidade de análise superveniente do veredito soberano, através de um sistema recursal peculiar que permite, entre outras possibilidades, uma incursão superficial no mérito fático-probatório para se verificar decisões completamente desprovidas de fundamentos.

O impacto da soberania dos veredictos, portanto, é perceptível em todo o procedimento do júri, devendo ser avaliadas minuciosamente estas formas de controle prévio e superveniente de modo a identificar a possibilidade de formação de uma coisa julgada parcial que possa influenciar na decisão acerca do momento inicial de cumprimento da pena.

---

[27] CHAVES, Charley Teixeira. *O povo e o Tribunal do Júri*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015, p. 339.

3. O sistema recursal como controle posterior e o limite da devolutividade recursal em face das condenações impostas pelo Tribunal do Júri

Após a preclusão da decisão de pronúncia, o réu é submetido ao julgamento popular. Neste momento, será proferida, pelo juiz presidente, a sentença absolutória, desclassificatória ou condenatória, a depender do resultado da votação do conselho de jurados. Observa-se, claramente, que a sentença condenatória final é um instrumento decisório obtido da combinação de vontades de um órgão julgador colegiado, cuja competência é constitucional e legalmente definida, impassível de confusão.

Ao Conselho de Sentença cabe a decisão sobre o mérito da acusação, definindo se condena, absolve ou desclassifica a acusação formulada pelo Ministério Público, e ao Juiz-Presidente cabe aplicar a decisão dos jurados, decidindo, se necessário, acerca do processo de dosimetria da pena. Diz-se que ela é uma decisão subjetivamente complexa[28], já que advém de um órgão colegiado heterogêneo e horizontal.

As decisões integram um mesmo ato judicial por sua interdependência objetiva (a dosimetria deve ser realizada nos estritos limites dos fatos reconhecidos pelo júri), mas são expressões de distinta cognição, pois os jurados analisam as provas para definir a existência do fato e a culpa do indivíduo, enquanto o Juiz parte da culpa reconhecida para mensurar a extensão da pena.

Embora integrantes de um único ato judicial, as decisões nela contidas possuem natureza diversa e estão sujeitas a impugnações específicas, segundo critérios estabelecidos pela legislação processual, o que acaba por gerar, necessariamente, momentos preclusivos distintos. O artigo 593, inciso III, do CPP estabelece que os fundamentos com os quais o acusado pode se insurgir contra a condenação do júri são: a) nulidade posterior à pronúncia; b) sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados; c) erro ou injustiça na aplicação da pena; d) decisão dos jurados manifestamente contrária às provas dos autos.

As alíneas a, b e c, portanto, referem-se à parte da decisão, ou do processo, que coube ao Juiz togado, enquanto a alínea d é pertinente

[28] ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Op. cit*.

ao capítulo da decisão que foi fruto da deliberação dos jurados. É consolidada a jurisprudência nos Tribunais Superiores no sentido de que a devolutividade das apelações do júri é adstrita aos fundamentos da interposição[29], não podendo a Corte Recursal analisar matéria acerca da qual não houve insurgência da parte recorrente.

Isso porque, em sendo a decisão dos jurados constitucionalmente soberana, não poderia a Corte Revisora sobre ela decidir sem que tenha havido impugnação da parte prejudicada, sob pena de se violar precisamente esta soberania, já que se estaria suplantando a decisão popular pela do Estado, sem nenhuma provocação de sua jurisdição. Lembra-se: o duplo grau de jurisdição é um direito, não um dever. Vê-se, portanto, uma distinção das apelações criminais tradicionais em que não há esta salvaguarda constitucional, e, por conseguinte, as insurgências se revestem de ampla devolutividade, submetendo-se toda a matéria decidida à revisão dos Tribunais.

A discussão acerca da soberania dos veredictos surge, portanto, apenas na quarta hipótese recursal, referente à decisão manifestamente contrária às provas dos autos, já que se cuida de uma provocação à Corte Superior para que revisite o mérito da acusação e das provas e realize um juízo de valor acerca da decisão do Tribunal do Júri. Entretanto, por força do direito-garantia da soberania, e de tudo que ela implica, decerto que a atuação da Corte Revisora enfrenta limites cognitivos, sendo, a anulação do julgamento com base em seu mérito, verdadeiramente uma exceção, apenas cabível "naquelas situações absolutamente incontestáveis nas quais a decisão dos jurados desbordou de toda prova existente nos autos"[30].

A jurisprudência vem seguindo esta linha e tem cuidado da anulação da decisão dos jurados como medida extrema, praticamente com uma finalidade rescisória, já que não enfrenta discordância de valoração ou interpretação, mas apenas ausência completa de provas que sustentem a decisão e não permite a reforma do julgado, apenas a sua anulação e devolução para novo julgamento popular.

---

[29] Destaca-se o teor do enunciado nº. 713, da Súmula do STF: "O efeito devolutivo da apelação contra decisões do júri é adstrito aos fundamentos da sua interposição",

[30] PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Op. cit.*, p. 1.205.

Em pesquisa realizada em programa de Mestrado da Universidade Federal de Alagoas, pudemos analisar o resultado das 597 apelações interpostas contra decisões do Tribunal do Júri no Estado de Alagoas entre 2013 e 2017. Destas, 470 eram relativas a condenações, tendo se verificado que o Tribunal competente, neste intervalo de 5 anos, anulou apenas 34 júris, o equivalente a 7% das condenações recorridas[31].

Apenas em um cenário de banalização da decisão de pronúncia pelo Judiciário togado, e pela equivocada compreensão de seu papel, poder-se-ia chegar a uma condenação que não encontra nenhum amparo nas provas dos autos. É um cenário bastante comum, diga-se de passagem, razão pela qual os mecanismos de controle ulterior são essenciais. Todavia, é uma constatação que pode vir a explicar os baixos números de provimento de recursos fundamentados neste argumento.

Não se deve esquecer que o sistema jurídico já coloca à disposição do acusado toda a estrutura das quatro instâncias do Poder Judiciário ainda na primeira fase do Tribunal do Júri, mesmo que nessa fase a análise tenda a ser superficial e orientada pela criticável lógica do *in dubio pro societate*. Não se critica, contudo, essas possibilidades recursais de primeira fase. Os mecanismos de controle prévio, especialmente a decisão de pronúncia, são de extrema importância, já que é "imprescindível que o feito chegue a julgamento popular fortalecido por um procedimento complexo que permita um controle prévio efetivo de questões técnicas que podem escapar à compreensão dos jurados leigos"[32].

Após esta digressão revisora das normas procedimentais do júri, e definidos os limites da devolutividade recursal, imperioso que se analise de que forma as peculiaridades do sistema de controle posterior da decisão do júri impactam na formação da coisa julgada.

---

[31] RODRIGUES, Paulo Gustavo Lima e Silva. *Os efeitos da soberania dos veredictos na definição do momento inicial de cumprimento das penas impostas pelo Tribunal do Júri*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Público). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2018. Disponível em: http://www.repositorio.ufal.br/handle/riufal/3250.

[32] RODRIGUES, Paulo Gustavo. A imprescindibilidade das instâncias de controle prévio da decisão do Tribunal do Júri: crítica à medida II do pacote anticrime. In: *Boletim IBCCRIM*. Ano 27. N. 317. Abril/2019.

4. Redefinindo o trânsito em julgado penal a partir da soberania dos veredictos: a coisa julgada parcial no Tribunal do Júri

A coisa julgada é um dos institutos jurídicos mais relevantes para o direito, seja por seu papel na garantia da segurança jurídica, seja pela necessidade de sua estabilidade para conferência de legitimidade e força à atuação estatal. Diz Jordi Nieva-Fenoll que "se a coisa julgada não existisse em um ordenamento jurídico, haveria que inventá-la, porque é perfeitamente imaginável a insegurança jurídica que se derivaria da sua inexistência"[33].

Não houvesse estabilidade das decisões jurídicas, "ninguém saberia ao que se ater, e finalmente, deixaria de existir o aparato da justiça, vez que ninguém se socorreria dele para resolver seus problemas"[34], de modo que o objetivo da coisa julgada não é simplesmente a proteção do acusado ou do réu, e sim de toda a sociedade, que se vê em risco em face da possibilidade de mutação eterna dos juízos.

No processo penal, embora a coisa julgada assuma um papel essencial de garantia do acusado[35], igualmente é uma proteção da funcionalidade estabilizadora do sistema penal. Parte-se do pressuposto de que, embora os conflitos sociais possam assumir uma relativa perenidade, os conflitos processuais devem chegar a um fim, caso contrário não haveria mais qualquer confiabilidade social no aparato da justiça.

Muitas são as teorias que buscam fundamentar ou justificar a coisa julgada, desde teorias político-linguísticas a teorias jurídicas como a da ficção da verdade, presunção da verdade, força legal da sentença, eficácia da declaração ou teoria do quase contrato judicial[36], cujos desenvolvimentos não são pertinentes a este trabalho, mas que se indicam apenas como demonstração da complexidade do desenvolvimento dogmático acerca do tema.

---

[33] NIEVA-FENOLL, Jordi. *Coisa julgada*. Trad.: Antônio do Passo Cabral. São Paulo: RT, 2016, p. 89.

[34] Ibidem, p. 90.

[35] RANGEL, Paulo. *A coisa julgada no processo penal brasileiro como instrumento de garantia*. São Paulo: Atlas, 2012.

[36] Ibidem.

Fosse este um conceito jurídico genuíno, na definição de Alexy[37], sua mudança implicaria uma proposta de mudança das normas a que se refere, o que não é o caso. A ideia de coisa julgada está presente em diversas normas jurídicas, mas não é por elas delimitado em toda a sua extensão, embora o novo Código de Processo Civil traga o conceito genérico de coisa julgada material como a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.

Desde logo destaca-se a filiação à tese de que, embora a expressão trânsito em julgado seja algo próprio das sentenças, não só a elas se confere efeitos estabilizadores. Independentemente de ser decisão interlocutória, sentença ou capítulo de sentença, é inegável que "qualquer decisão judicial pode ter efeitos de coisa julgada se contém pronunciamentos que requeiram estabilidade"[38], como é o caso das decisões do Tribunal do Júri em razão do mandamento constitucional da soberania dos veredictos e das peculiaridades do sistema recursal.

A partir do momento em que não há impugnação, ou não há possibilidade legal de impugnação, acerca de determinado elemento da sentença condenatória do júri, ele se reveste dos efeitos da coisa julgada, adquire estabilidade e se torna impassível de reexame ou desvirtuação por juízo posterior. Badaró destaca acertadamente que a coisa julgada se dá tanto pelo esgotamento das vias recursais quanto pelo decurso *in albis* do prazo recursal[39]. Vale dizer, o duplo grau de jurisdição, longe de ser um dever, é um direito, de modo que não havendo insurgência, pelas partes, contra a decisão meritória do júri, ela transita em julgado formal e materialmente, independente do prosseguimento do feito em relação às impugnações quanto às decisões do juiz presidente.

Não se está a falar que isso ocorre com frequência ou em todos os casos. A interposição de apelação alegando nulidade posterior à pronúncia (art. 593, III, a), por exemplo, não permite tal efeito, já que, a princípio, tem potencial para afetar toda a sessão de julgamento, sindicando tanto

---

[37] ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad.: Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 252.

[38] NIEVA-FENOLL, Jordi. *Op. cit.,* p. 196.

[39] BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 547.

a decisão do Juiz quanto a dos jurados, não havendo, ainda, estabilidade apta a conferir-lhe o *status* de coisa julgada. Da mesma forma, ao se alegar que a decisão do juiz foi contrária à lei ou à decisão dos jurados (art. 593, III, b), a contradição interna da sentença conjunta impede a formação da coisa julgada, pela necessidade de esclarecimento efetivo de seu conteúdo, para lhe conferir estabilidade.

Nos casos que se passa a abordar, a soberania dos veredictos e a formulação legal do sistema recursal impedem as Cortes Revisoras de virem a analisar o mérito da condenação para reformá-lo ou anulá-lo, de modo que resta indubitável o reconhecimento dos efeitos da coisa julgada, mesmo que sobre capítulos específicos da sentença e não sobre ela como um todo.

Como um exemplo claro de hipótese em que a soberania dos veredictos consolida uma coisa julgada parcial, traz-se o caso de apelações interpostas com fundamento exclusivo de revisão de dosimetria.

Nesses casos, o capítulo da sentença atinente à culpa do réu – aqui entendida como reconhecimento de responsabilidade criminal pelo fato denunciado –, fruto de um veredito constitucionalmente soberano, não foi objeto de impugnação recursal pela parte condenada, que se limitou a questionar a atividade do Juiz e sua dosimetria. A soberania dos veredictos, como mandamento constitucional que impõe insindicabilidade à decisão dos jurados, funcionaria como elemento limitador de atuação da Corte Recursal, não podendo ela anular a condenação, uma vez que se trata de parte soberana da decisão, que não foi impugnada pela parte prejudicada.

Estando a coisa julgada intimamente ligada, no processo penal, à regra do *ne bis in idem*, Badaró afirma que ela implica uma estabilidade e uma imutabilidade dos fatos naturalísticos discutidos nos autos, em sua inteireza, independentemente da qualificação jurídica que lhe é dada[40]. Deste modo, evidenciando-se uma impossibilidade de atuação da Corte Recursal acerca daqueles fatos julgados pelo júri, é inegável que se confere à condenação do réu um *status* de coisa julgada parcial, mesmo que *sui generis* no Processo Penal.

Os fatos decididos soberanamente pelo júri transitam em julgado, uma vez que não podem legalmente ser objeto de revisão, passando

[40] BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.,* p. 549.

a vincular quaisquer decisões futuras acerca do caso, no mesmo ou em outros processos.

Este efeito preclusivo decorrente do trânsito em julgado não pode ser mitigado pela Corte de Apelações mesmo que esta venha a discordar da decisão dos jurados, já que, como disse Nicolitt, "a sentença pode ser justa ou injusta, mas uma vez esgotada a possibilidade de ser atacada por recurso, passa a ser a manifestação da verdade, por força da coisa julgada"[41], sendo este o caso quando não há insurgência contra a condenação decidida pelos jurados.

Com tal conclusão, havendo condenação do Tribunal do Júri e sendo a apelação interposta fundamentada exclusivamente em suposto equívoco da dosimetria, não haveria nenhum impedimento para se determinar o imediato início do cumprimento da pena, já que há um reconhecimento judicial com força de coisa julgada reconhecendo a culpa do réu, o que nem sequer implicaria uma relativização ou mitigação do princípio da presunção de não culpabilidade em sua interpretação literal.

Outro caso legalmente regulamentado também oferece uma hipótese de coisa julgada parcial no procedimento especial do júri. Dada a natureza *sui generis* destas apelações criminais, necessariamente o provimento do recurso implica a realização de um novo julgamento, e não simplesmente a prolação de nova decisão. Qualquer hipótese normativa que implicasse a substituição da decisão popular pela de um Juiz ou Tribunal togado implicaria violação direta da própria *ratio essendi* normativo-constitucional do Tribunal do Júri e da soberania dos veredictos, como já visto no primeiro capítulo.

Observa-se claramente, então, que a realização de um novo julgamento implica a instauração da possibilidade de uma nova apelação. Contudo, para evitar a interposição sucessiva e protelatória de novos recursos, virtualmente infindáveis, o Código de Processo Penal trouxe uma disposição proibitiva de segundo apelo idêntico em face de julgamento refeito. Diz o parágrafo terceiro do artigo 593 que não se admite segunda apelação pelo mesmo motivo quando o julgamento foi anulado pela Corte Revisora.

---

[41] NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 901.

Na hipótese de um réu ter sido absolvido em seu primeiro julgamento e o Ministério Público ter recorrido ao Tribunal de Justiça, caso os Desembargadores entendam não haver algum vestígio de prova que sustente a decisão absolutória dos jurados, devem submetê-lo a novo Tribunal do Júri. A partir do momento que o acórdão transita em julgado, já há uma manifestação meritória definitiva da Corte de Apelações no sentido da inadmissibilidade de um veredito absolutório, de modo que caso o réu seja condenado pelo segundo conselho de sentença, a defesa não poderia mais interpor apelação alegando decisão manifestamente contrária às provas dos autos, sob pena de violar a coisa julgada da primeira apelação. A igual conclusão se chega nas hipóteses de condenações anuladas convertidas em absolvições.

Outra discussão surge, entretanto, quando um Tribunal de Apelação reconhece que determinada absolvição/condenação foi manifestamente contrária às provas dos autos, e um novo júri, formado por outras sete pessoas, insiste naquela decisão. Neste caso é possível observar precisamente o papel da soberania dos veredictos como estabilizadores dos efeitos das decisões.

Diz Badaró que "seria inviável admitir a cassação de forma ilimitada, até que o julgamento do júri se conformasse à decisão do Tribunal de Justiça"[42]. Caso fosse permitida a interposição sucessiva de novas apelações, e júris fossem sendo insistentemente refeitos por ordem de juízes togados, criar-se-ia uma hipótese em que o Poder Judiciário anularia tantos júris quantos fossem necessários para fazer valer sua decisão, o que não é compatível com o direito-garantia da soberania dos veredictos, que impõe a decisão final acerca dos crimes dolosos contra a vida ao povo, não ao Estado.

Desta forma, em sendo realizado um segundo julgamento e o veredicto venha a ser condenatório, a legislação impõe um óbice claro e definitivo à interposição de novo recurso, de modo que deve haver a determinação de início imediato do cumprimento da pena ante ao impedimento legal de revisão da conclusão fático-probatória dos jurados acerca da culpa do acusado, início este que deve ser obstado apenas em face de alegações recursais de nulidades ou conflito interno de decisões.

---

[42] BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.,* p. 839.

A controvérsia surgiria na definição de que pena ele teria de cumprir, já que o *quantum* ainda estaria sendo discutido em grau recursal. Em havendo impugnação contra o processo de dosimetria, seria ele um capítulo da sentença que não estaria atingido pelos efeitos da coisa julgada parcial que ora se defende, de modo que o Magistrado que determinar a execução imediata da sentença nestas hipóteses deverá levar em consideração tal circunstância na fundamentação de sua decisão.

Contudo, tendo-se como definitiva a condenação do réu pelo crime de homicídio, por exemplo, também é evidente que o processo de dosimetria não poderia conduzir a pena para aquém de mínimos legalmente estabelecidos, de modo que tampouco este patamar de piso pode ser afetado pela decisão recursal. Poder-se-ia, então, considerar como transitada em julgado a condenação do réu por aquele crime à pena mínima, utilizando-se este indicador como referência para cálculo dos benefícios da execução, enquanto tramitam seus recursos.

Em síntese, dada a imutabilidade legal deste capítulo da decisão (condenação), e a impossibilidade de outro Juiz ou júri rever seu mérito, estas duas hipóteses (recurso exclusivo de dosimetria e condenação após julgamento refeito) evidenciam claramente a formação de uma coisa julgada parcial desde a primeira instância, atinente à responsabilidade criminal do indivíduo pelo fato processado, já que a culpa do réu (parte meritória da decisão, de responsabilidade do corpo de jurados) legalmente não pode mais ser objeto de impugnação.

4.1. A coisa julgada parcial a partir da confirmação da condenação em segunda instância

As duas primeiras hipóteses até aqui abordadas fornecem fundamentação jurídica apta a determinar, nestes casos específicos, o início de cumprimento da pena imposta pelo Tribunal do Júri desde a condenação em primeira instância, uma vez que nela precluiria a análise fático-probatória e a decisão acerca da culpa do réu se revestiria dos efeitos do trânsito em julgado. Entretanto, com a construção da ideia de uma coisa julgada parcial ante a impossibilidade legal de revisão da conclusão meritória soberana do conselho de jurados, mostra-se lógica a conclusão de que também é possível o início de cumprimento

de pena após a confirmação da condenação em segunda instância, para os demais casos.

É indiscutível que, nos dispositivos relativos ao sistema recursal brasileiro, a Constituição destituiu o Superior Tribunal de Justiça – STJ e o Supremo Tribunal Federal - STF do papel de terceira e quarta instância revisora, relegando a eles o papel de uniformizadores da interpretação de leis federais e da Constituição, com recursos destinados apenas a discussões jurídicas, sem possibilidade de reavaliação ou reforma das conclusões fático-probatórias alcançadas pelas instâncias inferiores, alçando-os à condição de Cortes Supremas, segundo acertadamente concluiu Daniel Mitidiero[43]. Diz ainda Nicolitt que "o objetivo destes recursos é assegurar a autoridade e a uniformidade na aplicação e interpretação da Constituição [...] e das leis federais"[44].

Tal questão se reforçaria com a incorporação, ao processo interpretativo, do art. 102, § 3º, da Constituição, que teria criado o requisito da repercussão geral para o conhecimento dos recursos extraordinários, fortalecendo a tese de que a Constituição não pretendeu o Supremo Tribunal Federal como revisor de equívocos específicos cometidos nas instâncias inferiores (igual dispositivo está em via de aprovação no Congresso Nacional, para os recursos especiais[45]).

Com esse requisito, mesmo que o Supremo Tribunal Federal verifique a incorreção ou injustiça de alguma decisão, ele não poderia conhecer do recurso extraordinário para intervir no caso quando não demonstradas a relevância e a transcendentalidade da matéria, ou seja, quando não provado que aquela decisão serviria a um propósito jurídico uniformizador que supere a necessidade do caso concreto, o que geralmente não ocorre nos casos penais em que se discute a responsabilidade criminal de um indivíduo específico.

---

[43] MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2017.

[44] NICOLITT, André. *Op. cit.*, p. 957.

[45] Trata-se do Projeto de Emenda à Constituição nº 209/12, aprovado em dois turnos na Câmara dos Deputados e enviado ao Senado Federal, conforme se vê em noticiários virtuais como: <https://www.conjur.com.br/2017-mar-16/pec-cria-filtro-recurso-especial-aprovada-camara>. Acesso em 6.3.2018.

Este fora, inclusive, um dos fundamentos invocados pelo Supremo Tribunal Federal para justificar sua decisão de ampla e irrestrita execução provisória da pena após confirmação em segunda instância no HC 126.292/SP: a consolidação da discussão fático-probatória no julgamento das apelações criminais[46].

Mitidiero entende ser incorreto dizer que as Cortes Supremas (como seria o caso do STJ e do STF) não examinam fatos, já que o caso submetido à sua decisão "depende de uma sólida e recíproca influência entre fatos e normas, o que denota a unidade fático-normativa da causa"[47]. Segundo o autor, o que se proíbe é que as Cortes Supremas realizem novas valorações probatórias das alegações de fato, vale dizer, eles analisam efetivamente os fatos, mas pressupondo a valoração probatória realizada pela instância ordinária, utilizando ela como premissa para sua análise do Direito e formação do precedente[48].

Com base neste raciocínio, diferencia a análise de fatos realizada pelos Tribunais de Apelação e pelas Cortes Supremas não sob uma perspectiva ontológica, mas teleológica, referente às funções desempenhadas por cada Tribunal no Estado Constitucional[49]. Nesta lógica, o autor busca construir a ideia de que a causa transita em julgado na segunda instância (já que nela são definidas todas as premissas fáticas impassíveis de reavaliação probatória), enquanto os recursos às Cortes Supremas se destinam ao trânsito em julgado do precedente.

Entretanto, como regra geral, esta é uma conclusão que pode trazer incongruências a certas situações no Processo Penal, razão pela qual não se defende, neste artigo, a possibilidade irrestrita de execução de condenações criminais na segunda instância – no que tange aos crimes em geral. Isso porque, a responsabilização criminal de um indivíduo não depende única e exclusivamente da avaliação dos fatos, havendo também discussões jurídicas que se mostram extremamente relevantes para o estabelecimento das premissas de cumprimento da

---

[46] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no HC 126.292/SP. Tribunal Pleno. Relator Ministro Teori Zavascki. Julgado em 19.2.2016.

[47] MITIDIERO, Daniel. Op. Cit., p. 77.

[48] Ibidem, p. 78.

[49] MITIDIERO, Daniel. Op. Cit. P. 106.

pena. Em muitos casos, a própria ocorrência do crime depende da solução de uma controvérsia puramente jurídica, como nos processos em que há divergência acerca da tipicidade de determinada conduta faticamente incontroversa.

Ademais, a devolutividade ampla dos recursos criminais em geral não autoriza a compreensão de preclusão de qualquer parcela do processo, mesmo aquelas que não foram objeto de impugnação específica da parte, de modo que a forma com que o sistema processual hoje se encontra construído, não há como se verificar uma antecipação do trânsito em julgado nos procedimentos ordinários.

O que diferencia o procedimento do júri, e que justifica a adoção desta ideia como regra para a consolidação de uma coisa julgada na segunda instância, é precisamente a duplicidade de suas fases, o que acaba por criar um contexto em que as eventuais discussões jurídicas atinentes à tipicidade do caso são solucionadas já na fase da pronúncia que, repise-se, pode ser analisada por todas as instâncias recursais do nosso sistema de justiça.

Dessa forma, havendo julgamento da apelação criminal, há consolidação da discussão fático-probatória, que não poderá ser levada, por qualquer hipótese recursal constitucional, à reavaliação dos Tribunais Superiores, de modo que há estabilidade plena para o capítulo da decisão referente à culpa do réu, podendo-se falar em coisa julgada apta a justificar o início de cumprimento da pena.

Igual conclusão pode ser construída por uma interpretação sistêmica dos dispositivos constitucionais em estudo, pois, como visto, a estrutura do sistema recursal do Tribunal do Júri conduz à conclusão de uma completa inocuidade e imprestabilidade dos recursos excepcionais para rever as premissas que fundamentam a culpa do indivíduo, de modo que não há lógica em um mesmo texto constitucional obstar o cumprimento da pena em razão de insurgências recursais que o próprio texto constitucional destituiu da habilidade de rever seu fundamento.

Inclusive, vale ressaltar que na pesquisa de mestrado já referenciada, verificamos que, entre 2013 e 2017, nenhum dos recursos especiais e extraordinários efetivamente encaminhados às Cortes Superiores pelo TJAL foi provido para se anular sessão (condenatória ou absolutória) de

Tribunal do Júri, havendo apenas casos de provimento para redimensionar pena ou para restabelecer júri anulado pela segunda instância.[50]

Com essa peculiaridade em mente, pode-se chegar à seguinte conclusão: por que razão a Constituição preservaria o direito de o acusado evitar o cumprimento de uma condenação soberana imposta pelo júri, quando os Tribunais Superiores não teriam competência constitucional para rever seu mérito? Nos casos em que não há matéria jurídica relevante em discussão (como, repise-se, alegações de nulidades processuais ou conflito interno de decisões), não há coerência entre os modais deônticos oriundos das interpretações destes artigos.

Neste raciocínio, oriundo do contexto específico das condenações do júri, em que há um duplo grau interlocutório e uma limitação da devolutividade recursal derivada da soberania dos veredictos, observa-se uma contradição sistêmica entre a interpretação tradicional da presunção de não culpabilidade e o sistema recursal constitucional das Cortes Superiores, sendo solucionado apenas com a permissividade geral de início de cumprimento da pena após a confirmação em segunda instância, quando a matéria fático-probatória pode, ainda, ser objeto de análise, mesmo que superficial.

Enfim, conclui-se que a partir do reconhecimento da sentença condenatória do Tribunal do Júri como sendo uma decisão subjetivamente complexa, formada pela conclusão de dois julgadores distintos (os jurados quanto à condenação e o juiz quanto à pena), e de que estes elementos possuem momentos distintos de preclusão, não é difícil perceber como tal aspecto repercutiria na definição do momento inicial de cumprimento da pena.

Para se chegar a esta conclusão, não haveria sequer a necessidade de se superar a literalidade do art. 283 do CPP ou o princípio da presunção de não culpabilidade. Vale dizer, se ninguém pode ser considerado culpado (ou preso) até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, a partir do momento em que a condenação imposta pelo júri não é passível de revisão por qualquer outro juiz (em recursos exclusivos de dosimetria, julgamentos refeitos ou confirmação em segunda instância), o capítulo da sentença pertinente ao reconhecimento de sua responsabilidade penal

[50] RODRIGUES, Paulo Gustavo Lima e Silva. *Op. Cit.*, p. 89.

pelo fato adquire estabilidade preclusiva, de modo que o réu passa a ser dogmática e constitucionalmente considerado culpado, podendo, em decorrência desta conclusão, iniciar o cumprimento de sua pena.

Não se trata, como acertadamente criticou Fauzi Choukr quanto à decisão do STF, de "condicionar o duplo grau de jurisdição às espécies de efeitos que determinados recursos possuem"[51], mas de reconhecer que, ao não recorrer da parcela da decisão que coube aos jurados soberanos (recurso de dosimetria) ou ao não ser mais legalmente possível a anulação meritória desta decisão (julgamento refeito e confirmação em grau de apelação), a decisão soberana se reveste de força de coisa julgada, podendo, então ser, regularmente executada.

Como toda regra geral, obviamente que pode haver exceções, notadamente nos casos de recursos especial ou extraordinário que apresentem discussão jurídica com a potencialidade de eventualmente anular a sessão de julgamento ou permaneça questão de divergência interna na decisão dos julgadores (togado e leigo), hipótese em que esta eficácia preclusiva não se verificará em qualquer dos capítulos, sendo premente a espera da manifestação das Cortes Supremas.

Assim, a partir de uma construção dogmático-processual de reformulação do conceito de coisa julgada e de uma interpretação sistêmica do texto constitucional, chega-se à conclusão de que também a confirmação em segunda instância configura fundamento legal e constitucionalmente adequado ao início de cumprimento das penas impostas pelo Tribunal do Júri.

Poder-se-ia alegar uma contradição interna na construção da presente tese pois se estaria reduzindo o campo de eficácia de direitos fundamentais do réu (presunção de inocência e ampla defesa) em razão de a ele ser atribuído outro direito-garantia fundamental (o Tribunal do Júri). Vale dizer, a concessão de um direito estaria implicando na redução de outro, dito mais importante.

Esta contradição é apenas aparente, por dois motivos. Inicialmente, o Tribunal do Júri e a soberania dos veredictos, como já dito, não é um direito-garantia de titularidade apenas dos réus. A bem da verdade, por nossa compreensão já exposta, o principal conteúdo normativo do

[51] CHOUKR, Fauzi Hassan. Op. Cit., p. 1132.

Júri é o direito individual e subjetivo do cidadão de participar diretamente na tomada de decisões acerca da responsabilidade criminal dos que atentem contra a vida.

Essa eficácia normativa que é praticamente inutilizada quando se condiciona a execução da decisão à manifestação (virtualmente) inesgotável de todas as instâncias do Judiciário togado, contra o qual, justamente, ela foi criada e fortalecida pelo Poder Constituinte Originário.

Ademais, não se está dispensando a exigência de trânsito em julgado para a execução das penas, mas apenas propondo-se uma rediscussão acerca da existência de coisa julgada parcial no processo penal do Tribunal do Júri, a partir da ideia de momentos preclusivos distintos para os capítulos da condenação e da dosimetria.

5. As modificações promovidas pela Lei nº. 13.964/2019

No último dia 24 de janeiro de 2020, entrou em vigor a Lei nº. 13.964/2019, chamada Lei Anticrime, a qual, dentre diversas outras reformas, modificou os dispositivos referentes ao Tribunal do Júri para determinar a execução imediata das penas impostas em patamar igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão.

Criou-se exceção de efeito suspensivo quando se verificasse, cumulativamente, "que o recurso [...] não tem propósito meramente protelatório e [...] levanta questão substancial e que pode resultar em absolvição, anulação da sentença, novo julgamento ou redução da pena para patamar inferior a 15 (quinze) anos de reclusão"[52].

Estas modificações foram apontadas como inconstitucionais por doutrinadores como Alexandre Moraes da Rosa, Aury Lopes Jr.[53] e

[52] BRASIL. Lei nº. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm

[53] LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. Prisão obrigatória no Júri é mais uma vez inconstitucional. *Revista Consultor Jurídico*, 31 de janeiro de 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jan-31/limite-penal-prisao-obrigatoria-juri-vez-inconstitucional. Acesso em 19.05.2020.

Luis Régis Prado[54], ao tempo em que foram louvadas por outros como Ricardo Andreucci[55].

Todavia, sob nenhuma perspectiva, as modificações promovidas se coadunam com as conclusões deste artigo. Como já discutido anteriormente, a soberania dos veredictos não é uma garantia absoluta e deve sempre ser lida à luz da Constituição e dos demais direitos e garantias fundamentais do acusado, tais como o duplo grau de jurisdição e a presunção de inocência.

Para além de não haver justificativas para a fixação arbitrária do patamar de 15 anos de pena, a determinação da execução imediata em primeira instância como regra, independentemente dos fundamentos do recurso e da formação de coisa julgada sobre o mérito da condenação é modificação que padece de flagrante inconstitucionalidade, especialmente por violar o duplo grau de jurisdição.

Decerto que modificações poderiam ser promovidas pelo legislador para se redefinir o marco do trânsito em julgado no processo penal brasileiro, ou, ainda, poder-se-ia defender jurisprudencialmente a redefinição destes marcos a partir das perspectivas trazidas neste artigo. Todavia, sem que se fale de coisa julgada, mesmo parcial ou antecipada, a prisão apenas poderia se legitimar em uma perspectiva de cautelaridade.

Em muitas ocasiões, as evidências desta cautelaridade poderiam surgir ou serem reforçadas em plenário, implicando a prisão imediata após a condenação, mas, para estas situações, o sistema processual atual já basta.

CONCLUSÃO

A operacionalização do controle penal nas sociedades periféricas sempre enfrentou severas críticas acadêmicas, em razão das já conhecidas

---

[54] PRADO, Luis Régis. Prisão pós-júri: mais uma panaceia?. Disponível em: http://genjuridico.com.br/2020/01/08/prisao-condenacao-pelo-tribunal-juri/. Acesso em 16.05.2020.

[55] ANDREUCCI, Ricardo Antônio. Condenação Pelo Tribunal Do Júri E Execução Provisória Da Pena Na Nova Lei Anticrime. Disponível em: https://emporiododireito.com.br/leitura/condenacao-pelo-tribunal-do-juri-e-execucao-provisoria-da-pena-na-nova-lei-anticrime. Acesso em 10.05.2020.

discussões sobre seletividade, ampliação desmensurada dos espaços de risco, descontrole na opção de bens jurídicos tutelados, encarceramento em massa de condutas pouco lesivas, entre outras que demonstram uma clara tendência de expansionismo ilegítimo da lei penal e redução das garantias fundamentais processuais.

Em face de tais críticas, há igualmente uma tendência de rejeição imediata de toda e qualquer proposta político-criminal que parta de uma perspectiva legitimamente do poder punitivo, mesmo que elas se fundamentem na necessidade de conferir uma maior racionalização ao sistema de modo a potencializar a eficácia do Direito Penal como instrumento de proteção dos bens jurídicos.

Neste contexto pretendeu inserir-se o presente trabalho, intencionando fomentar um debate acadêmico acerca da necessidade de se repensar o momento de cumprimento de pena para os criminosos que atentem dolosamente contra a vida como forma de racionalizar o sistema e torná-lo minimamente eficaz, especialmente num país em que este tipo de crime atinge estatísticas comparáveis a zonas de guerra.

Buscou-se demonstrar que o aspecto constitucional pétreo do Tribunal do Júri, responsável pelo julgamento destes crimes, não derivou essencialmente de uma conclusão do Constituinte acerca de sua fundamentalidade, mas de uma declaração política de resistência ao autoritarismo e de um vislumbre da necessidade de se reinstituir a histórica tribuna para onde representantes da população são convocados a decidir o rumo de seus pares.

Independentemente das críticas que possa haver acerca do procedimento do júri, do processo de formação de seus convencimentos e da necessidade de reformulação de suas técnicas, é fato que a Constituição Federal soube reconhecer sua importância a ponto de lhe conferir o *status* de uma instituição soberana, e, portanto, com decisões insuscetíveis de reforma por qualquer instância do Poder Judiciário togado. É fato que o procedimento do júri é mais complexo e possui uma estrutura com mais espaços de defesa e garantia do que àquele reservado aos demais crimes. Estas opções político-constitucionais e legais não podem ser subestimadas ou reduzidas ao patamar de letra morta, tendo este trabalho investigado as diversas maneiras em que elas são consideradas na fixação de distintas regras procedimentais.

Verificando-se a sentença condenatória como um ato subjetivamente complexo formado pela conjugação de vontade de dois órgãos distintos, pode-se perceber a possibilidade de formação de uma coisa julgada parcial da culpa em face da ausência de recursos, ou de possibilidade de recursos, quanto à parcela da decisão que coube aos jurados. Fixou-se, neste trabalho, a conclusão de que o recurso com fundamento exclusivo em dosimetria ou contra condenação proferida em julgamento refeito implica a possibilidade de início imediato do cumprimento da pena, desde a primeira instância, ante o trânsito em julgado da culpa.

Da mesma forma, em sendo as questões jurídicas atinentes à tipificação da conduta solucionadas na primeira fase do procedimento (submetidas, inclusive, a um duplo grau de jurisdição), e estando as Cortes Superiores destituídas da função constitucional de incursionar na conclusão fático-probatória da decisão soberana do júri para reavaliá-las, também se definiu haver a formação de uma coisa julgada da culpa na confirmação da condenação em segunda instância.

Não se podem rechaçar perspectivas político-criminais como a presente unicamente por ela reforçar os instrumentos coercitivos de um sistema penal contra o qual pesam tantas críticas. Modificações no sistema que, sendo constitucionalmente adequadas, visem incrementar a funcionalidade protetiva do Direito Penal como guardião de bens jurídicos, devem ser efetivamente tidas como relevantes e necessárias para o caminho de reformulação do sistema.

REFERÊNCIAS

ABRAMSON, Jeffrey. *We, the jury: the jury system and the ideal of democracy*. New York: Harvard University Press, 2000.

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Curso de Direito Processual Penal*. 11ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad: Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. *Condenação Pelo Tribunal Do Júri E Execução Provisória Da Pena Na Nova Lei Anticrime*. Disponível em: https://emporiododireito.

com.br/leitura/condenacao-pelo-tribunal-do-juri-e-execucao-provisoria-da-pena-na-nova-lei-anticrime. Acesso em 10.05.2020.

ARAS, Vladimir. Renúncia ao julgamento pelo júri no Processo Penal Brasileiro. Waiver of jury trial in Brazilian Criminal Procedure. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (orgs.). *Garantismo Penal Integral*. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 596-608.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Lei nº. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Habeas Corpus n. 126.292/SP*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Teori Zavascki. Julgado em 17.02.2016. DJe-100. Divulgado em 16.05.2016. Publicado em 17.05.2016.

CHAVES, Charley Teixeira. *O povo e o Tribunal do Júri*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015.

CHOUKR, Fauzi Hassan. A leitura do STF sobre o sistema recursal e o início da execução da pena: a pauperização do comparatismo à brasileira. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 3, p. 1119-1142, set/dez. 2018. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i3.177

DAVID, Décio F.; BONATO, Gilson. Execução antecipada da pena: entre a garantia do estado de inocência, a coisa julgada e as teorias absolutas da pena. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 3, p. 1143-1174, set./dez. 2018. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i3.180

FRAGOSO, Heleno Cláudio. A Questão do Júri. *Revista Forense*. nº 193, 1961, p. 20-29.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. Prisão obrigatória no Júri é mais uma vez inconstitucional. *Revista Consultor Jurídico*, 31 de janeiro de 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jan-31/limite-penal-prisao-obrigatoria-juri-vez-inconstitucional. Acesso em 19.05.2020.

LUÑO, Antonio E. Perez. *Los Derechos Fundamentais*. Madrid: Tecnos, 1995.

MARQUES, José Frederico. *O júri no direito brasileiro*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1955.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2017.

NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. 6ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NIEVA-FENOLL, Jordi. *Coisa julgada*. Trad.: Antônio do Passo Cabral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Júri: Princípios Constitucionais*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 1999.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. 9ª Ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PRADO, Luis Régis. *Prisão pós-júri: mais uma panaceia?*. Disponível em: http://genjuridico.com.br/2020/01/08/prisao-condenacao-pelo-tribunal-juri/. Acesso em 16.05.2020.

RANGEL, Paulo. *A coisa julgada no Processo Penal brasileiro como instrumento de garantia*. São Paulo: Atlas, 2012.

RODRIGUES, Paulo Gustavo. A imprescindibilidade das instâncias de controle prévio da decisão do Tribunal do Júri: crítica à medida II do pacote anticrime. In: *Boletim IBCCRIM*. Ano 27. N. 317. Abril/2019.

RODRIGUES, Paulo Gustavo; KRELL, Andreas J. Uma análise crítica da argumentação constitucional utilizada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus nº 126.292/SP. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Ano 15, Vol. 22. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

RODRIGUES, Paulo Gustavo Lima e Silva. *Os efeitos da soberania dos veredictos na definição do momento inicial de cumprimento das penas impostas pelo Tribunal do Júri*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Público). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2018. Disponível em: http://www.repositorio.ufal.br/handle/riufal/3250.

SARLET, Ingo Wolgang. *A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. *Tribunal do Júri: símbolos e rituais*. 3ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TASSE, Adel El. *Tribunal do Júri*. Curitiba: Juruá, 2006.

THAMAN, Stephen C. Spain returns to Trial by Jury. In: *Hastings International & Comparative Law Review*. Vol. 21, n. 241, 1998. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2571420>. Acesso em 12.02.2018.

TOQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América: leis e costumes*. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VASCONCELOS, Vinícius Gomes de; GALICIA, Caíque Ribeiro. Tribunal do Júri na Justiça Criminal Brasileira: Críticas e Propostas de Reforma para a Restituição de sua Função de Garantia no Processo Penal Democrático. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Volume XIII, n. 13 (2014). Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11940>.

Informações adicionais e declarações dos autores (*integridade científica*)

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

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

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

Dados do processo editorial
(http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies)

- Recebido em: 03/12/2019
- Controle preliminar e verificação de plágio: 10/12/2019
- Avaliação 1: 19/12/2019
- Avaliação 2: 01/01/2020
- Avaliação 3: 17/01/2020
- Decisão editorial preliminar: 15/03/2020
- Retorno rodada de correções: 19/05/2020
- Decisão editorial final: 21/05/2020

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-assistente: 1 (TAJC)
- Revisores: 3

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

RODRIGUES, Paulo Gustavo. Redefinindo o trânsito em julgado a partir da soberania dos veredictos: a coisa julgada parcial no tribunal do júri. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 2, p. 873-910, mai./ago. 2020. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i2.301

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

Persecução penal: investigação, juízo oral e etapa recursal

Criminal prosecution: investigation, public oral trial and appeal

O Inquérito Penal: vicissitudes e mudanças necessárias

The Brazilian criminal investigation: mistakes and necessary changes

Maria Carolina de Melo Amorim[1]

Faculdade Damas - Recife/PE, Brasil

carolina@rigueiraadvocacia.com.br

http://lattes.cnpq.br/1835215010895965

http://orcid.org/0000-0002-8697-9197

Resumo: O inquérito policial é produzido sem as regras que garantem a ação defensiva, mas as provas colhidas no inquérito inevitavelmente influenciam a futura ação penal. Dessa forma, vários problemas são constatados na prática, que importam em desequilíbrio entre acusação e defesa na produção da prova. Além disso, o inquérito policial hoje acabou ganhando contornos mais importantes do que a própria ação penal, na medida em que, além de não se submeter a limites temporais, o superdimensionamento da investigação (que serve tão somente ao órgão acusatório) passou a direcionar o resultado da futura ação penal. Se a regulamentação da investigação defensiva caminha a passos lentos e o legislador não mostra sinais de que pretende mudar o quadro legal, medidas devem ser adotadas pelo Judiciário para conter o desequilíbrio causado entre acusação e defesa advindo do desvirtuamento do inquérito, que não se coaduna com o sistema acusatório, tampouco com a Constituição Federal brasileira. Nesse artigo se pensam algumas soluções a resolver o problema.

Palavras chave: inquérito policial; investigação defensiva; prova criminal.

[1] Doutora em Direito Processual Penal na PUC/SP, Mestre pela Universidade Federal de Pernambuco, tem especialização em ciências criminais pela ESMAPE e pela Faculdade Damas da Instrução Cristã, e curso de História do Direito pela Universidade de Lisboa. É coordenadora adjunta do IBCCRIM em Pernambuco, membro do IDDD e Conselheira Estadual da OAB/PE. É professora do programa de pós-Graduação da Faculdade Damas – FADIC. Advogada criminal em Recife/PE, é sócia do Escritório Rigueira, Amorim, Caribé, Caúla e Leitão - Advocacia Criminal.

Abstract: *Police investigations take place without rules that guarantee the right of defense. However, the evidence gathered in the investigation inevitably influences future criminal action. As a result, problems occur during the investigative process, which lead to power imbalances between the prosecution and the defense. What's more, police investigations are gaining more importance than the criminal action itself inasmuch as they do not obey time limits. In addition, these investigations become excessively complex and tend toward abusive practices and entangled police operations, that not only serve the prosecution exclusively, but also influence the future of the criminal action. If regulatory measures are delayed and the legislative branch does not move ahead with changes to the legal framework, the judicial system should adopt practices to curb the imbalance between the prosecution and the defense that results from flawed investigations, which are not in line with the criminal system or with the Brazilian Federal Constitution. This study suggests possible solutions to address this problem.*

Key words: *police inquiry; defensive investigation; criminal evidence*

1. Introdução

A apuração penal brasileira, até o advento da lei 13.964/19[2], adota o sistema misto, inquisitivo-acusatório, por alguns denominado de acusatório mitigado[3]. A fase pré processual ou investigatória é pautada pela forma inquisitiva, colhendo-se provas sem a obrigatoriedade de observar o contraditório e a ampla defesa, para serem usadas na futura ação penal.

---

[2] Com dispositivos suspensos pelo STF através de decisão liminar nas ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305.

[3] Muito embora a Constituição Federal de 1988 tenha adotado o sistema acusatório ao estabelecer a privatividade do exercício da ação penal pública ao Ministério Público, a garantia do devido processo legal a todos os acusados, com ampla defesa e contraditório, a presunção de inocência e a garantia do juiz competente e imparcial, é fato notório que dispositivos vigentes na lei processual penal e conflituantes com o sistema acusatória são referendados pelos Tribunais. Por isso Geraldo Prado admite prevalecer, no Brasil, a "teoria da aparência acusatória". PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório*: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005. Pág. 195.

Ocorre que os elementos colhidos no inquérito interferem diretamente na decisão e convicção do juiz, seja na fase investigativa (para a determinação de diligências que importem em reserva de jurisdição), seja quando do recebimento da denúncia, seja na prolatação da futura sentença. Assim, é indevido pensar no processo penal como fase própria dissociada do inquérito: ainda que com características bem distintas, o inquérito interfere no deslinde da causa penal.

A prova colhida na fase inquisitiva é levada de forma integral ao processo e, desde já, se torna apta a influenciar na decisão do julgador. Ao final, basta que a sentença faça alusão a outras provas que a "corroborem", ou realize pequeno cotejo entre ela e a prova judicial, demonstrando não haver distorções, para que seja permitida a condenação com uso daquelas provas do inquérito. O inquérito interfere de forma eficaz na ação penal, dando-lhe substância e direcionando-lhe o resultado.

Expostas essas linhas iniciais, vários problemas são constatados na prática, que importam em desequilíbrio na colheita de prova entre acusação e defesa e, consequentemente, no desequilíbrio de forças verificado no curso do processo judicial.

Se é certo que o modelo de investigação preliminar aplicado no Brasil já se encontra ultrapassado (posto que inspirado no código Rocco, fascista, e datado de 1941), também se vê que várias mudanças no código de processo penal deixaram praticamente intocado o inquérito, causando ainda mais desconforto e inadequação entre a legislação processual penal e os princípios constitucionais. Ora, até mesmo a nova reforma processual, nascida no apagar das luzes de 2019 (lei 13.964/2019), não se propôs a remendar a maioria das vicissitudes da investigação preliminar que o Brasil deixa a cabo da chamada "polícia judiciária", já que sequer previu, por exemplo, a possibilidade de investigação defensiva.

Uma das características do inquérito, na prática, é a ausência de cumprimento de prazos quando não há prisão provisória decretada, o que causa distorção quando comparado ao tempo do processo penal, que é justamente quando a defesa pode atuar. Nesse ponto, registre-se a absoluta violação à segunda parte do art. 10 do CPP[4] por parte das autoridades policiais, seja

[4] Art. 10. O inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo,

porque 30 dias é um prazo muito curto, seja porque não existe sanção para o descumprimento de tal prazo, seja porque a comunidade jurídica já se acostumou ao desuso do dispositivo em caso de inquérito com investigados soltos[5].

Nesse sentido, foi importante a previsão do artigo 3º-B, VIII, acrescido ao Código Penal pela lei 13.964/19, quando regulamentou a possibilidade de controle do prazo do inquérito pelo juiz de garantias[6]. Ocorre que tal previsão se limita às hipóteses nas quais o investigado encontra-se preso, situação a qual já contava com um mínimo controle temporal do inquérito (ainda que deficiente), que se dava através da constatação do excesso de prazo na conclusão das investigações para justificar a manutenção da prisão.

Uma outra situação que não se pode ignorar é a sistemática organizacional do inquérito, que funciona como um caderno investigatório a serviço do órgão acusador, com questionável neutralidade, constatada a partir da banalização das medidas cautelares e midiatização das suas fases de colheita de provas. A investigação preliminar estatal não funciona como foi inicialmente pensada no código de processo penal, visto que se despiu da ideia de promoção de uma investigação imparcial para vestir uma nova roupagem, auxiliatória no recolhimento, para o órgão acusador, do máximo de elementos que caracterizem o máximo de acusações delitivas. Assim, indaga-se: dada a influência e importância do inquérito hoje para o deslinde da ação penal, a sistemática verificada se coaduna com o necessário equilíbrio entre acusação e defesa, característica do principio acusatório, e com as garantias constitucionais?

---

nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, *ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela.*

[5] É digno de nota que, como a lei de crimes hediondos registra o prazo de 30 (trinta) dias prorrogáveis por mais 30 (trinta) para duração da prisão temporária no curso do inquérito, não é plausível que se entenda, para investigação desse mesmo tipo de delito, um prazo menor para a investigação respectiva, quando tal modalidade de prisão é inerente à fase de inquérito.

[6] Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: (...) VIII - prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no § 2º deste artigo (...)"

É certo que algumas questões foram discutidas pelo legislador de 2019, como o juiz de garantias (afastando o julgador da causa da fase de inquérito) e o acautelamento, em local separado dos autos, das provas colhidas no inquérito, para que o juiz da instrução não venha a acessá-las (com exceção das provas irrepetíveis). Mas ainda há o que avançar, principalmente com relação ao prazo do inquérito com investigado solto (que não foi contemplado na lei) e com relação ao equivocado superdimensionamento que hoje se dá à fase inquisitiva. Que soluções podem ser trazidas pela legislação para diminuir as distorções causadas pelo modelo de aplicação do inquérito em contraposição com a fase processual?

Ambos os problemas serão tratados nesse trabalho, no qual se analisa, à luz das referências doutrinárias sobre o tema, as propostas do projeto de reforma do CPP quanto à fase de inquérito, as alterações da recente lei 13.964/19 e suas influências para a investigação preliminar e alguns julgados dos tribunais sobre prazos e outros temas relacionados à fase inquisitiva. Ao pensar soluções para os vícios discutidos, usa-se também o direito comparado e doutrina estrangeira, quando cabível.

2. O tempo do inquérito e a duração razoável do processo

A Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e às Liberdades Fundamentais[7] (CEDH), assinada em Roma em 1950 e que teve por base a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, já previa que toda pessoa deveria ser julgada equitativa e publicamente,

[7] "Artigo 6º. Direito a um processo equitativo. 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça." (Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2017).

em "prazo razoável", por Tribunal independente e imparcial estabelecido por lei. Já a Convenção Americana dos Direitos Humanos (CADH, ou Pacto São José da Costa Rica), de 1969, em seu artigo 8, estabeleceu que toda pessoa tem direito a ser ouvida "com as devidas garantias e dentro de prazo razoável, por juiz ou tribunal competente, independente e imparcial [...]"[8]. O Brasil foi signatário do Pacto por meio do Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992.

A disciplina do prazo razoável veio dar efetividade ao princípio constitucional do acesso à justiça (artigo 5º, XXXV), o qual abrange, além da não exclusão da apreciação de situações concretas pelo Poder Judiciário, o caráter de efetividade do processo[9].

Isso porque o direito a um processo célere é atrelado ao direito de acesso à justiça, já que a justiça tardia equivale à negação da própria justiça. Nesse raciocínio, a proteção jurídica implica a garantia de proteção eficaz e engloba a exigência de uma apreciação, pelo juiz, da matéria de fato e de direito objeto do litígio, ou da pretensão do particular, bem como da prolatação da decisão judicial vinculativa[10]. É nesse sentido que Canotilho trata do tempo útil do processo, ou seja, a possibilidade de obtenção de um provimento dentro do tempo adequado[11].

Não bastasse isso, a longa duração do processo age como uma verdadeira pena para o réu, de forma que a sentença tardia, condenatória ou absolutória, viola o direito do acusado, seja estigmatizando-o perante a sociedade, seja trazendo-lhe inegável conteúdo aflitivo, além de custos

---

[8] Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 09 mar. 2017.

[9] Leal esclarece que, no Brasil, a preocupação com o acesso à justiça existe desde a primeira Constituição Republicana, que já consagrava a tripartição de poderes, deixando ao Judiciário a apreciação dos litígios entre cidadãos, mas foi a Constituição de 1946 que previu a acessibilidade à justiça, através da expressão "a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual (artigo 141, §4º)". (LEAL, Fabio Resende. *A celeridade processual como pressuposto da efetividade dos direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2012, p.59).

[10] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1996, p.652.

[11] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1996, p.652.

financeiros. Isso porque, enquanto durar o processo penal dura a incerteza, a qual é fonte de estresse para o acusado, e não raros são os transtornos psicológicos graves como a depressão exógena no decorrer do processo[12]. Nesse raciocínio, a ideia de limitação temporal ao exercício punitivo do Estado se reveste em garantia que favoreceria o acusado, "a quem precisa ser assegurado o direito de não se ver eternamente submetido à terrível condição de imputado ou investigado", e também significa garantia para a sociedade, "a quem interessa ver o exercício legítimo do poder"[13].

Por sua vez, segundo Aury Lopes Jr., os principais fundamentos de uma célere tramitação do processo calcam-se no respeito à dignidade do acusado, no interesse probatório, no interesse coletivo, no correto funcionamento das instituições e na própria confiança na capacidade da justiça de resolver os assuntos a ela levados em prazo considerado razoável[14]. É fato que hoje, no Brasil, não se estipula um prazo máximo para o processo, tampouco há sanção aqueles que violam os prazos processualmente estabelecidos. A ausência de sanção importa na doutrina do "não prazo"[15].

Conforme esclarece Daniel Pastor, a partir da posição do TEDH[16], o "prazo razoável" não seria um prazo em si, ou seja, nele não é conside-

---

[12] LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.62.

[13] MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; LAVACA, Thaís Aroca Datcho. A garantia da razoável duração do processo penal e a contribuição do STJ para sua efetividade. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. *Processo penal e democracia*: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.408.

[14] LOPES JR., Aury. Prazo razoável e (de)mora jurisdicional no processo penal. In: ZANELATTO, Vilvana Damiani (Org). *A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*: temas relevantes. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2013, p.23.

[15] [...] Ou seja, aplica-se aqui a equação prazo – sanção = ineficácia. Portanto, quando falamos em não prazo significa dizer: ausência de prazos processuais com uma sanção pelo descumprimento. (LOPES JR., Aury. Prazo razoável e (de) mora jurisdicional no processo penal. In: ZANELATTO, Vilvana Damiani (Org.). *A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*: temas relevantes. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2013, p. 26).

[16] Tribunal Europeu de Direito Humanos, o qual definiu, jurisprudencialmente, três parâmetros iniciais para aferição, no caso concreto, a razoabilidade do excesso de prazo: (I) a complexidade do caso, (II) a conduta das partes naquele procedimento e (III) a conduta das autoridades envolvidas. (GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *El devido processo*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2004, p. 538).

rada uma condição de tempo, prevista pela lei e dentro da qual deveria ser realizado um ato processual ou um conjunto deles. Essa ideia de prazo razoável, a qual caracteriza a "doutrina do não prazo", é vista como uma indicação para que, concluído o processo, os juízes avaliem a sua duração e estimem, segundo uma série de critérios, as compensações para o caso de não considerar o tempo do processo como algo razoável[17]. É o conjunto das características do caso concreto que demonstrará a (ir)razoabilidade do tempo decorrido para o trânsito em julgado do processo.

No entanto, tal preocupação com o prazo do processo penal não é, por vezes, compartilhada com a morosidade do inquérito penal. O tempo do inquérito é, nos feitos de maior complexidade, muito maior do que o tempo do processo penal, no qual se procura garantir (ao menos formalmente) a equiparação entre as partes e a sua duração razoável.

Tal fato já causa mais desequilíbrio: não bastasse o órgão acusador ter o aparato policial para recolher provas (e a defesa não ter poderes investigatórios regulados por lei), essa fase não obedece a qualquer limite temporal e o seu pouco controle (de autorizações para renovar prazos) é promovido pela própria parte interessada em sua finalidade[18].

Assim, se existe uma preocupação com a duração razoável do processo e há fiscalização (pelo CNJ) do tempo para a atividade jurisdicional ser concluída, essa mesma preocupação não existe em relação ao inquérito, até porque, frise-se, o pouco controle hoje existente sobre a renovação de prazos da autoridade policial é elaborado pelo próprio órgão acusador, o qual se favorecerá da produção de prova ali desenvolvida e tem por intenção, nessa fase, a máxima colheita de elementos incriminatórios.

---

[17] PASTOR, Daniel R. Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, jan.-fev., 2005, p.220.

[18] Uma vez vencido o prazo do inquérito sem a sua conclusão, compete à autoridade policial solicitar prorrogação de prazo ao Poder Judiciário para o término das investigações, a teor do §3º do artigo 10 do CPP. Ocorre que, tal prática vem sendo modificada para se autorizar o trâmite processual entre a polícia judiciária e o próprio membro ministerial, sendo remetido ao Judiciário apenas em caso de réu indiciado ou quando é necessária decisão judicial a pedido de quebra constitucional. A tramitação direta dos inquéritos entre polícia federal e órgão ministerial foi regulamentada na resolução conjunta do CNMP e CNJ (proposição n. 001045/2013-24).

O que ocorre, na prática, é que se uma testemunha não é encontrada para ser ouvida na fase de inquérito, há tempo para todas as diligências necessárias à sua localização, como a remessa de ofícios a órgãos de cadastro (Receita Federal ou cartórios eleitorais), e espera pelas respectivas respostas, quando poderá ser remarcada a ouvida quando localizada. Se há interceptação de comunicações telefônicas, há tempo para transcrever os principais trechos que implicam na responsabilidade dos investigados. Se há busca e apreensão, há tempo para analisar todo o material e elaborar laudos técnicos sobre documentos e mídias eletrônicas apreendidas. E há tempo para todas essas diligências porque o único limite temporal ao qual se submete a investigação prévia, no direito brasileiro, é o decurso da prescrição da pretensão punitiva em abstrato, já que a própria prescrição retroativa desse período foi abolida pelo §1º do artigo 110 do CP, com a alteração da Lei n. 12.234/2010.

André Nicolitt já alertava para a necessidade de se considerar o tempo do inquérito dentro do tempo de duração do processo. Segundo ele, embora a CF/88, em seu artigo 5º, LXXVIII mencione duração razoável do "processo", o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos em vigor no Brasil[19] preferiu usar o termo "julgamento", sem limitar a questão ao âmbito processual. Como o inciso LXXVIII não poderia restringir a garantia tratada no Pacto, principalmente ao interpretar o dispositivo de forma conjunta ao artigo 1º, III, da Constituição, que tutela a dignidade humana, entende Nicolitt que, no processo penal, se a atividade persecutória do Estado, submetida à ampla defesa e contraditório, está limitada à duração razoável do processo, "com maior razão, a atividade inquisitiva do Estado, consistente na *persecutio criminis* por via de inquérito policial, também o está"[20].

Do contrário, explica o autor, "estaríamos diante de interpretação que levaria ao absurdo, em que não está nem o direito, tampouco a justiça". Ante esse raciocínio, não haveria dúvidas de que a atividade policial (âmbito administrativo) também deve obediência ao ditame constitucional de duração razoável, já que tal atividade, por si só, viola

[19] Decreto n. 592/1992.

[20] NICOLITT, André. *A duração razoável do processo*. São Paulo: RT, 2014, p.57-58.

o *status dignitatis* do indiciado[21]. Por outro lado, o marco inicial para a análise da contagem do prazo para julgamento deve ser o momento em que se inicia a investigação com sujeito determinado[22], o que, no Brasil, pode ser considerado o início do procedimento investigatório, e não necessariamente o indiciamento. Isso porque, quando a investigação aponta um indiciado, já pode ter havido atos investigatórios contra essa mesma pessoa, a exemplo de interceptações telefônicas e outros atos que permanecem sob sigilo até a deflagração da operação.

Por tudo isso, impossível desconsiderar o tempo do processo penal desvinculado do tempo do inquérito. Por causa da fase investigativa, a parte acusadora só encontra óbice temporal para recolher provas nos longos prazos da prescrição da pretensão punitiva contada em abstrato; já a defesa, ao conhecer dos argumentos da acusação (o que ocorre, na maioria dos casos, apenas quando da citação penal), tem poucos meses produzir seu material probatório, já que apenas no curso da ação é iniciado o relógio do prazo razoável e da celeridade processual em nome da eficiência do processo penal.

Vê-se, assim, um desequilíbrio de poderes entre as partes causado pela distorção temporal entre as fases inquisitivas e processual.

3. O aparato técnico utilizado em investigações complexas, a desigualdade de poderes na produção da prova e a necessidade de regulamentação por lei da investigação defensiva

Em 1941, a exposição de motivos do Código de Processo Penal esclarecia que se mantinha o inquérito policial como instrumento preparatório da ação penal, guardando-se suas características. Mais de setenta anos depois, poucas mudanças são verificadas na sistemática desse procedimento preliminar de recolhimento de prova[23].

---

[21] NICOLITT, André. *A duração razoável do processo*. São Paulo: RT, 2014, p.57-58.

[22] Segundo Nicolitt, o marco para análise deve ser a determinação do sujeito como investigado, o que equivaleria ao indiciamento. (NICOLITT, André. *A duração razoável do processo*. São Paulo: RT, 2014, p.70).

[23] Como frisa Paula Costa, tal modelo de inquérito está em descompasso com a ordem jurídica, não bastando que seus regramentos sejam interpretados

Não se nega a existência de defesa (ainda que frágil) no inquérito penal, ante a possibilidade de o investigado requerer diligências (artigo 14 do CPP), a previsão constitucional do contraditório e da ampla defesa nos processos administrativos (artigo 5º, LV da CF/88), e a possibilidade de uso do direito ao silêncio e de remédios constitucionais, como *habeas corpus* e mandados de segurança.

Digno de nota, nesse sentido, é a falha da lei 13.964/19 ao não trazer qualquer previsão para a investigação defensiva, visto que o tema já era objeto do projeto de lei 156/2009[24] que tramita no Congresso Nacional. Até porque, nas palavras de Welton Roberto, o sistema atual tem cada vez mais a participação do Ministério Público e o acompanhamento da mídia. Se a defesa continuar agindo como "convidada de pedra", a qual aguarda "passivamente" que se termine a investigação para começar a atuar, o desequilíbrio restará intransponível[25].

O inquérito policial funciona, assim, como um caderno investigatório a serviço da acusação, cuja neutralidade legal é questionável a partir das inúmeras medidas cautelares de restrição de direitos constitucionais que vêm se tornando corriqueiras. A banalização e a midiatização da

segundo a Constituição, posto que "é preciso que nova normatização processual penal atualize os procedimentos aos preceitos fundamentais do ordenamento". (COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. Inquérito policial e a investigação dos fatos que antecedem a ação penal no ordenamento jurídico instaurado pela Constituição Federal de 1988. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 5, n.19, p.171-178, jul.-set., 1997).

[24] Prevê o art. 13 do projeto: "é facultado ao investigado, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas". Além disso, em diversos outros pontos o projeto de reforma do CPP prevê um maior poder da defesa na fase de inquérito, como a necessidade de que a autoridade policial justifique a não realização da prova defensiva, a partir da previsão recursal do indeferimento do requerimento. Assim, por disposição do artigo 26 do PL, a vítima ou o investigado poderão requerer ao delegado qualquer diligência no inquérito e, em caso de não ter seu pedido acolhido pela autoridade, poderão representar à autoridade policial superior ou ao Ministério Público. O PL 156/2009 foi encaminhado do Senado à Câmara Federal em dezembro de 2010, recebendo o número 8.045/2010, ainda não submetido à votação nessa última casa.

[25] ROBERTO, Welton. *Paridade de armas no processo penal*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. pág. 88.

aplicação dessas medidas têm mostrado outra face do inquérito, despindo-o da ideia de promover a investigação imparcial para vestir uma nova roupagem, auxiliatória no recolhimento, para o órgão acusador, do máximo de elementos que caracterizem o máximo de acusações delitivas. A atual forma sigilosa de investigação criminal aplicada no Brasil, vigente até o momento da deflagração da operação e utilizando um sem número de métodos ocultos de busca pela prova, ignora solenemente o artigo 5º, LV da CF/88 e o artigo 7º, XIV da Lei n. 8.906/1994 e desvirtua a finalidade do inquérito[26]: de procedimento apuratório, o inquérito passou a ser o momento de recolher o máximo de elementos para futura condenação[27]. O superdimensionamento dos poderes investigatórios faz com que a fase posterior, do processo penal, se traduza em mera confirmação das provas amealhadas antes pelo órgão acusador[28].A despeito dessa prática moderna

---

[26] Segundo a exposição de motivos do Código de Processo Penal de 1941, o inquérito, "como instrução provisória antecedendo a propositura da ação penal" é "uma garantia contra apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime ou antes que seja possível uma exata visão de conjunto dos fatos, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas".

[27] Um claro exemplo desse desvirtuamento é a degravação, nas interceptações telefônicas, apenas dos trechos que interessam à acusação. Se o intuito do inquérito fosse o de apurar a participação (ou ausência dela) por parte do investigado na conduta criminosa, porque não são também degravados pelo agente policial os trechos dos áudios que eximem o investigado do fato criminoso, ou diminuem sua responsabilidade?

[28] Ao tratar do modelo napoleônico de processo penal (Código Napoleônico de 1808), Luigi Ferrajoli pontua algumas características daquele processo misto, demonstrando o protagonismo ali desenvolvido na primeira fase de prevalência inquisitória, escrita, secreta e com ausência de participação do imputado, enquanto ele era privado de liberdade. A segunda fase, para o autor, tendentemente acusatória, era "caracterizada pelo contraditório público e oral entre acusação e defesa, porém destinado a se tornar uma mera repetição ou encenação da primeira fase". Ora, o modelo napoleônico de processo misto se difundiu no século passado em toda a Europa, se conservando nos Códigos Italianos de 1865, de 1913 e no Código Rocco de 1930 (o qual influenciou o CPP brasileiro de 1941). Ao explicar as características daquele ultrapassado modelo, Ferrajoli pontua: "a mistura e o compromisso entre os dois modelos continuaram na era republicana, através da introdução de fracos elementos acusatórios na fase instrutória, mas ao lado de maiores poderes judiciais aos órgãos inquiridores. Disso resultou uma ulterior acentuação do caráter de juízo autônomo da fase instrutória e um progressivo

que caracteriza uma nova atuação do processo penal brasileiro, o indivíduo sob o qual recaem as suspeitas de cometimento de um delito tem todo o interesse de defender-se e mostrar sua inocência, total ou parcial, no intuito de evitar a ação penal. Esse direito só se materializa, nessa fase preliminar, se forem observados o contraditório e a ampla defesa.

Mas ainda que se observassem todas essas garantias, ainda assim a defesa se veria de mãos atadas, por não dispor dos mesmos poderes instrutórios (e requisitórios) do *Parquet* e ter seus requerimentos submetidos à boa vontade do agente policial, que pode ou não os entender pertinentes.

O problema é pontuado por Saad: em razão da prática, no curso do inquérito, de inúmeros atos instrutórios de caráter definitivo, irrepetíveis, e de atos restritivos de direitos constitucionalmente assegurados, deve-se permitir a pronta participação do acusado e de seu defensor nessa fase procedimental, o que independe do estabelecimento do contraditório[29]. Conforme explica a autora, a possibilidade da defesa participar na fase de inquérito foi objeto de intenso debate na década de 1950. Na ocasião, prevaleceu a orientação perfilhada por José Frederico Marques em detrimento da defendida por Joaquim Canuto Mendes de Almeida, consolidando o entendimento de que "o inquérito não passa de peça administrativa, meramente informativa, que exibe tão-só atos de investigação". Esta opinião, explica Saad, passou a influenciar a doutrina e a jurisprudência da época e, como consequência (que perdura até os dias de hoje), "nega-se ao indiciado, ou informalmente acusado, o exercício do direito de defesa nesta fase"[30].

Merece registro o raciocínio de Renato Vieira de que o princípio da paridade de armas, diferentemente do contraditório, se manifesta (ou deve se manifestar) em todas as fases da persecução penal, inclusive no

esvaziamento da fase dos debates, reduzida a mera e prejulgada duplicação da primeira". (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 2.ed. São Paulo: RT, 2006, p.519-522).

[29] SAAD, Marta. Exercício de direito de defesa no inquérito policial. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v.14, n.166, set. 2006, p.6.

[30] SAAD, Marta. Exercício de direito de defesa no inquérito policial. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v.14, n. 166, set. 2006.

inquérito[31]. Da mesma forma, tem-se que o exercício de funções distintas não autorizaria o tratamento diferenciado entre acusado e acusador, "seja em fase preliminar de apuração do fato, ou mesmo durante o processo"[32].

Para Castañeda Paz, o princípio da igualdade de armas não deve expressar-se apenas no momento em que se formaliza a acusação, mas deve se manifestar em todo o momento em que há investigação[33] e produção de prova (inclusive testemunhal, no inquérito).

A exclusão do princípio da isonomia entre as partes da fase inquisitorial tem justificativa doutrinária no raciocínio de que, uma vez violada a ordem jurídica pelo agente que pratica o ato criminoso, estaria legitimado o Estado a repor esse equilíbrio, investigando sem a participação do agente[34]. Esta lógica, contudo, não pode ser mais admitida, posto

---

31 No entender de Vieira, "na investigação preliminar deve incidir a paridade de armas, visto que ali há oponentes e também há carga acusatória em processo penal. A medida da observância do princípio, naquela fase processual, dá-se pelo que ali se denominou duplo conhecimento por parte do investigado: passivo e ativo" (VIEIRA, Renato Stanziola. *Paridade de armas no processo penal*. Brasília: Gazeta jurídica, 2014, p. 356).

32 ERBELLA, Marcelo Augusto Custódio. *Linguagem, prova e verdade no processo penal*: uma nova visão humana. São Paulo: Novas edições acadêmicas, 2015, p.134.

33 " [...] el principio 'de igualdad de armas' no debe expresarse solamente desde el momento en que una persona es inculpada de un delito o desde la audiencia, sino que debe ser manifiesto en todo momento en lo que a posibilidades de presentas testigos se refiere [...] El principio conocido como 'de igualdad de armas' que importa igual tratamiento de las funciones, de las posibilidades presupuestaras y estructurales de todas las partes del proceso, atendiendo a los diseños propios de cada función, debe ser reconocido no sólo dentro de las instancias judiciales sino antes, durante y después del proceso." (CASTAÑEDA PAZ, Marcelo C. La igualdad de armas: de la teoria a la realidade. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Buenos Aires, v.7, n.12, p.571-584, 2001, p.580).

34 Nesse sentido, Tourinho Filho explica que nessa fase indiciária é difícil estabelecer "igualdade absoluta de condições jurídicas", e que a desigualdade é provocada pelo próprio criminoso, posto que, quando surge a ideia do crime, "ele que pensa e age sozinho, e coloca o poder público em condição parecida com a da vítima, e assim é preciso que o Estado tenha alguma vantagem nos primeiros momentos, apenas para colher vestígios do crime e indícios de culpabilidade". (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 34.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.51).

que já tem o investigado como culpado, quando o admite como gestor do fato criminoso para justificar a apuração estatal.

Para o direito brasileiro, a fase inquisitiva afasta as normas do princípio acusatório. O inquérito policial é um caderno investigatório a serviço da parte acusadora e não se pode dizer o contrário diante do fato de que há uma salutar diferença entre as condutas de "requisitar" e "requerer" provas no inquérito[35], expostas nos dispositivos dos art. 13 e art. 47 do CPP (os quais autorizam o *Parquet* a requisitar provas) e nos artigos 14 e 84 do mesmo código (com relação à conduta de requerer, vinda da defesa).

Nesse raciocínio, se, conforme a previsão legal do artigo 14 do CPP, a defesa limita-se a *requerer* a diligência, a autoridade policial analisará sua pertinência a seu próprio juízo e arbítrio.

No entanto, são inegáveis os abusos praticados na fase de inquérito em razão da permissividade da lei com a ausência de defesa[36] e, ainda

---

[35] O termo "requisitar" não ostenta um conteúdo "solicitatório" e não equivale a "requerer"; consubstancia, para além de uma simples solicitação, uma exigência legal ao seu destinatário (FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Investigação criminal e ação penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.19). É por isso que a autoridade policial não pode se negar a cumprir o que é requisitado pelo membro ministerial e, na expressa disposição do artigo 13 do CPP, incumbe àquela "realizar as diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público". O verbo "requisitar" está, ainda, (I) no artigo 47 do CPP, quando autoriza o Ministério Público a, se julgar necessários mais esclarecimentos e documentos complementares ou novos elementos de convicção, requisitá-los às autoridades competentes; (II) no artigo 129 da CF/88, VIII, o qual prevê ser função institucional do Ministério Público "requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial" e, (III) na própria Lei Complementar n. 75/1993 (que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União), em seu artigo 7º, II, ao dispor que incumbe ao Ministério Público da União, sempre que necessário às suas funções institucionais, "requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial". Já o termo "requerer" está previsto nos artigos 14 e 184 do CPP e relaciona-se ao pedido de diligência que o indiciado pode dirigir à autoridade policial, no curso do inquérito. Nesse caso, a autoridade policial analisará a pertinência da prova e poderá deferir ou não sua produção.

[36] Não se olvide de que até pouquíssimo tempo atrás, eram comuns e corriqueiras no Brasil as decretações de conduções coercitivas, para que o investigado fosse interrogado sem conhecer as provas contra ele produzidas e sem dar tempo da chegada de seu advogado. Veio em bom tempo o freio

que se diga que a investigação inquisitorial possa eventualmente colher elementos em favor do investigado, esse não é, sobremaneira, seu objetivo. Na prática, a investigação "tem uma vocação para amealhar elementos que sustentem a sua acusação, descurando-se da busca de informes que auxiliem a defesa"[37].

Tal panorama torna urgente a discussão acerca da investigação defensiva, ainda ignorada pelo legislador brasileiro, a despeito da recente regulamentação do tema pelo Conselho Federal da OAB em 2018.[38] A investigação defensiva pode ser definida como um conjunto de diligências e técnicas de apuração da verdade, com a consequente produção e catalogação de provas, encadeadas documentalmente em um instrumento único, ou não, em ordem lógica e/ou cronológica, visando resguardar a tutela judicial dos interesses do particular[39]. Trata-se de dar condições materiais para que o cidadão instrumentalize, do ponto de vista probatório, sua tese defensiva, podendo ser desenvolvida a qualquer tempo ou fase processual. Adotada em alguns países (a exemplo da Itália), ainda não

---

constitucional colocado pelo STF nessa prática arbitrária e ilegal, em junho de 2018, com as ADPFs 395 e 444/STF. Mas não apenas. A jurisprudência demonstra que inúmeros *habeas corpus* ainda são apresentados aos Tribunais até mesmo para conseguir ter acesso às cópias dos documentos produzidos nos autos de inquérito e, embora já exista súmula vinculante sobre o tema (súmula vinculante n. 14), a questão está longe de ser pacificada e regularmente cumprida pelas autoridades policiais.

37 FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio na investigação criminal. In: YARSHELL, Flávio Luiz (Org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p.327.

38 Provimento 188/2018, datado de 11 de dezembro de 2018, nos autos da Proposição n. 49.0000.2017.009603-0/COP, justificado pelos poderes conferidos à OAB através do art. 54, V, da lei 8906/94. Pretendendo suprir a carência legal, o CFOAB publicou o provimento 188/2018, com orientações gerais à investigação defensiva, a qual poderá ocorrer em qualquer fase da persecução criminal, podendo, inclusive, fundamentar a instauração ou o trancamento de inquérito policial. Mas não se deve olvidar de que a regulamentação pela OAB viola a reserva de lei, já que entidade de classe não pode legislar sobre matéria de processo penal. Mais um motivo, então, para se defender a urgência de criação de lei que regulamente a matéria, necessária para equilibrar a persecução penal brasileira.

39 BULHÕES, Gabriel. Investigação defensiva e a busca da paridade de armas no processo penal brasileiro. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, nº 305, abril-2018. p. 7.

encontrou guarida na lei brasileira, embora, como já se disse, seja objeto do PL 156/2009 (Senado Federal).

Na prática, a defesa está, sim, impedida de investigar no processo penal brasileiro, quando seu contato com testemunhas é equivocadamente interpretado como obstrução à justiça, quando ela não tem qualquer prerrogativa de intimar testemunhas ou de oficiar órgãos ou particulares, requerendo documentos ou informações. Aliás, qualquer gesto nesse sentido pode ser interpretado como tentativa de macular ou esconder. Nesse sentido, são inúmeras as prisões preventivas decretadas sob o fundamento de que o réu deve se afastar das testemunhas arroladas e com o intuito de evitar interferência nos depoimentos da acusação, além de que uma das medidas substitutivas à prisão é justamente a de o réu não manter contato com testemunhas, com fundamento no artigo 319, III do CPP. São inúmeros os julgados que substituem a prisão preventiva pela aplicação das cautelares incluindo a proibição de contato com testemunhas sem que nenhum argumento a justifique[40]. Portanto, a lei e a jurisprudência brasileiras trazem obstáculos para que a defesa se aproxime da produção da prova, e não o contrário[41].

Apesar disso, pode-se entender que a Constituição Federal de 1988 (artigo 5º, LV) previu a ampla defesa e o contraditório também na fase de inquérito[42]. Nesse raciocínio, ainda que não se tenha como

---

[40] Como exemplo: STJ, Sexta Turma, HC 201501643340, HC 329691. Rel. Min. Sebastião Reis. DJE, data: 18-04-2016.

[41] Até mesmo para produzir um laudo técnico sobre a prova, a defesa precisa dispor do objeto a ser periciado, o que não lhe é facultado na fase inquisitorial. E não se olvide de que o artigo 159 do CPP, ao prever a possibilidade de nomear assistente técnico defensivo para acompanhar as perícias, o fez com relação tão somente à ação penal (e não ao inquérito) por dicção de seus §§4º e 5º (que expressamente fazem alusão à admissão na prova no processo judicial). Um importante avanço da lei 13.964/19, sem dúvidas, é a previsão de que o juiz de garantias possa deferir a presença de assistente técnico para acompanhar perícias na fase de inquérito (art. 3º-B, XVI, acrescido ao Código Penal). Espera-se que o dispositivo que trata do juiz de garantias (cuja suspensão foi determinada pelo presidente do STF em liminar nas ADIs 6298, 6299 e 6300, datada de 15 de janeiro de 2020) seja posteriormente implementado.

[42] Conforme Aury Lopes Jr., a partir da previsão do inciso LV, é inafastável a incidência do contraditório e do direito de defesa no inquérito policial, e a confusão terminológica aplicada (quando o inciso fala em processo administrativo e não em procedimento administrativo, que é o inquérito; e quando o inciso

obrigatória a participação do investigado (e sua defesa habilitada) na fase pré-processual, não se pode negar o direito subjetivo a essa atuação, conforme interesse do investigado. É por isso que várias das soluções a seguir delineadas perpassam pelo respeito a essas regras constitucionais.

4. Das soluções apresentadas

4.1 Quanto ao tempo do inquérito

Como primeira solução, a atingir a questão temporal, tem-se a fixação de prazo limite para concluir o inquérito, com a previsão de arquivamento no caso de seu descumprimento. Ademais, o prazo só deve ser renovado em casos de alta complexidade. Deve-se ter cuidado com inquéritos longos, os quais, não obtendo êxito em amealhar provas que robusteçam suas premissas iniciais, acabam mudando de objeto ao longo dos anos para perseguir os mesmos investigados, buscando outros fatos criminosos através da mesma investigação. Para evitar que o inquérito se traduza em perseguição à pessoa investigada (e não mais ao fato investigado), deve-se delimitar um determinado período como razoável para apurar os fatos (um tempo máximo), o qual, transcorrido, deve o inquérito ser arquivado por falta de elementos (caso não se tenha, ainda, prova da materialidade e indícios de autoria suficiente para oferecer a denúncia).

Não se ignora, como já se disse, que o CPP, sem força coativa alguma ou sanção ao seu descumprimento, fixou prazos curtos para a consecução do inquérito, estipulados no artigo 10 do referido código. Apenas em caso de réu preso e após a deflagração da fase ostensiva do inquérito (com as prisões) é que se busca observar o lapso temporal. Da mesma forma, o prazo de 90 dias estipulado para a investigação promovida

fala em acusado, e não em indiciado) não pode servir de obstáculo à aplicação desses direitos no inquérito. Segundo o autor, o fato de o legislador constituinte ter utilizado a expressão "acusados em geral" e não apenas "acusados", é porque compreendeu, na expressão, também os indiciados. (LOPES JR., Aury. Direito de defesa e acesso do advogado aos autos de inquérito policial: uma (des)construção jurisprudencial [jurisprudência comentada]. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v.11, n.43, p.378-396, abr.-jun. 2003).

pelo membro ministerial (no art. 12 da resolução CNMP n. 13/2006) não detém a menor força vinculativa, enquanto a norma que o estabelece já prevê a permissão de suas renovações sucessivas pelo *Parquet*.

Por outro lado, a lei 13.964/19 previu esse controle (art. 3º-B, VIII), mas relacionado apenas aos casos de investigado preso. Errou o legislador por não aproveitar o momento para reforçar a limitação temporal ao inquérito com investigados soltos.

O código de processo penal português estipula, como regra, 6 meses de duração da investigação para o caso de investigados presos, ou 8 meses para investigados soltos, mas em ambos os casos os prazos podem ser prorrogados, até um máximo de 12 ou 18 meses, respectivamente. Este prazo, conforme o artigo 276, n. 4 da lei portuguesa, inicia-se ao se identificar uma pessoa determinada como investigada, e suspende-se com a expedição de carta rogatória. O período total de suspensão não pode exceder a metade do prazo máximo do inquérito (artigo 276, n. 5) e o magistrado titular do processo deve comunicar ao superior hierárquico imediato a violação dos prazos dispostos nesse artigo 276, indicando as razões do atraso e o período necessário para concluir o inquérito (n. 6 do artigo 276). Quando vencidos os prazos, o próprio superior hierárquico poderá avocar os autos dando conhecimento da violação e do tempo necessário à conclusão da investigação ao Procurador Geral da República, ao arguido e ao assistente (se houver) (artigo 276, n. 7). Nesse caso, cabe ao Procurador Geral da República, se assim entender, determinar o procedimento de aceleração processual[43] (artigo 276, n. 8).

A questão dos prazos do inquérito no direito português ganhou relevância na revisão legislativa de 2007, mas, conforme alerta Paulo Mendes, o fato de o Ministério Público violar os prazos assinalados não implica em qualquer efeito para a validade do processo, embora a legislação tenha criado vários mecanismos para coibir esta violação[44]. Na prática, vê-se

[43] Os artigos 108 e 109 do CPP português regulam a tramitação do pedido de aceleração processual, quando forem excedidos os prazos previstos na lei para cada fase do processo.

[44] Segundo Paulo Mendes de Souza, "[...] a ultrapassagem dos prazos não constitui sequer uma irregularidade. Na verdade, costuma dizer-se que tais prazos são meramente ordenadores. Mas, para evitar a ultrapassagem dos prazos do inquérito, a revisão de 2007 do CPP criou vários mecanismos, a saber: a

que alguns inquéritos em Portugal têm o prazo alargado e a exigência da lei processual pode ser relativizada[45], a exemplo do que ocorreu com a investigação da chamada "Operação Marquês[46]. A justificativa portuguesa para essa dilação, explica Cláudia Santos, estaria nos casos de *criminalidade mais complexa,* para os quais se previu prazos mais amplos de forma a tornar a investigação mais exequível[47]. Tais acréscimos de prazo são previstos no já mencionado artigo 276 do código de processo português.

Por outro lado, a jurisprudência portuguesa, ao indeferir pedido (do investigado) de declaração de caducidade do direito ministerial de deduzir acusação quando vencidos os prazos, esclareceu que os limites

---

obrigação de o magistrado titular do processo comunicar ao superior hierárquico imediato a violação de qualquer prazo, indicando as razões do atraso e o período necessário para concluir o inquérito (atual artigo 276, n. 6), a possibilidade de o superior hierárquico avocar o processo (atual artigo 276, n. 7) e o fim do segredo de justiça, salvo se o juiz de instrução determinar, a requerimento do MP, que o acesso aos autos seja adiado por um período máximo de três meses, o qual poderá ser prorrogado por uma só vez, em certas circunstâncias (artigo 89, n. 6). Essa prorrogação não pode ir além da concessão de novo prazo de três meses, embora a lei não o diga assim, mas fale apenas em "um prazo objetivamente indispensável à conclusão da investigação". (MENDES, Paulo de Souza. *Lições de direito processual penal.* Coimbra: Almedina, 2013, p. 69).

45 A exemplo da chamada "Operação Marquês", na qual o ex-primeiro ministro português, José Sócrates é preso em novembro de 2014 por suspeita de crimes de fraude fiscal, branqueamento de capitais e corrupção, e permanece sob custódia preventiva durante 288 dias, até que é transferido, em 04 de setembro de 2015, para prisão domiciliar, recebendo liberdade apenas em 16 de outubro do mesmo ano. O referido senhor só foi formalmente acusado em outubro de 2017, depois de inúmeras renovações dos prazos da investigação, ocorridas concomitantemente à aplicação das medidas restritivas contra os investigados.

46 Na "Operação Marquês", o ex-primeiro ministro português, José Sócrates foi preso em novembro de 2014 por suspeita de crimes de fraude fiscal, branqueamento de capitais e corrupção, e permaneceu sob custódia preventiva durante 288 dias, até que foi transferido, em 04 de setembro de 2015, para prisão domiciliar, recebendo liberdade apenas em 16 de outubro do mesmo ano. O referido senhor só foi formalmente acusado em outubro de 2017, depois de inúmeras renovações dos prazos da investigação, ocorridas concomitantemente à aplicação das medidas restritivas contra os investigados.

47 SANTOS, Cláudia Cruz. Prazos de duração máxima do inquérito: as consequências para sua violação. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n. 1 a 4, ano 26, jan-dez de 2016. p. 549.

fixados no artigo em discussão não detêm natureza preclusiva[48], ou seja, não há qualquer sanção ao não cumprimento desses prazos fixados pela lei. Dessa forma, apesar da disposição legal, não se nega, no direito português, a relativização com a exigência dos prazos da investigação, fato duramente criticado por alguns autores portugueses[49].

No Brasil, o Superior Tribunal de Justiça, no RHC n. 61.451/MG, determinou o trancamento de inquérito policial relativo à investigação complexa, e que tramitava há mais de 14 anos, sem conclusão. A 6ª Turma do STJ já havia adotado esse posicionamento, embora ainda de forma incipiente, no HC 345.349/MT e no RHC 58.138/PE. Embora os Tribunais estejam regulando a questão – quando instados a fazê-lo em casos pontuais – é necessária a atenção ao tema por parte do legislador ou, pelo menos, por parte da atuação moderadora do juiz da causa.

Assim, para adequar o inquérito à realidade constitucional de 1988 tem-se, como soluções à problemática apresentada, a necessidade de estipular, pela legislação, um prazo máximo de duração para os inquéritos que se mostre razoável e evite as sucessivas renovações, com a previsão de consequências para o seu descumprimento. Analisando a necessidade e de sanção para a inobservância dos prazos, Daniel Pastor

---

[48] Nesse sentido, vide acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, JTRC processo n. 5/13.1IDCTB-B.C1, Rel. Jorge França, acórdão em 26.10.2016. Destacam-se da decisão os seguintes argumentos: "[...] Pois bem, aqui chegados somos obrigados a admitir que a lei, o CPP, no seu artº 276º, 1, não atribui uma qualquer natureza ao prazo que aí estabelece para encerrar o inquérito. Em primeiro lugar, não estamos perante o estabelecimento de um prazo para o exercício de um direito, mas antes, perante o estabelecimento de um prazo para o exercício de um poder-dever vinculado do titular da acção penal, no caso. Daí poder retirar-se que estamos perante norma programática que mais não pretende do que fixar ao agente titular desse poder funcional um prazo para o encerramento do inquérito, sob pena de eventual responsabilidade disciplinar. [...]". (Disponível em: <http://www.dgsi.pt/>. Acesso em: 19 ago. 2017).

[49] A título exemplificativo dessas críticas: "(...) Quando as autoridades judiciárias aplicam os prazos que vinculam os outros como necessariamente peremptórios mas vêem os prazos aplicáveis à duração do inquérito, que deviam vinculá-las, como prazos indicativos ou ordenadores, tem de se questionar se é ainda no processo penal de um Estado democrático que nos movemos". SANTOS, Cláudia Cruz. O Controlo judicial da violação dos prazos de duração máxima do inquérito. *Julgar*, Lisboa, n. 32, p. 233-254, maio-ago 2017. http://julgar.pt/o-controlo-judicial-da-violacao-dos-prazos-de-duracao-maxima-do-inquerito/

já aduziu que, se o legislador dita um procedimento que possa ser livremente violado pelos magistrados, não se fala em lei, mas em um conselho, orientação ou sugestão[50].

A lei deve também limitar as possibilidades de renovação do prazo por ela estipulado para o inquérito. A prorrogação do prazo de investigação deve ser sempre justificada, e só ocorrer em casos excepcionais. Vencido o prazo sem a apresentação da denúncia ou conclusão das investigações, deve o procedimento ser submetido ao controle do Judiciário, o qual deverá determinar seu arquivamento ou renovar o prazo em caso excepcional. A contagem do prazo deve ser iniciada assim que identificado um sujeito como investigado, ainda que ele não tenha ciência da investigação ou não tenha sido formalmente indiciado. Por fim, em caso de inquéritos com sucessivas renovações (ainda que excepcionais e em clara afronta à lei), o tempo decorrido nessa fase pré-processual deve ser usado como parâmetro para o tempo da fase judicial. Nesse sentido, seria vedado ao juiz indeferir a produção de prova defensiva sob o argumento de celeridade processual nos casos em que sequer foi atingido o mesmo tempo usado na fase de inquérito.

O Projeto de Lei 156/2009 (Senado Federal), hoje de numeração 8.045/10 e tramitando perante a Câmara dos Deputados, que trata do novo CPP, prevê algumas mudanças nesse sentido, embora um pouco diferentes das acima sugeridas. O projeto inova com a preocupação do tempo da fase investigatória, ao estabelecer que "no inquérito, as diligências serão realizadas de forma objetiva e no menor prazo possível"[51]. Há, ainda, o aumento do prazo do inquérito para 90 dias com réu solto (e não mais 30).

---

[50] PASTOR, Daniel R. Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo p.203-249, jan.-fev., 2005, p.222.

[51] "Artigo 29. No inquérito, as diligências serão realizadas de forma objetiva e no menor prazo possível, sendo que as informações poderão ser colhidas em qualquer local, cabendo ao delegado de polícia resumi-las nos autos com fidedignidade, se obtidas de modo informal". (Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-8045-10-codigo-de-processo-penal/documentos/outros-documentos/atual-cpp-dl-3689-41-x-pl-8045-10-2/atual-cpp-dl-3689-41-x-pl-8045-10-1>. Acesso em: 24 jul. 2017). Na proposta do projeto 8.045/2010, em trâmite na Câmara, tal dispositivo manteve a mesma redação, com previsão para o artigo 30 do PL.

Uma importante emenda foi sugerida quando da tramitação do Projeto no Senado: fixar um prazo máximo (720 dias), o qual, após esgotado, deve importar no arquivamento do inquérito pelo juiz de garantias. O avanço, no entanto, foi parcial: o mesmo artigo 32 do projeto abriu uma exceção aos inquéritos complexos e passou a prever em seu §2º que "em face da complexidade da investigação" e constatado o "empenho da autoridade policial", o juiz de garantias poderá prorrogar o inquérito "pelo período necessário à conclusão das diligências faltantes"[52]. Só nos resta lamentar este acréscimo ao projeto, que retrocede ao permitir uma brecha para a morosidade do inquérito, permitindo investigações sem prazo.

4.2 Quanto ao excesso de medidas restritivas de direito no inquérito e desigualdade de poderes

Nesse ponto, são várias as mudanças necessárias. Iniciemos com o *acesso aos autos de inquérito por parte do advogado*[53]. Esta discussão pode

---

[52] "Artigo 32. Não obstante o disposto no artigo 31, *caput* e §§1º e 2º, o inquérito policial não excederá ao prazo de 720 (setecentos e vinte) dias. §1º Esgotado o prazo previsto no *caput* deste artigo, os autos do inquérito policial serão encaminhados ao juiz das garantias para arquivamento. §2º Em face da complexidade da investigação, constatado o empenho da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, o juiz das garantias poderá prorrogar o inquérito pelo período necessário à conclusão das diligências faltantes." (Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-8045-10-codigo-de-processo-penal/documentos/outros-documentos/atual-cpp-dl-3689-41-x-pl-8045-10-2/atual-cpp-dl-3689-41-x-pl-8045-10-1>. Acesso em: 02 nov. 2017).

[53] Aury Lopes distingue, com relação ao sigilo do inquérito, o segredo externo do interno. Enquanto o externo é um importante instrumento para amenizar a publicidade abusiva, o segredo interno proíbe os próprios interessados de acessar o conteúdo da investigação. Segundo ao autor, o tratamento dado pelo CPP para regularizar o tema é medíocre (artigo 20 do CPP), e a justificação do segredo interno total (aquele que atinge o sujeito passivo e seu defensor) tem claro cunho utilitarista, "na medida em que busca a maior eficiência da investigação preliminar desde o ponto de vista – exclusivo – do Estado-opressor. Sem dúvida uma leitura incompatível com os postulados de um Estado Democrático de Direito". (LOPES JR., Aury. Direito de defesa e acesso do advogado aos autos de inquérito policial: uma (des)construção jurisprudencial [jurisprudência comentada]. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v.11, n.43, p.378-396, abr.-jun. 2003, p.388-390).

até parecer desnecessária, diante da existência da Súmula 14/STF e do artigo 7º, XIV da Lei n.8.906/1994, mas, na prática, são inúmeros os casos nos quais se burla a legislação e a súmula vinculante, principalmente em relação às grandes investigações policiais "midiáticas".

É certo que o acesso ao caderno de medidas de investigação em andamento não pode ser franqueado ao advogado do investigado, sob pena de inutilizar a investigação naquele ponto, retirando-lhe a eficácia. No entanto, o que se vê é a regra de sigilo para provas já colhidas, através da escolha dos documentos que serão encartados nos autos principais, e "engavetamento" de outros documentos. Situação também corriqueira é o advogado diligenciar para obtenção de cópias, mas só consegui-las após serem vazadas para a imprensa.

A ausência de intervenção do defensor não apenas torna impossível o controle dos abusos praticados (já que se poderia pleitear a atuação do Judiciário para intervir em atos ilegais da autoridade policial), mas impede que esclarecimentos sejam feitos e provas apresentadas desde essa fase, evitando denúncias equivocadas e em claro excesso (como sói ocorrer)[54]. Não há qualquer possibilidade de defesa técnica quando há o sigilo interno da investigação para a defesa.

Não há como pensar em equilíbrio entre as partes na fase judicial se uma delas esteve distante e não pôde, sequer, acessar os elementos para atuar na fase de inquérito. Se provas do inquérito são usadas para

[54] Como explica Saad, para assegurar o exercício da defesa na fase de inquérito "é imprescindível que se dê ciência ao acusado da imputação e de todo o conteúdo dos atos de instrução constantes do inquérito; além disso, é preciso garantir a assistência de advogado e a faculdade de exercício do direito ao silêncio". Até porque, como bem pontuado pela autora, não só o acusado, mas a justiça penal também tem a ganhar com a participação ativa da defesa: o investigado pode afastar possível acusação contra si; e a Justiça ganha por melhor se precaver de futuras acusações infundadas e injustas, "[...] podendo opor-se às provas coligidas e oferecer sua versão acerca dos fatos apurados; impugnar a classificação do delito atribuída pela autoridade policial; fazer-se acompanhar sempre por defensor, para solicitar a produção de diligências em seu favor; e, principalmente, ter ciência de seus direitos constitucionais e exercê-los desde logo, o acusado e a justiça penal só têm a ganhar. Ele, por cuidar de afastar possível acusação formal; a Justiça, por se precaver melhor contra acusações infundadas". (SAAD, Marta. Exercício de direito de defesa no inquérito policial. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 166, p.6, set. 2006).

respaldar decisões restritivas de direito, se elementos ali colhidos são usados para robustecer e fundamentar decisões da ação penal, a ausência de participação do investigado nessa importante fase não tem como ser posteriormente reparada, e representa um inegável desequilíbrio.

Nesse sentido, é urgente uma mudança de postura dos operadores do direito, especialmente do delegado e do magistrado, no sentido de cumprir e fazer cumprir a legislação em vigor e a súmula vinculante 14/STF.

Assim, sugere-se as seguintes mudanças, como regras a serem aplicadas em todas as investigações criminais:

(I) A não ser nos casos de investigado foragido, *deve sempre ser concedida oportunidade de ouvida ao investigado,* a ser realizada ainda durante o inquérito, com intimação prévia para obter acesso aos autos e se fazer acompanhado por advogado;

(II) Tão logo se colham elementos indiciários de autoria e mesmo sem o indiciamento formal, deve-se intimar o investigado para habilitar advogado para acompanhar as provas e depoimentos futuros, podendo apresentar documentos e fazer requerimentos à elucidação da tese defensiva.

(III) Deve ser valorizada a legislação que garante o exercício de defesa, inclusive quanto à manifestação antes da análise de pedidos cautelares (§3º do artigo 282 do CPP), *assim como devem ser aplicadas medidas sancionatórias para o descumprimento pelas autoridades e, por fim, devem ser anulados os atos realizados sem a presença do defensor*[55], quando era possível a realização da prova com tal acompanhamento.

Na esteira do artigo 26 do PL 156/2009 (Senado Federal), ao investigado é facultado requerer ao delegado de polícia realizar qualquer diligência, que será efetuada ao se reconhecer sua necessidade. Tal previsão, se aprovada, será um importante avanço diante do atual artigo 14 do CPP, já que, para indeferir o pedido, a autoridade deverá justificar a desnecessidade da medida[56].

---

[55] Nesse sentido, pela anulação dos atos sem defensor e todas as provas dele derivadas, ver: MARINHO, Renato Silvestre. Presença do defensor na investigação preliminar: incrementando o caráter democrático da persecução penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra (Org.). *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: D´Plácido, 2017, p.444.

[56] Ainda sobre o referido projeto de lei n. 156/09: o §1º do dispositivo prevê que, se indeferido o pleito defensivo pela autoridade policial, "o interessado poderá

Como outro ponto, indica-se a necessidade de busca por maior neutralidade por parte do delegado na fase inquisitorial. O inquérito policial não pode se revestir de interesses apenas do órgão acusador, operando como um exclusivo preparatório de meios de acusação[57]. Assim, ao mesmo tempo em que se busca provas da materialidade e autoria delitiva, deve-se ter o cuidado para não descartar nenhum elemento que comprove a inocência ou diminua a responsabilidade do agente.

Outrossim, se o acusado no processo penal é inocente até o trânsito em julgado de sentença condenatória (artigo 5º, LVII da CF/88), com muito mais razão o é quando ostentar a condição de mero investigado na fase pré-processual. Dessa forma, tanto durante a ouvida policial, quanto nos outros momentos da investigação, não deve a autoridade policial usar de ironia, pressões para confissão ou presunções. A tarefa do inquérito, repita-se, deve ser a de investigar com neutralidade para apurar (ou rechaçar) as acusações.

A ausência de regulamentação legal sobre o tema não passou desapercebida ao PL 156/2009 (Senado Federal) que previu, em seu artigo 19, "isenção e independência" como características de condução do inquérito pelo delegado de polícia. Outra solução não poderia ser adotada: se o caderno inquisitivo influenciará na futura ação penal, as provas nele encartadas serão usadas pelo juiz, pelo promotor, mas também pelo acusado. Mas não apenas: é essencial que haja a tipificação da conduta do agente público que, conhecendo de prova favorável, não a leve dolosamente aos autos, direcionando a investigação contra o investigado.

A recente lei de abuso de autoridade (13.869/19) previu, no parágrafo único do artigo 23, a conduta de "omitir dados ou informações ou divulgar dados ou informações incompletos para desviar o curso da

representar à autoridade policial superior ou ao Ministério Público", registrando, assim, o controle da legalidade do ato. Aliás, além de disciplinar outros direitos já conferidos pelo Estatuto da OAB (como a participação do defensor em todas as fases procedimentais e o acesso ao material já produzido na investigação), o PL também acerta ao definir, em seu artigo 9º, desde quando se inicia a condição de investigado, e já traz, em seu artigo 12, o direito de ser ouvido pela autoridade competente antes de ser concluída a investigação criminal.

[57] ZACLIS, Daniel. A investigação preliminar neutra. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra (Org.). *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: D´Plácido, 2017, p. 199.

investigação, da diligência ou do processo", cominando-lhe pena de detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. Agiu acertadamente, para exigir ainda que de forma indireta, uma maior neutralidade da fase inquisitiva.

Assim, mesmo sendo difícil assegurar a isenção e neutralidade do delegado de polícia (dificuldade verificada até mesmo com relação aos magistrados), uma das formas de buscá-las é dar importância à colheita de provas defensivas e à palavra do investigado, exigindo fundamentação da autoridade quando indeferir a produção de prova defensiva e punindo a omissão de informações ou divulgação parcial de dados que desviem o curso da investigação em detrimento do acusado (como tipificado na nova lei de abuso de autoridade).

Outra mudança de necessária urgência para o inquérito é *uma maior preocupação com a mitigação do sigilo constitucional (evitar a banalização das quebras)*. Essa preocupação deve partir, essencialmente, dos magistrados. A reserva jurisdicional para a decretação dessas medidas já antevê a parcimônia na sua aplicação, e os limites ao abuso encontram-se descritos na própria lei que autoriza a medida constritiva, como exemplo dos requisitos elencados nos artigos 312 a 315 do CPP (para decretação de prisão) e artigos 2º a 5º da lei de 9.296/96 (para decretação das interceptação telefônica), dentre tantos outros. Faz-se necessário que a decisão que quebra a garantia constitucional refira-se concretamente a todos os dispositivos legais que regulam a constrição, inclusive aquelas que vedam a sua aplicação, demonstrando o magistrado o porquê de não serem essas normas proibitivas as aplicáveis ao caso. No direito brasileiro, não apenas as autoridades policiais, mas uma série de outros autores dispõem de poderes investigatórios que atingem os âmbitos protegidos por direitos humanos-fundamentais. Assim, outras instâncias estatais, como a Receita Federal (RFB), o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e o Banco Central (BACEN) também possuem poderes de reunir elementos para a futura ação penal. Essa expansão investigatória trata-se, nesse entender, de "importante elemento objetivo na evidência da desigualdade de armas de que dispõe o indivíduo na sua relação com o poder penal"[58] e deve

[58] CORRÊA, Eduardo Pitrez de Aguiar. Constitucionalismo cosmopolita, igualdade de armas e a investigação defensiva: apontamentos sobre um direito

ser cuidadosamente regulada pela lei e pela jurisprudência, pra que não importe em constantes violações à CF/88[59].

4.3 Necessidade de previsão legal e regulamentação da investigação defensiva

Por fim, ainda dentro do fomento à participação defensiva na fase inicial da persecução penal, *tem-se a possibilidade de investigação defensiva,* já prevista no PL n. 156/2009 (Senado Federal), e do *contraditório no inquérito*, já previsto na CF/88 (artigo 5º, LV).

Considerando a evolução técnica das investigações, não é mais tempo de restringir-se a investigação defensiva permitindo apenas as ações de inteligência dos órgãos estatais e negando-se as diligências requeridas pela defesa[60].

---

humano-fundamental. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: v.25, n.127, p.167-198, jan.2017, p.169.

[59] O STF, no RE 1.055.941/SP (julgado em 28 de novembro de 2019) firmou entendimento pela possibilidade de compartilhamento de informações sigilosas do contribuinte, incluindo extratos bancários e declaração de imposto de renda, entre a Receita Federal e o MPF. O mesmo raciocínio se aplica ao antigo COAF (atual Unidade de Inteligência Financeira – UIF) no compartilhamento de dados sem necessidade de prévia autorização judicial.

[60] Conforme pontua Leonardo Palazzi (PALAZZI, Leonardo. A importância da investigação defensiva para o direito de defesa nos delitos empresariais. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra (Org.). *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: D´Plácido, 2017, p.367). No mesmo sentido, PÁDUA aduz que "(...) o advogado não conta com prerrogativas instrutórias. Se desejar avaliar a viabilidade da apresentação de uma determinada prova, ou se quiser ter acesso a alguma informação ou documento que possa influir na sua tese processual, precisará, como já visto, requerer ao julgador que oficie ao órgão que os detenha, para que os forneça diretamente ao juízo; isso se o órgão deferir o requerimento. [...] E mesmo que se afirme, segundo uma já criticada "concepção publicista do processo" que as provas são "do processo" e não "das partes", é preciso ainda convir que, se uma parte (acusadora) tem uma prerrogativa, a outra (defensora), por isonomia, também deve tê-la – sob pena de vulnerar-se, de resto, o próprio contraditório. Aproveitando, pois, a onda de reformas processuais penais, talvez seja o caso de inserir uma disposição que garanta ao advogado, quando constituído para atuar em processo penal, a prerrogativa de requisitar documentos e informações de entidade privada ou pública. (PÁDUA, João Pedro Chaves Valladares. Poder de requisição para a defesa no processo penal: em busca da real paridade de armas. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n.196, p.13, mar. 2009.)

Na Itália, a previsão do artigo 111 da Constituição (inserido pela Lei Constitucional n. 02/1999) representou um importante avanço aos poderes investigatórios defensivos, ao assegurar a igualdade entre as partes, disciplinando o tempo e as condições para que o acusado apresente sua defesa. A partir de então, foi regulada a investigação pela defesa[61], prevendo a possibilidade de o defensor realizar atividades investigatórias para descobrir elementos de provas favoráveis ao investigado. Tornou-se cabível, assim, (I) a conversa informal e/ou o pedido de declaração escrita de testemunhas, que podem ser registradas documentalmente, (II) a requisição de documentos a órgãos da Administração Pública, e (III) o acesso a locais para verificar o estado do lugar ou de coisas.

Conforme explica Eduardo Corrêa, as reformas italianas que representaram a constitucionalização da ideia de *giusto* processo e sua regulamentação legislativa de *investigazioni difensive* são exemplos de uma guinada da tradição inquisitorial (do fascista Código Rocco) para um modelo adversarial do processo penal. O disciplinamento da investigação defensiva após a reforma do artigo 111 da Constituição italiana pretendeu diminuir o desequilíbrio entre o Estado-acusador e o imputado para uma maior paridade de armas[62]. De fato, a abolição do juiz instrutor e a atribuição às partes do poder de buscar elementos probatórios deram novo lastro ao contraditório no sistema italiano. Já explicava Ferrajoli, para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é preciso que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e mesmos poderes da acusação; e que seu papel contraditor seja admitido em todo o Estado e grau de procedimento[63].

Nesse sentido, a investigação defensiva exalta a importância de o investigado não apenas conhecer a investigação, mas desenvolver seu lado ativo, ou seja, levar elementos ao conhecimento das autoridades de forma a interferir positivamente na apuração.

---

[61] Leis n. 479/1999 e n.397/2000.

[62] CORRÊA, Eduardo Pitrez de Aguiar. Constitucionalismo cosmopolita, igualdade de armas e a investigação defensiva: apontamentos sobre um direito humano-fundamental. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: v.25, n.127, p.167-198, jan.2017, p. 190.

[63] Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: teoria do garantismo penal. 2ª ed. ver. e ampl, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

Em outras palavras, não pode haver paridade nessa fase inicial sem que o investigado possa agir de forma ativa[64]; e não pode haver paridade na fase seguinte (judicial) se houve, na primeira fase (a qual exerce inegável influência no deslinde futuro do feito) desequilíbrio absoluto na produção de provas.

É de se defender, ainda dentro do tema investigação defensiva, o poder de requisição para a defesa. O raciocínio é bem simples e baseia-se na paridade de armas: se o acusador tem uma prerrogativa, a parte defensora, por isonomia, também deve tê-la, o que enseja uma regulamentação a garantir ao advogado constituído a prerrogativa de requisitar documentos e informações de entidade privada ou pública[65]. O Defensor Público da União, a teor do artigo 128, X da LC n. 80/1994, já tem como prerrogativa "requisitar de autoridade pública ou de seus agentes exames, certidões, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências necessárias ao exercício de suas atribuições". Diante desse importante direito, duas conclusões se extraem: (I) a Defensoria Pública pode, da mesma forma que o Ministério Público, interceder nos inquéritos de maneira a requisitar (e não requerer, como dispõe o artigo 14 do CPP para os advogados) diligências investigatórias no exercício do direito de defesa do indiciado assistido; e (II) não há porque a defesa constituída não gozar da mesma prerrogativa do defensor público, se ambos estão exercendo funções idênticas na investigação prévia e no processo penal.

Ante o exposto, as soluções aqui apontadas para a desigualdade da fase inquisitorial na produção probatória, evitando que ela contamine a futura ação penal aumentando o desequilíbrio ali já existente, são:

(I) Admitir a investigação defensiva e sua atuação como parte ativa no inquérito. A defesa do investigado deve gozar de diversas outras

---

[64] "Não houvesse o lado que aqui se denomina *ativo* no que tange ao conteúdo da investigação, não se poderia falar em noção igualitária – apresentação da causa com vistas a evitar a desvantagem *vis-à-vis* o oponente – aplicável nessa fase". (VIEIRA, Renato Stanziola. *Paridade de armas no processo penal.* Brasília: Gazeta jurídica, 2014, p. 257).

[65] PÁDUA, João Pedro Chaves Valladares. Poder de requisição para a defesa no processo penal: em busca da real paridade de armas. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n.196, p. 13, mar. 2009.

prerrogativas, como acessar a integralidade dos autos, ter a oportunidade de acompanhar as ouvidas e a produção probatória do IPL e ser notificada acerca de todos os atos já findos do inquérito e provas encartadas, para que consiga viabilizar, a tempo, seus requerimentos de contraprovas, podendo assim exercer papel mais ativo na investigação.

(II) Regulamentar o poder requisitório para que o advogado habilitado possa requisitar, em nome daquela atuação investigativa, documentos e informações de entidade privada ou pública, os quais não estejam sujeitos a sigilo constitucional.

Por fim, registre-se apenas que o mesmo raciocínio aqui desenvolvido para o inquérito policial deve ser aplicado aos procedimentos investigatórios criminais de competência e presidência do Ministério Público.

4.4 O avanço do controle de legalidade do inquérito e preservação da imparcialidade do juiz através da aplicação do juiz de garantias

O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário

Segundo a lei 13.964/19, uma das formas de garantia dessa imparcialidade do juiz que julgará a causa é a separação da função de análise do inquérito (quando houver necessidade de adoção de decisão de reserva jurisdicional) e da análise da ação penal. A medida veio em bom tempo, quando os últimos anos demonstram o superdimensionamento da fase inquisitiva.

Um ponto interessante da lei é que as provas produzidas no inquérito, com exceção das irrepetíveis, serão acauteladas na secretaria judiciária ao invés de serem acostadas aos autos da ação penal, tudo para que o juiz da causa não se contamine com o material produzido no inquérito à revelia do contraditório. Tal medida coloca o inquérito em seu devido lugar: como mera peça informativa a firmar o convencimento para a denúncia, e não para o resultado da ação penal, como vem ocorrendo.

Objeto de intensa discussão na comunidade jurídica após a edição da lei 13.964/19, os dispositivos que preveem o juiz de garantias foram

suspensos pelo Supremo Tribunal Federal, por tempo indeterminado[66], para análise da viabilidade de sua implantação. Espera-se que os próximos meses representem a concretização do instituto no Brasil, e sua aplicação traga luzes ao equilíbrio entre acusação e defesa na ação penal, aclarando nos anos vindouros algumas das vicissitudes relatadas nesse trabalho e consolidando o sistema acusatório no Brasil.

Conclusões

Os elementos probatórios produzidos na fase do inquérito penal mostram-se significativos ao deslinde da futura ação penal. O superdimensionamento da fase pré-processual influencia no desequilíbrio de forças entre a acusação e defesa no processo penal e a ausência de uma delimitação temporal para a fase investigatória, junto à ausência de regulamentação da atuação defensiva, aumentam essa distorção.

Assim, para adequar o inquérito à realidade constitucional de 1988 e diminuir as distorções causadas pelo modelo atual de aplicação do inquérito em contraposição com a fase processual, tem-se, como soluções à problemática apresentada:

- A necessidade de estipular, pela legislação, um prazo máximo de duração para todos os inquéritos, inclusive em caso de investigado solto, com possibilidade de renovação (justificando-se a necessidade da medida) uma única vez pelo Ministério Público e uma única vez pelo juiz de garantias, em casos excepcionais e de patente complexidade. Tal prazo, se inadimplido, deve importar em sanções administrativa e judicial (como o arquivamento) a evitar sua relativização e sucessivas renovações (como o é na legislação vigente).

[66] Inicialmente, em 15 de janeiro de 2020, os artigos 3º-B, 3º-C, 3º-D, caput, 3º-E e 3º-F foram suspensos por 180 dias por decisão do Min. Dias Toffoli nas ADIs 6298, 6299 e 6300. Dias depois, em decisão liminar da lavra do Min Luiz Fux, foi revogada a decisão anterior e suspendeu-se, desta vez por tempo indeterminado, os dispositivos dos artigos 3º-A a 3º-F, dentre outros da mesma lei 13.964/19, tidos na decisão por inconstitucionais. O tema ainda será levado ao plenário da corte, quando se terá o posicionamento colegiado a substituir a decisão monocrática do Ministro Fux.

O prazo de seis meses mostra-se razoável e deve ser iniciado assim que se identificar alguém como investigado, ainda que ele não tenha ciência da investigação ou não tenha sido formalmente indiciado ou chamado a depor. Em casos de investigado preso no decorrer da investigação, ela deve ser concluída em até no máximo 30 dias.

- Em caso de inquéritos com sucessivas renovações, o tempo decorrido nessa fase pré-processual deve ser usado como parâmetro para o tempo da fase judicial. Deve ser apurada a responsabilidade do agente público que excedeu, sem justificativa, os limites fixados na lei.
- Deve-se buscar a conscientização dos operadores do direito, especialmente do delegado e do magistrado, no sentido de fazer cumprir a legislação em vigor e a súmula vinculante 14/STF, aplicando-se sanções administrativas ao agente público que negar acesso ao advogado habilitado dos autos de inquérito ou judicial, ou fornecer-lhe cópias parciais as quais não contenham todas as provas e elementos já colhidos (e não em andamento) até aquele momento.
- O investigado, tão logo se colham elementos indiciários de sua autoria e mesmo sem o indiciamento formal, deve ser notificado pela autoridade policial para habilitar advogado nos autos para acompanhar as provas e depoimentos, estimulando-se a sua participação na apuração. Da mesma forma, deve ser priorizada a ouvida do investigado.
- Devem ser aplicadas medidas sancionatórias para o descumprimento do direito de defesa, estipulando-se a anulação de todos os atos realizados sem a presença do defensor, quando era possível a realização da prova com tal acompanhamento.
- Deve-se buscar a neutralidade por parte do delegado na fase inquisitorial e fomentar uma maior preocupação com a mitigação do sigilo constitucional, para evitar a banalização das quebras de privacidade.
- Deve-se admitir a investigação defensiva e a atuação da defesa como parte ativa no inquérito, respeitando-se prerrogativas do advogado e garantindo-lhe o acesso e conhecimento

> de todas as provas já colhidas, como forma de viabilizar seus requerimentos de contraprovas. Nesse sentido, deve-se começar regulamentando o poder requisitório para que o advogado habilitado possa obter, em nome daquela atuação investigativa, documentos e informações de entidade privada ou pública, os quais não estejam sujeitos a sigilo constitucional.

As ideias acima indicadas, se aplicadas, representariam um início, ao menos, da efetivação da busca pelo equilíbrio entre as partes no processo penal e da tentativa de diminuição das distorções ainda vigentes na fase inquisitiva.

Referências bibliográficas

BULHÕES, Gabriel. Investigação defensiva e a busca da paridade de armas no processo penal brasileiro. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 305, p. 7, 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1996.

CASTAÑEDA PAZ, Marcelo C. La igualdad de armas: de la teoria a la realidade. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Buenos Aires, v. 7, n. 12, p. 571-584, 2001.

CORRÊA, Eduardo Pitrez de Aguiar. Constitucionalismo cosmopolita, igualdade de armas e a investigação defensiva: apontamentos sobre um direito humano-fundamental. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 127, p. 167-198, 2017.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. Inquérito policial e a investigação dos fatos que antecedem a ação penal no ordenamento jurídico instaurado pela Constituição Federal de 1988. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 5, n. 19, p. 171-178, 1997.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. *Igualdade no direito processual penal brasileiro*.São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

ERBELLA, Marcelo Augusto Custódio. *Linguagem, prova e verdade no processo penal:* uma nova visão humana. São Paulo: Novas Edições Acadêmicas, 2015.

FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Investigação criminal e ação penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio na investigação criminal. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Mauricio Zanoide (org.) *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Rd, 2005. p. 319-330.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão:* Teoria do Garantismo Penal. 2.ed. São Paulo: RT, 2006.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *El devido processo*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2004.

LEAL, Fabio Resende. *A celeridade processual como pressuposto da efetividade dos direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2012.

LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JR., Aury. Direito de defesa e acesso do advogado aos autos de inquérito policial: uma (des)construção jurisprudencial [jurisprudência comentada]. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 11, n. 43, p. 378-396, 2003.

LOPES JR., Aury. Prazo razoável e (de)mora jurisdicional no processo penal. In: ZANELATTO, Vilvana Damiani (org.). *A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*: temas relevantes. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2013.

LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MARINHO, Renato Silvestre. Presença do defensor na investigação preliminar: incrementando o caráter democrático da persecução penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra (Org.). *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: D´Plácido, 2017. p. 429-444.

MENDES, Paulo de Souza. *Lições de direito processual penal*. Coimbra: Almedina, 2013.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; LAVACA, Thaís Aroca Datcho. A garantia da razoável duração do processo penal e a contribuição do STJ para sua efetividade. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (org.). *Processo penal e democracia*: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 407-421.

NICOLITT, André. *A duração razoável do processo*. São Paulo: RT, 2014.

PALAZZI, Leonardo. A importância da investigação defensiva para o direito de defesa nos delitos empresariais. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra (Org.). *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: D´Plácido, 2017. p. 355-370.

PÁDUA, João Pedro Chaves Valladares. Poder de requisição para a defesa no processo penal: em busca da real paridade de armas. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n.196, mar., 2009. p.13.

PASTOR, Daniel R. Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v.13, n.52, p.203-249, jan.-fev., 2005.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório*: A conformidade constitucional das leis processuais penais. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.

ROBERTO, Welton. *Paridade de armas no processo penal*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SAAD, Marta. Exercício de direito de defesa no inquérito policial. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n.166, p. 6, set. 2006.

SAAD, Marta. Duas formas de ciência da acusação, premissa para pleno exercício do direito de defesa: acusação formal, certa e definida e acesso aos autos do inquérito policial. In: VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; DIASNETO, Theodomiro. (Org.). *Direito penal econômico:* crimes econômicos e processo penal. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 249-284.

SANTOS, Cláudia Cruz. Prazos de duração máxima do inquérito: as consequências para sua violação. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.1-4, ano 26, p. 549-583, jan-dez de 2016.

SANTOS, Cláudia Cruz. O Controlo judicial da violação dos prazos de duração máxima do inquérito. *Julgar*, Lisboa, n. 32, p. 233-254, maio-ago., 2017.

SOUZA, José Barcelos de. *A defesa na polícia e em juízo*. 4. ed. São Paulo: Sugestões literárias, 1978.

STIVALETTI, Marcel Nicolau; MACEDO, Wagner Lucas Rodrigues de. Regulamentação da investigação defensiva pela OAB é muito bem-vinda. disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-jan-31/opiniao-regulamentacao-investigacao-defensiva-bem-vinda?imprimir=1>. Acesso em: 31 de janeiro de 2019.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VIEIRA, Renato Stanziola. *Paridade de armas no processo penal*. Brasília: Gazeta jurídica, 2014.

ZACLIS, Daniel. A investigação preliminar neutra. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra (Org.). *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: D´Plácido, 2017. p. 199-212.

Informações adicionais e declarações dos autores (*integridade científica*)

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

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

Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality): a autora assegura que o texto aqui publicado não foi divulgado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio. Algumas ideias do artigo são derivadas de conclusões obtidas em tese de doutoramento apresentada pela autora no curso de doutorado em processo penal na PUC/SP no ano de 2017, mas preenchem os requisitos do ineditismo e originalidade, uma vez que não houve publicação da tese em nenhum veículo, salvo a necessária publicação da tese na biblioteca da Universidade, como exigência para a defesa.

Dados do processo editorial
(http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies)

- Recebido em: 19/01/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 20/01/2020
- Avaliação 1: 23/01/2020
- Avaliação 2: 29/01/2020
- Decisão editorial preliminar: 22/03/2020
- Deslocamento para V6N2 e troca seção: 22/03/2020
- Retorno rodada de correções: 23/04/2020
- Decisão editorial final: 02/05/2020

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Revisores: 2

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

AMORIM, Maria Carolina M. O Inquérito Penal: vicissitudes e mudanças necessárias. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 2, p. 913-950, mai./ago. 2020. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i2.335

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

Neoinquisitorialismo processual penal e a contaminação do julgador com os atos de investigação: a burla interna no processo penal brasileiro como obstáculo ao contraditório

Criminal procedural neoinquisitorialism and the judger's contamination with the acts of investigation: the internal burla in brazilian criminal proceedings as obstacles to the contradictory

Marcos Eugênio Vieira Melo[1]

Faculdade Raimundo Marinho – Maceió/AL, Brasil

marcos.evmelo@gmail.com

http://lattes.cnpq.br/6518709197337260

http://orcid.org/0000-0001-5854-579X

Resumo: Este artigo analisa a permanência da cultura inquisitória na América Latina e o peso da mentalidade inquisitória dentro do processo penal brasileiro, especialmente na fase preliminar, que trata do núcleo principal da formação probatória utilizada pelo julgador na sentença, no intuito de responder o seguinte problema: quais os principais obstáculos no processo penal brasileiro na contemporaneidade para que haja um julgamento efetivamente em contraditório? Para tanto, avalia-se por meio de estudo de doutrinas clássicas e contemporâneas as implicações na legitimação admitida pelo processo penal brasileiro, principalmente por meio do "jogo sujo" trazido pela brecha do artigo 155 do Código

[1] Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS, Bolsista CAPES. Pós-Graduado em Processo Penal pelo Instituto de Direito Penal Económico e Europeu (IDPEE), da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Membro do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Processo Penal. Coordenador adjunto do Grupo de Estudos em Ciências Criminais e Direitos Humanos do IBCCRIM/AL. Assessor de Magistrado vinculado ao Tribunal de Justiça de Alagoas. Professor da graduação e pós-graduação da Faculdade Raimundo Marinho em Maceió/AL (FRM).

de Processo Penal, que contamina o magistrado com o inquérito policial e em conjunto com significantes como "livre convencimento" e "verdade real" servem como obstáculos para que haja um julgamento fundado apenas em atos produzidos em contraditório e com a participação de todas as partes envolvidas no processo.

Palavras-Chave: Processo penal; Cultura inquisitória; Contraditório; Inquérito policial.

Abstract: *This article analyzes the permanence of the Inquisitory culture in Latin America and the weight of the Inquisitory mentality within the Brazilian criminal process, especially in the preliminary phase, which deals with the main nucleus of the probative formation used by the judge in the sentence, in order to answer the following problem: what are the main obstacles in the Brazilian criminal process today so that there is an effectively contradictory judgment? For this purpose, it is evaluated through the study of classical and contemporary criminal process doctrines the implications on the legitimacy admitted by the Brazilian criminal process, mainly through the "dirty game" brought by the breach of article 155 of the Code of Criminal Procedure, which contaminates the magistrate with the police inquiry and in conjunction with signifiers such as "free conviction" and "real truth" serve as obstacles to judgment based solely on contradictory acts and the participation of all parties involved in the process.*

Keywords: *Criminal proceedings; Inquisitive culture; Contradictory; Police Inquiry.*

Sumário: Introdução; 1. As permanências inquisitórias nos processos penais da América Latina; 2. O problema da expansão da investigação preliminar e a falácia do sistema bifásico: a construção do sujeito criminoso pelas polícias brasileiras; 3. A burla interna no processo penal brasileiro em desfavor do contraditório: a brecha no artigo 155 e o "jogo sujo" processual; Considerações Finais; Referências.

Introdução

Afere-se que o processo penal da américa latina foi inspirado no processo penal europeu e até os dias atuais sofre com os reflexos

do período da inquisição, bem como do famigerado sistema misto do *Code d'instruccion criminelle* napoleônico. Do mesmo modo, desde a colonização e a formação da sociedade brasileira o autoritarismo e a mentalidade inquisitória estavam presentes e continuam impregnados em seus atores hodiernamente.

Esse procedimento fundado majoritariamente na fase de investigação que têm como características ser escrito e sigiloso, faz com que o processo seja mero espetáculo legitimante de "repetição" do que já está produzido, inviabilizando um contraditório em paridade de armas e colocando o julgador distante da formação probatória, fazendo-o atuar não como um garantidor dos direitos, mas como um mero legitimador do que foi produzido na fase de investigação.

Para que haja um julgamento com um efetivo contraditório é necessário que as provas sejam produzidas na audiência durante a fase processual, com respeito a imediação, com ambas as partes debatendo em paridade de armas e perante o julgador que irá julgar a causa, que deverá ser diferente daquele que atuou na fase de investigação.

O presente artigo tem como objetivo tratar de alguns dos principais obstáculos no Brasil para que ocorra um processo penal em que apenas atos produzidos durante as audiências e com a presença de todas as partes envolvidas possam ser utilizados pelos magistrados no momento em que forem sentenciar, ou, responder a pergunta-problema de quais são os principais obstáculos processuais no processo penal brasileiro para se ter um processo realmente oral e com um efetivo contraditório?

O primeiro tópico, portanto, tratará das permanências inquisitórias do processo penal desde a colonização europeia da américa latina até os dias atuais, que no campo processual instaurou o sistema misto que consagra a persecução como um sistema bifásico, com o peso de uma mentalidade inquisitória na fase de investigação em que a defesa tem muitas dificuldades de atuar e não existe um contraditório na formação probatória e nem uma fase intermediária antes do recebimento da denúncia, com a observância da defesa contrapor e refutar o que foi produzido na investigação.

No segundo tópico será analisado o problema da expansão da fase de investigação preliminar e os pormenores em relação à formação do inquérito policial e das instituições policiais, tratando-se

dos seus problemas estruturais e de como isso influencia em toda a persecução penal.

Por último, o terceiro tópico tratar-se-á da falácia do sistema misto com a possiblidade do julgador utilizar essa fase para basear sua decisão condenatória legitimada pelo art. 155 do Código de Processo Penal, que abre espaço para que a fase de investigação seja utilizada para fundamentar o livre convencimento do magistrado.

1 As permanências inquisitórias nos processos penais da América Latina

Não se pode afirmar que o sistema inquisitório/autoritário está superado e que com a formalização de uma constituição democrática o sistema acusatório/democrático está em pleno vigor. Pelo contrário, não é fácil superar mais de 500 anos de inquisição, especialmente por ter sido um sistema tão bem elaborado e a serviço dos desígnios políticos de uma época que transcende no tempo por meio de renovações e ressignificações de conceitos[2].

Dessa forma, algumas características da inquisição permanecem até os dias atuais nos processos penais contemporâneos, não somente através de leis e códigos inquisitoriais, mas principalmente na mentalidade dos atores jurídicos responsáveis pelos atos processuais e de parte da doutrina que propala alguns atributos processuais originários na inquisição como princípios do processo penal.

A América Latina, que teve seu processo originário dos países da Europa continental, sobretudo dos países ibéricos[3], herdou essas ca-

---

[2] Segundo Binder: "Nadie cambiará cinco siglos de sistema inquisitorial sin una gran batalla y una época de traumas. Lo contrario es mera ilusión o excusa conservadora. Sin embargo, una adecuada preparación del cambio, una firme concentración de fuerzas en los puntos neuralógicos y el sostenimiento del proyecto de transformacíon en el tiempo, mediante ajustes y una evaluación permanente, aparecen como herramientas imprescindibles para encarar el abandono del sistema inquisitivo" (BINDER, Alberto La fuerza de la Inquisición y la debilidad de la República. *Política Criminal Bonaerense*, n. 1, 2003, p. 8).

[3] Para Nilo Batista o desejo de um ideal autoritário possibilitou que as práticas e dogmas disseminados pela inquisição colaborassem para a formação

racterísticas inquisitórias em seus processos penais[4]. No Brasil, de forma genérica, a maior parte da legislação penal e processual penal que vigorou até sua independência estava prevista nas Ordenações portuguesas, mais especificamente no Livro V das Ordenações Filipinas[5].

No século XIX a Europa continental iniciou uma série de medidas que reformaram seu sistema de processo penal. Em 1808 foi introduzido na França por Napoleão o *Code d'Instruction Criminelle*, que tentou se afastar do modelo inquisitorial da *Ordonnance criminelle* de 1670 e incorporar diversas ideias do modelo inglês de processo, porém acabou permanecendo em sua essência com o espírito do regime antigo e mantendo o *status quo*[6].

Esse código foi por diversas razões pedra fundamental de reformas na Europa continental, que foi levado por reflexo político à América Latina. Ele trouxe uma situação paradoxal em relação ao tratamento do

---

da matriz do sistema criminal brasileiro (BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2000, p. 363).

4 "Guste o disguste, la historia política latinoamericana actual es uma continuación de los esquemas sócio-políticos de Europa continental, introducidos por los pueblos hispano-luso parlantes, conquistadores del territorio que, modernamente, denominamos Latinoamérica" (MAIER, Julio B. J. Situación de la justicia penal y problemas de los sistemas escritos. *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, junio 1991, nº 4, p. 2).

5 POLI, Camilin Marcie de. *O Inquérito Policial e sua utilização na fase processual penal*: (des)conformidade com o devido processo penal. 2015. 213 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Panará, Curitiba, 2015, p. 111. Segundo Marques, o Livro V das Ordenações Filipinas era cruel e arbitrário no que tange ao processo penal, com regras inquisitivas que se juntavam com um direito penal arcaico e assim formavam uma legislação criminal deveras ríspida (MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito processual penal*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 113-116).

6 LANGER, Máximo. Revolução no processo penal latino-americano: difusão de ideias jurídicas a partir da periferia. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 37, p. 4-51, 2017, dez., p. 14. Segundo o autor: "Seguindo a tradição inquisitorial da Europa continental, o *Code d'instruction criminelle* estabeleceu uma investigação secreta e escrita pré-julgamento, na qual o réu tinha direitos muito limitados. No entanto, inspirado pelo modelo inglês, o *Code* também incorporou um julgamento oral e público" (LANGER, Máximo. Revolução no processo penal latino-americano: difusão de ideias jurídicas a partir da periferia. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 37, p. 4-51, 2017, dez., p. 14).

imputado: por um lado, na fase de investigação preparatória o acusado era tratado como um objeto, sem se inteirar dos atos cumpridos e nem de seu conteúdo, que eram escritos e secretos para ele e para o seu defensor; por outro lado, a fase de juízo era formada por um debate oral e público equiparado ao órgão acusador e garantida a sua defesa por um defensor técnico e a possibilidade de contraditório[7].

Dessa forma, após a onda de independência dos Estados latino americanos entre 1810 e 1830, iniciou-se as discussões sobre os tipos de leis que seriam adotadas na construção desses Estados e o processo penal foi uma das questões centrais, em parte por causa das reformas dos processos penais europeus do século XIX. Apesar de conhecerem os processos ditos mais liberais advindos do continente europeu e dos Estados Unidos, as elites latino americanas seguiram inicialmente o modelo inquisitorial criado pela Igreja Católica e as monarquias absolutistas, porém rejeitando a tortura para obter confissões e limitando o sistema de provas legais[8].

Com isso, de forma geral, o processo penal da América Latina foi dividido em duas fases principais: a fase de investigação (resumo ou instrução) e a fase de veredito ou sentença (plenário ou julgamento). Nessa época ambas as fases eram escritas e a espinha dorsal do processo eram os chamados *dossiês* ou *expedientes* que a polícia e o juiz de instrução reuniam. Esse instrumento documentava toda a atividade do processo, abarcando além das provas documentais as provas testemunhais, periciais etc., que seriam utilizadas pelos julgadores na fase de julgamento[9].

---

7 MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal*. Tomo I: fundamentos. Buenos Aires: Del Puerto, 2006, p. 350-354.

8 LANGER, Máximo. Revolução no processo penal latino-americano: difusão de ideias jurídicas a partir da periferia. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 37, p. 4-51, 2017, dez., p. 13-15.

9 LANGER, Máximo. Revolução no processo penal latino-americano: difusão de ideias jurídicas a partir da periferia. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 37, p. 4-51, 2017, dez., p. 15. Assevera Postigo que "Os processos judiciais tradicionais estiveram caracterizados por ser fundamentados de modo escrito e secreto através de expedientes ou pastas contendo todos os registros dos atos realizados durante o procedimento" (POSTIGO, Leonel González. Bases da reforma processual penal no Brasil: lições a partir da experiência na América Latina. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; COSTA DE PAULA, Leonardo; NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. *Mentalidade inquisitória e*

Particularmente em relação a legislação brasileira, o Código de Processo Criminal de 1832 foi o primeiro código após a independência do Brasil e o diploma legal mais importante em reação às leis tiranas da monarquia portuguesa, tornando-se uma composição simbólica dos anseios do pensamento iluminista da época[10]. Segundo Pierangelli, esse código não teve fortes influências do *Code Criminelle* Napolêonico, uma vez que continha pensamentos iluministas da época em seu texto, o que o deixou muito mais liberal que o francês[11]. Porém, é importante notar que "o legislador de 1832 ficou no meio termo entre o procedimento acusatório, adotado na Inglaterra, e o procedimento misto, vigente na França"[12].

---

processo penal no Brasil. O sistema acusatório e a reforma do CPP no Brasil e na América Latina – vol. 3. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 17).

[10] MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito processual penal*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 117. Segundo o autor, "Proclamada a independência e organizado constitucionalmente o País, passam a encontrar agasalho e consagração, no direito pátrio, todas as idéias liberais que vinham de substituir as iníquas práticas do sistema inquisitivo." (MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito processual penal*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 117).

[11] PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal*: evolução histórica e fontes legislativas. Bauru: Jalovi, 1983, p. 92-93.

[12] POLI, Camilin Marcie de. *O Inquérito Policial e sua utilização na fase processual penal*: (des)conformidade com o devido processo penal. 2015. 213 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Panará, Curitiba, 2015, p. 128. Importante salientar que o Código de Processo de 1832 se mostrou pouco eficiente para o governo imperial em relação à restauração da ordem e da tranquilidade e, por isso, algumas leis com caráter autoritário foram promulgadas, especialmente a Lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841 e seu Regulamento nº 120, de 31 de janeiro de 1842, como instrumentos para o governo conter a desordem e impor a sua autoridade em toda a nação (MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito processual penal*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 118). Desse modo, ainda que se possa constatar uma certa evolução do Código Criminal imperial em relação as Ordenações Filipinas, nota-se que o problema era político e não jurídico – assim como na França pós revolução –, de maneira que esse código não teve tempo de se efetivar, pois prevaleceu as reformas legislativas que modificavam substancialmente a estrutura por ele trazida (POLI, Camilin Marcie de. *O Inquérito Policial e sua utilização na fase processual penal*: (des)conformidade com o devido processo penal. 2015. 213 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Panará, Curitiba, 2015, p. 133).

Outra característica importante do Código Napoleônico que foi incorporado nos processos latino americanos, era que o sistema de valoração adotado era o da livre convicção. Isso fez com que os julgadores pudessem adotar qualquer elemento introduzido no processo para valorar na sua convicção, inclusive os atos praticados na fase pré-julgamento, que era escrita, secreta e sem contraditório. Assim, os interrogatórios do acusado e dos testemunhos anteriores a fase de debates que estavam documentados nos *expedientes* podiam ser utilizados na fase de debates orais para contradizer as versões dadas oralmente, bem como, apesar de não oficialmente, podiam ser utilizados na valoração da decisão final[13].

Dessa forma, de nada adianta existir uma fase acusatória de debates se tem-se a possibilidade generalizada de utilização dos depoimentos e dos demais elementos produzidos na fase inquisitorial, fato que ainda ocorre frequentemente até os dias atuais no processo penal brasileiro[14].

Cordero explicando sobre esse modelo de duas fases afirma que

> De la instrucción al debate "se pasa de la oscuridad a la luz plena"; allí se trataba de un labirinto oscuro y secreto por completo parcializado y rodeado por intereses represivos, como lo quería la Ordenanza criminal; acá "todo es publicidad, debates orales, libre defensa y plena discusión". Inquisición y espectáculo acusatorio; pero, según lo hemos notado, se trata de una distribución aparente: los autos instructorios pesan sobre la decisión; [...] y no estando prohibido explicitamente leer las declaraciones de los testigos ausentes [...], parece inevitable um amplio uso de las lecturas[15].

---

[13] MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal*. Tomo I: fundamentos. Buenos Aires: Del Puerto, 2006, p. 357-359.

[14] Isso provém desde o *Code d'Instruction Criminelle* que diferente do código anterior a ele (*Code des Délits et des Peines*) não previu a regra de que era proibida a leitura aos jurados dos depoimentos de testemunhas não presentes na sala de julgamento e sem essa regra de proibição, os documentos escritos que foram produzidos na fase de investigação eram amplamente utilizados na fase de julgamento e incidiam na decisão (CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986, p. 72-73).

[15] CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. Tomo I. Bogotá: Editorial Temis, 2000, p. 58.

Portanto, durante o século XIX e início do século XX, uma boa parte dos países latino-americanos, por influência da Europa continental, adotou um modelo de processo penal próximo a essas linhas[16]. Assim, em grande parte do século XX o sistema inquisitorial estava vivo e potente, ainda que revestido de diversas roupagens: alguns países conservavam diretamente o velho modelo espanhol totalmente escrito, secreto, com o sistema de provas legais e identidade entre o acusador e o julgador (Chile, Paraguai, Venezuela, Uruguai, Nicaragua, Honduras, Guatemala e Argentina em seu sistema federal e em alguns estados); já outros países adotaram durante o século XX as formas do Código francês, seja diretamente ou por influência da Itália, que não deixa de ser também um sistema escrito e inquisitório (Bolívia, Equador, Peru, El Salvador, República Dominicana, Haiti e Brasil)[17].

Dessa forma, essa organização conforme os fins de uma afirmação de um poder central e do controle populacional, cria uma "tradição inquisitorial"[18] característica dos processos criminais latino-americanos, no qual os procedimentos em quase sua totalidade é uma investigação escrita e secreta conforme as necessidades do poder estatal e de seu êxito[19].

Essa tradição inquisitorial cria uma *cultura inquisitória* típica dos países latino-americanos, que mesmo influenciados por algumas ideias

---

[16] LANGER, Máximo. Revolução no processo penal latino-americano: difusão de ideias jurídicas a partir da periferia. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 37, p. 4-51, 2017, dez., p. 16.

[17] BINDER, Alberto M. La fuerza de la Inquisición y la debilidad de la República. *Política Criminal Bonaerense*, n. 1, 2003, p. 7.

[18] Segundo Binder: "Lo que llamamos 'tradición inquisitorial' es el conjunto de factores que condicionan fuertemente la actuación de esos actores. Estos factores son tanto prácticas internas como externas que finalmente constituyen la estructura del campo como la subjetividad de los actores, en una relación que no se puede explicar bajo la lógica de lo interno o la externo, lo objetivo y lo subjetivo. No es un problema de un escenario ya estructurado donde los actores actúan com cierta 'mentalidad', sino uma imbricación mucho más compleja de prácticas, unidad inescindible de 'objetividades' y 'subjetividades' (BINDER, Alberto M. La fuerza de la Inquisición y la debilidad de la República. *Política Criminal Bonaerense*, n. 1, 2003, p. 9-10).

[19] MAIER, Julio B. J. Situación de la justicia penal y problemas de los sistemas escritos. *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, junio 1991, nº 4, p. 3.

republicanas, mantiveram suas características principais: (a) procedimento escrito e secreto no qual o mais importante é o que está documentado (*quod non est in acta no est in mundo*); (b) uma administração da justiça secreta, ainda que existam algumas normas que estabeleçam a publicidade de alguma parte do processo; (c) um procedimento com pouco respeito ao imputado, já que ele não é sujeito, mas objeto sobre o qual recai a investigação; (d) a desnaturalização da fase de juízo como tal, já que na medida em que o procedimento se converte em dossiês ou expedientes, a parte mais importante é a fase pré-judicial; (e) a delegação das funções judiciais para empregados subalternos, já que a formalização excessiva e a burocratização do trabalho produzem uma sobrecarga de trabalho que impede que o juiz possa atender todos os casos[20].

A cultura inquisitória calcada nessas características e permanecente no famigerado sistema misto coloca um peso muito intenso na fase preliminar, que acaba sendo a principal fase na formação da prova penal, apesar de toda a limitação da defesa e do consequente contraditório, além da tensão existente entre os anseios punitivos dos órgãos de investigação e dos direitos fundamentais do imputado. Essas questões serão tratadas com maior profundidade no processo penal brasileiro nos itens a seguir.

2 O problema da expansão da investigação preliminar e a falácia do sistema bifásico: a construção do sujeito criminoso pelas polícias brasileiras

A doutrina e a prática processual penal notam que a investigação preliminar é a fase principal na persecução penal brasileira até os dias atuais, uma vez que é nela que são produzidas as provas principais que irão formar a convicção do julgador ao final do processo, dado que com o que foi visto no tópico anterior criou-se uma *cultura inquisitória* que fez com que o sistema processual penal brasileiro fosse ressignificando seus conceitos para se readaptar a cada momento histórico de forma que mantivesse de alguma forma seu núcleo inquisitivo, o que se pode chamar de um sistema *neoinquisitório*.

[20] BINDER, Alberto M. La justicia penal en la transición a la democracia en américa latina. Alicante: *Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes*, 2005, p. 85.

Com isso, o sistema processual penal conseguiu manter até o momento atual a ideia de duas fases, no qual a primeira seria uma fase administrativa e formada por hipóteses acusatórias. Todavia, é nessa fase também onde as maiores arbitrariedades ocorrem e a defesa tem seu papel limitado, o que acarreta uma maior acumulação de poderes ou forças processuais à acusação[21] e possibilita uma maior incidência de manipulações processuais.

Esse sistema bifásico inspirado no *Code d'Instruction Criminelle* de Napoleão, com uma fase pré-processual inquisitória e uma fase processual (teoricamente) acusatória, cria o chamado por Cordero de "monstro de duas cabeças", pois as provas são colhidas na inquisição do inquérito, sem a participação efetiva da defesa e sem o consequente contraditório e depois são levadas para dentro do processo por meio de um malabarismo discursivo que imunize a decisão[22].

No Brasil, a herança de uma forte cultura inquisitória coloca a investigação como o centro da produção probatória, o que faz com que o Ministério Público pouco acrescente em juízo ao que foi produzido no inquérito, fazendo com que apenas haja uma ratificação judicial (ilegal) e transformando o processo em apêndice da investigação[23].

Em relação à particular história dessa peça de investigação no Brasil, qual seja o inquérito, é importante traçar algumas considerações.

---

21 Trata-se do que Schünemann chama de "aglomeração quântica de poder" (SCHUNEMANN, Bernd. *La Reforma del Proceso Penal*. Madrid: Dykinson, 2005, p. 35). No mesmo sentido que Foucault utiliza para falar do saber acusatório dos processos na Idade Média em Vigiar e Punir, o inquérito policial brasileiro continua sendo uma forma de saber privilegiado da acusação (FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*: história da violência nas prisões. 38ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2010).

22 LOPES JR., Aury Lopes. *Fundamentos do processo penal*: Introdução crítica. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 161-162.

23 CHOUKR, Fauzi Hassan. Inquérito policial: novas tendências e práticas. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 84, novembro, 1999. Segundo Giacomolli "a frágil regulamentação da metodologia da busca de informações na fase preliminar do processo penal, aliada à utilização de métodos, meios e fontes próprios da fase judicial aumenta a valoração probante dessa etapa (derivação à história inquisitorial) no julgamento." (GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar do processo pena*. Crises, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.12).

No período do Império, até o primeiro Código de Processo Penal em 1832, cabia aos juízes de paz lavrar o auto de corpo de delito e formar a culpa dos delinquentes (chamado de *sumário de culpa*). Essa formação de culpa incluía a inquirição de testemunhas, mas também o direito do acusado de contestá-las. Essas funções duraram até 1841, quando uma nova lei passou a atribuir aos *chefes de polícia* e a seus *delegados* e *subdelegados*, em conjunto com juízes municipais, a preparação e a formação do sumário de culpa[24]. Em 1871, por advento da Lei 2.033, a formação da culpa passou a ser atribuição exclusiva de juízes de direito e municipais, cabendo à polícia apenas proceder ao inquérito policial, que consistia em "todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e dos autores e cúmplices, deve ser reduzido à instrumento escrito"[25].

Tem-se que a partir do Código de 1941 o inquérito passa a assumir a função antes exercida pelo sumário de culpa. Nele, o juiz recebe a denúncia sustentada sem qualquer oportunidade da defesa se manifestar

---

[24] A Lei de 3 de dezembro de 1841 procurou criar um aparelhamento policial altamente centralizado e armar o Governo de poderes suficientes para levar a bom termo a tarefa que se propunha, de tornar efetiva a autoridade legal. Para isso, à autoridade policial cabia além das funções de polícia administrativa e de polícia judiciária, funções judicantes, como a formação da culpa, a concessão de mandados de busca, o julgamento de crimes de sua alçada etc. Assim, operou-se uma junção entre a polícia e a justiça, passando de um judiciarismo policial para um policialismo judiciário, o que fez com que esse policialismo se tornasse fonte de arbitrariedade, pois a justiça policial ficava a mercê da política para perseguir os adversários e proteger os seus aliados (MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito processual penal*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 119-120).

[25] MISSE, Michel. O inquérito policial no Brasil. *DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social* - Vol. 3 - no 7 – jan./fev./mar., p. 35-50, 2010, p. 37-38. Segundo Poli: "Com o advento da Lei nº 2.033, de 20 de setembro de e do Decreto nº 4.824, de 22 de novembro de iniciou-se uma nova fase na história do processo penal brasileiro, uma vez que a estrutura até então vigente foi alterada. A principal mudança foi a separação da polícia e da justiça, o que ofuscou, de certa forma, o policialismo reacionário criado pela Lei de 03 de dezembro de 1941", e desse modo "a polícia passou a estar ligada ao Poder Executivo, não mais fazendo funções judicantes, uma vez que se optou pelo inquérito policial, ao invés do juizado de instrução." (POLI, Camilin Marcie de. *O Inquérito Policial e sua utilização na fase processual penal*: (des)conformidade com o devido processo penal. 213 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Panará, Curitiba, 2015, p. 136-138).

previamente e, ainda mais grave, possibilita-se a condenação como base nos elementos nele colhidos[26].

Importante afirmar que o inquérito é espécie do gênero investigação, já que existem outros modelos oficiais de investigação[27], bem como outros órgãos encarregados da instrução preliminar[28], e que a opção legislativa pelo modelo de investigação policial é basicamente fundamentada na extensão territorial brasileira. É o que traz a própria Exposição de Motivos ao Código de Processo Penal de 1941 – ainda que se incline bastante ao modelo de juizado de instrução.

Desse modo, partindo de um diagnóstico do ponto de vista empírico do inquérito policial, mais especificamente em um estudo de âmbito nacional sobre o inquérito policial coordenado pelo sociólogo Michel Misse, a *law in action* mostra uma ambivalência entre a legislação e a tradição, assim como as alterações introduzidas nos últimos anos nessa área, localizam solução nas práticas abraçadas. E o quanto essas mudanças atravessam o perímetro de "uma legalidade já por si considerada antiquada, inquisitorial, quando não autoritária, em direção a uma ilegalidade prática, sob a forma de uma 'lógica em uso' justificada pela eficiência", o que faz com que haja uma "informalidade eficiente" que, no entanto, "diminui tanto as garantias dos acusados quanto não foi capaz de aumentar a capacidade investigativa da Polícia"[29].

---

[26] SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Teoria Geral do Procedimento e O Procedimento no Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 97-98. Apesar de na redação original do Código de Processo Penal de 1941 não existir expressamente essa possibilidade de condenação com base no inquérito, a doutrina e a jurisprudência admitiam e tinham como uma vertente (CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 118-124).

[27] Entre as formas de instrução preliminar estão o inquérito policial, comissões parlamentares de inquérito (CPI), procedimento de investigação criminal (PIC), sindicâncias etc.

[28] Além do sistema oficial de investigação preliminar com a Polícia Judiciária como titular (sistema policial), existe o sistema do Juiz Instrutor (sistema judicial) e do Promotor Investigador. Cf. LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 127-169.

[29] MISSE, Michel. O inquérito policial no Brasil. *DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social* - Vol. 3 - no 7 – jan./fev./mar., p. 35-50, 2010, p. 39.

Afora isso, tem-se no Brasil uma peculiar formação nas polícias, dividindo-se as funções investigativas e ostensivas entre as chamadas Polícia Civil e Polícia Militar[30], o que expõe o ranço autoritário permanecente do período de ditadura militar no Brasil. Essa militarização das funções do policiamento ostensivo que põe a Polícia Militar como força auxiliar e de reserva do Exército ilustra a herança mantida dos tempos ditatoriais. Por outro lado, não se pode esquecer das práticas não menos autoritárias, porém mais subterrâneas, da Polícia Civil na busca incessante da "verdade" da infração penal[31].

Embora essa violência institucional já existisse antes do início da ditadura, foi nesse período que ela se desenvolveu e se mostrou mais atroz e letal. Contudo, mesmo após o período de redemocratização e a formalização constitucional de garantias fundamentais contra atos arbitrários do Estado, não foi o suficiente para o abandono de práticas autoritárias no âmbito da segurança pública, especialmente em relação ao problema da violência policial[32].

Justamente esse o ponto onde a práxis policial encontra-se com esse dispositivo inquisitorial (inquérito policial), funcionando como um legitimador do regime de verdade atuado pela polícia: "Sua zona periférica é constituída pela intersecção do ethos policial com os discursos e práticas investigativas; longe de ser constrangida pela legislação que rege a matéria investigativa, estabelece uma estratégia de gestão de ilegalidades, a qual envolve a tradução da 'verdade' extraída até mesmo pelo uso direto da força – diante da prática de torturas, ainda que em manifestações mais sutis – para um discurso oficial assepticamente 'imparcial' (inclusive assinado por duas testemunhas 'convidadas')" (SAMPAIO, André Rocha. Profanando o dispositivo "inquérito policial" e seu ritual de produção de verdades. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 134, p. 351-383, 2017, p. 364).

30 A Constituição brasileira em seu artigo 144. § 4º e 5º respectivamente assevera que: "Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares."

"Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil."

31 AMARAL, Augusto Jobim do. A ostensividade da soberania policial. In: GLOECKNER, R. J.; FRANÇA, L. A.; RIGON, B. S (Orgs.). *Biopolíticas*: Estudos sobre política, governamentalidade e violência. Curitiba: iEA Academia, 2015, p. 303.

32 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; GONÇALVES, Paula Garcia. Letalidade policial e Ministério Público: das práticas de extermínio ao discurso legitimador.

Além disso, a própria Constituição que descentralizou poderes e estipulou diversos benefícios sociais, não modificou as cláusulas relacionadas com as Forças Armadas, as Polícias Militares, o sistema judiciário militar e de segurança pública, permanecendo igual à Constituição de 1967 e sua emenda em 1969. Ademais, o fato das forças policiais serem auxiliares do Exército – como diz o art. 144, §6º da Constituição – é algo comum em períodos de guerra ou de regimes autoritários[33].

Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 130, p. 177-200, São Paulo: RT, abr., 2017, p. 200.

[33] ZAVERUCHA, Jorge. Relações civil-militares: o legado autoritário da Constituição brasileira de 1988. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Org.). *O que resta da ditadura*: a exceção brasileira. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 45-52. Cerqueira ao analisar os aspectos brasileiros afirma: "vê-se que o art. 144 da CF/88 (LGL\1988\3), é um capítulo destinado à segurança pública; nele são definidas as atribuições e a natureza jurídica organizacional das polícias e dos corpos de bombeiros militares. Essas organizações são consideradas forças auxiliares e reserva do Exército com atribuições, respectivamente, de polícia ostensiva e preservação da ordem pública e de execução de atividades de defesa civil. Temos organizações militares com missões de polícia e de defesa civil, ao lado de outras organizações policiais, de natureza civil. No capítulo que trata do papel das Forças Armadas, art. 142 da CF/88 (LGL\1988\3), são definidas suas missões: defesa da Pátria e a garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer um deles, a garantia da lei e da ordem. Temos, portanto, os militares com atribuições no campo da segurança pública. [...] A grande diferença que se observa ao comparar a situação brasileira com a francesa, a portuguesa e a italiana, que também possuem polícias militares é, primeiro, o nível, já examinado, de inferioridade e de subordinação das Polícias Militares brasileiras em relação às forças Armadas; segundo, o fato do argumento da "terceira força", naqueles países, significar a exclusão de fato dos militares das questões da ordem interna, que acaba não ocorrendo na situação brasileira, isso porque a nossa Constituição permite ainda aos militares brasileiros uma forte presença na área da segurança pública e política." (CERQUEIRA, Carlos Magno Nazareth. Questões preliminares para a discussão de uma proposta de diretrizes constitucionais sobre a segurança pública. *Revista Brasileira de Ciências* Criminais, v. 22, p. 139-181, São Paulo: RT, abr./jun., 1998, p. 140-148). Segundo Zaverucha, "nossos constituintes não conseguiram se desprender do regime autoritário recém-findo e terminaram por constitucionalizar a atuação de organizações militares em atividades de polícia (Polícia Militar) e defesa civil (Corpo de Bombeiros), ao lado das polícias civis. As polícias continuaram constitucionalmente, mesmo em menor grau, a defender mais o Estado que o cidadão." (ZAVERUCHA, Jorge. Relações civil-militares: o legado autoritário da Constituição brasileira de 1988. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Org.). *O que resta da ditadura*: a exceção brasileira. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 55).

Segundo Pinheiro, os governos de transição trataram as instituições de segurança pública como instituições neutras capazes de se moldar a regimes autoritários ou democráticos, desconsiderando que as relações que compõe o Estado são vinculadas a sua estrutura, ou seja, subestimando o legado autoritário em suas práticas[34].

Inclusive, nesse período de transição não houve qualquer discussão jurídica ou movimento político para que os atores do regime anterior fossem modificados, pelo contrário, permaneceram os potencialmente perpetradores da violência em todos os campos jurídicos nacionais, o que se denomina de "legado silencioso"[35].

Esse legado pode ser identificado por uma estrutura administrativa que foi estruturada durante a ditadura militar (sobretudo por meio do Decreto Lei nº 200/67) e que permanece até os dias atuais de forma juridicamente justificada. Nesse sentido, conforme Bercovici, uma Constituição verdadeiramente democrática deveria obrigar a reformulação mesmo que parcial de todas as categorias tradicionais do direito administrativo, já que não adianta mudar a Constituição e permanecerem as mesmas regras administrativas autoritárias que regem as práticas do cotidiano, ao lado dos mesmos atores e com suas mentalidades ainda fincadas no regime antigo[36].

Desse modo, a política de segurança pública no Brasil continua sendo a mesma praticada durante o período de ditadura com a mesma violência explícita e ilegal, bem como o combate ao crime corriqueiro segue seguindo as linhas convencionais anteriores a ditadura e que foram

---

[34] PINHEIRO, Paulo Sérgio. Autoritarismo e transição. *Revista USP*, mar.-abr. -maio 1991, p. 50.

[35] CHOUKR, Fauzi Hassan. *Transição e consolidação da democracia*: instrumentos, práticas e limitações na experiência brasileira. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 98.

[36] BERCOVICI, Gilberto. "O direito constitucional passa, o direito administrativo permanece": a persistência do direito administrativo de 1967. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Org.). *O que resta da ditadura*: a exceção brasileira. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 78-79. Interessante observar que no âmbito do Poder Judiciário duas das principais leis administrativas de organização interna foram feitas na época da ditadura e permanecem até hoje: Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979, mais conhecida como Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN) e Lei nº 5.510, de 30 de maio de 1966, que organiza a Justiça Federal de primeira instância.

enriquecidas durante esse período, tal qual a militarização do policiamento ostensivo, que foi consagrado pela Constituição de 1988 e conserva grande apoio no interior da sociedade[37].

Outro problema referente às instituições policiais tem relação com o controle interno e externo da atividade policial. No que tange ao controle interno, o órgão responsável são as Corregedorias de Polícia, contudo "sofrem as implicações do corporativismo – considerando que os corregedores são, também, policiais, e, neste ponto, se encontra grande resistência em punir um colega"[38].

Já em relação ao controle externo, o Brasil adotou o esquema de Ouvidoria de Polícia, que embora sejam órgãos de fiscalização externa, apenas tem a função do recebimento das reclamações, sem possuir uma performance mais ativa na fiscalização dos atos policiais. Porém, após a constituição de 1988 o Ministério Público passou a ter um papel de destaque no controle externo da atividade policial, podendo-se afirmar que é ele o encarregado constitucional desta função.

No entanto, na prática essa atribuição não é cumprida de forma adequada por esse órgão se comparada com as demais funções exercidas pelo Ministério Público previstas na Constituição[39]. Dessa forma, com

---

[37] PINHEIRO, Paulo Sérgio. Autoritarismo e transição. *Revista USP*, mar.-abr. -maio 1991, p. 51-52. Conforme Oliveira, no Brasil existem classes de pessoas "torturáveis" e "não torturáveis" pela polícia: "Em países como o Brasil, boa parte da opinião pública – o que inclui os próprios 'torturáveis' – convive pacificamente com a ideia de que a polícia pode prender e bater em delinquentes. [...] Potencialmente 'torturáveis' e 'elimináveis', e, portanto, teoricamente os mais interessados numa polícia respeitadora dos direitos humanos, os segmentos mais pobres, entretanto, são os mais sensíveis aos discursos truculentos presentes na mídia." (OLIVEIRA, Luciano. *Do nunca mais ao eterno retorno*: uma reflexão sobre a tortura. 2ª ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 2009, p. 28-31).

[38] GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; GONÇALVES, Paula Garcia. Letalidade policial e Ministério Público: das práticas de extermínio ao discurso legitimador. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 130, p. 177-200, São Paulo: RT, abr., 2017, p. 180.

[39] Nesse sentido, especialmente no tocante à omissão do Ministério Público em relação às políticas de segurança pública cf. ÁVILA, Thiago André Pierobom de. O controle pelo ministério público das Políticas de segurança pública. In: Conselho Nacional do Ministério Público. *O Ministério Público e o controle externo da Atividade Policial*: Dados 2016. Brasília: CNMP, 2017.

todas essas deficiências apresentadas tanto no controle interno como no externo da polícia brasileira, ela acaba por ter uma atuação extremamente discricionária[40] e seus atos são muitas vezes legitimados por discursos retóricos que contribuem para que a polícia continue com uma atuação violenta, letal e seletiva[41].

Esse discurso legitimador da violência policial no Brasil passa por aspectos de uma política criminal caldada no combate ao inimigo interno que acaba sendo interiorizada pela instituição policial e refletindo em suas práticas. Como afirma Foucault[42], a política não passa da continuação da guerra por outros meios. Desta forma, Gloeckner e Gonçalves apresentam duas questões quanto a política criminal, especialmente a brasileira: (a) não deixa, em momento algum, de possuir o caráter de espécie de "política", assumindo assim conotações de guerra estendida e contínua, o que explica o elevado índice de letalidade policial legitimado

---

[40] Essa discricionariedade ainda é mais extensa se verificarmos as expressões que o CPP utilizou no tocante à investigação criminal. Nesse sentido, Sampaio: "Uma breve análise do Título II do nosso CPP em vigor expõe um aspecto sintomático; apesar de se tratar de um título curto (apenas 18 artigos para regular toda a investigação criminal), ele apela para expressões do tipo 'no que for aplicável', 'se possível', 'interesse da sociedade' e 'ordem pública'. Em suma, regula pouco e o faz de modo 'aberto', com normas de alto poder denotativo, dando margem a uma ampla discricionariedade policial." (SAMPAIO, André Rocha. Um dispositivo chamado "Inquérito Policial". *Boletim Informativo IBRASPP* - Ano 03, nº 05, p. 39-41, 2013, p. 40).

[41] GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; GONÇALVES, Paula Garcia. Letalidade policial e Ministério Público: das práticas de extermínio ao discurso legitimador. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 130, p. 177-200, São Paulo: RT, abr., 2017, p. 180-181. Nesse sentido existem várias pesquisas sobre a letalidade e a brutalidade das polícias brasileiras, bem como a naturalização e a conveniência com esses. Cf. LEMGRUBER, Julita; MUSUMECI, Leonarda; CANO, Ignacio. *Quem vigia os vigias? – um estudo sobre controle externo da polícia no Brasil*. Rio de Janeiro: Record, 2003; MISSE, Michel; GRILLO, Carolina Christoph; TEIXEIRA, César Pinheiro; NERI, Natasha Elbas. *Quando a polícia mata*: homicídios por "autos de resistência" no Rio de Janeiro (2001-2011). Rio de Janeiro: NECVU; BOOKLINK, 2013; ANISTIA INTERNACIONAL. *Você matou meu filho!*: homicídios cometidos pela polícia militar na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Anistia Internacional, 2015; D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. *Indignos de vida*: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

[42] FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 15.

pelas instâncias burocráticas elitizadas: Ministério Público e, Judiciário; (b) como modalidade de política, ela é articulada por um discurso que opera em dois níveis: o primeiro destes níveis, coincide com as *técnicas de neutralização*[43] isto é, as racionalizações para o descumprimento de normas; o segundo está na política criminal como uma tecnologia de combate instrumentalizada a partir dos dispositivos de soberania incorporados ao saber jurídico e possuindo enraizamento em relações de força estabelecida em determinado momento na e pela guerra[44].

Desse modo, tem-se que a polícia realiza o trabalho soberano obsceno conduzido pela política, criando, à seu modo, zonas de indiferenciação onde todos somos excluídos e capturados da exceção soberana para além da coação respaldada juridicamente, em que o espaço público democrático é tornado um disfarce da decisão policial, colocando em evidência a soberania da polícia, uma vez que o poder soberano é aquele que preserva o direito de agir e de se impor soberanamente até mesmo sobre a morte dos cidadãos, definindo quem se encaixa ou não no conceito de "vida nua". Assim, pode-se dizer juntamente com Amaral que "é no movediço terreno da contiguidade entre violência e direito que a polícia se apresenta"[45].

---

[43] Cf. SYKES, Gresham M.; MATZA, David. Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency. *American Sociological Review*, Vol. 22, No. 6, p. 664-670, Dec., 1957, especialmente no tocante as técnicas de "negação da ilicitude" e "negação de condição da vítima" em relação aos atos ilegais praticados pelos policiais que são arquivados e justificados pelos membros do Ministério Público e do Judiciário como uma forma de consentir com os discursos policiais, especialmente no que tange aos chamados "autos de resistência" (vale ressaltar que a Resolução Conjunta n° 2, de 13 de outubro de 2015, do Conselho Superior de Polícia e do Conselho Nacional dos Chefes da Polícia Civil proibiu esse termo que foi substituído por "lesão corporal decorrente de oposição à intervenção policial" ou "homicídio decorrente de oposição à intervenção policial", o que na prática não mudou muita coisa).

[44] GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; GONÇALVES, Paula Garcia. Letalidade policial e Ministério Público: das práticas de extermínio ao discurso legitimador. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 130, p. 177-200, São Paulo: RT, abr., 2017, p. 186.

[45] AMARAL, Augusto Jobim do. "Mal de Polícia" – À propósito de uma criminologia radical. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 111, p. 263-291, São Paulo: RT, nov./dez., 2014, p. 272-273.

Isso é verificado no Brasil com o extermínio de pessoas pobres em áreas consideradas miseráveis da cidade (favelas e periferias) por meio de uma atividade de governo, que atua através de uma tecnologia totalmente diversa da jurídica:

> O dispositivo da segurança pública, mais do que atuar sobre atos delitivos, recai sobre a gestão do perigo. A tecnologia da segurança tem por função higienizar o corpo social de fatores de risco (de regra associados, na política de extermínio, à figura do traficante de drogas). Por isso é que a sua atuação se dá muito mais como norma do que como regra. A norma e seu efeito – a normalização – se aplica tanto a um corpo disciplinar quanto a uma população, voltada a partir de aspectos de regulação[46].

Essa gestão do risco é operacionalizada basicamente pela polícia por meio de estratégias que tem como finalidade o controle populacional através da "gestão dos ilegalismos", colocando as ilegalidades como um perigo permanente que deve ser exposta de modo sensacionalista de maneira que determinadas classes de criminosos traga medo generalizado[47].

Nessa senda, o inquérito policial[48] apresenta-se com um papel que vai além do de apurar crimes, possuindo uma função estratégica que ao mesmo tempo é mais ampla e mais sutil com o azo do "bom funcionamento" do aparelho penal e dos aparelhos governamentais[49]. Além disso, o sistema de investigação brasileiro foi construído em uma política-criminal cuja constante histórica tem sido a ilusória *gestão pelo*

---

[46] GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; GONÇALVES, Paula Garcia. Letalidade policial e Ministério Público: das práticas de extermínio ao discurso legitimador. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 130, p. 177-200, São Paulo: RT, abr., 2017, p. 186.

[47] AMARAL, Augusto Jobim do e ROSA, Alexandre Morais da. *Cultura da Punição*: a ostentação do horror. ed. 3. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 27.

[48] Apesar da divisão no Brasil entre Polícia Militar e Polícia Civil, sendo a última quem pode investigar por meio do instituto do inquérito policial, a Polícia Militar tem um papel importante no inquérito pois em muitos casos ela quem prende em flagrante e leva o fato para conhecimento da autoridade policial, além de em diversos casos serem testemunhas de acusação.

[49] SAMPAIO, André Rocha. Um dispositivo chamado "Inquérito Policial". *Boletim Informativo IBRASPP* - Ano 03, nº 05, p. 39-41, 2013, p. 40.

medo. Como assinalam Figueiredo Dias e Costa Andrade[50], a subcultura policial tem seus próprios modelos pré-concebidos de estereótipo de criminosos potenciais e prováveis, agindo por um *ethos* característico da própria instituição policial[51], fazendo com que o tratamento seja diferenciado conforme ele se encaixe ou não no perfil pré-fixado, ou seja, a polícia frente a um indivíduo com "perfil de autor ideal" de um delito, tende a atuar com excessivo rigor podendo, até mesmo, agir ilicitamente para alcançar todos os meios de incriminação, cometendo, inclusive, as maiores barbáries[52].

Isso fica mais sério quando o instituto do inquérito policial acaba sendo, por sua natureza, um primeiro juízo do Estado acerca do fato criminoso, haja vista que a versão nele exposta tende a ser nele reproduzida durante a persecução penal, desde a denúncia do Ministério Público, até o momento da formação da prova e convicção do juiz[53]. Nesse ponto,

---

[50] FIGUEIREDO DIAS, Jorge; COSTA ANDRADE, Manuel. *Criminologia – O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*. Coimbra, 1992, p. 443.

[51] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: teoria do garantismo penal. Revista dos Tribunais, 2002, p. 704-711.

[52] Nesse sentido, Misse afirma que a demanda social por punição pode levar à incriminação preventiva. Essa demanda faz com que a expectativa por uma punição tende a assimilar o crime ao sujeito, ao passo que a periculosidade do indivíduo passa a ser entendida por traços que ele apresente: "A seleção desses traços, como no processo de estigmatização interliga causalmente variáveis de pobreza urbana, baixa escolaridade e preconceitos de cor e marca ao que se espera que seja uma 'carreira criminosa'". Nesse ponto, a "sujeição criminal antecipa-se à busca de evidencias empíricas no processo de construção da verdade 'real' (eis o eufemismo através do qual a polícia distingue a 'sua' verdade da 'verdade' judicial). Para poupar tempo e esforços, basta "apertar" suspeitos e testemunhas para obter a verdade, isto é, a versão dos fatos. Uma vez que essa é a estratégia, então a tomada de depoimentos por escrito, com fé pública, em cartório, na delegacia, toma a forma de uma instrução criminal preliminar, sem contraditório, cujo nome é 'inquérito policial'" (MISSE, Michel. O Papel do Inquérito Policial no Processo de Incriminação no Brasil: algumas reflexões a partir de uma pesquisa. *Revista Sociedade e Estado* – Vol. 26, n.1, Jan./Abr. 2011, p. 17-19).

[53] GHIRINGHELLI DE AZEVEDO, Rodrigo; VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti. O Inquérito Policial em Questão – Situação atual e a percepção dos Delegados de Polícia sobre as fragilidades do modelo brasileiro de investigação criminal. *Revista Sociedade e Estado* - Volume 26 Número 1 Janeiro/Abril, 2011, p. 63. Para Misse: "O inquérito policial é a peça mais importante do processo de incriminação no Brasil. É ele que interliga o conjunto do sistema,

Giacomolli assevera que é a valoração atribuída à fase pré-processual no decorrer da fase de debates em contraditório que determinará se um processo é democrático e constitucionalmente adequado ou se é somente um simulacro de processo[54].

3 A burla interna no processo penal brasileiro em desfavor do contraditório: a brecha no artigo 155 e o "jogo sujo" processual

Conjuntamente com o exposto no tópico anterior, pode-se considerar praticamente pacificado na doutrina processual penal que o inquérito policial é um sistema falido que não cumpre com sua função principal de esclarecer com grau de probabilidade a notícia-crime para fundamentar o processo e que, portanto, os atos praticados durante ele, apesar de serem importantes para o início ou não da ação penal, não devem servir como juízo de certeza na hora de valorar a condenação ou absolvição do acusado na sentença. Essa ineficácia do inquérito faz com

desde o indiciamento de suspeitos até o julgamento. A sua onipresença no processo de incriminação, antes de ser objeto de louvação, é o núcleo mais renitente e problemático de resistência à modernização do sistema de justiça brasileiro. Por isso mesmo, o inquérito policial transformou-se, também, numa peça insubstituível, a chave que abre todas as portas do processo e que poupa trabalho aos demais operadores do processo de incriminação – os promotores e juízes" (MISSE, Michel. O Papel do Inquérito Policial no Processo de Incriminação no Brasil: algumas reflexões a partir de uma pesquisa. *Revista Sociedade e Estado* – Vol. 26, n.1, Jan./Abr. 2011, p. 19). Por outro lado, pode-se concluir que "Essa esquizofrenia por que passa a investigação criminal brasileira, levada às últimas consequências, longe de prejudicar o exercício do poder, contribui para seu aspecto disciplinar: [...], por estar submetida a um regime de direito administrativo, seus atos possuem o 'atributo da presunção da legitimidade', ou seja, inverte a polaridade da carga probatória para a defesa, ferindo de morte a presunção de inocência e preenchendo expectativas (fundadas eventualmente em presunções) que são então normalizadas, nesse processo de (re)construção de verdade ameaçado pela contaminação da evidência" (SAMPAIO, André Rocha. Profanando o dispositivo "inquérito policial" e seu ritual de produção de verdades. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 134, p. 351-383, 2017, p. 362).

54 GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar do processo pena*. Crises, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 99.

que grande parte das ações penais que estão nos fóruns sejam baseadas unicamente em depoimentos de testemunhas que foram prestadas nesta fase, algumas que unicamente "ouviram dizer" algo sobre o fato e outras (ações) que somente tem como "testemunhas" os policiais que atenderam a ocorrência[55].

Soma-se a isso o discurso da presunção de veracidade das peças de informação do inquérito, com o fundamento de serem produzidas por funcionários públicos e terem "fé pública". Contudo, essa presunção de veracidade gera efeitos contrários a própria natureza do inquérito, levando a que sejam admitidos no processo atos administrativos, sigilosos, não contraditórios e muitas vezes sem o exercício da defesa[56].

Todos esses fatores acabam contribuindo para a incursão de operadores de contágio, como a confiança[57] e a presunção de veracidade dos

---

[55] Em pesquisa realizada pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro sobre sentenças judiciais em tráfico de drogas na cidade e região metropolitana do Rio de Janeiro, em 62,33% dos casos o agente policial foi a única testemunha ouvida no processo e em 53,79% dos casos o depoimento do agente de policial foi a principal prova valorada pelo juiz para sentenciar (DEFENSORIA PÚBLICA DO RIO DE JANEIRO. *Pesquisa sobre as sentenças judiciais por tráfico de drogas na cidade e região metropolitana do rio de janeiro*, 2017, p. 77. Disponível em: http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/4fab66cd44ea468d9df-83d0913fa8a96.pdf Acessado em 07 de junho de 2018). Isso ainda fica mais evidente com a Súmula 70 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que diz que "o fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação.". Por outro lado, em estudo do Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (NEV-USP) sobre flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo, verificou-se que "74% dos casos contaram apenas com o testemunho dos policiais que realizaram a apreensão do acusado, não estando presente nenhuma outra testemunha civil." (MARQUES DE JESUS, M.G.; HILDEBRAND OI, A.; ROCHA, T.T.; LAGATTA, P. *Prisão Provisória e Lei de Drogas*: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo. São Paulo: NEV, 2011, p. 55).

[56] LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 302.

[57] Aqui a confiança está como uma antecipação do futuro, no mesmo sentido empregado por Luhmann: "Mostrar confianza es antecipar el futuro. Es comportarse como si el futuro fuera cierto. Uno podría decir que a través de la confianza, el tiempo se invalida o al menos se invalidan las diferencias de tiempo" (LUHMANN, Niklas. *Confianz*a. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santiago de Chile: Instituto de Sociología, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1996, p. 15).

atos produzidos no inquérito, invertendo a polaridade da carga probatória para a defesa (fulminando a presunção de inocência) e preenchendo expectativas que são normalizadas nesse processo de reconstrução de verdade contaminado pela evidência.

Esse entendimento então faz brotar uma "verdade" presumida advinda do inquérito policial[58], o que faz com que em conjunto de uma investigação "rápida" estejam ainda no *plano da evidência*[59], pois não passaram pelo crivo do contraditório[60], e preencham as expectativas normativas do senso comum, o que dificulta qualquer possibilidade de constrangimento dos operadores das evidências, tornando assim atos produzidos unilateralmente e de forma obscura com uma inexistente presunção de veracidade, que na prática dificilmente poderá ser derrubada pela defesa[61].

---

[58] "O inquérito policial, em nossa tradição jurídica, busca alcançar a "verdade real", identificando um culpado responsável pelo que aconteceu. Nessa busca, vale- se de procedimentos inquisitivos e sigilosos, algumas vezes ilegais, mas que se tornaram práticas institucionalizadas de produção da verdade policial (VARGAS, Joana Domingues; RODRIGUES, Juliana Neves Lopes. Controle e cerimônia: o inquérito policial em um sistema de justiça criminal frouxamente ajustado. *Revista Sociedade e Estado*, vol. 26, n. 1, p. 77-96, jan./abr. 2011, p. 78).

[59] Entende-se aqui plano da evidência como aquilo que, por não precisar de justificação, é a exata descrição daquilo que se pensa verdadeiro. Deste modo, corresponde a uma satisfação excessivamente rápida diante dos fatos, instaurando de certa maneira o que Rui Cunha Martins chama de "desamor ao contraditório", típico de sistemas inquisitoriais, já que aquilo que parece notório (evidente) tem por finalidade eliminar o processo em contraditório por meio do célere preenchimento de expectativas desejantes (MARTINS, Rui Cunha. *O Ponto Cego do Direito*: The Brazilian Lessons. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 3)

[60] Trata-se aqui o contraditório como uma "técnica de coleta probatória", isto é, o que não for colhido em contraditório não é prova e não pode ser utilizado na fundamentação de decisões judiciais (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e Processo Penal*: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro – vol. 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 423).

[61] "Em uma polícia altamente dependente da produção de uma verdade in-corporada, extraída até mesmo à força do corpo do sujeito ou meticulosamente costurada por meio das "perguntas mais adequadas", em depoimentos, seguidas das respostas com uma cautelosa distribuição de ênfases na hora da redução a termo, a evidência é a tônica de sua atuação. Afinal, tanto em sua forma mais brutal – força física – como na mais sutil – escultura linguística – a força policial está presente." (SAMPAIO, André Rocha. Profanando o dispositivo "inquérito policial" e seu ritual de produção de verdades. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 134, p. 351-383, 2017, p. 366).

Agrava-se ainda mais no direito brasileiro o fato do inquérito policial ser escrito e de seus autos serem apensados ao processo e seguirem para conhecimento do julgador[62], o que acaba se tornando uma espécie de "arquivo oficial" que agrupa todo o discurso policial e fica em *stand by* pronto para ser utilizado por quem precisar[63]. Juntamente

---

[62] Art. 12. O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra. Segundo Chourk essa seria "a mais séria distorção encontrada na realização da nossa justiça penal, qual seja, a indevida intromissão dos elementos de informação coletados durante a investigação na atividade jurisdicional" (CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 131). Importante observar que foi sancionado em 24 de dezembro de 2019 a Lei 13.964 que modificou, entre outros, o Código de Processo Penal, trazendo o instituto do juiz das garantias e no §3º do art. 3º- C aduz que "Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado.", modificando o entendimento do acompanhamento do inquérito apensado ao processo. Ocorre que na decisão cautelar proferida nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux suspendeu a eficácia das regras da Lei 13.964/2019 que instituem o juiz de garantias e seus derivados por tempo indeterminado e as regras anteriores ainda estão vigorando.

[63] "O ingresso do inquérito policial na fase judicial, autoriza duas consequências, ambas problemáticas desde uma concepção acusatória de processo: a) em primeiro lugar, como corolário indefectível da livre convicção, ao magistrado era facultado julgar tomando-se por base os elementos do inquérito policial. Disso não cabem muitas dúvidas, à medida que tal malabarismo semântico permitiu, inclusive, que nas reformas de 2008, tal circunstância fosse justificada e legalizada, sob a aparência de uma 'evolução' no sentido de proteção das garantias do acusado. O famoso 'cotejo' do inquérito policial com os autos processuais permite, assim, uma condenação baseada no inquérito e que pode ser devidamente 'maquiada' através da adoção, na fundamentação, de trechos, recortes ou quaisquer técnicas de bricolagem na decisão. [...] Contudo, resta ainda a segunda consequência referida como negativa: b) a introdução do inquérito policial no núcleo processual enfraquecerá ou mesmo inviabilizará o exercício do contraditório. E isto por uma razão deveras elementar, compartilhada pelo espírito autoritário de MANZINI: quando se admite que os depoimentos em juízo sejam confrontados com aqueles prestados perante a polícia, a leitura de trechos dos depoimentos, serve para 'refrescar a memória' do depoente, o que significa: reordenar a narrativa, a fim de que ela volte para a história já documentada desde a fase policial; ou ainda,

com a redação do art. 155 do Código de Processo Penal está formado o "combo" que possibilita as maiores arbitrariedades e enganações às garantias da oralidade e da imediação na formação da prova, dando azo ao que se chama de "falsas oralidades", afinal, "mesmo que não faça menção expressa a algum elemento do inquérito, quem garante que a decisão não foi tomada com base nele?"[64].

Assim, em análise mais profunda do artigo 155, nota-se que o juiz não poderá fundamentar sua decisão tão-somente no inquérito, porém deixa a possibilidade do magistrado através da "livre apreciação da prova" utilizar, desde que não "exclusivamente", o que foi produzido na fase inquisitória em sua fundamentação da decisão. O que isto significa na realidade é que não existindo prova no processo para sustentar a condenação, abre-se uma brecha[65] para o juiz se valer do que foi produzido no inquérito.

Nesses moldes, o inquérito policial acaba por conter funções de diferentes domínios em relação a sua finalidade precípua. No domínio das

---

constranger a testemunha a fim de que ela apenas ratifique os elementos integrados à investigação preliminar." (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e Processo Penal*: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro – vol. 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 421-422).

64 LOPES JR., Aury Lopes. *Fundamentos do processo penal*: Introdução crítica. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 161. A contaminação gerada pela integração do inquérito policial ou qualquer outra peça produzida sem garantias constitucionais ao processo penal "irradiam efeitos sobre todo o processo penal, com consequências multiplicadoras, acumulativas e retroalimentadoras e nem sempre perceptíveis no momento de sua potencialização" (GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar do processo pena*. Crises, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 5).

65 São nessas micro relações (brechas, por exemplo) que residem as potências mais perigosas: "cada fascismo se define por um microburaco negro, que vale por si mesmo e comunica com os outros, antes de ressoar num grande buraco negro central generalizado" (DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *Mil Platôs*: capitalismo e esquizofrenia. Vol. 3. Tradução Aurélio Guerra Neto, Ana Lúcia de Oliveira, Lúcia Cláudia Leão e Suely Rolnik. São Paulo: Ed. 34, 1996, p. 92). Neste sentido, Amaral percebe uma relação de "microinquisitorialismos" dentro do processo penal, que faz com que haja uma maleabilidade política das provas para adequá-las a determinados interesses. Daí a clareza de "verdades reais" e "evidências" como perigo, colocando qualquer um como juiz e o próprio juiz como justiceiro (AMARAL, Augusto Jobim do. *Política da prova e cultura punitiva*: a governabilidade do processo penal brasileiro contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2014, p. 482).

funções aparentes, o inquérito acaba sendo um instrumento para apuração da autoria e materialidade do fato criminoso, somente tendo valor para o oferecimento ou não da denúncia. Porém, sua finalidade não termina nas funções aparentes, uma vez que a própria estrutura do CPP brasileiro faz com que se retire do inquérito *funções ocultas* ou *não aparentes* ainda mais relevantes na prática[66]. Essas funções ocultas do inquérito ligam-se aos argumentos discursivos utilizados pelo julgador na decisão judicial: *busca da verdade* e *livre convicção*. Tais argumentos trazem à mostra a função não aparente mais perversa do inquérito policial: a autorização para o juiz formar sua convicção e sua consequente formulação da decisão em torno dos elementos produzidos no inquérito, fulminando assim com o procedimento em contraditório[67].

Essa autorização de utilização do inquérito na valoração probatória faz com que o julgador tenha uma precoce conclusão sobre o caso – muitas vezes advindo de um "conjunto de pequenos indícios" contidos naquela peça inquisitorial – que deveria apenas provir da formação da prova em contraditório, invertendo o ônus probatório ao acusado e tornando a presunção de inocência em uma presunção de culpabilidade.

Portanto, o que se revelou desde a mudança de redação do art. 155 do CPP pela Lei 11.690/2008 foi uma grande maquiagem dentro do sistema processual penal brasileiro, pois é certo que não se autoriza (diretamente) uma busca obsessiva da verdade a todo custo, mas a brecha tomada pelo advérbio "exclusivamente" e a gama de excepcionalidade por ele introduzida empurra-o inevitavelmente para uma zona de mera adequação formal, na qual continuar-se-ão sendo assistidas sentenças que buscarão no inquérito policial os elementos necessários para a

---

66 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e Processo Penal*: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro – vol. 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 394-395.

67 Gomes Filho lembra que na Itália apesar do último parágrafo do art, 349 do Código de Processo Penal italiano vedar que o juiz tivesse informações advindas da peça policial, na prática esses dados eram incluídos na comunicação escrita e acabavam sendo utilizados na decisão judicial diante de uma concepção muito ampla do princípio do livre convencimento, determinada na praxe dos tribunais (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. Imprenta: São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 66).

condenação[68]. Deste modo, pode-se afirmar que o CPP se incumbiu de construir um sistema que dispensaria o contraditório futuro, ao passo que os elementos que verdadeiramente importam à uma decisão futura são produzidos na fase de investigação preliminar, que depois são retoricamente legitimados judicialmente, o que Gloeckner chamou de *contraditório deformado*[69].

Além do mais esse entendimento é verdadeira vertente jurisprudencial nos Tribunais brasileiros, no qual se confunde prova com meio de prova e com naturalidade é vista a possibilidade da mescla dos dados colhidos no inquérito na ação penal, que sem a incidência do contraditório transforma o processo penal em algo disforme, onde o Estado-jurisdição cede espaço ao Estado-administração e termina por servir como apoio para o provimento de uma sentença condenatória[70].

---

[68] CUNHA MARTINS, Rui. *O Ponto Cego do Direito*: The Brazilian Lessons. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 23. Segundo Lopes JR.: "A fraude reside no fato de que a prova é colhida na inquisição do inquérito, sendo trazida integralmente para dentro do processo e, ao final, basta o belo discurso do julgador para imunizar a decisão. Esse discurso vem mascarado com as mais variadas fórmulas, do estilo: a prova do inquérito é corroborada pela prova judicializada; cotejando a prova policial com a judicializada; e assim todo um exercício imunizatório (ou, melhor, uma fraude de etiquetas) para justificar uma condenação, que, na verdade, está calcada nos elementos colhidos no segredo da inquisição. O processo acaba por converter-se em uma mera repetição ou encenação da primeira fase" (LOPES JR., Aury Lopes. *Fundamentos do processo penal*: Introdução crítica. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.162).

[69] Segundo o autor, "a tríade 'liberdade das provas, livre convencimento judicial e verdade real' continua sendo adotada em nível doutrinário e jurisprudencial. As reformas não alteraram pontos significativos relativamente a tais questões, mantendo-se exatamente o mesmo núcleo do código de 1941. Em decorrência da intromissão de elementos elaborados na fase de investigação na fase judicial, autorizada a leitura e o confronto com as testemunhas em juízo, tem-se a manutenção de um contraditório deformado. O nível de rechaço ao contraditório pode ser visualizado inclusive nas diversas relativizações sustentadas pelos tribunais à plena aplicação do sistema de exame cruzado, que, quando desrespeitado, se tornou uma modalidade de 'nulidade relativa'". (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e Processo Penal*: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro – vol. 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 465).

[70] CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 134.

Dessa forma, com essa redação do art. 155 do CPP dada pela Lei 11.690/2008, "perdeu-se a oportunidade de encarar frontalmente os reflexos na eficácia probatória dos ditos *atos de investigação*"[71]. Aqui entra em cena a importante diferença entre meros atos de investigação e atos verdadeiramente de prova. Assim, são considerados *atos de prova* aqueles que: (a) estão dirigidos a convencer o juiz da verdade de uma afirmação; (b) estão a serviço do processo e integram o processo penal; (c) dirigem-se a formar um juízo de certeza – tutela de segurança; (d) servem à sentença; (e) exigem estrita observância da publicidade, contradição e imediações; (f) são praticados ante o juiz que julgará o processo.

Por outro lado, os *atos de investigação*: (a) não se referem a uma afirmação, mas a uma hipótese; (b) estão a serviço da investigação preliminar, isto é, da fase pré-processual e para o cumprimento de seus objetivos; (c) servem para formar um juízo de probabilidade, e não de certeza; (d) não exigem estrita observância da publicidade, contradição e imediações, pois podem ser restringidas; (e) servem para a formação da *opinio delicti* do acusador; (f) não estão destinados a sentença, mas a demonstrar a probabilidade do *fumus commissi delicti* para justificar o processo (recebimento da ação penal) ou o não-processo (arquivamento); (g) também servem de fundamento para decisões interlocutórias de imputação (indiciamento) e adoção de medidas cautelares pessoais, reais ou outras restrições de caráter provisional; (h) podem ser praticados pelo Ministério Público ou pela Polícia Judiciária[72].

Com essa distinção, a doutrina coloca os *atos de investigação*, como regra geral, somente com valor endoprocedimental para a justificação do início ou não do processo ou para servir de base para alguma medida cautelar pessoal (prisões provisórias, por exemplo) ou real (arresto, sequestro)[73].

---

[71] AMARAL, Augusto Jobim do. *Política da prova e cultura punitiva*: a governabilidade do processo penal brasileiro contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2014, p. 444.

[72] LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 158-159.

[73] LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 322.

Importante observar que as provas *repetíveis* ou *renováveis* têm valor meramente informativo – ou de *atos de investigação*. Essas provas renováveis, como a prova testemunhal, acareações, reconhecimentos etc., para poderem ser valoradas na decisão devem ser necessariamente produzidas na fase processual, no debate em contraditório na presença do juiz que julgará o caso (imediação) e com plena observância dos critérios de forma que regem a produção da prova penal[74].

Deste modo, os atos praticados durante o inquérito policial brasileiro, ressalvados aqueles que não podem ser repetidos[75] (mas devem ser produzidos mediante o instituto da produção antecipada de provas), *somente originam atos de investigação*, por serem praticados de uma forma tipicamente inquisitiva, baseada, principalmente, na ausência ou limitação do contraditório, o que faz com que (em tese) não possam ser valorados na decisão do julgador[76].

Aqui, por *repetição* ou *renovação* entendemos uma nova realização ou declaração de algo que já se fez ou se disse, ou seja, que a pessoa que originalmente produziu o ato volte a realizá-lo. Com isso, não configura repetição ou renovação a *simples leitura* do testemunho anteriormente praticado[77], sendo isto considerado *reprodução* e não *repetição* e a única

---

74 LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 161.

75 "A característica de não-repetição do ato [...] é que autoriza a colocação em pauta do tema do contraditório já na fase prévia à ação penal, raciocinando-se que não poderá haver um pleno direito de defesa se não for possibilitada a intervenção do suspeito já desde esse momento [...]" (CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 132).

76 LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 322. Nesse sentido Giacomolli: "prova é o que foi produzido sob o crivo do contraditório. É na produção da prova que o contraditório, com a participação dos destinatários e seus efeitos, mormente o acusado, ganha relevância. O que estiver despido de contraditório, não é ato probatório, podendo constituir-se em ato de investigação" (GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do processo penal*: considerações críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 21-22).

77 A leitura dos elementos produzidos na investigação é mais uma herança advinda do *Code d'Istruction Criminelle* que admitia a leitura dos termos, presente ou não a testemunha. Segundo afirma Cordero se fosse do interesse de quem acusava, ele poderia afastar suas testemunhas do contraditório,

reprodução processualmente válida é a que deriva de uma produção antecipada de provas que foi cercada de todas as garantias fundamentais do acusado e jurisdicionais, como o contraditório[78].

Por outro lado, não se pode considerar repetição a simples *ratificação* do depoimento anteriormente prestado na fase de investigação (chamado de "dar por lido"), pois a testemunha não só deve comparecer como também declarar sobre o fato (binômio presença física e oralidade), afinal não se pretende um contraditório ratificador, mas um contraditório efetivo produzido por meio da produção da prova durante o debate e perante o julgador da causa[79]. Assim, a oralidade garante a imediação e faz com que o julgador tenha contato direto com a formação da prova e mantenha a plena *cognitio* para que ao final possa valorá-la e julgar[80].

Portanto, como assevera Giacomolli:

---

mantendo seus depoimentos prestados anteriormente acessível aos jurados de forma direta ou por meio de leitura (CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986, p. 74).

78 Deve-se lembrar que em regra, a prova testemunhal pode ser repetida em juízo e somente excepcionalmente, diante do risco de perecimento e do grave prejuízo que significa a perda de alguns dos elementos recolhidos no inquérito, é que o processo penal instrumentaliza uma forma de colher de forma antecipada essa prova. Portanto, o incidente de produção antecipada de provas somente pode ser admitido em casos extremos, em que se foi demonstrado que existe uma grande probabilidade de que será impossível a repetição do ato na fase processual. No caso da prova testemunhal, é importante que seja fielmente reproduzida, utilizando-se dos melhores meios disponíveis para isso, sobretudo os não escritos, tais quais a filmagem e a gravação (LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 328-329).

79 Segundo Gloeckner: "Os depoimentos contidos na fase policial servem como elementos para ditar limitações à oralidade e à imediatidade da prova. Sendo o contraditório um método, tal método é falho quando elementos escritos servem para transformar oralidade e imediatidade em testemunhos ratificatórios, o que consiste na transformação da fase judicial em uma pantomima, em uma teatralização dos elementos previamente recolhidos ou, como afirma Cordero, em um campeonato de oratória." (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e Processo Penal*: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro – vol. 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 423).

80 LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 326.

> o juízo condenatório não poderá assentar-se em elementos informativos da investigação, com ressalvas das situações de antecipação, de cautelaridade e de provas não renováveis (possibilidade de serem produzidas em determinado marco temporal). Isso porque a função da investigação é fornecer elementos de convicção ao acusador, ao exercício da ação penal e não de um juízo condenatório, ao magistrado[81].

Com as mudanças advindas com a Lei 13.964/2019, o que deve-se observar é se (ou como) os magistrados ainda continuarão de alguma forma utilizando o inquérito para fundamentar suas decisões e uma das principais burlas a esse sistema poderá advir das leituras e ratificações dos depoimentos prestados na fase de investigação[82]. Cabe(ria) aos juízes de instrução não aceitar essas burlas, contudo sabe-se que a legislação por si só não muda a mentalidade dos atores processuais e nossa cultura inquisitória vive de ressignificar conceitos para se adequar aos interesses de um processo penal inquisitorial.

Dessa forma, será interessante verificar como o art. 155 do CPP se comportará depois dessa lei, pois a "livre apreciação da prova" consolida o contraditório como disciplina da prova, porém o advérbio "exclusivamente" continua lá abrindo a brecha para os magistrados basearem-se no inquérito policial, com fundamento na sua "livre convicção"[83]. Manteve-se, contudo, a autorização legal para que juízes e tribunais utilizem

---

[81] GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar do processo pena*. Crises, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 100.

[82] O próprio §4º do art. 3º-C da Lei 13.964/2019 aduz que fica assegurado às partes o amplo acesso aos autos acautelados na secretaria do juízo das garantias. Não há dúvidas que tais elementos podem ser utilizados em ações autônomas impugnativas por exemplo, mas com o art. 155 do CPP em vigência e a mentalidade inquisitória dos atores jurídicos, qual o óbice da utilização destes elementos para suprir eventual deficiência probatória da acusação? (DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. *Comentários ao Pacote Anticrime*: Lei 13.964/2019. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 93).

[83] Esse caráter de brecha empurra para o que Cunha Martins chama de uma zona estratégica de mera adequação formal ou "mera cosmética", de forma a consagrar a deturpação da democraticidade do processo (CUNHA MARTINS, Rui. *O Ponto Cego do Direito*: The Brazilian Lessons. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 31).

a versão dissimulada de "condenar com base na prova judicial cotejada com a do inquérito", ou, de forma mais verdadeira, "não existe prova no processo para sustentar a condenação, de modo que vou me socorrer do que está no inquérito"[84].

Assim, de um lado, no art. 155 o contraditório é posto como condição de validade probatória[85], com uma íntima relação com a imediação, isto é, só poderão ser valoradas pelo julgador em sua decisão as provas que são produzidas no debate oral, na sua presença e com a efetiva participação das partes.

Porém, por outro lado, pode-se então afirmar que, para além dos argumentos da *livre convicção* e da *verdade real*, o "operador adverbial referido ["exclusivamente"] é que possibilita o contágio com a *carga alucinatória* dos *atos de investigação* sempre postos para rapidamente satisfazer e dar suporte à decisão"[86]. Dessa forma, pouco adiantará uma estrutura dialética de um procedimento em contraditório com uma (aparente) imediação se existir essa burla interna de abrir um espaço, mesmo que mínimo, para que os atos de investigação possam compor o convencimento do magistrado.

Para que ocorra então essa originalidade cognitiva do julgador é elogiável a técnica adotada em alguns sistemas processuais como o italiano de eliminar dos autos que formarão o processo penal todas as peças da investigação preliminar, com exceção do corpo de delito e das provas antecipadas, com o objetivo de evitar a contaminação do juiz pelos elementos produzidos nesta fase pré-processual, bem como a implementação do juiz das garantias, que com a Lei 13.964/2019 foram adotados aqui no Brasil, apesar de estarem suspensos por tempo indeterminado.

---

[84] LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 165.

[85] Gomes Filho chega a afirmar que o contraditório é a pedra angular da nova disciplina de prova (GOMES FLHO, Antônio Magalhães. "Provas – Le 11.690, de 09.06.2008". In ASSIS MOURA, Maria Teresa Rocha de (Coord.). *As Reformas no Processo Penal*: As novas leis de 2008 e os Projetos de Reforma. São Paulo: RT, 2008, p. 249.

[86] AMARAL, Augusto Jobim do. *Política da prova e cultura punitiva*: a governabilidade do processo penal brasileiro contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2014, p. 446.

Ocorre que se entende que apenas isso não basta, uma vez que o que tem que mudar é a mentalidade e a cultura inquisitória enraizada nos atores processuais penais, pois apenas mudar a legislação ocorrerá o que Alberto Binder chama de "fetichismo normativo". Temos de início que modificar nossa estrutura como um todo, que ainda tem núcleo inquisitório, bem como criar meios eficazes para que tenhamos uma cultura calcada no contraditório como a única técnica de coleta probatória que o julgador possa utilizar em sua decisão.

Considerações Finais

Ao longo do artigo verificou-se que a América Latina teve seu processo penal originário dos países da Europa continental, especialmente dos países ibéricos, e com isso herdou características inquisitoriais. No Brasil, de forma genérica, a maior parte da legislação penal e processual penal que vigorou até sua independência estava prevista nas Ordenações portuguesas, mais especificamente no Livro V das Ordenações Filipinas. Com isso, de forma geral, o processo penal da América Latina foi dividido em duas fases principais: a fase de investigação (resumo ou instrução) e a fase de veredito ou sentença (plenário ou julgamento).

Nessa época ambas as fases eram escritas e a espinha dorsal do processo eram os chamados *dossiês* ou *expedientes* que a polícia e o juiz de instrução reuniam. Esse instrumento documentava toda a atividade do processo, abarcando além das provas documentais as provas testemunhais, periciais etc., que seriam utilizadas pelos julgadores na fase de julgamento. Essa tradição inquisitorial cria uma *cultura inquisitória* típica dos países latino-americanos, que mesmo influenciados por algumas ideias republicanas, mantiveram suas características principais: procedimento escrito e secreto; uma administração da justiça secreta; um procedimento com pouco respeito ao imputado, já que ele é objeto da investigação; a desnaturalização da fase de juízo, uma vez que o procedimento se converte em dossiês ou expedientes e a parte mais importante é a fase de investigação; a delegação das funções judiciais para empregados subalternos, já que a sobrecarga de trabalho impede que o juiz possa atender todos os casos.

No Brasil, a herança de uma forte cultura inquisitória coloca a investigação como o centro da produção probatória, o que faz com que o Ministério Público pouco acrescente em juízo ao que foi produzido no inquérito, fazendo com que apenas haja uma ratificação judicial e transformando o processo em apêndice da investigação. Além disso, tem-se no Brasil uma peculiar formação nas polícias, dividindo-se as funções investigativas e ostensivas entre as chamadas Polícia Civil e Polícia Militar, o que expõe o ranço autoritário permanecente do período de ditadura militar no Brasil. Essa militarização das funções do policiamento ostensivo que põe a Polícia Militar como força auxiliar e de reserva do Exército ilustra a herança mantida dos tempos ditatoriais. Por outro lado, não se pode esquecer das práticas não menos autoritárias, porém mais subterrâneas, da Polícia Civil na busca incessante da "verdade" da infração penal.

Ademais, pode-se considerar praticamente pacificado na doutrina processual penal que o inquérito policial é um sistema falido que não cumpre com sua função principal de esclarecer com grau de probabilidade a notícia-crime para fundamentar o processo e que, portanto, os atos praticados durante ele, apesar de serem importantes para o início ou não da ação penal, não devem servir como juízo de certeza na hora de valorar a condenação ou absolvição do acusado na sentença.

Essa ineficácia do inquérito faz com que grande parte das ações penais que estão nos fóruns de todo o Brasil sejam baseadas unicamente em depoimentos de testemunhas que foram prestadas nesta fase, algumas que unicamente "ouviram dizer" algo sobre o fato e outras (ações) que somente tem como "testemunhas" os policiais que atenderam a ocorrência. Agrava-se ainda mais no direito brasileiro o fato do inquérito policial ser escrito e de seus autos serem apensados ao processo e seguirem para conhecimento do julgador (apesar de agora não ser proibido pela Lei 13.964/2019), o que acaba se tornando uma espécie de "arquivo oficial" que agrupa todo o discurso policial e fica em *stand by* pronto para ser utilizado por quem precisar. Junto a isso, tem-se o art. 155 do CPP que possibilita as maiores arbitrariedades em relação a formação probatória em um processo oral, uma vez que o juiz pode fundamentar sua decisão nos atos produzidos no inquérito, desde que não "exclusivamente", que

significa que não existindo provas para sustentar a condenação, o juiz pode se valer do inquérito.

Nesses moldes, o inquérito policial acaba por conter funções de diferentes domínios em relação a sua finalidade precípua. No domínio das *funções aparentes*, o inquérito acaba sendo um instrumento para apuração da autoria e materialidade do fato criminoso, somente tendo valor para o oferecimento ou não da denúncia. Porém, sua finalidade não termina nas funções aparentes, uma vez que a própria estrutura do CPP brasileiro faz com que se retire do inquérito *funções ocultas* ou *não aparentes* ainda mais relevantes na prática. Essas funções ocultas do inquérito ligam-se aos argumentos discursivos utilizados pelo julgador na decisão judicial: busca da verdade e livre convicção. Tais argumentos trazem à mostra a função não aparente mais perversa do inquérito policial: a autorização para o juiz formar sua convicção e sua consequente formulação da decisão em torno dos elementos produzidos no inquérito, fulminando assim com o procedimento em contraditório.

Interessante será observar na prática como será posto o juiz das garantias trazido pela Lei 13.964/2019, bem como a proibição do inquérito de acompanhar o processo, afinal não adianta mudar as leis se a mentalidade dos atores processuais continuarem inquisitórias. Além disso, a histórias do nosso processo penal é de ressignificações de institutos para se adequarem ao nosso autoritarismo processual penal, lembrando ainda que o próprio Código de Processo Penal continua em sua essência inquisitório com alguns remendos de processo acusatório, com a doutrina e os tribunais compactuando com essa essência.

Referências

AMARAL, Augusto Jobim do. *Política da prova e cultura punitiva*: a governabilidade do processo penal brasileiro contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2014.

AMARAL, Augusto Jobim do. A ostensividade da soberania policial. In: GLOECKNER, R. J.; FRANÇA, L. A.; RIGON, B. S (Orgs.). *Biopolíticas*: Estudos sobre política, governamentalidade e violência. Curitiba: iEA Academia, 2015.

AMARAL, Augusto Jobim do e ROSA, Alexandre Morais da. *Cultura da Punição*: a ostentação do horror. ed. 3. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

AMARAL, Augusto Jobim do. "Mal de Polícia" – À propósito de uma criminologia radical. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 111, p. 263-291, São Paulo: RT, nov./dez., 2014.

ANISTIA INTERNACIONAL. *Você matou meu filho!*: homicídios cometidos pela polícia militar na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Anistia Internacional, 2015.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. O controle pelo ministério público das Políticas de segurança pública. In: Conselho Nacional do Ministério Público. *O Ministério Público e o controle externo da Atividade Policial*: Dados 2016. Brasília: CNMP, 2017.

BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2000.

BERCOVICI, Gilberto. "O direito constitucional passa, o direito administrativo permanece": a persistência do direito administrativo de 1967. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Org.). *O que resta da ditadura*: a exceção brasileira. São Paulo: Boitempo, 2010.

BINDER, Alberto M. La justicia penal en la transición a la democracia en américa latina. Alicante: *Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes*, 2005.

BINDER, Alberto La fuerza de la Inquisición y la debilidad de la República. *Política Criminal Bonaerense*, n. 1, 2003.

CERQUEIRA, Carlos Magno Nazareth. Questões preliminares para a discussão de uma proposta de diretrizes constitucionais sobre a segurança pública. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 22, p. 139-181, São Paulo: RT, abr./jun., 1998.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Inquérito policial: novas tendências e práticas. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 84, novembro, 1999.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Transição e consolidação da democracia*: instrumentos, práticas e limitações na experiência brasileira. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986.

CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. Tomo I. Bogotá: Editorial Temis, 2000.

CUNHA MARTINS, Rui. *O Ponto Cego do Direito*: The Brazilian Lessons. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. *Indignos de vida*: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

DEFENSORIA PÚBLICA DO RIO DE JANEIRO. *Pesquisa sobre as sentenças judiciais por tráfico de drogas na cidade e região metropolitana do rio de janeiro*, 2017, p. 77. Disponível em: <http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/4fab66cd44ea-468d9df83d0913fa8a96.pdf> Acessado em 07 de junho de 2018.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *Mil Platôs*: capitalismo e esquizofrenia. Vol. 3. Tradução Aurélio Guerra Neto, Ana Lúcia de Oliveira, Lúcia Cláudia Leão e Suely Rolnik. São Paulo: Ed. 34, 1996.

DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. *Comentários ao Pacote Anticrime*: Lei 13.964/2019. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

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

FIGUEIREDO DIAS, Jorge; COSTA ANDRADE, Manuel. *Criminologia – O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*. Coimbra, 1992.

FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*: história da violência nas prisões. 38ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2010.

GHIRINGHELLI DE AZEVEDO, Rodrigo; VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti. O Inquérito Policial em Questão – Situação atual e a percepção dos Delegados de Polícia sobre as fragilidades do modelo brasileiro de investigação criminal. *Revista Sociedade e Estado* - Volume 26 Número 1 Janeiro/Abril, 2011. https://doi.org/10.1590/S01026992201100010004

GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do processo penal*: considerações críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar do processo penal*. Crises, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e Processo Penal*: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro – vol. 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 423).

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; GONÇALVES, Paula Garcia. Letalidade policial e Ministério Público: das práticas de extermínio ao discurso legitimador. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 130, p. 177-200, São Paulo: RT, abr., 2017.

GOMES FLHO, Antônio Magalhães. "Provas – Le 11.690, de 09.06.2008". In ASSIS MOURA, Maria Teresa Rocha de (Coord.). *As Reformas no Processo Penal*: As novas leis de 2008 e os Projetos de Reforma. São Paulo: RT, 2008.

LANGER, Máximo. Revolução no processo penal latino-americano: difusão de ideias jurídicas a partir da periferia. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 37, p. 4-51, 2017. https://doi.org/10.22456/0104-6594.79266

LEMGRUBER, Julita; MUSUMECI, Leonarda; CANO, Ignacio. *Quem vigia os vigias? – um estudo sobre controle externo da polícia no Brasil*. Rio de Janeiro: Record, 2003.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2013.

LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santiago de Chile: Instituto de Sociología, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1996.

MAIER, Julio B. J. Situación de la justicia penal y problemas de los sistemas escritos. *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, junio 1991, nº 4.

MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal*. Tomo I: fundamentos. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito processual penal*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1980.

MARQUES DE JESUS, M.G.; HILDEBRAND OI, A.; ROCHA, T.T.; LAGATTA, P. *Prisão Provisória e Lei de Drogas*: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo. São Paulo: NEV, 2011.

MISSE, Michel. O Papel do Inquérito Policial no Processo de Incriminação no Brasil: algumas reflexões a partir de uma pesquisa. *Revista Sociedade e Estado* – Vol. 26, n.1, Jan./Abr. 2011. https://doi.org/10.1590/S0102-69922011000100002

MISSE, Michel. O inquérito policial no Brasil. *DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social* - Vol. 3 - no 7 – jan./fev./mar., p. 35-50, 2010.

MISSE, Michel; GRILLO, Carolina Christoph; TEIXEIRA, César Pinheiro; NERI, Natasha Elbas. *Quando a polícia mata*: homicídios por "autos de resistência" no Rio de Janeiro (2001-2011). Rio de Janeiro: NECVU; BOOKLINK, 2013.

OLIVEIRA, Luciano. *Do nunca mais ao eterno retorno*: uma reflexão sobre a tortura. 2ª ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 2009.

PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal*: evolução histórica e fontes legislativas. Bauru: Jalovi, 1983.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. Autoritarismo e transição. *Revista USP*, mar.-abr.-maio 1991.

POLI, Camilin Marcie de. *O Inquérito Policial e sua utilização na fase processual penal*: (des)conformidade com o devido processo penal. 213 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Panará, Curitiba, 2015.

POSTIGO, Leonel González. Bases da reforma processual penal no Brasil: lições a partir da experiência na América Latina. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; COSTA DE PAULA, Leonardo; NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil*. O sistema acusatório e a reforma do CPP no Brasil e na América Latina – vol. 3. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SAMPAIO, André Rocha. Um dispositivo chamado "Inquérito Policial". *Boletim Informativo IBRASPP* - Ano 03, nº 05, p. 39-41, 2013.

SAMPAIO, André Rocha. Profanando o dispositivo "inquérito policial" e seu ritual de produção de verdades. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 134, p. 351-383, 2017.

SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Teoria Geral do Procedimento e O Procedimento no Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

SCHUNEMANN, Bernd. *La Reforma del Proceso Penal*. Madrid: Dykinson, 2005.

SYKES, Gresham M.; MATZA, David. Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency. *American Sociological Review*, Vol. 22, No. 6, p. 664-670, Dec., 1957.

VARGAS, Joana Domingues; RODRIGUES, Juliana Neves Lopes. Controle e cerimônia: o inquérito policial em um sistema de justiça criminal frouxamente ajustado. *Revista Sociedade e Estado*, vol. 26, n. 1, p. 77-96, jan./abr. 2011. https://doi.org/10.1590/S01026992201100010005

ZAVERUCHA, Jorge. Relações civil-militares: o legado autoritário da Constituição brasileira de 1988. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Org.). *O que resta da ditadura*: a exceção brasileira. São Paulo: Boitempo, 2010.

Informações adicionais e declarações dos autores (*integridade científica*)

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

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

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

Dados do processo editorial
(http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies)

- Recebido em: 25/12/2019
- Controle preliminar e verificação de plágio:
- Avaliação 1: 13/03/2020
- Avaliação 2: 16/03/2020
- Decisão editorial preliminar: 25/03/2020
- Retorno rodada de correções 1: 05/04/2020
- Decisão editorial final: 10/04/2020

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-assistente: 1 (RDG)
- Revisores: 2

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

MELO, Marcos Eugênio Vieira. Neoinquisitorialismo processual penal e a contaminação do julgador com os atos de investigação: a burla interna no processo penal brasileiro como obstáculo ao contraditório. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 2, p. 951-992, mai./ago. 2020. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i2.314

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

Teoria da Prova Penal

Criminal evidence theory

A iniciativa do magistrado para produção de provas no processo penal brasileiro conforme um olhar foucaultiano

The initiative of the magistrate on the production of evidence in the Brazilian criminal proceedings from a foucaultian perspective

Alexandre Ribas de Paulo[1]

Universidade Estadual de Maringá (UEM) – Maringá/PR, Brasil

ribasdepaulo@hotmail.com

http://lattes.cnpq.br/8924298565036412

https://orcid.org/0000-0002-9655-538X

Valine Castaldelli Silva[2]

Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) – Florianópolis/SC, Brasil

valine_cs@hotmail.com

lattes.cnpq.br/7414785543009632

https://orcid.org/0000-0001-6476-899X

[1] Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); Mestre e Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC), na área de Direito, Estado e Sociedade. Realizou Estágio de Pós-Doutorado em Direito, Política e Sociedade pelo PPGD/UFSC. Atualmente é Professor Adjunto TIDE na Universidade Estadual de Maringá (UEM), lotado no Departamento de Direito Privado e Processual (DPP), lecionando a matéria de Direito Processual Penal II. Pesquisador do *Ius Commune* (Grupo de Pesquisa Interinstitucional em História da Cultura Jurídica - CNPq/UFSC), com ênfase em experiências jurídico-penais medievais e, também, do Grupo de Pesquisa intitulado "Problemas fundamentais do Direito Penal contemporâneo" (UEM). Coordenador do projeto de ensino "Grupo de Investigação sobre Punição (GIP)" e do projeto de extensão "Grupo de Diálogo Universidade-Cárcere-Comunidade (GDUCC)", ambos da UEM.

[2] Bacharel em Direito da Universidade Estadual de Maringá (2009-2013). Especialista em Ciências Penais pela mesma universidade (2014-2015). Mestre em Ciências Jurídicas pela Unicesumar (2016-2017). Doutoranda (2018) em Direito Internacional, Econômico e Comércio Sustentável pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pesquisadora vinculada do Grupo de Pesquisa *Ius Gentium* da UFSC. Docente na UNINGÁ.

Gabriel Orsini Maziero[3]
Grupo Ibmec Educacional – São Paulo/SP, Brasil
gabriel.orsini95@gmail.com
lattes.cnpq.br/1867029001288815
http://orcid.org/0000-0002-2965-7108

Resumo: O presente trabalho consiste em um estudo da construção do princípio da verdade real no processo penal brasileiro e suas implicações quanto a legitimidade ativa do magistrado na produção probatória, mediante o marco teórico das práticas sociais e do controle do discurso foucaultiano. A problemática da pesquisa surgiu com a constatação de que, após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o atual Código de Processo Penal não passou por significativas reformas, persistindo as normas que dispõem sobre os poderes probatórios do juiz na persecução penal. O método utilizado é o indutivo. Por fim, tem-se que, a partir de um olhar foucaultiano, na realidade o discurso da busca por uma verdade real é uma estratégia conveniente às instituições que detêm a jurisdição penal, pois representa interesses escusos aos das partes e às finalidades das garantias e direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal de 1988.

Palavras-Chave: Michel Foucault; Princípio da verdade real; Direitos e garantias fundamentais; Direito Processual Penal; Iniciativa probatória do magistrado.

Abstract: *The present work consists of a study of the construction of the principle of real truth in the Brazilian penal process and its implications regarding the active legitimacy of the magistrate in the probative production, through the theoretical framework of social practices and the control of Foucaultian discourse. The research problem arose with the observation that after the promulgation of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, the current Code of Criminal Procedure did not undergo significant reforms, and the rules that it lays down on the evidentiary powers*

[3] Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (2014-2018). Pós-graduando em Direito Processual Penal *Lato Sensu* pela Faculdade IBMEC São Paulo (2019).

of the judge in criminal prosecution persist. The method used is inductive. Finally, it is evident that, from a Foucaultian point of view, in reality the discourse of the search for a real truth is a strategy that is convenient to the institutions that retain criminal jurisdiction, since it represents interests that are unfair to those of the parties and to the purposes of the guarantees and fundamental rights enshrined in the Federal Constitution of 1988.

Keywords: *Michel Foucault; Principle of real truth; Fundamental rights and guarantees; Criminal Procedural Law; Provisional initiative of the magistrate.*

Sumário: Introdução; 1. Considerações sobre a construção da verdade real no processo penal para Michel Foucault; 2. A (i)legitimidade ativa do magistrado para a produção de provas no processo penal brasileiro; 3. A "verdade" decorrente do Código de Processo Penal. Considerações Finais; Referências.

Introdução

O estudo da verdade no campo do saber científico representa um dos temas de maior relevância e complexidade, graças a sua natureza filosófica, cuja abstração impede uma análise estritamente objetiva do assunto. O direito processual penal, longe de constituir qualquer exceção, também se ocupa do debate dessa questão no contexto de seus estudos.

Considerando a construção do princípio da verdade real no âmbito processual penal, com o presente trabalho pretende-se investigar os supostos poderes probatórios do magistrado criminal após a vigência do modelo constitucional de exercício da acusação criminal brasileira em 1988, adotando-se como referencial teórico para o desenvolvimento da pesquisa a análise do discurso jurídico através do modelo proposto por Michel Foucault, ora visto como instrumento de análise das práticas sociais, condições políticas, relações de poder e controle do próprio discurso.

O cerne problemático e que justifica a presente pesquisa consiste na compreensão de que o atual Código de Processo Penal (CPP) entrou em vigor em 1942, sob a égide do regime de exceção conhecido como Estado Novo (1937-1946) e mesmo após a promulgação de Constituições supervenientes, culminando com a atual e em vigor de 05 de outubro de

1988, um novo diploma processual penal não foi editado, havendo apenas pontuais alterações nas vetustas regras que regulam o *ius persequendi* no Brasil. Desse modo, no que tange à produção probatória, que é o material processual imprescindível para a formação da convicção do julgador, as alterações realizadas no CPP encontram harmonia ou coerência com a ordem constitucional em vigor?

Embora a reformulação democrática declarada pela Constituição Federal de 1988 verse sobre toda a ordem jurídica, com especial destaque aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos quando se trata de persecução penal, ainda prevalecem, na prática, dispositivos normativos encontrados em um Código de Processo que apresenta contornos autoritários e que, em uma simples leitura, não poderiam ser entendidos como recepcionados pela ordem constitucional desde 1988.

Dessarte, delineiam-se duas hipóteses. A primeira: considerando que a Constituição Federal de 1988 adotou o sistema processual penal acusatório, bem ainda, levando em conta as ideias de Michel Foucault na interpretação do princípio da verdade real, não mais persistiriam os poderes probatórios *ex officio* do magistrado no processo penal brasileiro. A segunda hipótese consiste em: após a promulgação da Constituição Federal de 1988, em nada se alterou as disposições que tratam dos poderes probatórios de iniciativa do magistrado, assim como a linha teórica de Michel Foucault permite a aplicação do princípio da verdade real como mecanismo místico da manutenção da legitimidade estatal em sequestrar e disciplinar os indivíduos.

O método de abordagem considerado na presente pesquisa foi o indutivo[4] e a técnica/procedimento de pesquisa utilizada foi a biblio-

[4] Conforme Orides Mezzaroba e Cláudia Servilha Monteiro (2004, p. 62) "O método indutivo permite que possamos analisar nosso objeto para tirarmos conclusões gerais e universais. Assim, a partir, por exemplo, da observação de um ou de alguns fenômenos particulares, uma proposição mais geral é estabelecida para, por sua vez, ser aplicada a outros fenômenos. É, portanto, um procedimento generalizador." Sobre tal método, Rubem Alves (2002, p. 119) diz que: "[...] *a indução tem como programa construir o discurso da ciência a partir dos fatos observados*. É uma forma de argumentar, de passar de certas proposições para outras." E, concluindo, o mesmo autor afirma que a indução "[...] é uma forma de pensar que pretende efetuar, de forma segura, a *passagem do visível para o invisível*".

gráfica.[5] Nesse sentido, como instrumento de pesquisa bibliográfica, buscaram-se obras pontuais em que o teórico Michel Foucault trata do tema da verdade e com relação às considerações sobre o princípio da verdade real, textos e livros em que juristas desenvolveram noções e conceitos a esse respeito.

No primeiro item far-se-á um apanhado geral das ideias que Michel Foucault desenvolve a respeito da verdade em algumas de suas obras, como *A verdade e as formas jurídicas* e *A ordem do discurso*, buscando-se compreender o sentido e toda a trama de fatores que envolvem o termo para o teórico, também se realizará um paralelo entre o pensamento foucaultiano e a ciência jurídica. No segundo item será abordada a legitimidade ou ilegitimidade ativa do juiz criminal na produção de provas no *ius persequendi* sob a ótica definida a partir do item 1.

1. Considerações sobre a construção da verdade para Michel Foucault

O teórico francês Michel Foucault é considerado um dos expoentes do pensamento filosófico do século XX. Pode-se dizer que suas obras e seus estudos são tratados em diversas áreas do conhecimento tendo em vista seus questionamentos acerca da existência e da constituição do sujeito.

Porquanto, adota-se a construção discursiva sobre a verdade de Michel Foucault como referencial teórico, em razão das suas importantes considerações a respeito das relações de poder e o controle do discurso, conferidos como uma ferramenta de análise das práticas sociais e de obtenção do conhecimento.[6]

---

[5] A pesquisa bibliográfica, ou de fontes secundárias, terá por objetivo analisar o que foi escrito sobre o assunto tratado, a fim de permitir os meios para a análise das hipóteses elencadas. Nesse sentido consultar: LAKATOS; MARCONI, 1992, p. 43-4.

[6] O presente artigo não possui a pretensão de esgotar a vastidão da obra de Michel Foucault. Sobre a complexidade desse marco teórico consultar: SANTOS; FRANÇA JÚNIOR; SANTOS, 2019.

Ressalta-se que o autor ora tratado não foi um teórico do Direito[7] e não desenvolveu nenhuma teoria relacionada ao campo do Direito Processual Penal. Neste trabalho serão considerados suas lições apenas como instrumento de análise e compreensão do Direito como uma ciência que obedece a certos parâmetros e regras pré-estabelecidas.[8]

Na obra "A verdade e as formas jurídicas", originada de suas conferências proferidas no Brasil, entre os dias 21 a 25 de maio de 1973, organizadas pelo Departamento de Letras da PUC-Rio, Michel Foucault debruçou-se sobre a questão da verdade, o conhecimento, ou o que denominou como "domínios de saber".

Nessa toada, pode-se dizer que o teórico analisa a construção e o tratamento do tema da verdade no âmbito da filosofia moderna ocidental e apresenta uma nova perspectiva do conceito de verdade, colocando agora como fundamental o estudo deste tema dentro das relações de poder.

Foucault (2002, p. 11) pretende demonstrar que o sujeito do conhecimento, os domínios de saber e as formas de verdade são resultados das práticas sociais, condições políticas e econômicas de existência. E nesse contexto, ressalta a importância das formas jurídicas como influenciadoras das ordens de verdade obtidas, mais especificamente através da aplicação do ritual judiciário nos casos penais.

Portanto, para ele, certas formas de verdade poderiam ser obtidas a partir de formas judiciárias aplicadas na prática penal, conforme ocorreu com a utilização do inquérito em um determinado período da história (séculos XV ao XVIII), e após, com o surgimento do chamado exame (século XIX), como outro método de descobrimento da verdade (*Ibidem*, p. 12).

O inquérito, segundo Foucault, se originou de práticas políticas, administrativas e judiciárias, como forma de pesquisa da verdade, na

---

[7] A obra de Foucault pode ser dividida em fases, sendo "A segunda fase é notoriamente a mais conhecida de Foucault, pois interagiu em maior proximidade com outros campos do saber (Direito, Medicina, Psicologia, Ciência Política) e pôde contribuir para a complexificação dos seus domínios de conhecimento. Sem dúvidas, a partir de então fica mais evidente a utilidade de sua filosofia para pensar as práticas de várias áreas." (LEMOS, 2018, p. 27 e 31).

[8] Nesse sentido consultar: PAULO, 2011, p. 22.

medida em que o objetivo deste procedimento era saber quem foi o autor de certo fato, e quais as circunstâncias e momento (*Idem*).

É interessante observar quais foram os fatores que determinaram a alteração dos procedimentos judiciários de obtenção da verdade. Para Foucault (*Ibidem*, p. 72-3), nos procedimentos analisados, não se verificou a evolução da racionalidade humana, tal alteração é resultado de uma transformação política da época a qual o procedimento judicial está inserido; trata-se do que o autor define como um fenômeno político complexo, em que as relações de poder irão determinar as formas judiciais de busca da verdade.

Como conclusão, o escritor apresenta o "inquérito" como uma forma de saber, de descobrimento da verdade, totalmente vinculada ao poder político, relacionada ao exercício do poder. E mais, não só as relações de poder controlam os métodos de obtenção da verdade, mas também o procedimento judicial é considerado como um próprio instrumento de poder (*Idem*).[9]

Ainda no âmbito dessas instituições, Michel Foucault apresenta em sua obra "A ordem do discurso", que o poder está intimamente relacionado ao discurso através das instituições. Ou seja, o poder conferido ao discurso encontra seu fundamento, seu embrião, nas instituições.[10]

Na realidade, Foucault vai além ao apresentar a ideia do discurso. Para ele, trata-se de algo que é controlado, selecionado e organizado, nessa perspectiva, pode-se dizer que o autor defende que o discurso é

---

[9] Nesse sentido, Gustavo Noronha de Ávila (2013, p. 16), analisando o contexto da utilização do modelo inquisitivo de persecução penal, retoma os ensinamentos de Michel Foucault para asseverar que a incorporação da ideia de verdade no procedimento judicial ocorre não por motivo de virtude, mas por uma questão de poder..

[10] "O desejo diz: 'Eu não queria ter de entrar nesta ordem arriscada do discurso; não queria ter de me haver com o que tem de categórico e decisivo; gostaria que fosse ao meu redor como uma transparência calma, profunda, indefinidamente aberta, em que os outros respondessem à minha expectativa, e de onde as verdades se elevassem, uma a uma; eu não teria senão de me deixar levar, nela e por ela, como um destroço feliz'. E a instituição responde: 'Você não tem por que temer começar; estamos todos aí para lhe mostrar que o discurso está na ordem das leis; que há muito tempo se cuida de sua aparição; que lhe foi preparado um lugar que o honra mas o desarma; e que, se lhe ocorre ter algum poder, é de nós, só de nós, que lhe advém'." (FOUCAULT, 1996, p. 07.)

um veículo de poder. E não só um veículo de poder, mas também um objeto de desejo, no qual aquele que detêm o discurso, possui igualmente o poder (*Ibidem*, p. 08-10).

Trazendo as considerações expostas para o contexto do presente trabalho, verifica-se que o Direito, ora considerado como uma ciência, seria então regido por um discurso científico que é controlado, selecionado e organizado.

E, seguindo a lógica foucaultiana, pode-se dizer que apenas certos indivíduos possuem o poder de fala no âmbito jurídico. Deveras, o autor aponta a existência de procedimentos internos de controle discurso que impõe a observação de determinadas regras para que o discurso seja considerado como aceito.

Desse modo, realizando um paralelo com as instituições que permeiam o âmbito jurídico, o Poder Judiciário como instituição oferece a figura do magistrado, neutro e imparcial como aplicador oficial do discurso legislativo para a resolução de litígios, inclusive na seara penal, onde o Estado é a "vítima" constante.

Em outras palavras, significa que em um procedimento submetido ao poder jurisdicional, ao final, será a pessoa do juiz quem representará a única verdade possível em um Estado de Direito e os indivíduos não possuem qualquer outra chance de resolver seus conflitos senão confiar na imparcialidade do julgador, que declarará o que é verdadeiro ou falso, realidade ou ilusão, justo ou injusto.

Nesse sentido, tem-se que a prestação jurisdicional, monopólio estatal, é submetido a uma série de regras de funcionamento, sendo que os sujeitos que compõem o processo devem obedecer a condições estabelecidas, principalmente no que se refere à aceitação da figura do juiz, ora qualificado como indivíduo capaz e responsável por revelar a prometida verdade.

Considerando que o poder conferido à decisão do magistrado é oriundo das mesmas normas que criam as instituições estatais, como se percebe no princípio da legalidade (artigo 5º, inciso XXXIX, da CF) e da reserva legal (artigo 22, inciso I, da CF) fica evidente que a verdade revelada oficialmente pelo juiz, *erga omnes*, atende precipuamente ao que Foucault chama, na sua obra *Do governo dos vivos*, de regime de verdade:

> E por regime de verdade entendo o que força os indivíduos a um certo número de atos de verdade, no sentido que defini para vocês da última vez. Um regime de verdade é portanto o que constrange os indivíduos a esses atos de verdade, o que define, determina a forma desses atos e estabelece para esses atos condições de efetivação e efeitos específicos. Em linhas gerais, podemos dizer, um regime de verdade é o que determina as obrigações dos indivíduos quanto aos procedimentos de manifestação do verdadeiro. (FOUCAULT, 2014, p. 85)

Logo, pode-se notar que o discurso judiciário é imposto pela vontade de verdade[11], cujas bases se encontram fixadas no sistema institucional, de modo que o ritual judiciário seleciona os sujeitos que devem participar do jogo processual penal para, sequestrando corpos e privando-os no cárcere – símbolo do poder punitivo contemporâneo – reafirmar o poder de conduzir as condutas dos homens.

Assim, dentro de procedimentos judiciais, o discurso é visto por Foucault como um instrumento de controle e produção da verdade. Deveras, a dissimulação da justificativa da busca por uma suposta verdade real é conveniente ao processo penal, pois representaria um discurso judiciário que atenderia a interesses que são escusos aos interesses das partes e às finalidades das garantias e direitos fundamentais dos indivíduos.

2. A (i)legitimidade ativa do magistrado para a produção de provas no processo penal brasileiro

Sabe-se que o Código de Processo Penal atualmente em vigor na legislação brasileira foi promulgado em 03 de outubro de 1941, através

[11] "Certamente, se nos situamos no nível de uma proposição, no interior de um discurso, a separação entre o verdadeiro e o falso não é nem arbitrária, nem modificável, nem institucional, nem violenta. Mas se nos situamos em outra escala, se levantamos a questão de saber qual foi, qual é constantemente, através de nossos discursos, essa vontade de verdade que atravessou tantos séculos de nossa história, ou qual é, em sua forma muito geral, o tipo de separação que rege nossa vontade de saber, então é talvez algo como um sistema de exclusão (sistema histórico, institucionalmente constrangedor) que vemos desenhar-se." *Ibidem*, p. 14.

do Decreto-Lei nº 3.689, no contexto Estado Novo (1937-1946), e mais ainda, inspirado no *Códice Rocco* italiano, de 1930, ou seja, de contornos notadamente autoritários.[12]

Após o regime militar, em 1988 uma nova ordem constitucional passou a vigorar no Brasil a partir da promulgação da chamada "Constituição Cidadã", e com ela, o Estado Democrático de Direito como irradiador das estruturas jurídicas.[13]

Nesse contexto, tem-se que a Constituição é, no âmbito da dogmática jurídica, responsável por fixar "[...] com clareza as regras do jogo político e da circulação do poder [...]" (PRADO, 2005, p. 45).

---

[12] Sobre o tema consultar: COUTINHO, 2010, p. 09; OLIVEIRA, 2017, p. 17. No mesmo sentido: "Sobre as características autoritárias do período do Estado Novo, justifica-se que nessa época foram suspensas liberdades e garantias individuais sob o pretexto de se preservar a ordem política vigente, sobretudo pelo fato de os Poderes Executivo e Legislativo terem sido concentrados nas mãos do Presidente da República, cuja necessidade da adoção do regime de exceção adveio do discurso da radicalização política dos partidos brasileiros da década de 30, que acabaram por empreender tentativas de tomada de poder, culminando em um estado de exceção permanente de oito anos sob o comando de Getúlio Vargas." (CHAMBÔ, 2013, p. 117-128). "Ainda, o Código de Processo Penal de 1941 substituiu o Código de Processo Criminal de 1832, este inspirado nas ideias iluministas da Europa ocidental e elaborado no contexto do Período Regencial brasileiro (1831-1840), sob o poder da chamada Regência Trina Permanente, composto pelos liberais moderados (representados pela aristocracia rural). Inicialmente, o referido Código foi responsável por impor uma política de descentralização do Poder Judiciário, haja vista que os representantes oficiais da jurisdição penal do Estado nessa época ganharam autonomia em nível local, sobretudo através da instituição dos Juízes de Paz, a fim de manter o indivíduo comum na condição de "súdito disciplinado e submisso às ordens do Estado através do império da lei, simbolizado pelo *ius puniendi* estatal e a obediência à legalidade soberanamente chancelada pelas *luzes do século*". Ocorre que, em 1840, com o início do chamado Segundo Reinado, de D. Pedro II, foi alterado o Código de Processo Criminal pela Lei nº 261, de 03 de dezembro de 1841, que acabou por centralizar a ação policial e judicial nas mãos do Imperador." (*In*: PAULO, 2008, p. 191-202)

[13] Sobre a importância das Constituições assinala Geraldo Prado que: "O desenvolvimento do paradigma da modernidade radicou-se no ideal democrático, de modo que nada é mais natural que o relevo dado à Constituição entre as demais leis, decorrente do convencimento de que aquela assegura a divisão dos poderes do Estado, mediante sistema de freios e contrapesos, bem como tutela os direitos fundamentais, conformando toda ordem jurídica." (*In*: PRADO, 2005, p. 44).

É truísmo afirmar-se que Constituição promove a mediação entre os sistemas políticos e os princípios processuais, bem como constitui o fundamento de validade de todas as leis e garante a proteção jurídica e social dos ideais da administração da justiça, funcionando como método de legitimação de composição dos conflitos e anteparos contra situações autoritárias (PRADO, 2005, p. 85).

Fixa-se aqui, portanto, um marco interpretativo para este tópico, que consiste em postular a Constituição Federal como estrutura democrática de existência e desenvolvimento da relação processual penal,[14] devendo o modelo normativo vigente anterior ao ano de 1988 se adaptar a essa nova perspectiva, justamente pelo fato de a Constituição informar toda a ordem jurídica posta.[15]

A leitura das normas processuais penais também deve ser realizada sob a ótica constitucional, como forma de efetivação das garantias constitucionais.[16] Isso porque, a concepção ideológica de um processo

---

[14] Nesse sentido: "[...] os caminhos percorridos e os métodos utilizados no âmbito da instrução criminal são tão importantes quanto a necessidade de se fomentar o ideal de justiça. Nesse ambiente, que se pretende democrático, não haverá espaços para o vale-tudo. Respeitar limites é imprescindível. Obviamente que não é do que se convencionou chamar por impunidade que estamos a tratar. Em absoluto. Afirmamos, tão somente, que direitos e garantias fundamentais precisam ser respeitados, para que o poder de punir não seja exercido de forma arbitrária." (SANTOS; FRANÇA JÚNIOR; SANTOS, 2019, p. 19).

[15] Sobre as balizas que a Constituição Federal de 1988 promoveu, ou deveria ter promovido, no processo penal: "É claro que essa reflexão deve ser compreendida dentro de certos limites quando se trata das práticas punitivas brasileiras que, historicamente, se mostraram refratárias à conformidade constitucional do processo penal, contrariando as decisões de caráter político assumidas em 1988, quando a República efetivamente foi fundada com a promulgação da Constituição. Mas esse sempre deve ser um horizonte a ser ferrenhamente perseguido por todos que estão comprometidos com a consolidação do Estado Democrático de Direito no País." (KHALED JR, 2019).

[16] Nesse sentido: O "[...] processo enquanto instrumento para atuação do direito de punir estatal, é condição para a legitimidade do resultado. Para tanto, o processo deve respeitar os parâmetros constitucionalmente previstos e se desenvolver com a perfeita observância das regras legais." (BADARÓ, 2019); "Somente a partir da consciência de que a Constituição deve efetivamente constituir (logo, consciência de que ela constitui-a-ação), é que se pode compreender que o fundamento legitimante da existência do processo penal democrático se dá através da sua *instrumentalidade constitucional*. Significa

penal democrático pressupõe a existência de um processo dialético, na qual está reservado ao juiz a função de julgar, mas sempre com a colaboração das partes, o que sacramenta as diretrizes do sistema acusatório (PRADO, 2005, p. 71).

E sobre a relação entre o sistema acusatório[17] e a estrutura ideológica democrática, Geraldo Prado salienta:

> Acreditamos sinceramente que a eleição ideológica do sistema acusatório é uma natural consequência das influências do princípio democrático em relação ao direito, uma vez que a separação dos poderes, projetando-se como mecanismo de viabilização da soberania popular, identifica nas atuações legislativa e judicial esferas distintas quanto à origem das respectivas investiduras, de sorte a conceber também modos diferentes de captação e orientação epistemológica e normativa das ações desenvolvidas em ambos os campos. (*Ibidem,* p. 71-2)

Aury Lopes Jr. (2014, p. 95), também compartilhando do entendimento de Geraldo Prado, assevera que o sistema acusatório é um imperativo do moderno processo penal, tendo em vista a atual estrutura social e política do Estado, pois assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do julgador,[18] tratando, por consequência, o acusado como parte e não mais como mero objeto no processo penal.

Desse modo, portanto seria necessário que o Código de Processo Penal brasileiro fosse objeto da realização de um filtro constitucional,

---

dizer que o processo penal contemporâneo somente se legitima à medida que se democratizar e for devidamente *constituído* a partir da Constituição." (LOPES JR, 2014, p. 33)

[17] Mauro Fonseca Andrade (2013, p. 482) salienta que "A função dos sistemas processuais penais é servir como um instrumento de auxílio ao legislador, à hora de estabelecer a política criminal em âmbito processual. Eles são responsáveis por determinar o grau de eficiência da repressão criminal, o grau de imparcialidade dos juízes e o grau de tecnicidade da persecução penal."

[18] Em sentido contrário, porém abordando a iniciativa probatória no processo civil, Taruffo (2008) expõe que: "*Evidentemente, los ordenamientos que le han atribuido al juez un papel activo en la adquisición de las pruebas han creído que tales poderes les eran otorgados a jueces capaces de desarrollar correctamente y racional su función de estímulo, de control y de iniciativa probatoria, sin que ello pusiera en peligro los valores fundamentales del proceso civil*."

de modo a adequar a persecução penal aos princípios, garantias e direitos fundamentais insculpidos no discurso prometido pela Constituição Federal, e mais ainda, dando ampla efetividade ao sistema acusatório.[19]

Realizando um estudo estritamente normativo, a Constituição Federal de 1988, muito embora não diga expressamente, teria adotado o sistema processual penal acusatório[20] em razão da norma contida em seu art. 129, I,[21] a qual atribui ao Ministério Público o exercício privativo da ação penal pública, além dos demais dispositivos constantes no mesmo texto constitucional que garantem aos acusados o devido processo legal, ampla defesa e contraditório, preservação da presunção de inocência, além do respeito ao julgamento por juiz competente e imparcial (PRADO, 2005, p. 300-1). Ademais, ressalta-se que o sistema acusatório seria um dos pilares do sistema de garantias individuais postos pela Constituição de 1988 (OLIVEIRA, 2017 p. 19).

Nessa perspectiva, o processo é constituído de partes, no qual acusação e defesa se contraporiam em igualdade de posições, no qual

---

[19] Sobre o fato de juristas como Guilherme de Souza Nucci, (2016.); Fernando da Costa Tourinho Filho, (2000); Rogério Lauria Tucci, (2011); que fundamentam o sistema processual brasileiro ser o misto, Aury Lopes Jr. (2014, p. 102.) assinala que "é absolutamente insuficiente, um reducionismo ilusório, até porque não existem mais sistemas puros (são tipos históricos), todos são mistos. Desse modo, o referido autor enfatiza que a partir deste reconhecimento deve-se identificar o princípio informador de cada sistema, para então classificá-lo como inquisitório ou acusatório. Alexandre Morais da Rosa (2013, p. 40) também compartilha do entendimento de que é um equívoco se falar em sistemas mistos, pela razão de que os ordenamentos jurídicos nacionais têm características de ambos os sistemas acusatório e inquisitório, não havendo sistemas puros.

[20] Sobre a dificuldade de definição e identificação das características dos sistemas processuais penais: "Como se pode notar, a complexidade concernente às características dos sistemas processuais engendrou a busca por aquilo que seria o ponto nevrálgico de cada modelo, mas não obstaculizou a crença em sua concretização, muito menos na verificabilidade da verdade, mesmo que esta seja tão somente 'provável e opinativa', ou seja, uma 'verdade formal ou processual'." (CARVALHO, 2017, p. 62). Outrossim, acerca dos sistemas processuais penais, consultar: ANDRADE, 2013.

[21] "Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei." (*In*: BRASIL, Brasília. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 de novembro de 2018).

haveria a presença de um juiz sobreposto em relação às partes, existindo a nítida separação de funções aos sujeitos processuais (BADARÓ, 2008, p. 37). Nesse sentido, a essência do sistema acusatório seria justamente a separação entre as funções de acusar, defender e julgar (*Ibidem*, p. 38). [22] Nota-se, porém, que a contraposição das partes em posição igualitária parece um ideal a ser perseguido, pois, ao menos no cotidiano forense brasileiro, sabe-se que o Ministério Público conta com todo o aparato estatal em detrimento da defesa que, muitas vezes, é atomizada a uma débil manifestação formalmente "técnica" incapaz de impressionar a persuasão racional previamente consolidada pelo julgador.

Com efeito, o estudo das propriedades do sistema acusatório merece ir além. Acertadamente, os autores Aury Lopes Jr (*Idem*), Jacinto Coutinho (1998) Geraldo Prado (2005) e Alexandre Morais da Rosa (2013, p. 40), propõem que a gestão das provas por conta das partes durante todo o procedimento seria o fator fundante que representa fielmente o sistema acusatório. Até porque, é "[...] na gestão da prova, que se revela a essência da opção pelo modelo processual" (GIACOMOLLI, 2008, p. 05).

O silogismo que se percebe dos discursos acadêmicos sobre o sistema processual penal brasileiro é que a atuação ativa do julgador na produção probatória subverte a principal característica do sistema acusatório, e invoca contornos notadamente inquisitivos, no qual o magistrado além de julgador é responsável pela acusação e pela defesa, por buscar

[22] Nessa perspectiva Aury Lopes Jr. (2014, p. 93, 102) assevera que no sistema acusatório as figuras dos sujeitos de acusação, defesa e julgador são distintas e gozam de funções próprias. Mas, para ele, tal característica por si só não reproduz completamente a essência do modelo acusatório. Outrossim que "[...] o sistema acusatório apresenta as seguintes características: a) clara distinção entre as práticas de acusar e julgar; b) a iniciativa probatória deve ser das partes (decorrência lógica da distinção entre as atividades); c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo; d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo); e) procedimento é em regra oral (ou predominantemente); f) plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte); g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa); h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional; i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada; j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição." (*Idem*)

livremente elementos para seu próprio convencimento sobre a "verdade".[23] Khaled Jr. (2015, p. 04) admoesta sobre os vieses sub-reptícios de uma epistemologia inquisitória e suas consequências:

> [...] 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.

Contextualizando para o Código de Processo Penal brasileiro:

> [...] dispositivos que atribuam ao juiz poderes instrutórios, como o famigerado art. 156, incisos I e II, do CPP, externam a adoção do princípio inquisitivo, que funda um sistema inquisitório, pois representam uma quebra da igualdade, do contraditório, da própria estrutura dialética do processo. Como decorrência, fulminam a principal garantia da jurisdição, que é a imparcialidade do julgador. Está desenhado um processo inquisitório. (GIACOMOLLI, 2008, p. 108)

No que tange à existência de dispositivos que atribuem ao juiz brasileiro poderes probatórios, como é o caso dos artigos 156[24] e

---

[23] Ferrajoli (2002, p. 619) aponta as distinções do sistema inquisitivo e acusatório: "*I due metodi si distinguono piuttosto sulla base di due concezioni diverse sia del potere giudiziario che dela verità. Mentre il método inquisitório esprime uma fidúcia tendenzialmente illimitata nella bontà de potere e nella sua capacità di raggiungere il vero, il método accusatorio si caratterizza per uma sfiducia altrettanto illimitata nel potere quale autônoma fonte di verità.*

[24] Redação original do mencionado artigo: "Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante." (BRASIL, Brasília. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941.

209[25], ambos do Código de Processo Penal, nota-se que são fruto de um processo penal do período histórico brasileiro conhecido como Estado Novo, considerado autoritário pelo autor, haja vista que a supressão das liberdades contava com o apoio do "Sistema de Justiça Penal", com fins ao atendimento dos interesses da "ditadura Vargas" (PRADO, 2005, p. 222).

Vale ressaltar, porém, que apesar de o autor supramencionado citar o art. 156, do Código de Processo Penal, como fruto do contexto do Estado Novo, constata-se um provável equívoco eis que o dispositivo sofreu alterações no ano de 2008 pela Lei nº 11.690. Ocorre que, mesmo após quase vinte anos da edição da Constituição Federal, a referida alteração promovida pelo legislador infraconstitucional, ao invés de procurar adequar o dispositivo ao modelo constitucional de persecução penal em vigência, caminhou em sentido estranhamente contrário e deu ainda mais poderes probatórios *ex officio* ao juiz, permitindo-lhe agora a produção antecipada de elementos probatórios até mesmo sem a existência da invocação da jurisdição pelas partes legitimadas pela lei.[26]

Desse modo, a existência de poderes probatórios do juiz deduziria que a jurisdição penal estaria inserida no programa de segurança pública do Estado e não dirigida à defesa dos direitos individuais e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, que assegurariam o direito ao julgamento por juiz imparcial.

Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 26 de março de 2020

[25] "Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes." (*Idem*)

[26] Art. 1º Os arts. 155, 156, 157, 159, 201, 210, 212, 217 e 386 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, passam a vigorar com as seguintes alterações: [...] "Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante." (BRASIL, Brasília. Lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008. *Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 26 de março de 2020.

Aliás, o próprio diploma constitucional, em seu art. 144, não menciona o juiz como parte integrante dos órgãos de segurança pública, já que esta será exclusivamente exercida através dos órgãos lá elencados.[27] Logo, se for considerado que a legitimidade ativa do juiz na produção probatória representa anseios característicos do Código de Processo Penal de 1941, ora visto como instrumento de política de segurança pública do Estado, o acusado nunca seria julgado por um magistrado imparcial, mas por um membro do aparato estatal responsável por aplicar uma punição ao infrator da lei.

Ainda sobre a possibilidade de o julgador assumir o papel do órgão acusador quanto ao ônus probatório que lhe é reservado, assinala-se que tencionar a igualdade entre as partes significaria a não permissão do magistrado em dublar a função acusatória (PACELLI, 2017, p. 20).

A igualdade das partes também é fundamento de impedimento da produção de provas pelo magistrado, de tal maneira que essa igualdade é uma garantia que decorre do "princípio da acusação" e significa paridade entre a defesa e acusação, sendo que a iniciativa probatória do julgador representaria uma quebra dessa garantia, na medida em que a confusão das funções de julgar e acusar provocaria o desequilíbrio da balança existente entre as partes (ROSA, 2013, p. 40-1).

E sobre as atividades da acusação e defesa que se contrapõem tem-se que é essencial para preservação da imparcialidade do julgador que ele não esteja envolvido psicologicamente com uma das versões em jogo (PRADO, 2005, 224-5). Isso porque:

> O Juiz é destinatário da prova e, sem dúvida alguma, sujeito do conhecimento. Quando, porém, se dedica a produzir provas de ofício se coloca como ativo sujeito do conhecimento a empreender tarefa que não é neutra, pois sempre deduzirá a hipótese que pela prova pretenderá ver confirmada. Como as hipóteses do processo penal são duas: há crime e o réu é responsável ou isso não é

[27] "À luz do art. 144, da Constituição Federal, a segurança pública será exercida através dos seguintes órgãos: polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, polícias civis, polícias militares e corpos de bombeiros militares." (BRASIL, Brasília. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 26 de março de 2020).

> verdade, a prova produzida de ofício visará confirmar umas das duas hipóteses e colocará o juiz, antecipadamente, ligado à hipótese que pretende comprovar. (*Idem*)

Assim, se estamos falando de um sistema acusatório em total conformidade com as normas constitucionais, a imparcialidade do julgador só restará inteiramente respeitada quando se admitir que o ato de decidir a causa é resultado de uma consciente opção entre duas alternativas apresentadas pelas partes, às quais o juiz permaneceu equidistante durante todo o procedimento.[28]

Muito se discute sobre a lacuna probatória deixada pelas partes durante a instrução processual. A esse respeito, apesar de a atividade incompleta das partes na produção das provas ser reconhecida, tal inconveniente decorre da própria natureza do sistema acusatório, devendo o problema ser atenuado através do fortalecimento da estrutura dialética no processo, evitando-se sempre a atribuição de poderes instrutórios ao juiz (LOPES, p. 95).[29]

No que concerne às lacunas ou atividades incompletas deixadas pelas partes, ressalte-se que a concepção eficientista, meramente instrumental ou utilitária do processo, ainda que exista um certo consenso desta busca no conceito de jurisdição segundo o autor, não define a natureza específica da jurisdição no moderno Estado de Direito, pois o nexo entre legitimidade e verdade assegurado pelo esquema epistemológico e normativo prescinde desse anseio utilitário (PRADO, 2005, p. 73).

Assim, pode-se concluir que o denominado princípio da verdade real pertinente ao Direito Processual Penal brasileiro, numa perspectiva constitucional, não pode justificar a iniciativa *ex officio* do magistrado em

---

[28] Nesse sentido: LOPES, 2014, p. 111; "[...] não faz qualquer sentido a ideia de que as partes devam entrar em contraditório com o juiz que deva julgá-las, ainda mais a respeito de uma prova produzida pelo próprio julgador." (KHALED JR., 2013, p. 150)

[29] Em sentido diverso: "Se o acusador não produzir a prova dos fatos imputados, isto não implicará, necessariamente, a absolvição do acusado. Mesmo tendo permanecido inerte, não praticando o 'ato necessário para a satisfação do seu interesse', é possível que a consequência desfavorável – a condenação – não se verifique. A omissão do onerado poderá ser suprida pela atividade jurisdicional." (BADARÓ, 2003, p. 197).

busca de provas para os autos.[30] Trata-se de um ideal que se submete ao jogo político e das relações de poder,[31] que cede espaço a uma verdade imposta pelas regras de produção e funcionamento do discurso. Trata-se de uma verdade não absoluta,[32] mas relativa à instituição a qual está ligada.

Portanto, somente seria legítima a prestação jurisdicional penal quando a verdade produzida no processo permitir uma decisão na qual o julgador tenha exercido um papel isonômico durante todo tempo, focando suas ações em apenas controlar o exercício pleno e efetivo do contraditório, deixando por conta das partes as atividades de convencimento, conforme determina o sistema constitucional acusatório de persecução penal.

3. A "verdade" decorrente do Código de Processo Penal

Como foi explorado no primeiro item, para Michel Foucault, o discurso se apresenta, dentro dos atos judiciais, como um instrumento de controle e produção da verdade, sendo que esta segue a determinadas regras, procedimentos e formas para que tenha validade.

Importante salientar que Foucault não compreende a Constituição Federal como se fosse um documento que encerraria todo o saber

---

30 Sobre a ambição de verdade: "[...] 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." (KHALED JR, 2015, p. 18).

31 Sobre o tema: "A partir de Foucault, seria preciso constatar que (a construção da) verdade e poder se entrelaçam, que ambos nutrem uma relação simbiótica. Nele, afirma-se que a verdade tem sido construída por meio de interações advindas do exercício de diversos poderes." (SANTOS; FRANÇA JÚNIOR; SANTOS, 2019, p. 22).

32 Nesse sentido: "A busca da verdade é compatível com o processo penal acusatório, desde que seja entendida como uma verdade cujo conhecimento estará inevitavelmente condicionado à falibilidade dos meios de reconstrução histórica, e que deve ser obtida respeitando as regras e as garantias processuais." (BADARÓ, 2019).

político, jurídico e, portanto, fonte única de poder. Nas palavras do autor, na sua obra *Sociedade punitiva* (2015, p. 209), esclarece:

> Portanto, é preciso fazer uma distinção não só entre os sistemas de poder e os aparatos estatais, como também, de forma geral, entre os sistemas de poder e as estruturas políticas. Isso porque a maneira como o poder é exercido numa sociedade não é descrita de modo adequado por estruturas políticas como o regime constitucional ou a representação dos interesses econômicos no aparato estatal. Há sistemas de poder muito mais amplos que o poder político em seu funcionamento estrito: todo um conjunto de focos de poder que podem ser as relações sexuais, a família, o emprego, a moradia. E o problema não é tanto saber se essas outras instâncias de poder repetem a estrutura do Estado. Pouco importa, no fundo, se a família reproduz o Estado ou vice-versa.

Essa constatação de Michel Foucault não se coaduna à hermenêutica garantista encontrada na dogmática processual penal brasileira, que, como visto, possui apego às normas constitucionais como se pudessem, por si mesmas, implementar e salvaguardar a mítica segurança jurídica aos jurisdicionados.[33] Malgrado a Constituição seja limitadora dos poderes dos agentes estatais, é notável que o discurso narcisista oriundo do Poder Judiciário amolda as normas jurídicas às práticas jurídicas que lhe sejam mais convenientes.

Por exemplo, o desdém às garantias constitucionais aos acusados pode ser observada na recente decisão em medida liminar proferida pelo Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, na Ação Direita de Inconstitucionalidade 6.299-DF[34] que, ao negar vigência à existência do Juiz das Garantias – responsável pelo "controle da legalidade" e "pela salvaguarda dos direitos individuais" –, também determinou a suspensão, sem a devida motivação, do artigo 3-A, do Código de Processo Penal,

---

[33] *"[...] il processo, como del resto la pena, si giustifica precisamente in quanto técnica di minimizzazione dela reacione sociale al delito: di minimizzazione dela violenza, ma anche dell'arbitrio che altrimenti si produrrebbero in forme ancor più selvagge e sfrenate."* (FERRAJOLI, 2002, p. 619)

[34] BRASIL, Brasília. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.299. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840373. Acesso em: 26 de março de 2020.

com a redação dada pela Lei 13.964/19: "O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão da acusação."[35]

Percebe-se que a adoção expressa de um magistrado com atribuições constitucionais e limitado pelo sistema processual de estrutura acusatória[36] se tornaria inconveniente para a manutenção do poder punitivo simbólico pelo Estado. Deveras, o aparato jurídico funciona, no Brasil, de maneira quase que mecânica para proceder a acusação e condenação dos indivíduos, não só pelo conhecido princípio da obrigatoriedade da ação penal pública – vinculado às atividades do Ministério Público, mas pela postura reiterada dos magistrados em replicar padrões decisórios autoritários sugeridos por Francisco Campos[37] na exposição de motivos do Código de Processo Penal (Decreto-Lei 3.689/41):

> VII - [...] Por outro lado, o juiz deixará de ser um espectador inerte da produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade. Para a indagação desta, não estará sujeito a preclusões. Enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa, e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro reo* ou o *non liquet*.

A recomendação da exposição de motivos é muito clara: o juiz deverá se abster de absolver o acusado no processo penal, exceto se tiver alguma prova de sua inocência e, para isso, deve ordenar "as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade." Nessa perspectiva,

---

[35] BRASIL, Brasília. Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. *Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 26 de março de 2020.

[36] Sobre a necessidade de previsão normativa expressa de qual sistema processual penal adotado no Brasil, consultar ANDRADE, 2013, P. 473-78.

[37] O jurista mineiro Francisco Campos foi o redator da exposição de motivos do Código de Processo Penal, que curiosamente também elaborou a Constituição de 1937, impregnada com um autoritarismo exacerbado, inspirada na legislação fascista italiana e na Constituição polonesa (CHAMBÔ, 2013, p. 117-128).

a conhecida anemia probatória, causadora da sentença absolutória com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, poderia sugerir uma sutil negligência do magistrado que não teria se empenhado suficientemente em descobrir a verdade legitimadora de uma punição ao delinquente.

Aqui há a necessidade de se mencionar um fato malsinado amiúde pela criminologia crítica (ANDRADE, 2003), em que o Estado é a vítima constante dos crimes em que ele mesmo possui a exclusividade em definir as condutas ilícitas dos indivíduos, legitimidade por autopoiese, e detém do monopólio em julgá-los e puni-los. Nas palavras do maior propagador dos ideais iluministas na seara criminal, Marques de Beccaria explicava:

> Com efeito, no caso de um delito, há duas partes: o soberano, que afirma que o contrato social foi violado, e o acusado, que nega essa violação. É preciso, pois, que haja entre ambos um terceiro que decida a contestação. Êsse terceiro é o magistrado, cujas sentenças devem ser sem apêlo e que deve simplesmente pronunciar se há um delito ou se não há. (BECCARIA, 1959, p. 37)

Esse fenômeno da modernidade não passa despercebido por Michel Foucault, que esboça a gênese da ideia de que o crime seria uma questão de ordem pública e o soberano o representante da sociedade:

> Além disso, há uma [espécie] de "elemento" – o crime como hostilidade social, o criminoso como inimigo público –, que não é nem elemento teórico nem elemento institucional ou prático, mas é o elemento comutador, o elemento conector entre essas duas séries, uma que leva à ideia de que o criminoso está em guerra com a sociedade, e a outra que é a da confiscação da justiça penal pelo poder monárquico. [...] Com efeito, a partir do fim do século XVIII, tem-se a instauração de toda uma série de instituições que vão, precisamente, instituir o personagem do criminoso como inimigo social e defini-lo na prática como tal: instituições do ministério público, da instrução, da ação judiciária, e organização de uma polícia judiciária, que permitirão que a ação pública se desenvolva a contento; [...] (FOUCAULT, 2015, p. 33)

Partindo-se do entendimento foucaultiano, onde a Constituição poderia ser vista como um instrumento discursivo de busca do saber, já

que seu conteúdo disporia, fundamentalmente, sobre a estrutura política do Estado e de organização dos poderes, a "verdade" pertinente ao microcosmo jurídico criminal é que o juiz criminal tem a destinação normativa de combater os inimigos da sociedade[38] e estes são, coincidentemente, os inimigos do Estado (DAL RI JÚNIOR, 2006).

Cogitando-se um mero esboço arqueológico, na cultura jurídica ocidental o magistrado não seria uma figura decorrente de uma constituição racionalmente escrita e fundada em valores democráticos, mas a replicação do próprio poder soberano. Aqui surge o papel do inquérito no âmbito jurídico:

> [...] a partir do momento em que o inquérito se introduz na prática judiciária, traz consigo a importante noção de infração. Quando um indivíduo causa dano a um outro, há sempre, *a fortiori*, dano à soberania, à lei, ao poder. Por outro lado, devido a todas as implicações e conotações religiosas do inquérito, o dano será uma falta moral, quase religiosa ou com conotação religiosa. Tem-se assim por volta do século XII, uma curiosa conjunção entre lesão à lei e falta religiosa. Lesar o soberano e cometer um pecado são duas coisas que começam a se reunir. Elas estarão unidas profundamente no Direito Clássico. Dessa conjunção ainda não estamos totalmente livres. (FOUCAULT, 2002, p. 73-4)

A Constituição, portanto, não teria como encerrar a compreensão completa de todo um sistema de poder existente em determinada sociedade mas o fato é que, quando se trata do exercício da jurisdição no âmbito penal, os poderes utilizados pelo magistrado para produzir a verdade processual não decorrem do texto constitucional e sua base principiológica, mas sim pululam de forma sub-reptícia de um discurso antidemocrático ainda existente em um Código de Processo Penal que é notadamente antagônico aos direitos e garantias fundamentais

---

[38] Sobre o enredamento da racionalidade no processo penal e a busca verdade: são "[...] meros inventos para justificar o mal. Desde a antiguidade, as tragédias, os castigos, tornaram-se festivais para a sociedade e para os julgadores que, em meio ao ritual do processo, agem como deuses, como se tivessem a vida humana sob o seu controle, podendo determinar o futuro a partir de uma visão parcial do passado, dizendo o que é a verdade e determinando quem é bom ou mal." (BOLDT; CARVALHO, 2017).

constitucionais, mesmo que supervenientes. A nobre função de combate à criminalidade é, certamente, incompatível com a obrigação concomitante de "controle da legalidade" e de "salvaguarda dos direitos individuais" conforme a "estrutura acusatória" no processo penal.

Dessa maneira, retomando as questões trabalhadas por Michel Foucault, os procedimentos de exclusão do discurso,[39] seleção dos sujeitos que falam,[40] e a vontade de verdade amparada na instituição Poder Judiciário,[41] mostram que a produção probatória no Processo Penal atende aos interesses utilitários dos julgadores, representantes do Estado, revelando-se um instrumento cotidiano de relegitimação do Poder Judiciário como controlador e aplicador oficial das punições contra os delinquentes.

Considerações Finais

Pelo presente trabalho, buscou-se compreender a construção do princípio da verdade real no processo penal brasileiro e suas consequências sobre a legitimidade ativa do magistrado na produção probatória através do marco teórico das práticas sociais e do discurso apresentados por Michel Foucault.

Constata-se que, numa ótica foucaultiana, o discurso é tido como um instrumento de controle e produção da verdade dentro dos procedimentos judiciais, podendo-se afirmar que a estratégia da busca da verdade real no processo penal brasileiro é conveniente ao Poder Judiciário, como instituição, porque preserva o símbolo da autoridade punitiva estatal

---

[39] Nega-se vigência aos dispositivos constitucionais em detrimento das normas processuais penais.

[40] As provas e medidas cautelares muitas vezes são produzidas *inaudita altera parte* e sem manifestação do investigado/acusado. Nesse sentido, basta verificar o histórico da súmula vinculante nº 14 e, também, o instituto da *mutatio libelli* previsto no artigo 384, do Código de Processo Penal.

[41] A relação entre verdade, processo penal e Foucault pode ser consultada em Boldt (2017): "A crença na capacidade processual de reprodução da verdade cumpre, com isso, uma função anestesiante importante para os atores processuais e para a sociedade, impedindo que a sentença judicial seja contestada, uma vez que traduz a realidade. Esse poder de estabelecer "o que é a realidade" escapa à perspectiva de que o conhecimento é construído, inventado, como afirma Foucault [...]."

mantenedora de uma idealizada ordem social. No jogo processual penal brasileiro o dono do discurso oficial nunca perde, pois independentemente da decisão ser favorável ou não ao acusado, o que prevalece é a verdade revelada pelo magistrado.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, conforme a dogmática jurídica, adotou uma estrutura democrática de existência e desenvolvimento da persecução penal, sendo que o sistema acusatório seria o único sistema que atenderia a esse modelo. Nessa perspectiva, considerando que a busca da verdade no processo penal se submeteria ao jogo entre partes, isto é, indivíduos, o juiz não deveria atuar na produção probatória,[42] sob pena de ofensa ao princípio da imparcialidade, deixando por conta das partes a incumbência de produzir provas.

Porém, como se nota no discurso que pode ser extraído da exposição de motivos do Código de Processo Penal e com apoio à visão histórica de Michel Foucault, pode-se concluir que a verdade processual penal, no âmbito jurídico brasileiro, é permeado por questões políticas e de relações de poder, sendo que o Código de Processo Penal é um instrumento preciso e hábil para produzir a "verdade" conveniente ao Estado, que possui o monopólio da jurisdição para definir obrigações, proibições e punições aos jurisdicionados como forma de preservar a direção e controle de todos os aspectos da existência dos indivíduos. Enfim, na prática processual penal brasileira a Constituição Federal de 1988 não foi recepcionada pelo Código de Processo Penal de 1941 e o magistrado criminal cotidianamente revela essa verdade.

Referências

ALVES, Rubem. *Filosofia da ciência*: introdução ao jogo e a suas regras. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

[42] O processo criminal deveria ser "[...] um elemento limitador à investigação do real, sendo falaciosa a pretensão de transformá-lo em instrumento apto ao alcance de uma verdade absoluta. Não me parece possível ignorar a realidade imposta pela obediência aos métodos de acertamento regrados em nosso Estado Democrático de Direito. A reconstrução processual histórica permite, quando muito, o descortinamento de certos aspectos da verdade [...]." (KIRCHNER, 2009, p. 12)

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. Curitiba: Juruá, 2013.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica*: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas Memórias e Sistema Penal*: a prova testemunhal em xeque. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito processual penal*. Tomo I. Rio de Janeiro: Elseiver, 2008.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal* [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Atena, 1959.

BOLDT, Rafael; CARVALHO, Thiago Fabres de. Para além do processo: epistemologia inquisitória e a ilusão do sistema acusatório na modernidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 134/2017, p. 323-49, ago. 2017.

CARVALHO, Raphael Boldt de. *Processo penal e catástrofe:* entre as ilusões da razão punitiva e as imagens utópicas do abolicionismo. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito de Vitória-RJ, 2017.

CHAMBÔ, Pedro Luiz. O estado de exceção como regra – Um estudo histórico-constitucional do Estado Novo (1937-1945). *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 108, p. 117-128, 22 nov. 2013.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *O Novo processo penal à luz da Constituição* (Análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, a. 30, n. 30, 1998, p. 163-98. http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v30i0.1892

DAL RI JÚNIOR, Arno. *O estado e seus inimigos*: a repressão política na história do direito penal. Rio de janeiro: Revan, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*: Teoria del garantismo penale. Roma: Editori Laterza, 2002.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*: Aula Inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

FOUCAULT, Michel. *Do governo dos vivos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do processo penal* – Considerações críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

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

KHALED JR., Salah H. *A busca da verdade no processo penal*: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

KHALED JR., Salah H; DIVAN, Gabriel Antinolfi. A captura psíquica do juiz e o sentido da atividade probatória no processo penal contemporâneo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 156/2019, p. 395-423, jun. 2019.

KIRCHNER, Felipe. A utopia da verdade real: compreensão e realidade no horizonte da hermenêutica filosófica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 80/2009, p. 119-149, 2009.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Metodologia do trabalho cientifico:* procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicação e trabalhos científicos. São Paulo: Atlas, 1992.

LEMOS, Clécio José Morandi de Assis. *Foucault e o abolicionismo penal*. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro-RJ, 2018.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal* [livro eletrônico]. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEZZAROBA, Orides; Cláudia Servilha Monteiro. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. São Paulo: Saraiva, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal* [livro eletrônico]. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal* [livro eletrônico]. São Paulo: Atlas, 2017.

PAULO, Alexandre Ribas de. O discurso jurídico-penal iluminista no direito criminal do império brasileiro. *In:* DAL RI JÚNIOR, Arno *et al*. *Iluminismo e direito penal*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 191-202.

PAULO, Alexandre Ribas de. *O jus puniendi germânico na Alta Idade Média italiana*: o Reino dos Longobardos. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis-SC, 2011.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório:* A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais [livro eletrônico]. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

ROSA, Alexandre Moraes de. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

SANTOS, Bruno C. L.; FRANÇA JÚNIOR, Francisco A.; SANTOS, Hugo L. R. Práticas judiciárias no campo criminal e a construção das verdades na persecução penal: um debate a partir de Michel Foucault. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 2, p. 1041-1072, mai./jun. 2019. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i2.199

TARUFFO, Michele. Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa. *Revista Ius et Praxis*, 12 (2): 95-122, 2006. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122006000200005

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. São Paulo. Saraiva, 2000. v. 1.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

Informações adicionais e declarações dos autores (*integridade científica*)

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

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

- *Alexandre Ribas de Paulo*: redação (writing – original draft), revisão crítica com contribuições substanciais (writing – review and editing), aprovação da versão final.
- *Valine Castaldelli Silva*: projeto e esboço inicial (conceptualization), desenvolvimento da metodologia (methodology), revisão bibliográfica participação ativa nas discussões dos resultados (validation), revisão crítica com contribuições substanciais (writing – review and editing), aprovação da versão final.
- *Gabriel Orsini Maziero*: projeto e esboço inicial (conceptualization), desenvolvimento da metodologia (methodology), coleta e análise de dados (data curation), levantamento bibliográfico (investigation), revisão bibliográfica (investigation), redação (writing – original draft), participação ativa nas discussões dos resultados (validation), aprovação da versão final.

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

Dados do processo editorial
(http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies)

- Recebido em: 22/09/2019
- Controle preliminar e verificação de plágio: 28/11/2019
- Avaliação 1: 02/12/2019
- Avaliação 2: 16/12/2019
- Avaliação 3: 20/12/2019
- Decisão editorial preliminar: 28/02/2020
- Retorno rodada de correções 1: 14/03/2020
- Decisão editorial preliminar 2: 15/03/2020
- Retorno rodada de correções 2: 26/03/2020
- Decisão editorial final: 27/03/2020

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-assistente: 1 (RDG)
- Revisores: 3

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

PAULO, Alexandre R.; SILVA, Valine C.; MAZIERO, Gabriel O. A iniciativa do magistrado para produção de provas no processo penal brasileiro conforme um olhar foucaultiano. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 2, p. 995-1024, mai./ago. 2020. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i2.280

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

Quebra do segredo profissional por padres católicos: (im)possibilidade de violação do sigilo sacramental

Breach of professional secret by catholic priests: (im)possibility of violation of sacramental secrecy

Samyle Regina Matos Oliveira[1]
Universidade Federal da Bahia – Salvador/BA, Brasil
samyle.adv@gmail.com
http://lattes.cnpq.br/2546676196350505
http://orcid.org/0000-0002-0221-7719

Thyerrí José Cruz Silva[2]
Universidade Tiradentes – Aracaju/SE, Brasil
thyerricruzdireito@outlook.com
http://lattes.cnpq.br/6987132345466967
https://orcid.org/0000-0001-7250-0790

Luiz Fernando Kazmierczak[3]
Universidade Estadual do Norte do Paraná – Jacarezinho/PR, Brasil
lfkaz@uenp.edu.br
http://lattes.cnpq.br/7437009978505769
https://orcid.org/0000-0003-0653-6255

[1] Doutoranda em Direito pela UFBA. Coordenadora do curso de Direito da Universidade Tiradentes, campus Propriá-SE. Advogada. Professora das disciplinas de Direito Penal e Direito Internacional. Mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-graduação da Universidade Estadual do Norte do Paraná.

[2] Graduando em Direito pela Universidade Tiradentes.

[3] Doutor em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) na Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro (2004). Atualmente é professor adjunto da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), na graduação e pós-graduação em Ciência Jurídica (Mestrado).

Resumo: O sigilo sacramental suscita grandes discussões acerca da violação do segredo profissional, conduta tipificada pelo art. 154 do Código Penal brasileiro, em decorrência do caráter absoluto da sua inviolabilidade, para a doutrina católica, e das hipóteses de justificação, exceções elaboradas pela doutrina penal pátria. Este artigo tem como finalidade principal analisar a inviolabilidade do sigilo sacramental, e se esta natureza persiste, mesmo com a incidência de uma excludente de ilicitude ou consentimento do penitente. A metodologia empreendida, realizada a partir de um levantamento bibliográfico que considerou tanto normas católicas e jurídicas, quanto a doutrina penal pátria permitiu identificar que o dever de resguardar segredo profissional é absoluto, no caso dos padres confessores, independentemente do conteúdo da confissão proferida pelo penitente ou de sua anuência para a relevação, pois esses devem obediência ao direito leigo e ao direito canônico, que, em seus dispositivos, estabelecem garantias normativas tanto ao livre exercício do ministério religioso, quanto à liberdade e intimidade do confidente no ato de expor seus pecados isento de eventuais punições pelas informações passadas via confissão.

Palavras-Chave: Confissão católica; Ilicitude; Intimidade; Violação.

Abstract: *Sacramental secrecy raises major discussions about the violation of professional secrecy, a conduct typified by art. 154 of the Brazilian Penal Code, due to the absolute character of its inviolability, for catholic doctrine, and the hypothesis of justification, exceptions elaborated by the Brazilian criminal doctrine. The main purpose of this article is to analyze the inviolability of sacramental secrecy, and whether this nature persists, even with the incidence of an exclusion of illegality or consent from the penitent. The methodology undertaken, based on a bibliographic survey that considered both catholic and legal norms, as well as the Brazilian criminal doctrine, allowed to identify that the duty to protect professional secrecy is absolute, in the case of confessors priests, regardless of the content of the confession given by the penitent or their consent to the reveal, as they owe obedience to lay and canon law, which, in their provisions, establish normative guarantees both to the free exercise of religious ministry, and to the freedom and intimacy of the confidant in the act of exposing their sins exempt from any punishment for information given via confession.*

Keywords: *Catholic confession; Illicitness; Intimacy; Violation.*

Sumário: Introdução; 1. Breves comentários sobre relações entre direito e religião; 2. A confissão e o sigilo sacramental; 2.1 O sigilo sacramental para a doutrina católica; 2.2 Sigilo sacramental e ordenamento jurídico brasileiro; 3. Violação do sigilo sacramental e do segredo profissional: (im)possibilidade?; Considerações finais; Referências..

Introdução

O presente estudo tem como finalidade principal analisar a inviolabilidade do sigilo sacramental e, consequentemente, do segredo profissional por parte dos padres católicos, e se esta inviolabilidade persiste, mesmo com a incidência de uma justa causa, considerando-se, para atingir este escopo, aspectos da doutrina pátria, das normas católicas e brasileiras acerca do dever de guardar o segredo profissional.

Despontam como objetivos específicos do trabalho: expressar a relação entre Direito e a religião católica; demonstrar a relevância da confissão sacramental para os ordenamentos católico e jurídico; discutir o caráter absoluto da inviolabilidade do segredo profissional por parte dos padres católicos.

Sendo esta inviolabilidade uma problemática significativa dentro da relação entre o Direito e a religião católica, o artigo traz como problema o seguinte questionamento: o segredo profissional obtido pelo padre através da confissão, permanece inviolável, independentemente da alegação de justa causa, como excludente de ilicitude ou consentimento do penitente?

Para tanto, utiliza-se uma pesquisa documental e bibliográfica, principalmente nos ramos do Direito Canônico – para compreender a ótica católica do sigilo sacramental – e Direito Penal – com fulcro na violação de segredo profissional –, contando, ainda, com uma menção ao Direito Constitucional – quanto ao direito personalíssimo à intimidade – e à legislação processual, no tocante a impedimentos de partes e testemunhas que são resguardadas pela condição especial ministerial.

Assim, a metodologia empreendida neste trabalho pretende demonstrar que, apesar de se aduzir a possibilidade de violação do sigilo

sacramental, em caso de justa causa, o dever de resguardá-lo permanece para o sacerdote católico, a partir do falseamento das hipóteses de justa causa que elidem o dever de sigilo trazidas pela doutrina e pelas exceções criadas pelo art. 154 do Código Penal e art. 207 do Código de Processo Penal, confrontadas por normas católicas e pelo art. 13 do Decreto 7.107/2010.

Este trabalho científico é relevante para tentar suprir lacunas interpretativas e dissertativas referentes ao sigilo sacramental e o dever de seu resguarde, haja vista os conflitos de deveres impostos pelo ordenamento jurídico que decorrem de seu caráter, entendido como absoluto pelo ordenamento católico, em que pese as normas brasileiras, como dito, conterem certas exceções.

O trabalho está dividido em três partes principais, sendo a primeira um compilado de breves comentários sobre as relações entre Direito e a religião católica; a segunda, uma análise sobre a confissão sacramental e seu sigilo, tanto na ótica católica quanto para o ordenamento jurídico brasileiro; e, por fim, a discussão sobre a (im)possibilidade de sua violação, independentemente do bem jurídico contraposto ou do consentimento do penitente.

1. Breves comentários sobre relações entre Direito e a religião católica

Por muito tempo, a religião católica, exerceu domínio absoluto sobre as realidades humanas. As crenças formulavam as explicações necessárias e até o Direito era considerado como uma manifestação da vontade divina, pois, nesse período, a classe sacerdotal exercia o monopólio do conhecimento jurídico, sob o pálio de que, em seus oráculos, recebiam de Deus as leis e os códigos (NADER, 2016, p. 33).

Dentre os pontos em comum entre Direito e o catolicismo, um deles diz respeito ao bem e sua vivência, pois a justiça, finalidade máxima do Direito, integra a noção do bem, almejado também pela aludida denominação religiosa[4]. Todavia, esta analisa a justiça em um campo mais

[4] Cân 1807. "A justiça é a virtude moral que consiste na constante e firme vontade de dar a Deus e ao próximo o que lhes é devido." (JOÃO PAULO II, 1992, s.p.).

amplo, que envolve os deveres dos homens também para com Deus, e não apenas ao seu semelhante (NADER, 2016, p. 34).

Um outro aspecto da relação entre a religião católica – agora no caso da confissão católica – e o Direito refere-se ao fato de o dito sacramento parecer com um julgamento, dado que "na confissão sacramental, o juiz é o apóstolo ou seu legítimo sucessor no ministério sacerdotal" e "a sentença final, a ratificar-se no céu, é proferida pelo juiz[5], consoante as disposições morais do penitente" (DESTÉFANI, 1941, p. 27).

Noutro sentido, "a penitência que o confessor impõe deve ter em conta a situação pessoal do penitente e procurar o seu bem espiritual. Deve corresponder, quando possível, à gravidade e natureza dos pecados cometidos", podendo consistir em orações, donativos, obras de misericórdia, serviço ao próximo, privações voluntárias e sacrifícios (Cân. 1460, Catecismo da Igreja Católica) (JOÃO PAULO II, 1992), resguardando semelhanças com a individualização e dosimetria da pena, que variam de acordo com a gravidade do delito cometido.

Nesse aspecto, uma diferença significativa entre Direito Penal e a religião católica, esta em sua vertente normativa, reside nas penas aplicadas pelo primeiro e pelo Direito Canônico, uma vez que o *ius puniendi* estatal mantém em seu leque as penas privativas de liberdade, de restrição de direitos e de caráter pecuniário; já o ordenamento jurídico católico considera, basicamente, as penas espirituais – como excomunhão e penitência –, com o escopo de levar o agente ao arrependimento e correção (PRADO; CARVALHO; CARVALHO, 2014, p. 83).

2. A confissão e o sigilo sacramental

A confissão, no âmbito católico, acontece quando os fiéis se arrependem de terem cometidos pecados e os confessam, com o propósito

[5] "Cân. 1465. Ao celebrar o sacramento da Penitência, o sacerdote exerce o ministério [...] do justo juiz que não faz acepção de pessoas e cujo juízo é, ao mesmo tempo, justo e misericordioso. Em resumo, o sacerdote é sinal e instrumento do amor misericordioso de Deus para com o pecador." (JOÃO PAULO II, 1992, s.p.).

de se emendarem, mediante a absolvição conferida pelo ministro legítimo, alcançando, assim, Deus e o perdão dos pecados cometidos após o batismo, nos termos do cân. 959 do Código de Direito Canônico (JOÃO PAULO II, 1983, p. 173).

Conforme a Bíblia, a origem da confissão deu-se quando Jesus conferiu aos apóstolos e seus legítimos sucessores a prerrogativa de perdoar os pecados, a partir do Evangelho segundo João, capítulo 20, versículo 22: "Recebei o Espírito Santo. A quem perdoardes os pecados, ser-lhes-ão perdoados. A quem retiverdes os pecados, ser-lhes-ão retidos" (DESTÉFANI, 1940, p. 18).

Assim, segundo preleciona a doutrina católica, não sendo de origem humana, e sim divina, a confissão sacramental produz efeitos espirituais na alma, com o escopo de salvá-la e santificá-la. Estes efeitos dizem respeito à infusão da graça santificante do perdão em uma alma que dele estava privada, remissão da pena eterna, revivescimento de boas obras praticadas antes dos pecados mortais, sossego à consciência martirizada pelo remorso, e também autoconhecimento (DESTÉFANI, 1940, pp. 18-21 e 44).

Ainda dentro da seara religiosa, muito se questiona a respeito da figura do confessor na consecução do aludido sacramento[6], dado que, se apenas Deus perdoa os pecados, conforme a Bíblia, seria prescindível a presença do padre confessor – considerado, pelo Direito, como "confidente necessário"[7] –, uma vez que este é um ser humano, e pecador, tal qual o confidente.

---

[6] Este artigo não visa defender ou questionar a legitimidade do confidente necessário em seu aspecto religioso, e sim analisá-lo como figura albergada pelo Art. 154 do Código Penal, dada a pertinência do tema para o Direito.

[7] Diferentemente do conceito em âmbito religioso, em que o padre recebe a terminação de "confessor", a terminologia "confidentes necessários", adotada pelo Direito Penal, baseia-se na essência de determinadas atividades, em que a relação profissional-cliente possui especificidades, encerrando confidências, sigilos e segredos cuja revelação indevida viola, no mínimo, a ética profissional. Assim, a designação de confidentes necessários no âmbito jurídico diz respeito à tomada de conta de fatos particulares de vidas alheias, como ocorre com o médico, o psicólogo e o sacerdote (BITENCOURT, 2018a, p. 550; JESUS, 2014, p. 339-340).

Contudo, a dogmática católica esclarece que "na sua infinita sabedoria, Deus achou conveniente perdoar, por via normal, através da sentença autorizada de outros homens", por ser o meio ordinário escolhido por Ele para instruir e santificar os indivíduos[8], bem como a necessidade que o ser humano tem de ouvir uma palavra concreta que o assegure do perdão realmente conseguido[9] (DESTÉFANI, 1940, p. 28).

Não se duvida, portanto, segundo o Cristianismo, que o perdão, de fato, vem de Deus. Todavia, Jesus confiou também à Igreja a administração deste sacramento, pelo fato de o padre ser, para a religião católica, representante dele, cabendo-lhe, pois, acolher o penitente e perdoar seus pecados, pela autorização divina decorrente da sucessão apostólica[10] (DUARTE, 2008, p. 6).

Outrossim, segundo os mesmos ensinamentos cristãos, é consabido que Deus conhece o íntimo de cada indivíduo, mas o confessor não. Por isso, há a necessidade de o penitente contar seus pecados ao ministro do sacramento, uma vez que este não tem o condão de adivinhar os pecados ou de perdoá-los sem ouvi-los, já que, se isto fosse possível, o pecador não estaria cumprindo com o principal motivo que origina a confissão: o arrependimento dos pecados cometidos.

Deste modo, quando o pecador busca a confissão sacramental, almeja a tranquilidade de sua consciência, pela certeza de que Deus lhe perdoou pelas faltas por intermédio de seu ministro, o confessor, encontrando neste um estímulo para prosseguir no caminho reto (DESTÉFANI, 1940, p. 42).

---

8 "Cân. 1441. Só Deus perdoa os pecados. Jesus, porque é Filho de Deus, diz de Si próprio: «O Filho do Homem tem na terra o poder de perdoar os pecados» (Mc 2, 10) e exerce este poder divino. [...] Mais ainda: em virtude da sua autoridade divina, concede este poder aos homens para que o exerçam em seu nome." (JOÃO PAULO II, 1992, s.p.).

9 "Cân. 960. A confissão individual e íntegra e a absolvição constituem o único modo ordinário pelo qual o fiel, consciente de pecado grave, se reconcilia com Deus e com a Igreja" (JOÃO PAULO II, 1983, p. 171).

10 "Cân. 1461. Uma vez que Cristo confiou aos Apóstolos o ministério da reconciliação os bispos, seus sucessores, e os presbíteros, colaboradores dos bispos, continuam a exercer tal ministério. Com efeito, os bispos e os presbíteros é que têm, em virtude do sacramento da Ordem, o poder de perdoar todos os pecados" (JOÃO PAULO II, 1992, s.p.).

2.1. O sigilo sacramental para a doutrina católica

A doutrina católica, em sentido jurídico, é regida pelo Código de Direito Canônico, "compilação do que há de mais antigo na Igreja Católica, ou seja, é considerado uma herança histórica", um ordenamento de leis baseadas nos sentimentos deixados por Jesus e encontrados nas escrituras bíblicas (MORALES, 2018, p. 14).

Conforme Prado, Carvalho e Carvalho (2014, p. 82), a denominação 'canônico' advém de *kânon*, que significa "regra", "norma", termos que em outrora diziam respeito às normas de cunho religioso. Segundo Maciel (2007, s.p.), "o direito canônico ganha força porque a Igreja também possui um corpo social", necessitando, portanto, de normas que estabeleçam sua estrutura hierárquica e orgânica, definindo, ainda, direitos e deveres de seus fiéis.

Dentre as contribuições do Direito Canônico para o Direito leigo podem ser destacadas: a contribuição para a humanização das penas, o fortalecimento do Direito Penal enquanto público; e a afirmação da igualdade de todos os homens, embora, nesse caso, ainda fosse perante Deus, e não perante a lei (PRADO; CARVALHO; CARVALHO, 2014, p. 83).

Quanto ao sacramento da confissão, a partir do momento que o penitente procura o confessor para contar-lhe os pecados e buscar o perdão divino, é necessário ser tomado como basilar o princípio de inviolabilidade do sigilo sacramental, que, para o padre, torna-se um dever o seu resguarde, dada a dimensão da responsabilidade de perdoar os pecados, conferida ao seu ministério sacerdotal[11].

Isso se dá porque as informações que o confessor ouve no confessionário decorrem do seu *mister* de representante de Deus. Ou seja, os conhecimentos obtidos na confissão não são tomados, de forma alguma, como ciência humana e comunicável. Por essa razão, o sacerdote deve

[11] Os fatos protegidos pelo sigilo se referem ao diálogo íntimo e de caráter confidencial, características que surgem quando o titular do segredo lhe atribui secretismo (AZEVEDO, 2015, p. 61). Assim, deve-se distinguir o que é sacramental e o que é situacional dentro da confissão, pois as informações sem relação com os pecados cometidos podem não ser abrangidas pelo sigilo (LOPES, 2006, p. 59).

comportar-se como se não tivesse tomado conhecimento de coisa alguma, para não violar o sigilo (LOPES, 2006, p. 52).

Nesta senda, o Código de Direito Canônico estabelece, no Cânone 983, § 1º, que "o sigilo sacramental é inviolável; pelo que o confessor não pode denunciar o penitente nem por palavras nem por qualquer outro modo nem por causa alguma" (JOÃO PAULO II, 1983, p. 175).

Conforme o Cân. 1467 do Catecismo da Igreja Católica, "a igreja declara que todo o sacerdote que ouve confissões está obrigado a guardar segredo absoluto sobre os pecados que os seus penitentes lhe confessam, sob penas severíssimas", tampouco podendo "servir-se dos conhecimentos que a confissão lhe proporciona sobre a vida dos penitentes" (JOÃO PAULO II, 1992, s.p.).

Dentre as penas severíssimas, está a excomunhão, sanção aplicada para o confessor que transgride o segredo da confissão, conforme o Cân. 1388, § 1º: "o confessor que violar directamente o sigilo sacramental, incorre em excomunhão *latae sententiae*, reservada à Sé Apostólica; o que o violar apenas indirectamente seja punido segundo a gravidade do delito" (JOÃO PAULO II, 1983, p. 241).

Desta forma, a previsão de consequências para a infração de violar o segredo da confissão, além de impedir rupturas sociais – uma vez que a transmissão de fatos e conhecimentos obtidos através da confissão levaria à perda de confiança nas profissões que tem como primazia o sigilo (CESCA; ORZARI, 2016, p. 558; CAPEZ, 2017, p. 417; PRADO, 2008, p. 315; BITENCOURT, 2018a, pp. 550 e 552) –, obsta, também, que se transgrida a inviolabilidade do referido sacramento, contido na norma jurídica da Igreja Católica, instituído, segundo a aludida denominação religiosa, pelo próprio Jesus.

Assim, do prisma religioso, a violação do sigilo sacramental desrespeita: (i) a confidencialidade própria do sacramento da confissão; (ii) a confiança que o penitente tem no confessor e na garantia de inviolabilidade do conhecimento dos pecados; (iii) o disposto no Código de Direito Canônico e no Catecismo da Igreja Católica; e (iv) os ensinamentos de Jesus, que, segundo a tradição cristã católica, instituiu a confissão e passou para seus discípulos e seguintes, através da sucessão apostólica.

Nesse aspecto, as punições e sanções da doutrina católica para a violação de segredo confessional são entendidas como "uma consequência

unilateral da ação praticada pelo excomungado, ou seja, a excomunhão é automática se houve orientação da igreja a respeito da prática de determinada conduta (pecado) e mesmo assim o indivíduo a comete" (MORALES, 2018, p. 20).

Dessa forma, observa-se que as normas de caráter penal aplicadas pelo Direito Canônico não visam à privação de liberdade ou de direitos, mas simplesmente a uma expiação espiritual como forma de autoconhecimento e busca por uma vida reta e livre dos pecados.

Todavia, diferentemente destas penas de âmbito canônico, alguns ordenamentos jurídicos punem com sanções de caráter penal a violação do segredo profissional, o que abrange o sigilo sacramental. Isso se dá porque as relações sociais, via de regra, são regulamentadas pela ordem jurídica, moral e religiosa, as quais mantêm princípios intrínsecos e, muitas vezes, coincidentes. Assim, nesse sentido, a inviolabilidade do sigilo sacramental seria uma norma de natureza religiosa, acolhida pelo legislador – ordem jurídica –, visando resguardar a moral do penitente e do confessor em razão da necessária harmonia social (AZEVEDO, 2015, p. 64-65), que restaria fragilizada se as violações de sigilo sacramental fossem permitidas pelas leis.

2.2. Sigilo sacramental e ordenamento jurídico brasileiro

Com a passagem do Direito Natural para o Direito Positivo, e com a redução progressiva da intervenção religiosa nos assuntos próprios do Estado, fez-se necessário estabelecer medidas que, no ordenamento jurídico laico, preservassem os objetos de ordem religiosa. No caso desse artigo, os compreendidos dentro do âmbito do sacramento da confissão, como o sigilo sacramental e segredo profissional, deveres de o padre confessor manter absoluta a inviolabilidade acerca dos fatos que teve conhecimento por meio da confissão, independentemente de estes constituírem realidades a serem apreciadas judicialmente.

A proteção do Estado ao sigilo sacramental justifica-se pelo fato de que sua ausência impediria a liberdade religiosa dos professantes do catolicismo, adeptos da confissão, os quais não sentiriam liberdade para confessar seus pecados, não se tratando, pois de "uma questão de defesa

dos dogmas ou da doutrina da Igreja Católica" (LOPES, 2006, p. 93), e sim pelo fato de o segredo relatado ao sacerdote atingir "a dimensão mais subjectiva do ser humano", referindo-se "àquilo que vai na alma de cada um". Assim, quem recorre ao padre para expiar seus pecados, faz isso com a certeza de que o que é revelado fica preservado para sempre (AZEVEDO, 2015, p. 70).

No Brasil, Estado Democrático de Direito, a Constituição consagra como direito fundamental a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (art. 5º, X, CF/88). Estes elementos formam o rol dos ditos direitos personalíssimos, considerados indisponíveis, inalienáveis, intransmissíveis, irrenunciáveis, ilimitados e imprescritíveis.

Nesse sentido, sem a pretensão de exaurir a discussão sobre os direitos de personalidade, tem-se que privacidade "engloba os níveis de relacionamento social que o indivíduo habitualmente mantém oculto do público em geral, dentre eles: a vida familiar, as aventuras amorosas, o lazer, o segredo dos negócios" etc. Já a intimidade[12] vai além, "justamente para representar o espaço que o sujeito deseja manter impenetrável mesmo aos mais próximos" (FERRAZ, 2006, p. 85).

Concordante, Marcelo Novelino (2016, p. 337) aduz que "a intimidade está relacionada ao modo de ser de cada pessoa, ao mundo intrapsíquico aliado aos sentimentos identitários próprios" e "compreende os segredos e as informações confidenciais", características também encontradas na confissão sacramental.

Nessa discussão, "conquanto não figure expressamente o rol de direitos fundamentais", pode-se inferir que o dever de guardar sigilo profissional e não violar o segredo vela pelo respeito ao direito de intimidade do confidente (BARROS, 1996, p. 19), visto que "o bom desempenhar da profissão e o cumprimento de suas finalidades dentro da sociedade exigem, necessariamente, a discussão sobre fatos e informações que se

[12] Dirley da Cunha Júnior atribui ao direito à intimidade o título de "direito especial ligado à essência do indivíduo". E continua o autor: "a intimidade é a vida secreta ou exclusiva que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo junto à sua família, aos seus amigos e ao seu trabalho. [...] É, em suma, o direito de proteção dos segredos mais recônditos do indivíduo" (CUNHA JÚNIOR, 2014, p. 555).

inserem na esfera mais reservada do indivíduo" (CESCA; ORZARI, 2016, p. 557). Assim, consagra-se o tripé confissão-intimidade-sigilo, que tem caráter sagrado desde a Antiguidade, quando a violação de segredo significava "uma transgressão aos preceitos de natureza religiosa" (PRADO, 2008, p. 314).

O ordenamento jurídico brasileiro passou a considerar a violação de segredo como infração penal a partir as Ordenações Filipinas, embora essas protegessem "tão somente os segredos da casa real, nada dispondo sobre a violação de segredos privados." O Código Criminal de 1830 punia a revelação de segredo por parte de funcionário. O *codex* sucessor, de 1890, tipificou o crime de violação do segredo profissional, hoje, art. 154 do Código Penal de 1940 (PRADO, 2008, p. 315).

Assim, estabelece o art. 154 do Código Penal brasileiro que constitui crime "revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem". Segundo Bitencourt (2018a, p. 551), "a conduta tipificada é revelar, que significa contar a alguém segredo profissional. Revelar tem abrangência mais restrita do que divulgar: aqui implica um número determinado de pessoas; lá é suficiente alguém."

Conforme Guilherme Nucci (2017), o termo ministério engloba o padre, pois "ministério é o exercício de uma atividade religiosa". Ademais, "é próprio do sacerdote ouvir a confissão de fiéis, devendo guardar segredo. A revelação do que lhe foi contado pode constituir crime" (NUCCI, 2017, p. 940).

O crime em questão objetiva tutelar a liberdade individual, sobretudo a esfera dos segredos, "que deve ser resguardada da indiscrição alheia" (PRADO, 2008, p. 315). Outrossim, o tipo é especial próprio quanto ao sujeito[13], pois apenas pode ser cometido por quem ostente a qualidade decorrente da função, ministério, ofício ou profissão, e que mantenha "um especial vínculo de confiança com o sujeito passivo" (PRADO, 2008, p. 316). Assim, quando essa confiança é quebrada, "abre-se a possibilidade

[13] "Trata-se de uma modalidade muito peculiar de crime próprio, uma vez que a condição especial não se encontra no sujeito ativo, mas na natureza da atividade, que lhe possibilita ter ciência do segredo profissional" (BITENCOURT, 2018a, p. 550).

de se responsabilizar criminalmente aquele que não cumpriu com os seus deveres de fidelidade e lealdade" (GRECO, 2009, p. 603).

A revelação pode ser total ou parcial, assim como realizada através de múltiplas formas de execução, "seja oral, escrita, gestos, fotografias, desenhos, imagens etc.", devendo, ainda, ter por objeto o segredo, "informe cuja revelação possa produzir dano para o seu titular" quando divulgado[14]. Nessa perspectiva, "não são todos os dados sigilosos da vítima albergados pela proteção jurídico-penal, mas tão somente aqueles que, além de objetivamente relevantes, se encontrem vinculados à atividade profissional desempenhada pelo sujeito ativo" (PRADO, 2008, p. 317-318), nexo causal do crime (JESUS, 2014, p. 340)[15].

A importância dada pelo ordenamento jurídico brasileiro ao segredo profissional é tamanha, que, além da tipificação para sua violação, no direito material, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal estabelecem dispositivos que impedem sua violação no que diz respeito ao campo processual, mais especificamente às partes e testemunhas: a) "Art. 388. A parte não é obrigada a depor sobre fatos: [...] II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo"; b) "Art. 448. A testemunha não é obrigada a depor sobre fatos: [...] II - a cujo

---

[14] No caso da confissão sacramental, "a violação é directa quando quem viola o sigilo ou o segredo revela pecado e pecador, não importando que este seja designado pelo seu nome próprio ou por outros dados ou factos que só a ele dizem respeito. [...] A violação é indirecta ou mediata quando, sem designar concretamente a pessoa que cometeu o pecado, o confessor revela tais detalhes que pode presumir-se quem foi o pecador." (LOPES, 2006, p. 60).

[15] Em 2010, o Ministério Público do Rio de Janeiro denunciou o padre Marcus Vinicius Antunes da Trindade por violação de segredo profissional (art. 154, CP). No caso, o réu teria revelado a Beatriz Silva de Araújo informações obtidas na confissão de seu namorado, Frank Omenuco Omenka, causando danos no relacionamento dos dois. As tentativas de conciliação não foram aceitas, e o padre seguiu relutante e confiante em sua inocência, segundo seu advogado. Em 23/04/2012, a juíza Priscila Abreu David, mencionando a relação entre a confissão católica e o direito constitucional à intimidade – como feito neste artigo –, assentou que os depoimentos das testemunhas pouco esclareciam sobre os fatos, decidindo, por fim, pela absolvição do padre Marcus Vinicius, em razão do princípio *in dubio pro reo*, vez que as provas eram escassas e contraditórias. O Ministério Público recorreu, mas o processo foi arquivado em 26/02/2014. (18º Juizado Especial Criminal – Regional de Campo Grande. *Processo nº 0005735-30.2010.8.19.0205*. Disponível em: < https://bit.ly/2xVOIHQ >.).

respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo"[16]; e c) "Art. 207. São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho".[17]

Chama atenção, pois, a parte final do art. 207 do CPP, que excepciona o dever de não depor em caso de permissão da parte interessada, isto é, no caso da confissão católica, o consentimento do penitente. Em que pese o fato de esta discussão ser trabalhada com maior minuciosidade no tópico seguinte, cabe, de início, salientar que o Brasil assinou, junto à Santa Sé, um tratado internacional – Concordata 2008 (Decreto nº 7.107/2010) – que traz importantes observações, como o art. 13, segundo o qual "é garantido o segredo do ofício sacerdotal, especialmente o da confissão sacramental", o que contrasta com o referido dispositivo do Código de Processo Penal, demonstrando um conflito entre normas.

De toda forma, em razão dessa norma, a faculdade trazida pela parte final do art. 207 do Código de Processo Penal converte-se em uma vedação, dada a existência de um tratado internacional internalizado neste sentido.

Noutro sentido, o Código de Processo Penal se refere à proibição do dever de depor, não apenas da dispensa, como ocorre no Código de Processo Civil (PACELLI, 2018, p. 420). Para Barros (1996, p. 22), a diferenciação consiste no fato de que

> no campo processual civil, a lei lhes institui um direito de silêncio, facultando ao depoente requerer ao juiz que o escuse de depor

[16] Estas duas primeiras hipóteses mencionadas citam a locução "por estado ou profissão". Com "estado", nesse caso, deve-se entender como exemplo um líder religioso. Ademais, a responsabilização criminal da infração destes dispositivos não prejudica eventuais consequências cíveis (NEVES, 2018, p. 793), cabendo pleitear indenização por perdas e danos, a depender do caso.

[17] Diferentemente do Código de Processo Penal brasileiro, o item 1 do art. 135º do Código de Processo Penal Português dispõe que "os ministros de religião ou confissão religiosa e os advogados, médicos, jornalistas, membros de instituições de crédito e as demais pessoas a quem a lei permitir ou impuser que guardem segredo podem escusar-se a depor sobre os factos por ele abrangidos." O item 5 do mesmo dispositivo também impede que o segredo religioso seja violado, independentemente da justificativa, conforme os itens 3 e 4 do mesmo artigo.

> [...]. No processo penal, onde os valores postos em julgamento são de altíssima relevância, haja vista a possibilidade de envolver a liberdade individual de uma ou mais pessoas, a lei impõe à testemunha o dever de calar.

Concordante, assevera Nucci (2012, p. 490) que "não se trata, neste caso, de mera faculdade ou direito, mas de imposição legal a determinadas pessoas que, em razão da sua qualidade, não podem prestar depoimento, nem declarações", ressaltando que "a obrigação de guardar sigilo advém de normas específicas, regulamentos, costumes estatutos etc.". Dentro do âmbito de 'normas específicas', encontram-se as que regem a organização da Igreja Católica, como o Código de Direito Canônico.

Outrossim, a prova que lesa o direito processual é a ilegítima; já a que lesa o direito material é a ilícita (RANGEL, 2015, pp. 474 e 476). Dessa forma, o depoimento de um padre sobre fato conhecido a partir de confissão caracteriza tanto prova ilícita, quanto ilegítima – por desrespeitaram o direito processual e material –, a depender da ação em curso, levando "à nulidade processual do ato de formação da prova" (CESCA; ORZARI, 2016, p. 574).

No plano das nulidades, sabida a sua distinção em relativa – referente ao interesse das partes – e absoluta – que dizem respeito "ao processo penal enquanto função jurisdicional" –, constata-se que, mesmo com a exceção criada pelo legislador no final do art. 207 do Código de Processo Penal, o depoimento do padre, apesar da anuência do penitente, restaria nulo, por violar o direito constitucional à intimidade deste, "causando reflexos irreparáveis na qualidade da jurisdição prestada" (PACELLI, 2018, p. 926-927).

Outrossim, os prejuízos decorrentes das nulidades relativas devem ser demonstrados. Já nas nulidades absolutas, pressupõe-se a existência do prejuízo, o que não significa presunção (PACELLI, 2018, p. 927), e sim que a nulidade absoluta traz em seu bojo um perigo constatável de plano, e que atinge a coletividade. No caso da violação de sigilo sacramental, os descumprimentos ao direito constitucional à intimidade do penitente, ao art. 13 do Decreto nº 7.107/2010 e ao cân. 983, § 1º do Código Canônico, compatibilizado, por assim dizer, com o ordenamento jurídico brasileiro a partir da Concordata 2008.

3. Violação do sigilo sacramental e do segredo profissional: (im)possibilidade?

Já se afirmou, neste estudo, que certas profissões exigem o segredo profissional pela sua natureza, visando seu bom desempenho, e para o resguardo da intimidade dos indivíduos que necessitam guardar seus informes de caráter confidencial. Todavia, diferentemente do caso de médicos, psicólogos e advogados, e em que pese as respeitadas opiniões contrárias, o sigilo sacramental reveste-se de caráter absoluto.

Em Portugal, essa inviolabilidade absoluta decorre da opção do legislador, que excepcionou ao isentar os ministros de culto de relevar o segredo profissional quando necessário para o trabalho da justiça (ALMEIDA, 2015, p. 63). O mesmo ocorreu no Brasil, como dito, nos arts. 388 e 448 do Código de Processo Civil, e o art. 207 do Código de Processo Penal, embora, como demonstrado anteriormente, a dicção do Código Penal Português tenha sido mais detalhada, e haja, no dispositivo processual penal pátrio, uma exceção, referente ao consentimento da parte interessada.

Nesse sentido, as discussões mais recentes no Brasil sobre os direitos fundamentais e constitucionais costumam salientar que no ordenamento jurídico pátrio não há um direito fundamental absoluto, posto que, em caso de conflito entre direitos, que possuem mesma hierarquia, um deverá prevalecer sobre o outro. Outrossim, em caráter penal, muito tem se dissertado acerca do consentimento do ofendido como causa supralegal de exclusão de ilicitude.

Em alusão à legislação portuguesa, que, expressamente estabelece o consentimento do ofendido como causa de exclusão de ilicitude (art. 38, Código Penal Português), Lopes assenta que o penitente pode autorizar a revelação do sigilo e do segredo, assentando que este é um direito disponível, de modo que "pode o penitente dispor dele e renunciar ao seu direito ou ao seu uso" (LOPES, 2006, p. 61).

Outrossim, Lopes (2006, p. 106-107) defende, ainda, o argumento de que o sacerdote pode revelar licitamente o sigilo sacramental quando isto se fizer necessário em casos de legítima defesa, direito de necessidade, e conflito no cumprimento de deveres jurídicos ou ordens legítimas de autoridade – figuras excludentes de ilicitudes semelhantes

às do ordenamento jurídico brasileiro –, restando absoluto o segredo somente quando for impossível mantê-lo em sigilo[18].

De toda forma, Lopes (2006, p. 61-62), sustenta que, mesmo com a autorização e o consentimento do penitente, o confessor poderá abster-se de revelar o informe protegido pelo sigilo sacramental, visto que, mesmo com a permissão do interessado, ele não está autorizado violar o seu dever de guardar o sigilo, em razão da imposição decorrente do seu ministério sacerdotal. Assim, o consentimento do penitente gera, ao sacerdote, confidente necessário, uma faculdade de revelar o segredo, mas não uma obrigação, de modo que o ministro de culto ou confissão religiosa poderá escusar-se a prestar depoimentos como testemunha, e sua recusa não poderá levar o tribunal a ordená-lo que o faça (LOPES, 2006, p. 108).

Assim, mesmo que o consentimento do ofendido possa ser considerado como uma forma de exclusão da ilicitude e, consequentemente, uma abertura para a possibilidade de se violar o sigilo sacramental, ainda resta absoluto tal dever, para o padre confessor, que não deverá ser compelido a fazê-lo.

Noutra seara, retornando à discussão anterior, aduz-se que o segredo profissional pode ser violado sob o pálio das excludentes de ilicitude, ocasiões nas quais "o Estado admite que o particular se valha de desforço próprio para realizar a proteção de seus interesses, ainda que em detrimento da preservação do interesse de normas por ele mesmo criadas" (BUSATO, 2017, p. 448).

---

[18] Em 2019, o Papa Francisco alterou uma norma católica que versa sobre o segredo pontifício, isto é, informes de caráter confidencial que visam manter a estrutura, a segurança e a confidencialidade das informações e pessoas envolvidas e da própria Igreja Católica enquanto instituição. Essa decisão adveio da tentativa de punir clérigos que cometem abusos sexuais ou crimes graves congêneres. Todavia, o segredo pontifício não é obtido por meio de confissão, e sim por meio de comunicações sigilosas entre destinatários determinados. Assim, a dita resolução papal não representa uma hipótese de violação de sigilo sacramental, o que não quer dizer, por outro lado, que seja menos importante. Assim, casos de crimes cometidos e confessados permanecem sob o sigilo sacramental; já as infrações ditas em segredo pontifício, podem, sim, ser relevadas para fins de punição aos responsáveis, guardadas as devidas responsabilidades com o trato desse tipo de informação para evitar escândalos e danos ainda maiores.

Nesse aspecto, este tópico busca analisar cada uma das excludentes de ilicitude, confrontando a opinião do canonista José Joaquim Almeida Lopes e da doutrina majoritária brasileira, de que a antijuridicidade do art. 154 do Código Penal pode ser afastada, tendo como caso específico a figura do padre confessor, além de trazer novos argumentos quanto à alegação de que o consentimento do ofendido também abre uma brecha para a violação do sigilo sacramental.

Em preliminar, no caso do estado de necessidade, exige-se, objetivamente, a existência de perigo que seja inevitável, provocação involuntária do perigo e salvaguarda de direito próprio ou alheio. A regra, nessa causa de justificação, "é de que ambos os bens em conflitos estejam amparados pelo ordenamento jurídico", de modo que "esse conflito de bens é que levará, em virtude da situação em que se encontravam, à prevalência de um sobre o outro" (GRECO, 2014, p. 322).

Cabe ressaltar que "o estado de necessidade não se confunde com a legítima defesa", haja vista que na última, "a reação realiza-se contra bem jurídico pertencente ao autor da agressão injusta", enquanto que, na primeira, "a ação dirige-se, via de regra, contra um bem jurídico pertencente a terceiro inocente." Em suma, "no estado de necessidade há ação, na legítima defesa, reação" (BITENCOURT, 2018b, p. 420)

Dessa forma, tenha-se como exemplo o caso de um indivíduo que vai até o sacerdote e confessa que vai cometer um homicídio. Este sacerdote pode denunciar à polícia a intenção do confidente, alegando o estado de necessidade para proteger o direito à vida de terceiro? Certamente, a resposta é negativa. Primeiramente, e no sentido sacramental, porque, via de regra, não se confessa um fato ou pecado que ainda não foi cometido – salvo em caso de o penitente relevar ao padre o intuito de cometer algum pecado, o que já é um pecado, vez que, para a dogmática católica, o pecado não se restringe apenas a palavras e atos, mas também a pensamentos e até omissões[19].

[19] Cân. 1853. Os pecados variam conforme os critérios: "os que dizem respeito a Deus, ao próximo, à própria pessoa do pecador; pecados espirituais e carnais: ou, ainda, pecados por pensamentos, palavras, obras ou omissões." (JOÃO PAULO II, 1992, s.p.).

Em segundo lugar, segundo o Art. 24, CP, não se encontra, neste caso específico, o perigo inevitável, tampouco atual[20] pressuposto pelo estado de necessidade, uma vez que o agente pode mudar de ideia, ou ter seu dolo frustrado por razão diversa. Em terceiro lugar, porque são impuníveis os atos preparatórios de um crime. E, por último, porque o Código de Direito Canônico estabelece, em seu cân. 983, § 1º "que o confessor não pode denunciar o penitente nem por palavras nem por qualquer outro modo nem por causa alguma" (JOÃO PAULO II, 1983, p. 175).

Noutra hipótese, imagine-se, agora, um homicídio já cometido e que o agente confessado a conduta ao sacerdote; estaria este último habilitado ou obrigado a denunciar o crime à justiça, sob o argumento do estado de necessidade? Analisando o conteúdo literal do Art. 24 do Código Penal, não se observa, também neste caso, a existência de perigo inevitável, o que, inicialmente, aniquila a possibilidade de ser invocada a referida excludente de ilicitude. Outrossim, "a denunciação de crime não constitui justa causa para a revelação do segredo" (BITENCOURT, 2018a, p. 554).

As suposições levantadas anteriormente dizem respeito ao estado de necessidade justificante, que exclui a ilicitude. Porém, adentrando na seara da exclusão de culpabilidade, estaria o padre confessor permitido ou obrigado a violar o sigilo sacramental e o segredo profissional para denunciar um crime, alegando a inexigibilidade de conduta diversa, do estado de necessidade exculpante?

Em preliminar, a referida dirimente diz respeito à não-exigência de comportamento diverso por parte do agente (GRECO, 2014, p. 411). Todavia, para que esta seja invocada, deve haver, ao menos, um dos dois seguintes requisitos: obediência hierárquica e coação moral irresistível, de modo que nenhuma das duas é observada nos casos mencionados anteriormente – tanto de homicídio "prometido", quanto o já realizado –, não subsistindo, pois, o argumento de que o estado de necessidade

[20] "Perigo passado ou futuro não pode justificar o estado de necessidade. Se o dano ou perigo já se efetivou, a ação do agente somente estará legitimada para impedir sua continuação. Se o perigo for futuro, poderá ate não se concretizar; se for passado caracterizá vingança. Em qualquer dessas hipóteses falta-lhes a característica da atualidade" (BITENCOURT, 2018b, p. 427).

exculpante elide o fato típico de violação do segredo profissional no caso da transgressão do sigilo sacramental.

Ao revés, a inexigibilidade de conduta diversa pode despontar, juridicamente, como exemplo de objeção de consciência, ainda no campo da culpabilidade. Ou seja, tendo conhecimento de um crime, o padre confessor tem, além de um dever imposto pelas normas católicas e pelo ordenamento jurídico, a faculdade de não denunciar o crime à justiça, amparando-se na objeção de consciência, que o impede de violar o sigilo sacramental[21].

A legítima defesa, outra excludente de ilicitude, estabelece como fato principal para sua argumentação a existência de uma agressão atual (presente) ou iminente (em vias de acontecer) (NUCCI, 2017, p. 294) que exija "uma reação preventiva a fim de impedir o início ou continuidade da ação", de modo que "a reação defensiva deve ser imediata; pois se for posterior não se tratará mais de justificante, mas, sim, de um ato de vingança" (SOUZA; JAPIUASSÚ, 2018, p. 199).

Utilizando-se do primeiro exemplo, seria possível que o sacerdote agisse em legítima defesa ao denunciar o desígnio homicida do indivíduo? A resposta para esta questão também é negativa, visto que "não é possível haver legítima defesa contra agressão futura [...] ou passada, que configura autêntica vingança" (NUCCI, 2017, p. 294). Este exemplo, em sentido geral, é assim explicado por Rogério Greco:

> Assim, suponhamos que alguém esteja sendo vítima de uma ameaça de um mal futuro, injusto e grave [...] Poderá a vítima, no momento em que as palavras ameaçadores estão sendo proferidas, agredir o agente na defesa dessa sua liberdade pessoal? Nesse caso, especificamente, entendemos que não. Isso porque o mal prenunciado à vítima não está ocorrendo (atual) e nem prestes a acontecer (iminente), de modo que esta última tem plena possibilidade de, em

[21] A respeito do que fazer nos casos de objeção de consciência, aduz Rogério Greco que, "atendendo a um critério de razoabilidade, poderá ser arguida a inexigibilidade de conduta diversa, com a finalidade de afastar a infração penal que seria atribuída ao agente", no caso do padre, uma suposta omissão em denunciar o crime à justiça, para evitar que este avilte gravemente sua consciência, cumprindo a lei a todo custo (GRECO, 2014, p. 419).

> um Estado de Direito, buscar socorro nas autoridades encarregadas da defesa da sociedade (GRECO, 2014, p. 342-343).

Ressalte-se que, nesse caso, está-se falando da cogitação, primeiro passo do *iter criminis*, que compreende quatro fases principais: cogitação, preparação, execução e consumação. Todavia, noutro raciocínio, caso sujeito já estivesse preparando o ato criminoso e confessasse isso ao sacerdote, seria possível a invocação da legítima defesa para a denúncia? Guilherme Nucci responde que "como regra, é inadmissível a legítima defesa contra atos preparatórios de um delito, pois não se poderia falar em atualidade ou iminência" (NUCCI, 2017, p. 294). Assim, já que "a situação de agressão injusta que permite a atuação em legítima defesa deve manter uma relação de tempo presente para com a atitude legitimada", a agressão sofrida deve estar acontecendo ou em vias de acontecer (BUSATO, 2017, p. 465), o que não se vislumbra na hipótese levantada.

Noutra senda, caso o homicídio já tenha sido realizado, pode o padre confessor violar o sigilo sacramental, e consequentemente o segredo profissional, denunciando o crime para as autoridades competentes alegando legítima defesa de terceiro? A resposta é, novamente, negativa. Em primeiro lugar, porque a legítima defesa posterior é meramente imaginária; em segundo lugar, porque, conforme já dissertado, a denunciação de crime não é justa causa para a atipicidade da conduta prevista no Art. 154 do Código Penal; e em terceiro lugar, porque, sendo o homicídio já tentado ou consumado, não há mais direito alheio a ser defendido, posto que não haveria como impedir a conduta do agente.

O que pode ocorrer, portanto, no caso de um padre confessor violar o segredo profissional alegando legítima defesa, é "uma percepção equivocada acerca da existência ou atualidade da agressão injusta", fazendo com que este creia "erroneamente, que se encontra em uma situação de legítima defesa, dando lugar a uma legítima defesa putativa" (BITENCOURT, 2018b, p. 435).

A respeito do estrito cumprimento do dever legal, disposto no Art. 23, III, do Código Penal, é cediço que, assim como no caso do exercício regular do direito, "suas definições ficaram a cargo da doutrina e da jurisprudência", posto que a lei não forneceu os elementos de natureza

objetiva, como fez com a legítima defesa e o estado de necessidade (GRECO, 2014, p. 320).

Dessa forma, para sua postulação, "inicialmente, é preciso que haja um dever legal imposto ao agente, dever este que, em geral, é dirigido àqueles que fazem parte da Administração Pública, tais como os policiais e oficias de justiça". Em segundo lugar, "é necessário que o cumprimento a esse dever se dê nos exatos termos impostos pela lei, não podendo em nada ultrapassá-los" (BITENCOURT, 2018b, p. 369).

Marcelo Jardim Linhares, citado por Nucci, estabelece, dentre outras, as seguintes situações como formas de estrito cumprimento do dever legal: "a comunicação da ocorrência de crime por funcionário público à autoridade, quando dele tenha ciência no exercício das suas funções" e "a denúncia à autoridade feita por médicos, no exercício profissional, da ocorrência de um crime;" (LINHARES, 1983 apud NUCCI, 2017, p. 272). Esses dois exemplos de estrito cumprimento do dever legal dizem respeito a sujeitos com condições especiais, que são obrigadas a manter o segredo profissional: o funcionário público e o médico. Todavia, não se abordou a respeito do sacerdote, que também está incluso no Art. 154 do Código Penal.

Sendo assim, supondo que um indivíduo tenha cometido um homicídio e, imediatamente, tenha procurado o seu confessor, neste caso, o padre confessor pode violar os segredos obtidos na confissão católica embasando-se no estrito cumprimento do dever legal, denunciando à autoridade o cometimento do crime? A resposta também é negativa, pois "sempre que alguém estiver cumprindo, estritamente, um dever imposto pela lei, só poderá estar realizando um comportamento lícito, uma vez que a lei não impõe a ninguém a realização de uma conduta proibida" (BUSATO, 2017, p. 476). E, se violado o segredo profissional, não estará o padre seguindo um dever imposto por lei, ao contrário: estará cometendo um fato típico, ilícito e culpável. Assim, a transgressão do segredo profissional obtido através da confissão sacramental não figura, também, como hipótese de estrito cumprimento do dever legal, persistindo sua inviolabilidade.

Por último, tem-se o exercício regular de direito. Este diferencia-se do estrito cumprimento do dever legal pelo fato de o primeiro ser uma obrigação, e o segundo, uma faculdade. Ou seja, "no estrito cumprimento

do dever há uma norma cogente determinando que o sujeito atue. No exercício regular de um direito há uma norma permissiva, dando possibilidade ao sujeito de atuar" (BUSATO, 2017, p. 479).

Dentre os diversos casos típicos, Marcelo Jardim Linhares cita como hipótese da referida excludente de ilicitude "a divulgação de segredo, ainda que prejudicial, feita com justa causa" (LINHARES, 1983 apud NUCCI, 2017, p. 273).

Causa intensas dúvidas a discussão sobre o que seria uma justa causa que tem o condão de excluir a antijuridicidade da violação de segredo profissional, e quais exemplos práticos para tal, esforço da doutrina penal pátria.

Conforme Fernando Capez (2017, p. 418), "o direito ao sigilo profissional não é absoluto, devendo ceder em face de interesses jurídicos maiores". Prosseguindo, o autor cita como exemplos a comunicação, do advogado às autoridades, de um crime cometido por alguém, a fim de inocentar terceiro, hipótese de estado de necessidade; quando a norma impuser revelação de segredo, como o art. 269 do Código Penal, que obriga o médico a comunicar a autoridade uma moléstia contagiosa, caso de estrito cumprimento do dever legal; e, por último "quando houver consentimento do titular do segredo, o que ocorre quando, por exemplo, o titular do segredo permite a revelação deste pelo profissional em depoimento em juízo" (CAPEZ, 2017, p. 418).

Para Bitencourt (2018a, p. 551), "a justa causa, que torna atípica a conduta, deve ser legal, isto é, deve encontrar fundamento direto ou indireto em norma jurídica", encerrando que "nosso Código Penal filia-se à orientação que dá proteção absoluta ao segredo profissional", em raciocínio contrário ao de Fernando Capez.

Segundo Cunha (2016, p. 241), "estará configurada justa causa sempre que o interesse público se sobrepuser ao profissional". Para Marco Antônio de Barros (1996, p. 21), "a justa causa identifica-se com o justo impedimento de manter o sigilo, ou com a existência da necessidade de confidência, ela só pode ser aquilatada no caso concreto", incluindo-se obrigatoriamente, neste rol, as excludentes de ilicitude.

Para Souza e Japiassú (2018, p. 649), "entende-se que há justa causa quando o advogado, médico, psicólogo, sacerdote etc., é comunicado da intenção do indivíduo de perpetrar uma ação delituosa contra

terceiro", argumento contrastado anteriormente, com a explanação das quatro excludentes de ilicitude nos exemplos em questão.

Nessa perspectiva, observa-se que o principal exemplo, citado pela doutrina, de justa causa para a revelação do segredo, é o consentimento do seu titular, "em face da disponibilidade do bem jurídico protegido", pois, caso não haja interesse em preservar o sigilo do fato, por parte do titular, uma eventual revelação pelo confidente não configura a violação do sigilo profissional (PRADO; CARVALHO; CARVALHO, 2014, p. 859).

A *contrario sensu* deste raciocínio, que defende o consentimento do ofendido como causa justa para a quebra do segredo profissional, "de ver-se que em certos casos a lei não o admite como justa causa para a revelação" (JESUS, 2014, p. 340), pois "é preciso destacar que há muitas profissões protegidas pelo sigilo, ou seja, estão impedidas legalmente de divulgar o segredo, mesmo que autorizado pelo interessado (como ocorre com médicos e advogados)" (NUCCI, 2017, p. 940), estendendo-se também, segundo este artigo, aos padres.

Aduz Busato que uma das razões fortes para a adoção do ponto de vista que defende o consentimento do ofendido se relaciona com a autonomia da vontade, tema que vem ganhando força na doutrina, embora "essa perspectiva não pode ser assumida como regra geral. Em primeiro lugar, porque se deve filtrar os bens jurídicos entre os disponíveis e os indisponíveis, sendo que para os últimos [...], não cabe a aplicação da regra" (BUSATO, 2017, p. 490).

Assim, para ser legítimo e excluir a ilicitude da conduta, o consentimento do ofendido precisa vir acompanhado dos seguintes requisitos: (i) concordância explícita e capacidade do ofendido; (ii) disponibilidade do bem ou interesse; (iii) consentimento dado antes ou durante a prática da conduta do agente, e revogável a qualquer tempo; e (iv) conhecimento do agente acerca do consentimento do ofendido (NUCCI, 2017, pp. 265 e 267; BITENCOURT, 2018a, p. 553; GRECO, 2014, p. 377). "Ausente um desses requisitos, o consentimento do ofendido não poderá afastar a ilicitude do fato" (GRECO, 2014, p. 152).

Ora, se o consentimento do ofendido diz respeito à disponibilidade do determinado bem jurídico, não parece viável relacionar a referida causa de justificação – que é supralegal – ao caso de violação de fato

obtido por confissão sacramental, uma vez que a intimidade, invólucro do referido sacramento, é um bem indisponível – com o devido respeito às opiniões contrárias –, assim como a vida, a liberdade, a dignidade, também direitos personalíssimos.

Conforme Greco (2014, p. 377), "se o bem for indisponível, mesmo que o consenciente seja capaz, tal consentimento não será levado em consideração." Desta forma, sendo a intimidade um bem indisponível, o confidente dela não pode dispor, portanto, não se considera factível a justificativa de o consentimento ofendido figurar como motivo para violação do segredo profissional, no sentido estrito da confissão sacramental[22].

Em arremate à impossibilidade de o consentimento do ofendido elidir o crime tipificado no Art. 154 para os casos de padres confessores, questiona-se: (i) se a confissão sacramental é um espaço para revelar informações e segredos íntimos, por que alguém abdicaria de sua inviolabilidade, consentindo com a transgressão?; (ii) se o consentimento do ofendido deve ser anterior ou simultâneo à conduta do agente que viola o segredo profissional, porque realizar a confissão, já que supõe-se que o confidente busca o sacramento para que seus fatos íntimos não sejam conhecidos por outro indivíduo se não o sacerdote, que goza de sua confiança?

Esses questionamentos denotam um paradoxo contido na relação entre consentimento do ofendido e violação de sigilo sacramental. Mesmo porque, como dito anteriormente, mesmo que o penitente consinta com a revelação do que foi confessado, o padre católico poderá continuar exercendo seu direito e dever de guardar o sigilo sacramental, o que corrobora o argumento de inviolabilidade do sigilo sacramental, por parte do confidente necessário, independentemente do bem jurídico contraposto.

Nesse sentido, o que diferencia primeiramente o sigilo profissional para os padres e para outros profissionais é o caráter sacramental

---

[22] Na ótica católica, também não se vislumbra a hipótese de consentimento do ofendido para a violação do sigilo sacramental. Cân. 1550, § 2, item 2º. "Consideram incapazes os sacerdotes, no respeitante a tudo quanto conhecem por confissão sacramental, ainda que o penitente peça que o manifestem" (JOÃO PAULO II, 1983, p. 268-269).

conferido aos primeiros, pois, sendo o Estado laico, este deve proteger as religiões e suas particularidades, não possuindo a prerrogativa de "interferir nas questões internas das religiões, como os valores professados, a forma de professá-los ou sua organização institucional" (NOVELINO, 2016, p. 355).

Outrossim, no que se refere à violação de sigilo sacramental, deve-se ter em mente o peso das convicções religiosas de cada ser humano. Quem busca o padre para confessar-lhe os pecados, fá-lo por imposição religiosa, vontade própria e finalidade salvística da sua alma e libertação de sua consciência (ALMEIDA, 2015, p. 71).

Noutro aspecto, "o sigilo profissional é exigência fundamental da vida social que deve ser respeitada como princípio de ordem pública, razão pela qual o Poder Judiciário [ou o Legislativo, que emana as leis] não dispõe de força cogente para impor a sua revelação" (BITENCOURT, 2018a, p. 550).

Ademais, além do caráter jurídico da obrigação de o padre não violar os segredos ouvidos na confissão, há uma intensa ligação de seu ministério de confessor com uma função entendida pela Igreja Católica como determinada por Jesus, fazendo com que a transgressão desse ofício seja um desrespeito não só às normas jurídicas e católicas, mas também ao que é divino, o que aumenta o caráter delicado e absoluto do sigilo sacramental enquanto segredo profissional.

Considerações Finais

Por muito tempo, o Direito esteve submetido às regras religiosas, e mesmo com uma mudança de paradigmas, o Estado, agora laico, precisou garantir a proteção das religiões e suas especificidades. É nesta perspectiva que desponta o sacramento católico da confissão, fenômeno com reflexos jurídicos, dado seu caráter absoluto, assim considerado pelas normas católicas, ou contendo exceções, na ótica da doutrina pátria e nas locuções finais dos arts. 154 do Código Penal e 207 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, sendo a confissão de pecados uma expressão significativa de confiança do penitente no sigilo sacramental, invólucro

de seus aspectos mais íntimos, resta inconteste o direito e o dever de o padre resguardar a inviolabilidade dos fatos obtidos através do dito sacramento, para não comprometer a intimidade do confidente – por mais que este consinta com a relevação da confissão –, bem como não transgredir as normas impostas pelo ordenamento católico em razão do ministério sacerdotal.

Nesse diapasão, o artigo trouxe como problema o seguinte questionamento: o segredo profissional obtido pelo padre através da confissão, permanece inviolável, independentemente da alegação de justa causa, como excludente de ilicitude ou consentimento do penitente?

Entendeu o estudo que sim, pois: não obstante a doutrina penal pátria tenha elencado hipóteses de justa causa para sua violação, e mesmo que o penitente consinta com a revelação do informe dito em confissão, os padres confessores devem obediência à doutrina do seu ministério sacerdotal, às autoridades competentes do ordenamento católico e jurídico e também ao divino, vez que considera-se o sacramento da confissão como um ensinamento deixado pelo próprio Jesus.

À guisa de conclusão, e sem a pretensão de exaurir a discussão temática, considera-se este artigo como uma tentativa de elucidar acerca o dever de o padre não violar o segredo profissional, independentemente do bem jurídico contraposto ou da justificativa alegada, trazendo, para tal, uma visão multidisciplinar sobre o assunto.

Referências

AZEVEDO, Catarina Susana Oliveira e Sousa Esteves de. *Segredo Religioso*. O Múnus do Silêncio. Dissertação de Mestrado (Especialização em Ciências Jurídico-Forenses). Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015. Disponível em: < https://bit.ly/3aihO2x >.

BARROS, Marco Antônio de. Sigilo profissional: reflexos da violação no âmbito das provas ilícitas. *Justitia*, São Paulo, v. 58, n. 175, p. 17-33, jul./set. 1996. Disponível em: < http://www.revistajustitia.com.br/revistas/6ca278.pdf >.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte especial 2: crimes contra a pessoa. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018a.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral 1. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018b.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal*: parte geral, v. 1. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*, volume 1, parte geral. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*, volume 2, parte especial: arts. 121 a 212. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CESCA, Brenno Gimenes; ORZARI, Octavio Augusto da Silva. Prova Penal e Segredo Profissional. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade São Paulo, v. 111, p. 555 – 586, jan./dez. 2016. Disponível em: < http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/133529/129537 >.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal*: parte especial (arts. 121 ao 361) – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2016.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev., ampl. e atual. JusPODIVM, 2014.

DESTÉFANI, Frei Benvindo. *O Santo Sacramento da Penitência*. 2 ed., rev. e aum. Petrópolis: Editora Vozes, 1940.

DUARTE, Pe. Luiz Miguel. *O Sacramento da Reconciliação*: orientações práticas para uma boa confissão. 1. ed. São Paulo: PAULUS, 2008.

FERRAZ, Sérgio Valladão. *Curso de direito constitucional:* teoria e questões. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

GRECO, Rogério. *Curso Direito Penal*: parte especial / volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa. 6. ed. Niterói: Impetus, 2009.

JESUS, Damásio de. *Direito penal*, 2º volume: parte especial; Crimes contra a pessoa a crimes contra o patrimônio. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

JOÃO PAULO II. *Catecismo da Igreja Católica*. Vaticano, 1992. Disponível em: < http://www.vatican.va/archive/ccc/index_po.htm >.

JOÃO PAULO II. *Código de Direito Canônico*. 4. ed. rev. Versão portuguesa: Conferência Episcopal Portuguesa, Lisboa, 1983. Disponível em: < http://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/portuguese/codex-iuris-canonici_po.pdf >.

LOPES, José Joaquim Almeida. O delito canónico e civil de violaçao do sigilo sacramental. *Revista Española de Derecho Canónico*, vol. 63, nº 160, 2006, págs. 47-123. Disponível em: < https://summa.upsa.es/details.vm?q=id:0000029579 >.

MACIEL, José Fábio Rodrigues. *Código de Direito Canônico*. Disponível em: < http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/codigo-de-direito-canonico/683 >.

MORALES, Ícaro Lopes. *A influência do catolicismo no estado laico.* Monografia (Mestrado em Direito). Centro Universitário Toledo, Araçatuba-SP, 2018. Disponível em: < https://servicos.toledo.br/repositorio/handle/7574/1731 >.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 10. ed. rev. atual. São Paulo: JUSPODIVM, 2018.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional.* 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 18. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 22. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, volume 2: parte especial: arts. 121 a 249. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes; CARVALHO, Gisele Mendes. *Curso de direito penal brasileiro*. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Direito penal*: volume único. São Paulo: Atlas, 2018.

Informações adicionais e declarações dos autores (*integridade científica*)

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

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

- *Samyle Regina Matos Oliveira*: projeto e esboço inicial (conceptualization), desenvolvimento da metodologia (methodology), coleta e análise de dados (data curation), levantamento bibliográfico (investigation), revisão bibliográfica (investigation), redação (writing – original draft), participação ativa nas discussões dos resultados (validation), revisão crítica com contribuições substanciais (writing – review and editing), aprovação da versão final.
- *Thyerrí José Cruz Silva*: projeto e esboço inicial (conceptualization), desenvolvimento da metodologia (methodology), coleta e análise de dados (data curation), levantamento bibliográfico (investigation), revisão bibliográfica (investigation), redação (writing – original draft), participação ativa nas discussões dos resultados (validation), revisão crítica com contribuições substanciais (writing – review and editing), aprovação da versão final.
- *Luiz Fernando Kazmierczak*: revisão bibliográfica (investigation), revisão crítica com contribuições substanciais (writing – review and editing), aprovação da versão final.

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

Dados do processo editorial
(http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies)

- Recebido em: 06/10/2019
- Deslocamento ao V6N1 e aviso autores: 19/10/2019
- Controle preliminar e verificação de plágio: 09/12/2019
- Avaliação 1: 22/12/2019
- Avaliação 2: 26/12/2019
- Decisão editorial preliminar: 15/03/2020
- Deslocamento ao V6N2 e aviso autores: 15/03/2020
- Retorno rodada de correções: 27/03/2020
- Decisão editorial final: 05/04/2020

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-assistente: 1 (CRG)
- Revisores: 2

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

OLIVEIRA, Samyle Regina Matos; SILVA, Thyerrí José Cruz; KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. Quebra do Segredo Profissional por padres católicos: (im) possibilidade de violação do sigilo sacramental. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 2, p. 1025-1055, mai./ago. 2020. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i2.286

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

Crítica científica

Scientific criticism

Crítica científica de "Redefinindo o trânsito em julgado a partir da soberania dos veredictos: a coisa julgada parcial no tribunal do júri"

Scientific criticism of "Redefining claim preclusion from verdict sovereignty: parcial res judicata in jury trials"

Antonio Pedro Melchior[1]

Universidade Federal do Rio de Janeiro - Rio de Janeiro/RJ, Brasil

apmelchior@melchioradvogados.com.br

http://lattes.cnpq.br/6865616601789018

https://orcid.org/0000-0002-2005-9232

Resumo: Trata-se de crítica científica ao artigo "Redefinindo o trânsito em julgado a partir da soberania dos veredictos", em que se defende a execução imediata da pena aos condenados pelo Tribunal do Júri. A partir da delimitação do conceito de democracia no direito processual penal, a crítica aborda os problemas da inversão ideológica do discurso em torno das garantias processuais que, na hipótese do artigo analisado, conduziu ao uso argumentativo da soberania dos veredictos para fins de ampliação do poder penal. Além disso, a crítica trabalha o conceito

[1] Doutor em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UFRJ-FND); Membro da Associação Latino Americana de Direito Penal e Criminologia (ALPEC) - Seção Brasileira; Membro da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP- Brasil); Membro da Associação Brasileira de Direito Processual Penal (ABDPro); Membro do Núcleo de Direito e Psicanálise do Programa de Pós Graduação da Universidade Federal do Paraná (UFPR); Membro fundador do Fórum Permanente de Direito e Psicanálise da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro; Membro da Comissão de Segurança Pública da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/RJ); Coordenador Adjunto em Processo Penal do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD); Coordenador Adjunto do Instituto Brasileiro de Ciência Criminais no Estado do Rio de Janeiro (IBCCRIM); Coordenador Adjunto de Direito Processual Penal da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ); Professor de Direito Processual Penal da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Advogado Criminalista.

de culpabilidade jurídica da presunção de inocência, categoria chave para compreensão do estatuto normativo dos recursos e da impossibilidade de execução imediata ou antecipada da pena, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Palavras-Chave: crítica científica; soberania dos veredictos; processo penal; democracia; culpabilidade jurídica; presunção de inocência.

Abstract: *This paper proposes a scientific criticism of "Redefining claim preclusion from verdict sovereignty", in which the immediate execution of the sentence to those convicted by the jury trials is defended. From the delimitation of the concept of democracy in the criminal procedure, this paper addresses the problems of the ideological inversion of discourse around the procedural guarantees that, in the hypothesis of the article, led to the argumentative use of the sovereignty of verdicts for the purpose of expanding the criminal power. In addition, this paper operates the concept of normative culpability of the presumption of innocence, a key category for understanding the resources and the impossibility of execution of the sentence immediately or anticipated, before the claim preclusion of guilty criminal sentence.*

Keywords: *Scientific criticism; verdict sovereignty; procedural criminal; democracy; normative culpability.*

Introdução

No artigo "Redefinindo o trânsito em julgado a partir da soberania dos veredictos: a coisa julgada parcial no tribunal do júri", defende-se a existência de marcos diferenciados de trânsito em julgado nos procedimentos do júri, hipóteses em que a execução imediata da pena não ofenderia a garantia constitucional da presunção de inocência.

Os argumentos centrais do ensaio podem ser resumidos em cinco assertivas: (i) o Tribunal do Júri surge como um dos dispositivos de consolidação das democracias; (ii) a instituição do Júri e a soberania dos veredictos refletem um direito-garantia de dúplice aspecto, a saber, "direito subjetivo do acusado ao julgamento pelo júri" e "direito do cidadão, não acusado, de participar na administração da justiça do país"; (iii) a soberania dos veredictos se traduz numa competência jurídico-funcional

conferida ao júri para dar a última palavra acerca dos fatos apurados, do que resulta a "prevalência da vontade da comunidade sobre o interesse do Judiciário togado"; (iv) o procedimento do Júri, ao prever duas fases, permite o controle prévio da decisão dos jurados, mediante o oferecimento de recursos em que se poderá impugnar o mérito da imputação em todas as instâncias do sistema de justiça; (v) a jurisprudência nos Tribunais Superiores firmou-se no sentido de que a devolutividade das apelações do júri é adstrita aos fundamentos da interposição.

A partir destas premissas, no artigo sustenta-se que "*não havendo possibilidade legal de impugnação acerca de determinado elemento da sentença condenatória do júri*", este capítulo "*se reveste dos efeitos da coisa julgada, adquire estabilidade e se torna impassível de reexame ou desvirtuação por juízo posterior*". Além de postular a execução imediata da pena nesses casos, conclui-se que há coisa julgada também após o julgamento em segunda instância, já que a duplicidade de fases no procedimento, "*acaba por criar um contexto em que as eventuais discussões jurídicas atinentes à tipicidade da conduta são solucionadas já na fase da pronúncia*" ou, de qualquer forma, poderão ser analisadas pelas instâncias recursais do sistema de justiça penal brasileiro.

O direito processual penal, além de ser um dado histórico-cultural, expressa, como nenhum outro ramo jurídico, as relações estruturais de poder, segurança e dominação, vigentes em uma determinada sociedade.[2] Esta é razão pela qual o estudo do processo penal exige compreendê-lo como parte da disputa de sentidos que conflagra a ação política.[3] A primeira coisa que se teve ter em mente em um debate científico sobre direito processual penal, portanto, é que as posições assumidas em torno das suas categorias expressam concepções políticas e ideológicas distintas a respeito dos *fundamentos* deste saber. Essa não é uma questão de pouca importância e comparece, ainda que, implicitamente, na crítica do presente artigo e em todas as outras. É dizer, como insistiu

---

[2] WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, estado e direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 139.

[3] PRADO, Geraldo. Crônicas da Reforma do Código de Processo Penal brasileiro que se inscreve na disputa política pelo sentido e função da Justiça Criminal. In: PRADO, Geraldo. *Em torno da Jurisdição,* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 110.

Alberto Binder, que não se pode construir um saber processual penal neutro, descomprometido com a funcionalidade empírica do sistema penal como um todo.[4]

A defesa da execução imediata da pena nos procedimentos do júri produz, antes de tudo, efeitos muito concretos: prende pessoas, antecipa a resposta violenta do Estado, enfim, fragiliza as ferramentas de proteção individual em face do poder punitivo. A tese representa, assim, um retrocesso no processo civilizatório orientado a reforçar os dispositivos que integram o sistema de garantias em um regime democrático, em especial, a força normativa da presunção de inocência.

Em atenção aos limites de espaço, esta crítica científica irá se ater ao que acima se referiu como *fundamentos* do direito processual penal, por ser este o núcleo que define a finalidade deste saber, notadamente em uma democracia política. Deste universo, dois pontos são essenciais para reflexão adequada das ideias levantadas no artigo aqui analisado: (i) o que se deve entender por democracia e processo penal, relação que responde não apenas pela valorização do Tribunal do Júri e consagração da soberania dos seus veredictos, mas por um complexo sistema de proteção das liberdades individuais; (ii) qual é a relevância da presunção de inocência aos processos penais democráticos e, especialmente, com que abrangência foi materializada no texto constitucional brasileiro.

Essas duas questões, que nada dizem sobre o caráter vinculado da fundamentação recursal no procedimento do Júri, duplicidade de fases, conceito de trânsito em julgado ou outros detalhes, levantam as principais objeções à tese do ensaio: há inversão ideológica do discurso em torno das garantias processuais; desidratação da presunção de inocência, notadamente do conceito de culpabilidade jurídica.

---

[4] O processo penal não pode ser visto somente como um conjunto de normas que regulam os atos processuais ou a faculdade das partes. O campo da normatividade processual penal contempla regras de distinto nível e é influenciado pelo funcionamento real de diversos sistemas normativos informais e tradições culturais. A chamada *justiça penal* é, portanto, configurada por um *universo de práticas* e sistemas normativos que, *lato sensu*, também devem ser compreendidas enquanto *atos processuais* (ainda que, em uma análise reducionista, não se direcione ao procedimento criminal em si). Cf. BINDER, Alberto. *Derecho Procesal Penal*. Hermenéutica del proceso penal. 1a ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2013, p. 39

Em tempos de interdição ao diálogo construtivo e pandemização social do antintelectualismo,[5] o debate exposto no artigo é necessário e urgente. Relevante que tenha sido provocado a partir de construções consistentes dogmaticamente e com ideias claras a respeito do projeto que defende para o direito processual penal.

1. Notas sobre Democracia e Processo Penal: o problema da inversão ideológica do discurso em torno das garantias processuais.

Em determinadas passagens do ensaio, conquanto se refira propriamente à *soberania dos veredictos*, expõe-se a relação intrínseca entre o desenvolvimento jurídico do sistema de garantias e os processos de democratização de regimes políticos, inclusive, os experimentados no Brasil.

A concepção de que o direito processual penal integra o arcabouço jurídico das liberdades *contra velhos (e novos) poderes*, constitui uma das ideias-força que caracterizam o saber criminal em uma democracia. Diante disso, no texto abdicou-se da "*pretensão de se definir democracia*" (e os seus desdobramentos no sistema de justiça penal) sob a justificativa de que esta tarefa, "*há séculos martiriza os cientistas políticos*" e "*está longe de culminar numa expressão com identidade estática e consensual.*"

É preciso estar de acordo que alguns temas são ásperos para tratar em poucas páginas. Outras categorias, como sistema inquisitivo e acusatório, também estão longe de expressar uma "identidade estática e consensual", mas nem por isso abdica-se do saber próprio aos sistemas adversariais quando se analisam os fenômenos jurídicos e políticos do processo penal. A ausência de definição de democracia e seus efeitos no âmbito dos direitos e garantias penais, permitiu vincular-se a instituição do júri e a soberania dos veredictos à ideia de "resistência ao Estado", ao mesmo tempo em que se defendia a execução imediata da pena, uma solução que, à toda evidência, amplia o poder punitivo e, portanto, nada tem de "resistência" ou de "consolidação da democracia".

---

[5] Márcia Tiburi e Rubens Casara trataram deste tema. Cf. TIBURI, Marcia. CASARA, Rubens R.R. *Ódio à inteligência:* sobre o anti-intelectualismo. Disponível em https://revistacult.uol.com.br/home/50931-2/. Acesso em 16.04.20

A associação dos processos históricos de democratização no Brasil à previsão do Tribunal do Júri é insuficiente para compreender os desdobramentos que o regime democrático produz no sistema penal em geral e no processo criminal, em particular. Prova isso o fato de que a exposição histórica, enquanto método de análise, foi restringida a uma cronologia de datas e acontecimentos, portanto, alheia à exigência de fazer do saber histórico uma ferramenta para o desvelamento de permanências inquisitoriais e práticas antidemocráticas.[6]

Em suma, a discussão a respeito da "existência de marcos diferenciados de trânsito no procedimento do Júri", como exposta no artigo, está condicionada a premissas que devem orientar a interpretação do que seja *soberania dos veredictos, trânsito em julgado, procedimento do Júri* etc., em um processo criminal concebido como espelho do Estado Democrático de Direito.[7]

Especialmente no campo penal e processual penal, o Estado Democrático de Direito não se identifica com o princípio da maioria, enquanto elemento legitimador do exercício do poder. É antes o oposto, ou seja, essencialmente contra majoritário. A democracia substancial constitui um sistema político completo em sua estrutura, composição e

---

[6] Em processo penal, a mediação histórica não pode ser realizada nos moldes da historiografia tradicional, que aposta na cronologia pura e simples dos acontecimentos e se funda em grandes narrativas. No campo da justiça criminal, em geral, o recurso à história é fundamental para analisar as ideias em disputa, permitindo que se identifiquem traços, indícios, linhas de permanência entre determinada perspectiva em matéria criminal e as tendências autoritárias, reforçando o papel da história em servir aos problemas do tempo presente (Cf. GINZBURG, Carlo. *Relações de Força:* história, retórica, prova. São Paulo: Cia. das Letras, 2002; GINZBURG, Carlo. *Sinais:* raízes de um paradigma indiciário. In: Mitos, emblemas e sinais. São Paulo: Cia das Letras, 1990). Em síntese, trata-se de perceber como circulam e se mobilizam as ideias, especialmente, como elas são subjetivadas, penetram no tecido social e institucional, na formação ideológica e na cultura jurídico-política brasileira no tempo presente. Em outras palavras, a atenção deve estar voltada para aquilo que Gizlene Neder chamou de *permanências históricas de longa duração* (cf, NEDER, Gizlene. *Iluminismo jurídico-penal-luso-brasileiro:* obediência e submissão. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia/ Freitas Bastos, 2000, p. 15-18).

[7] Cf. MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito:* the brazilian lessons. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2010. Ainda: MARTINS, Rui Cunha. *A hora dos cadáveres adiados*: corrupção, expectativa e processo penal. São Paulo: Atlas: 2013.

práticas, elementos que definem o modelo de processo penal com ela compatível. Dessa forma, o decisivo para qualificar um sistema político como democracia e, por consequência, um processo penal como democrático, tem a ver, não apenas com a *forma* de tomada de decisões, mas, acima disso, com o que se pode e o que não se pode decidir.[8] Esta perspectiva de democracia considera que os direitos fundamentais estipulados nas constituições – e materializados no direito processual penal - são limites e vínculos a quaisquer poderes, ao autogoverno e, portanto, à vontade e autonomia dos cidadãos, como concluiu Luigi Ferrajoli.[9]

Na feliz expressão do mesmo jurista, a concretização do Estado Democrático de Direito leva à maximização das liberdades e expectativas e, simultaneamente, a minimização dos poderes.[10] Esta ideia move a exigência de se assegurar, nos regimes democráticos, um efetivo estatuto jurídico das liberdades. O Direito Processual Penal integra este estatuto, erigindo-se como um instrumento ético para consecução de finalidades jurídicas e metajurídicas, dentre as quais a garantia dos direitos fundamentais do imputado, na aplicação da lei penal. No campo criminal, portanto, o pacto constitucional no qual a democracia é fundada, qualifica o processo penal como dispositivo voltado à construção dos limites ao exercício do poder, com o que se garante um processo de racionalização das respostas aos desvios criminalizados. Todo o poder está sujeito a constrangimentos democráticos, materializados em garantias processuais de natureza constitucional e convencional que tutelam a liberdade individual. Essas garantias funcionam como ferramentas de proteção das liberdades de cidadãos e cidadãs, estabelecendo óbices à opressão pública ou privada.[11]

---

[8] Para aprofundamento da questão, conferir: BAYÓN, Juan Carlos. Democracia y derechos: problemas del constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel et al (org.). *El Canon neoconstitucional*. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 300-301.

[9] "E qualquer poder, por mais democrático que seja, é submetido, pelo paradigma da democracia constitucional, a limites e vínculos, como são os direitos fundamentais, destinados a impedir a sua degeneração, segunda a sua intrínseca vocação, em formas absolutas e despóticas" (FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo.* Uma discussão sobre Direito e Democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 80).

[10] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão:* a teoria do garantismo penal. Trad. Fauzi Hassan Choukr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 694-695.

[11] Cf. CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do Processo Penal.* Dogmática e Crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

Sendo esta a finalidade política do direito processual penal em uma democracia – *dispositivo de contra poder jurídico* – não há como concordar com a ideia fundamental de que, no específico caso do júri, a feição democrática do instituto se revela, *com igual preponderância*, no "direito do cidadão, não acusado, de participar da administração da justiça do país" e que disso resulta aplicar imediatamente a pena aos condenados pelo conselho de sentença.

Os argumentos de base são os seguintes: os regimes democráticos fortaleceriam o júri, com o fim de assegurar ao cidadão o direito de participar diretamente da administração da justiça, não por intermédio do Estado; a soberania dos veredictos, nesse contexto, expressaria um direito-garantia de dúplice aspecto, do que resulta proteger a "decisão final tomada pelo povo da intervenção e modificação do Estado, contra quem a instituição originalmente fora criada"; sendo assim, seria correto considerar que, inadmitida a revisão do "núcleo essencial do júri, que é prevalência da vontade da comunidade sobre o interesse do Judiciário togado", a pena de prisão pode ser imediatamente executada.

Ante tais assertivas, algumas ponderações precisam ser levantadas.

Em primeiro lugar, a instituição do júri (e *soberania dos veredictos)*, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, não em outra, está formalmente incluída entre os direitos e garantias *individuais* em matéria criminal, o que significa serem titularizados por cidadãos submetidos à persecução penal pelo Estado brasileiro. Dito de outra forma, os destinatários dos direitos e garantias fundamentais *em matéria penal*, previstas no art. 5° da CR88, não são os "cidadãos, não acusados, a quem foi dado o direito de participar da administração da justiça", como tampouco o são as eventuais vítimas de delitos.[12]

Ainda que no artigo se reconheça a feição individual da soberania dos veredictos, relacionando-a ao devido processo legal, a tese construída a partir da ideia de "direito-garantia de natureza dúplice" serve, em concreto, à forte ampliação do poder do Estado, naquilo que é mais caro ao direito processual penal: executar antecipadamente as penas de privação da liberdade. Na prática, a tese implica no que Alexandre

[12] Sobre a tentativa de estender às vítimas o conceito de garantias, cf. BINDER, Alberto. *Derecho Procesal Penal.* op, cit, p. 113.

Bizzoto denominou *inversão ideológica do discurso garantista*: subverte-se a finalidade das normas constitucionais que definem direitos e garantias individuais com o fim de ampliação do sistema penal.[13]

A instituição do júri e, por conseguinte, a previsão constitucional da soberania dos seus veredictos, sem embargo da "complexidade histórica da sua formação e desenvolvimento", consolida – no contexto de um processo penal democrático – o direito *do acusado*, em processos por crimes dolosos contra a vida, de se defender perante "pessoas comuns", "leigas", e ser por elas julgado. É verdade que a "confrontação da soberania dos vereditos com os demais direitos fundamentais do acusado acabou por gerar um sistema processual muito específico", mas é importante que se diga, em última análise, que esta especificidade responde por uma opção constituinte segundo a qual o cidadão, processado por crime doloso contra a vida, está melhor protegido quando julgado por juízes não togados.

Na oportunidade em que criticou os que compreendem o Tribunal do Júri "*apenas e tão somente pela feição fundamental do cidadão de ser julgado por seus pares*", como aqui se defende, afirmou-se que tal concepção haveria de admitir a possibilidade de renúncia deste direito pelo acusado, logo, de escolher ser julgado por juízo singular, "o *waiver of jury trial,* como chamado no direito americano". O argumento peca por confundir a titularidade do direito com sua eventual disponibilidade. A este respeito, convém registrar que as garantias que consagram liberdades públicas ou, de alguma forma, relacionam-se a direitos fundamentais em matéria penal são, em regra, indisponíveis. A defesa da natureza unidirecional da garantia não resulta, enfim, que o cidadão possa renunciar à sua proteção.

A impossibilidade de revisão da decisão do júri pela agência judicial existe, consequentemente, para manter a integridade de um sistema concebido em favor do acusado. Da mesma forma, a duplicidade de fases procedimentais, o fato de que os jurados decidirão por íntima convicção, podendo absolver por qualquer motivo (previsão de quesitação genérica), a garantia do sigilo, a seleção impessoal de jurados, além de outros desdobramentos inerentes à plenitude de defesa, consagrada na Constituição da República de 88. No artigo, contudo, essa circunstância

[13] Cf. BIZZOTO, Alexandre. *A inversão ideológica do discurso garantista.* Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2009.

decorre do direito, titularizado (genericamente) por membros da sociedade de participarem da administração da justiça, do que derivaria a vedação ao Estado de se imiscuir no mérito da decisão. É a partir desta consideração que lá se irá conceber a instituição do júri como expressão da *resistência contra o Estado*, paradoxalmente, não pela via do cidadão processado, mas pelo conjunto de pessoas a quem teria sido dado o direito de decidir o mérito da causa, no lugar do Estado-juiz.

É necessário dizer, diante disso, que a instituição do júri não está, nem poderia estar, em contraposição ao Estado, tampouco é certo dizer que o povo participa da administração da justiça sem "intermédio estatal". O Tribunal do Júri integra os aparelhos oficiais destinados à adjudicação de responsabilidades criminais. O processo instaurado por acusações de crimes dolosos contra a vida é, antes de tudo, expressão do poder estatal consistente em perseguir penalmente as pessoas. O que ocorre, no caso do procedimento do júri, é uma *substituição parcial da atividade judicante, autorizada constitucionalmente,* sem que disso se outorgue ao cidadão, não acusado, direito fundamental de qualquer espécie. Mesmo considerada a ideia de "natureza dúplice do papel normativo do júri", um deles atinente ao "direito participativo do cidadão de ser jurado", esta tese não exclui o fato de que, deflagrado o processo judicial, a única pessoa em resistência ao Estado é o cidadão imputado (e sua defesa técnica). A genealogia da instituição do júri, em suma, reflete a luta de forças sociais contra o monopólio absoluto do Estado nas atividades judicantes, uma resistência operada em favor das liberdades fundamentais do indivíduo e não para dar conta do desejo da população em participar do espetáculo punitivo oficial.

Como se observa, a delimitação do conteúdo normativo da soberania dos veredictos não pode ser realizada sem uma compreensão adequada do sentido político-democrático do sistema de garantias no campo processual penal, inclusive e especialmente, a quem ele se destina. Isto implica a necessidade de retomada dos seus *fundamentos* que, como assentado, vinculam-se às estratégias de contenção do poder do Estado, em qualquer espécie de procedimento criminal, envolva acusações de crimes dolosos contra a vida ou não.

O segundo ponto desta "crítica científica" decorre diretamente desses fundamentos e, a meu ver, responde pelo principal obstáculo epistemológico à tese sustentada no artigo.

2. Presunção de Inocência e Culpabilidade Normativa

Desde o julgamento do Habeas Corpus n° 126.292/SP pelo Supremo Tribunal Federal, portanto, há quatro anos, o tema da execução da pena após condenação criminal em segunda instância ocupa a vida dos brasileiros e suscita divergências acaloradas entre pessoas de diversas profissões e classes sociais. As discussões alimentadas pela grande imprensa, contudo, não trouxeram à praça pública um debate jurídico qualificado, pelo contrário, reproduziram o que há de mais pueril no senso comum teórico dos juristas.[14]

O artigo aqui analisado vai bem ao estudar os marcos diferenciados do trânsito em julgado no procedimento do júri, demonstrando domínio em temas relevantes à dogmática processual penal *stricto sensu*, como os limites do sistema recursal, especificidades do procedimento, restrições impostas à magistrados togados em processos desta natureza etc. Ao longo do texto, entretanto, mesmo categorias rígidas como o trânsito em julgado – ele próprio, relacionado à ideia de imutabilidade - se tornaram maleáveis. Esta manobra discursiva, como as outras que visam a aplicar sanções criminais antes de esgotados os recursos, só é possível diante da ausência de uma adequada compreensão do princípio da presunção de inocência, conforme previsto na Constituição da República Federativa do Brasil desde 5 de outubro de 1988.

Em uma frase: a presunção de inocência é o princípio que governa o direito processual penal brasileiro.[15] Ela traduz uma das mais importantes garantias políticas do cidadão, impondo um dever de tratamento dirigido ao Estado que visa a assegurar um *status: o estado jurídico de inocente*.[16] A

---

[14] Cf. WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito:* a epistemologia jurídica da modernidade. Vol. II. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

[15] A ideia de presunção de inocência como princípio reitor do processo penal brasileiro está presente em diversos trabalhos de Geraldo Prado, a exemplo da última obra publicada no Brasil e no exterior. Cf. PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

[16] Os demais desdobramentos da presunção de inocência, por ex., no campo da prova e, consequentemente, na constituição de estandartes adequados, critério de julgamento e outros, não integram o objeto desta crítica. A presunção de inocência será pensada enquanto garantia política do cidadão, responsável por assegurar um determinado dever de tratamento. A posição jurídica

partir deste "escudo constitucional", todos estão (ou deveriam estar) protegidos de prisões automáticas, penas antecipadas, barganhas envolvendo informações em troca de liberdade e outras práticas correntes no sistema de justiça penal brasileiro. A presunção de inocência, em outras palavras, é a *fina flor* dos regimes democráticos que, como escreveu Francesco Carrara, faz dela sua bandeira para opô-la ao acusador e ao inquisidor.[17]

A tese em favor da execução imediata da pena no procedimento do júri não pode ser compreendida fora desse quadro, afinal, a presunção de inocência – não a soberania dos veredictos - é a *chave explicativa dos conceitos* que estruturam o regime jurídico dos recursos no processo penal brasileiro. Tais conceitos, como afirma Geraldo Prado, são eminentemente *operacionais* e, dessa forma, "configuram definições que funcionam como critério de racionalidade da jurisprudência criminal, cumprindo a relevante função de contribuir para a segurança jurídica do cidadão no Estado Democrático de Direito".[18]

Embora seja uma questão invisibilizada, a identificação da presunção de inocência com o conceito operacional de culpabilidade fática, é a viga que sustenta a tese do autor. A defesa de "marcos diferenciados de trânsito em julgado", seja no procedimento do júri ou em segunda instância, deixa isso claro: se a existência do fato naturalístico não está mais sob julgamento, há culpa e o condenado deve ser preso. No caso do Júri, ao argumento de que os Tribunais togados não poderão rever o mérito (fato naturalístico), o acusado deve ser encarcerado imediatamente após a prolação da sentença pelo juiz-presidente. A este propósito teórico vem servindo o emprego da soberania dos veredictos, embora o conceito de coisa julgada, da qual decorre a impossibilidade de execução da pena (sem necessidade cautelar), esteja diretamente associada à presunção de inocência.

---

ostentada pelo indivíduo equivale, nas palavras de Velez Mariconde, a um verdadeiro estado de inocência. Cf. MARICONDE, Velez. *Derecho Procesal Penal*. Cordoba: Marcos Lerner Editora Cordoba. 1981, p. 46, Tomo II.

17 CARRARA, Francesco. *Il diritto penale e la procedura penale* (prolusione al coso di diritto criminale ed ell' anno accademico 1873-74, nella R. Universitá di Pisa): Opusculi di Diritto Criminale, Lucca: Tipografia Giusti, 1874, v. V, p. 17

18 PRADO, Geraldo. *O trânsito em julgado da decisão condenatória*. Disponível em https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5673-O-transito-em-julgadoda-decisao-condenatoria. Acesso em 16.04.20, p. 02

Geraldo Prado também chamou atenção para o fato de que a defesa da antecipação da execução da pena no Brasil resulta, tal como em outros casos, da má tradução de experiências jurídicas de origem diversa.[19] Ao retomar as lições de Enrique Bacigalupo, observou que estas teses inspiravam-se, por ex., no modelo norte-americano que "atribui ao processo penal função determinante na luta contra o delito". O modelo do controle social do delito, no qual se inspiram os defensores da execução antecipada da pena, trabalha com um "conceito operacional de culpabilidade fática que é oposto ao conceito jurídico de culpabilidade, que repousa na presunção de inocência".[20]

As propostas que visam a antecipar o trânsito em julgado da decisão condenatória, para evitar os obstáculos impostos pela cláusula pétrea, contornam o conceito jurídico de culpabilidade, fixando-se numa concepção estritamente fática que não corresponde ao modelo constitucional de devido processo penal, orientado pela presunção de inocência. Em respeito às experiências históricas do país, a decisão do poder constituinte brasileiro foi a de estender esta proteção jurídica até o esgotamento dos recursos interpostos contra a decisão condenatória. Esta tradição, profundamente antidemocrática, exigiu (e exige) que a persecução penal seja controlada até a última instância do sistema de justiça para que, só depois, possa-se declarar alguém como culpado. A presunção de inocência protege o cidadão até que a responsabilidade criminal esteja *juridicamente resolvida* e não faticamente determinada. Por isso o dispositivo constitucional não traz ressalvas à instituição do Júri, condenação em segunda instância ou qualquer outra.

Em suma, a concepção normativa de culpabilidade, na qual se assenta o princípio da presunção de inocência no Brasil, como disseram Aury Lopes Jr. e Gustavo Badaró, exerce uma *função nomofilática*, ou seja, assegura que a pena somente seja executada após o controle, integral e mais eficiente possível, da correta aplicação da Constituição e da lei federal, em todo e qualquer processo criminal no Brasil:[21]

---

[19] Cf. PRADO, Geraldo. *O trânsito em julgado da decisão condenatória*. op. cit. p. 01

[20] Ibid., p. 04.

[21] "O escopo é a preservação do direito objetivo, isto é, a autoridade e uniformidade da aplicação das normas, e não o direito subjetivo da parte processual

> Em apertada síntese, o conceito normativo de culpabilidade exige que somente se possa falar em (e tratar como) culpado, após o transcurso inteiro do processo penal e sua finalização com a imutabilidade da condenação. E, mais, somente se pode afirmar que está 'comprovada legalmente a culpa' como exige o art. 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, com o trânsito em julgado da decisão condenatória.[22]

No artigo analisado sustenta-se que a coisa julgada substancial, a qual autoriza a execução imediata da pena, vai ou não incidir, a depender do fundamento do recurso ou, o que dá no mesmo, viabilidade de se alterar o mérito da condenação, circunstância que a instituição do júri limita por natureza. Nesta linha de raciocínio, entende, por ex., que seria possível prender, imediatamente, mesmo o condenado que recorra da dosimetria, pois, "poderia ir cumprindo a pena mínima". A sentença penal, no entanto, expressa um único ato de poder do Estado, materializada em único título, sobre o qual incidirão os mecanismos de controle e impugnação. A defesa da existência de "marcos diferenciados de trânsito em julgado" ou de "coisa julgada parcial", incorre, como se observa, em mais de um problema: cria, a *manu militari,* novo conceito de coisa julgada, sem fonte e história, a fim de que seja possível atribuir efeitos materiais a parte de uma decisão, ainda em aberto; incorpora uma visão "gradualista" da presunção de inocência que, tal como alertado por Maurício Zanoide, não deixa de esconder um ranço técnico-positivista da presunção de culpa.[23]

A bem da verdade, os esforços teóricos para execução imediata ou antecipada da sanção criminal sustentam-se, implicitamente ou não, na retórica da "luta contra a impunidade" e maior "eficiência penal".

---

que se sinta prejudicada e interponha tais meios de impugnação". Cf. LOPES JUNIOR, Aury. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Presunção de inocência:* Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória., p. 21 (Parecer). Disponível em https://www.conjur.com.br/dl/parecer-antecipacao-pena.pdf. Acesso em 16.04.20

22 LOPES JUNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Presunção de inocência.* op, cit. p. 20

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

Na prática, a tese visa a reduzir o processo penal ao papel de controle da criminalidade e instrumento de pacificação social,[24] uma finalidade que não é adequada ao modelo constitucional de devido processo penal, governado pela presunção de inocência.

Considerações Finais

> (...) nos últimos tempos (para não dizer anos), várias propostas surgiram no sentido de tornar o cumprimento da pena mais rápido e, consequentemente, no entendimento de muitos, o combate à criminalidade também mais efetivo.
>
> O interessante é que, em sua grande maioria, as propostas possuem um viés punitivo. As sugestões vão da criação de novos tipos penais, passando pelo aumento do quanto da pena bem como do tempo do seu efetivo cumprimento e pela sua execução imediata após o esgotamento das vias ordinárias, e chegando, no fim, a obstáculos à progressão no seu cumprimento.
>
> Sebastião Reis Júnior

Segundo o Atlas da Violência de 2019, publicado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada e Fórum Brasileiro de Segurança Pública, em 2017, houve 65.602 homicídios no Brasil, "maior nível histórico de letalidade violenta intencional no país."[25] A alta taxa de violência letal que acomete a população jovem e negra, vem alcançando outros grupos específicos, especialmente as mulheres e a população LGBTQ.

Na ausência de dados oficiais confiáveis a respeito do percentual de homicídios solucionados no país, a sociedade civil tem realizado importante trabalho de pesquisa e divulgação de informações sobre a cifra

---

[24] O mito do processo penal como instrumento de segurança pública ou pacificação social foi profundamente estudado por Rubens Casara: CASARA, Rubens. *Mitologia Processual Penal*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013.

[25] *Atlas da Violência 2019*. Disponível em http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/06/Atlas-da-Violencia-2019_05jun_vers%C3%A3o-coletiva.pdf. Acesso em 16.04.20.

oculta envolvendo este crime e sua investigação. Levantamento realizado pelo *Monitor da Violência*, iniciativa de uma empresa de comunicação social, indicou que após 2 anos da identificação de inquéritos, instaurados em uma mesma semana em diversos pontos do Estado do Rio de Janeiro, 73% deles continuavam totalmente em aberto.[26] No ano de 2018, a Agência Lupa, por meio do cruzamento entre a Lei de Acesso à Informação e dados obtidos junto ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, analisou a situação dos inquéritos abertos para apurar, em específico, a prática de homicídios dolosos: apenas 331 dos 5.042 registros de homicídios dolosos feitos no Estado do Rio de Janeiro em 2016 levaram a denúncias. A taxa de homicídios não "*esclarecidos*" alcançou, portanto, o percentual de 93,44%.[27]

A polícia judiciária brasileira, notadamente a civil, possui notório quadro de precariedade material e humana, da qual resulta um número escandaloso de investigações sobre homicídios dolosos, sem conclusão quanto à autoria. A indignação de Sebastião Reis Júnior está plenamente justificada.[28] É preciso reproduzi-la:

> Vale a pena citar, aqui, a situação do Júri. Quase 90% dos casos de homicídio não são desvendados. E aí pergunto se será o aumento do quanto da pena possível de ser cumprida ou mesmo a possibilidade de seu cumprimento se iniciar após a sentença de primeira instância, ou após o esgotamento das instâncias ordinárias, que tornará o Estado mais eficiente na punição do crime de homicídio?
>
> Não é preferível se aparelhar a Polícia para que investigue a contento os casos de homicídio e a Justiça para que os julgue com a celeridade necessária antes mesmo de se discutir se a condenação deve ser cumprida de imediato ou após o esgotamento das vias ordinárias ou após o seu trânsito em definitivo?

---

[26] A notícia se refere a inquéritos instaurados em 2017 e reanalisados em 2019. Disponível em https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/09/24/monitor-da-violencia-2-anos-depois-73percent-dos-inqueritos-de-homicidios-ainda-estao-em-andamento-no-rj.ghtml. Acesso em 16.04.20.

[27] Disponível em https://piaui.folha.uol.com.br/lupa/2018/09/11/esclarecimento-homicidios-rj/. Acesso em 16.04.20.

[28] REIS JUNIOR, Sebastião. *O tempo do processo penal*. Disponível em https://www.migalhas.com.br/quentes/324921/presuncao-de-inocencia-nao-mais-orienta-operadores-do-direito-adverte-ministro-sebastiao-reis. Acesso em 16.04.20

> Seria necessário realmente discutirmos a antecipação do cumprimento da pena se esses processos durassem, por exemplo, o que duram, em média, no Paraná – dois anos e nove meses?
>
> Será que essa efetividade que se procura não passa, primeiro, pelo aparelhamento da Polícia? Por uma maior agilidade da Justiça, agilidade essa que depende, não só da legislação, mas da sua estruturação humana e material?

A tese de execução imediata da pena, após condenação no júri, assim como da execução após condenação em segunda instância, apoia-se na igualdade hierárquica entre direitos (e garantias) fundamentais do acusado e dever do Estado de garantir justiça eficiente,[29] com a diferença que, no primeiro caso, fala-se em soberania dos veredictos e, no segundo, somente em dever-poder do Estado de repressão ao delito. A entrada em cena da *soberania dos veredictos*, contudo, parece ir além, pois convoca uma narrativa em que *o interesse da comunidade* na aplicação da pena aparece de forma mais preponderante que o direito fundamental (garantia) do acusado de "resistir a pretensões de restrições de direitos fundamentais".[30]

A presunção de inocência, conforme prevista na Constituição da República de 1988, não admite esta equiparação. Sob o seu "governo", a soberania dos veredictos deve ser concebida como parte da estratégia democrática de valorização dos direitos processuais do acusado e não o contrário. Tal ponto de partida, reflexo dos fundamentos de um direito processual penal democrático e acusatório, permite suscitar questões diversas das que foram levantadas no artigo, como por ex., a de saber se deve ou não admitir-se o recurso do Ministério Público contra a soberana decisão dos jurados que absolvem o réu.

Referências

BAYÓN, Juan Carlos. Democracia y derechos: problemas del constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (org.). *El Canon neoconstitucional* Madrid: Editorial Trotta, 2010.

---

[29] PRADO, Geraldo. *O trânsito em julgado da decisão condenatória.* op. cit. p. 05.

[30] Ibid., p. 06.

BINDER, Alberto. *Derecho Procesal Penal.* Hermenéutica del proceso penal. 1a ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2013.

BIZZOTO, Alexandre. *A inversão ideológica do discurso garantista*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2009.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CARRARA, Francesco. *Il diritto penale e la procedura penale* (prolusione al corso di diritto criminale ed ell' anno accademico 1873-74, nella R. Universitá di Pisa): Opusculi di Diritto Criminale. Lucca: Tipografia Giusti, 1874, v. V.

CASARA, Rubens. *Mitologia Processual Penal.* Rio de Janeiro: Saraiva, 2013.

CASARA, Rubens R. R. MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do Processo Penal*. Dogmática e Crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo*. Uma discussão sobre Direito e Democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

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

GINZBURG, Carlo. *Relações de Força:* história, retórica, prova. São Paulo: Cia. das Letras, 2002.

GINZBURG, Carlo. *Sinais:* raízes de um paradigma indiciário. In: GINZBURG, Carlo. Mitos, emblemas e sinais. São Paulo: Cia das Letras, 1990.

LOPES JUNIOR, Aury. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Presunção de inocência:* Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. (Parecer). Disponível em https://www.conjur.com.br/dl/parecer-antecipacao-pena.pdf. Acesso em 16.04.20

MARICONDE, Velez. *Derecho Procesal Penal.* Cordoba: Marcos Lerner Editora. 1981, Tomo II.

MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito:* the brazilian lessons. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2010.

MARTINS, Rui Cunha. *A hora dos cadáveres adiados*: corrupção, expectativa e processo penal. São Paulo: Atlas: 2013.

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

NEDER, Gizlene. *Iluminismo jurídico-penal-luso-brasileiro:* obediência e submissão. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia/Freitas Bastos, 2000.

PRADO, Geraldo. Crônicas da Reforma do Código de Processo Penal brasileiro que se inscreve na disputa política pelo sentido e função da Justiça Criminal. In: *Em torno da Jurisdição,* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

PRADO, Geraldo. *O trânsito em julgado da decisão condenatória*. Disponível em https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5673-O-transito-em-julgadoda-decisao-condenatoria. Acesso em 16.04.20.

REIS JUNIOR, Sebastião. *O tempo do processo penal*. Disponível em https://www.migalhas.com.br/quentes/324921/presuncao-de-inocencia-nao-mais-orienta-operadores-do-direito-adverte-ministro-sebastiao-reis. Acesso em 16.04.20

TIBURI, Marcia. CASARA, Rubens R.R. *Ódio à inteligência:* sobre o anti-intelectualismo. Disponível em https://revistacult.uol.com.br/home/50931-2/. Acesso em 16.04.20

WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito:* a epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002

WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, estado e direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

Informações adicionais e declarações dos autores (*integridade científica*)

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

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

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

Dados do processo editorial – *crítica científica*
(http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies)

- Recebido em: 19/04/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 17/05/2020
- Retorno rodada de correções: 21/05/2020
- Decisão editorial final: 21/05/2020

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)

COMO CITAR ESTA CRÍTICA CIENTÍFICA:

MELCHIOR, Antonio Pedro. Crítica científica de "Redefinindo o trânsito em julgado a partir da soberania dos veredictos: a coisa julgada parcial no tribunal do júri". *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 2, p. 1059-1078, mai./ago. 2020. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i2.388

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