



Revista  
Brasileira de  
**Direito  
Processual  
Penal**

Volume 7 - Nº 02 - mai./ago. 2021

ISSN 2525-510X

<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i2>

**Dossiê**

*“História do processo penal na modernidade”*



IBRASPP

## EXPEDIENTE / MASTHEAD



---

### EDITORES-CHEFES / EDITORS-IN-CHIEF



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


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

### EDITORES-ASSOCIADOS / ASSOCIATE-EDITORS

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

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



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

Prof. Dr. Georges Martyn (Ghent University, Ghent, Belgium) 

Prof. Dr. Ricardo Sontag (Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte/MG, Brasil)  

### EDITORES-ASSISTENTES / ASSISTANT-EDITORS

Me. Ana Paula Gonzatti da Silva (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre/RS, Brasil)  

Dr. Bruno Augusto Vigo Milanez (Pesquisador independente, Curitiba/PR, Brasil)  

Me. Daniela Dora Eilberg (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre/RS, Brasil)  

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

- Dr. Felipe da Costa De-Lorenzi (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre/RS, Brasil)  
- Prof. Dra. Manuela Abath Valença (Universidade Federal de Pernambuco, Recife/PE, Brasil)  
- Me. Mattia Giangreco (Università degli Studi di Catania, Italia) 
- Dra. Michelle Barbosa de Brito (Pesquisadora independente, Belém/PA, Brasil, Brasil)  
- Prof. Dra. Priscila Machado Martins (Universidad de los Andes, Chile)  
- Prof. Me. Rafael de Deus Garcia (Universidade de Brasília – Brasília/DF, Brasil)  
- Prof. Dr. Thiago Allisson Cardoso de Jesus (Universidade Estadual do Maranhão – São Luís/MA, Brasil)  

#### CONSELHO EDITORIAL / EDITORIAL BOARD

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

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

Adriana Barreto de Souza (Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil)

Adriana Pereira Campos (Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória/  
ES, Brasil)

Airton Ribeiro da Silva Júnior (Universidade Federal de Pernambuco, Recife/  
PE, Brasil)

Alexis de Couto Brito (Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo/  
SP, Brasil)

Alfredo de Jesus Dal Molin Flores (Universidade Federal do Rio Grande do Sul,  
Porto Alegre/RS, Brasil)

Angela Ballone (Université Lille 2, France)

Antonio Martínez Santos (Universidad Francisco de Vitoria, Madrid, Espanha)

Arno Dal Ri Júnior (Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis/  
SC, Brasil)

Beatrix Van Erp-Jacobs (pesquisadora independente, Tilburg, Netherlands)

Bruno Debaenst (Uppsala Universiteit, Uppsala, Sweden)

Caetano Dias Corrêa (Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis/  
SC, Brasil)

Claudia Storti (Università di Milano, Italia)

Claudio Fuentes Maureira (Universidad Diego Portales, Santiago, Chile)

Cristiano Paixão (Universidade de Brasília, Brasília/DF, Brasil)

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

Dmitry Dozhdev (Moscow School of Social and Economic Sciences, Russia)

Dmitry Poldnikov (National Research University Higher School of Economics,  
Moscow, Russia)

Elena Laro-González (Universidad de Sevilla, España)

Emilia Iñesta-Pastor (Universitat d'Alacant, España)

Emmanuel Berger (Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa/PB, Brasil)

Enrique Letelier Loyola (Universidad de Valparaíso, Chile)

Érica Babini Lapa do Amaral Machado (Universidade Católica de Pernambuco,  
Recife/PE, Brasil)

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

Fabrizio Siracusano (Università degli Studi di Catania, Italia)

Federico Bueno da Mata (Universidad de Salamanca, Espanha)  
Francesco Rotondo (Università di Napoli “Federico II”, Italia)  
Frederic Audren (Paris Institute of Political Studies, Paris, France)  
Gustavo César Machado Cabral (Universidade Federal do Ceará, Fortaleza/  
CE, Brasil)  
Gustavo de Carvalho Marin (Universidade Estadual de Minas Gerais, Ituiutaba/  
MG, Brasil)  
Isabel Huertas Martín (Universidad de Salamanca, Espanha)  
Jacqueline Ross (Illinois Law School, Champaign, IL, United States)  
Jorge Núñez (Universidad de Buenos Aires, Argentina)  
Jos Monballyu (pesquisador independente, Leuven, Belgium)  
Karine Salgado (Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte/  
MG, Brasil)  
Karl Härter (Technische Universität Darmstadt, Germany)  
Krzysztof Woźniewski (University of Gdańsk, Poland)  
Lorena Bachmaier Winter (Universidad Complutense de Madrid, Espanha)  
Louis Berkvens (pesquisador independente, Maastricht, Netherlands)  
Maria da Conceição Cardoso Panait (pesquisadora independente, Rio de  
Janeiro/RJ, Brasil)  
Maria Clara da Cunha Calheiros de Carvalho (Universidade do Minho, Portugal)  
Mariana de Moraes Silveira (Universidade Federal de Minas Gerais, Belo  
Horizonte/MG, Brasil)  
Massimo Meccarelli (Università di Macerata, Italia)  
Michele Pifferi (Università di Ferrara, Italia)  
Monica Stronati (Università di Macerata, Italia)  
Pablo García Molina (Universidad de Cádiz, España)  
Paulo Thiago Fernandes Dias (Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São  
Leopoldo/RS, Brasil)  
Pedro Ortego Gil (Universidade de Santiago de Compostela, España)  
Ramón Beltrán Calfurrapa (Universidad de Atacama, Copiapó, Chile)  
Ramón García Odgers (Universidad de la Santísima Concepción,  
Concepción, Chile)  
Rodrigo Grazinoli Garrido (Universidade Federal do Rio de Janeiro e  
Universidade Católica de Petrópolis/RJ, Brasil)

Rodrigo Régnier Chemim Guimarães (Centro Universitário de Curitiba - Curitiba/PR, Brasil)

Sebastian Vandenbogaerde (Ghent University, Ghent, Belgium)

Serge Dauchy (Université de Lille, France)

Sílvia Isabel dos Anjos Caetano Alves (Universidade de Lisboa, Portugal)

Simone Lonati (Università Bocconi, Milano, Italia)

Vanessa Chiari (Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre/RS, Brasil)

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

Ana Lúcia Sabadell (Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro/RJ, Brasil)

Andrea Zampini (Sapienza Università di Roma, Italia)

Arthur Barrêto de Almeida Costa (Università di Firenze, Italia)

Bárbara Madruga da Cunha (Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis/SC, Brasil)

Danielle Regina Wobeto de Araújo (Universidade Federal do Paraná, Curitiba/PR, Brasil)

Delia Magherescu (Gorj Bar Association, Romania)

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

Edouard Delrée (Université libre de Bruxelles, Belgium)

Erik-Jan Broers (Tilburg University, Netherlands)

Francesco Callari (University of Pisa, Italy)

Gabrielle Stricker do Valle (Universidade Federal do Paraná, Curitiba/PR, Brasil)

Guillermo Oliver (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile)

Heikki Pihlajamäki (Helsinki University, Finland)

Hugo Soares (Universidade Humboldt, Berlim, Alemanha)

Júlio Cesar Costa Manoel (Secretaria de Educação do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro/RJ, Brasil)

Loredana Garlati (Università di Milano Bicocca, Italia)

Lorenzo Agostino (Università degli Studi di Genova, Italia)

Lorenzo Mateo Bujosa Vadell (Universidad de Salamanca, Salamanca/Castilla y León, España)

Luigi Lacchè (Università di Macerata, Italia)

Luis Orlando Toro Garzón (Universidad de Medellín, Medellín/Antioquia, Colombia)

Marco Nicola Miletta (Università di Foggia, Italia)

Mayessa H. Costa (Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis/SC, Brasil)

Miren Josune Pérez Estrada (Universidad del País Vasco, Leioa, Bizkaia, España)

Mónica María Bustamante Rúa (Universidad de Medellín, Medellín/Antioquia, Colombia)

Régis João Nodari (Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte/MG, Brasil)

Sylvain Soleil (Université de Rennes, France)

Túlio Felipe Xavier Januário (Universidade de Coimbra, Portugal)

Wanda Nocerino (Università di Foggia, Italia)

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





## Sumário

- 695** **Dossiê: História do processo penal na modernidade**  
*History of Criminal Procedure in Modernity*
- 697 Can Criminal Procedure Ever Be “Modern”? A Historical Comparative Perspective (Editorial of the Dossier “History of Criminal Procedure in Modernity”)  
*Sobre a (im)possível modernidade do processo penal. Uma perspectiva histórica comparada (Editorial do dossiê “História do processo penal na modernidade”)*  
**Georges Martyn**  
**Ricardo Sontag**
- 749 Criminal Claims in Civil Suits over Insults in the Dutch Republic (17<sup>th</sup> and 18<sup>th</sup> Centuries)  
*Ações penais em processos civis sobre insultos na República holandesa (séc. XVII-XVIII)*  
**Erik Jan Broers**
- 763 Le jury criminel en procès. Les opinions doctrinales des auteurs français (1750-1830).  
*The Criminal Jury at Trial. The Doctrinal Opinions of French Authors (1750-1830)*  
**Sylvain Soleil**
- 801 Justiça criminal e opinião pública na Itália entre os séculos XIX e XX  
*Criminal Justice and Public Opinion in Italy between the Nineteenth and Twentieth Centuries*  
**Luigi Lacchè**
- 827 Le facce d'un diamante. Appunti per una storia dell'immediatezza nella procedura penale italiana  
*Facets of a Diamond. Notes for a History of the Immediacy in the Italian Criminal Procedure*  
**Marco Nicola Miletti**

- 883 Alle origini della prova scientifica: la scuola di polizia di Salvatore Ottolenghi  
*The Origins of Scientific Evidence: Salvatore Ottolenghi's Police School*  
**Loredana Garlati**
- 935 Investigative Judges as a Legal Transplant: Finnish Nineteenth-Century Criminal Procedure in Comparative Perspective  
*Juiz instrutor como transplante jurídico: o processo penal finlandês do século XIX em perspectiva comparada*  
**Heikki Pihlajamäki**
- 963 The French Heritage Put to the Test of Time: History of Criminal Procedure in Belgium (1814-2020)  
*A herança francesa posta à prova do tempo: história do processo penal na Bélgica (1814-2020)*  
**Édouard Delrée**
- 1019 Considerações sobre as Inquirições Devassas no Brasil: os casos do Recôncavo Baiano – Séculos XVIII e XIX  
*Considerations on the Inquiries Devassas in Brazil: the Cases of the Recôncavo Baiano – 18<sup>th</sup> and 19<sup>th</sup> Centuries*  
**Ana Lúcia Sabadell**  
**Júlio Cesar Costa Manoel**
- 1057 Torments Through Time: Pardon in Brazilian Military Penal Law between Early Modern Rules and Liberal Justice (Council of State, 1842-1889)  
*O tempo e suas tormentas: recurso de graça no direito penal militar brasileiro entre regras de Antigo Regime e justiça liberal (Conselho de Estado, 1842-1889)*  
**Arthur Barrêto de Almeida Costa**
- 1097 O Processo Penal no estado de Santa Catarina entre Primeira República e Era Vargas  
*The Criminal Procedure in the State of Santa Catarina between the First Republic and the Vargas Era*  
**Diego Nunes**  
**Bárbara Madruga da Cunha**  
**Mayessa H. Costa**

- 1141 Ordem, liberdades e estadualização do processo penal na Primeira República (1889-1930): João Mendes de Almeida Júnior processualista  
*Order, Liberties, and the Federal States Criminal Procedural Law in the First Brazilian Republic (1889-1930): João Mendes de Almeida Júnior, a Procedural Law Scholar*

**Régis João Nodari**

- 1187 O fio de Ariadne: um mapa metodológico para a pesquisa de processos criminais como fonte histórica

*Ariadne's Thread: a Methodological Map for Researching Criminal Judicial Cases as a Historical Source*

**Danielle Regina Wobeto de Araújo**

**Gabrielle Stricker do Valle**

## **1225 Persecução penal: investigação, júízo oral e etapa recursal**

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

- 1227 The defendant's guilt beyond a reasonable doubt in the Italian criminal justice system

*A culpabilidade do réu além de qualquer dúvida razoável no sistema de justiça penal italiano*

**Francesco Callari**

- 1261 Convenience or inconvenience of requiring the unanimous consent of the co-defendants for the negotiated criminal justice mechanisms (in a restricted sense) in the Chilean criminal procedural system

*Conveniencia o inconveniencia de exigir el consentimiento unánime de los coimputados para los mecanismos de justicia penal negociada (en sentido estricto) en el sistema procesal penal chileno*

**Guillermo Oliver**

- 1287 Achieving Accusation by Means of Forensic Science During the Criminal Proceedings in Romania

*La fundamentación de la acusación por medio de las ciencias forenses en el marco del procedimiento penal en Rumanía*

**Delia Magherescu**

- 1321 L'ammissione della prova in appello tra diritto di difesa e parità delle parti

*The admission of the evidence in appeal between right of defence and equality of arms*

**Lorenzo Agostino**

**1345 Teoria da Prova Penal**

***Criminal evidence theory***

- 1347 La prueba digital producto de la vigilancia secreta: obtención, admisibilidad y valoración en el proceso penal en España y Colombia

*Digital evidence resulting from covert surveillance: collection, admissibility and assessment in criminal proceedings in Spain and Colombia*

**Lorenzo Mateo Bujosa Vadell**

**Mónica María Bustamante Rúa**

**Luis Orlando Toro Garzón**

- 1385 La inteligencia artificial como prueba científica en el proceso penal español

*Artificial intelligence as scientific evidence in the Spanish criminal process*

**Miren Josune Pérez Estrada**

- 1411 Vecchi e nuovi limiti di utilizzabilità delle intercettazioni nel sistema italiano

*Old and new legal limits to wiretaps use in the Italian legal system*

**Wanda Nocerino**

**Andrea Zampini**

- 1453 Cadeia de custódia da prova e investigações internas empresariais: possibilidades, exigibilidade e consequências processuais penais de sua violação

*Chain of custody and corporate internal investigations: possibilities, enforceability and procedural consequences of its violation*

**Túlio Felipe Xavier Januário**

**1511 Comentários jurisprudenciais**

***Caselaw commentaries***

- 1513 Clemência no Tribunal do Júri? Reflexões derivadas do argumento *a fortiori* trazido no voto-vogal do Min. Fachin em sede do ARE 1225185, Tema/RG 1.087

*Jury nullification? Reflections derived from the argumentum a fortiori brought by the opinion of Min. Fachin on the ARE 1225185, Tema/RG 1.087*

**Hugo Soares**

**Dossiê:**  
**História do processo  
penal na modernidade**

---

*History of criminal  
procedure in Modernity*

---




# Can Criminal Procedure Ever Be “Modern”? A Historical Comparative Perspective (Editorial of the Dossier “History of Criminal Procedure in Modernity”)


*Sobre a (im)possível modernidade do processo penal.  
Uma perspectiva histórica comparada (Editorial do dossiê  
“História do processo penal na modernidade”)*

**Georges Martyn<sup>1</sup>**

Ghent University, Ghent/Flanders, Belgium

Georges.Martyn@UGent.be


 <http://lattes.cnpq.br/7275773513646812>


 <https://orcid.org/0000-0002-0925-7887>

**Ricardo Sontag<sup>2</sup>**

Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte/MG, Brasil

ricardosontag@ufmg.br

 <http://lattes.cnpq.br/1363982529464255>

 <https://orcid.org/0000-0003-3008-8042>

---

**ABSTRACT:** This article is not a mere introduction to the dossier of the *Revista Brasileira de Direito Processual Penal* on “History of Criminal Procedure in Modernity” (composed of 13 contributions on Belgium, Brazil, Finland, France, Italy and The Netherlands), but it also touches upon three methodological questions of comparative legal history. The first one relates to the proper concept of “modernity”, which can be understood differently, not only in various scientific areas (sociology,

---

<sup>1</sup> Professor of Legal History at the Faculty of Law and Criminology, Ghent University (Flanders, Belgium). Co-director of the Ghent Legal History Institute. Honorary member of the Ghent Bar and substitute justice of the peace at Kortrijk.

<sup>2</sup> Professor of Legal History at the Faculty of Law, Federal University of Minas Gerais (Belo Horizonte, Minas Gerais, Brazil). Coordinator of the *Studium Iuris* – Research Group on the History of Legal Culture (CNPq/UFMG). PhD in *Teoria e Storia del Diritto*, University of Florence (Italy).

history, legal history...), but also in different parts of the world (the French and English perceptions of the word designating different periods). The second one is the use of “models”, such as inquisitorial versus accusatorial procedures, or popular and lay courts versus professional justice administration. Can such kinds of concepts historically be attached to certain times and places, or should legal scholarship avoid to do so, acknowledging that all systems are always mixed? The third one claims that all comparative legal history ought to be contextual. The dogmatic (or ideal) developments of law, very often explained by referring to legal transplants and translations or hybridisations, can only really be understood by searching for factual factors, responsible for the impact of certain “foreign” ideas.

**KEYWORDS:** Comparative Legal History; Legal Transplant; Legal Models; Criminal Procedure.

**RESUMO:** *Este artigo não é uma mera introdução para o dossiê da Revista Brasileira de Direito Processual Penal sobre “História do Processo Penal na Modernidade” (composto de 13 contribuições sobre a Bélgica, o Brasil, a Finlândia, a França, a Holanda e a Itália), mas também toca em três questões metodológicas sobre a história do direito comparada. A primeira está relacionada ao próprio conceito de “modernidade”, que é entendida de maneira diferente, não somente em várias áreas científicas (sociologia, história, história do direito...), mas, também, em diferentes partes do mundo (com as percepções inglesa e francesa designando diferentes períodos). A segunda é o uso de “modelos”, como processo inquisitorial versus acusatório, ou cortes populares versus administração profissional da justiça. Tais conceitos podem ser relacionados a certos tempos e espaços, ou o saber jurídico deveria evitar isso, reconhecendo que todos os sistemas são sempre “mistos”? O terceiro demanda que toda história do direito comparada deve ser contextual. Os desenvolvimentos dogmáticos ou intelectuais do direito, frequentemente explicados referindo-se a transplantes, traduções ou hibridizações jurídicas, só podem ser realmente entendidos buscando por fatores factuais responsáveis pelo impacto de certas ideias “estrangeiras”.*

**PALAVRAS-CHAVE:** *História do Direito Comparada; Transplantes Jurídicos; Modelos Jurídicos; Processo Penal.*

**SUMÁRIO:** Introduction: On (early-)modernity; 1. The un-modernity of criminal procedure; 2. A broad panorama of “modernisations”; 3. Learning abroad: the role of professionals; 4. Methodological paths: multiple temporalities, shifts and displacements; Conclusions; References.



## INTRODUCTION: ON (EARLY-)MODERNNESS

According to a recent article on the popularising historical website *herodote.net*, French King Louis IX (1214-1270), known as *Saint Louis*, is to be considered the founder of “modern” justice administration<sup>3</sup>. The image of the King personally dispensing justice under the tree of justice, however old-fashioned such representation might seem, has become one of the prototypes of legal iconography<sup>4</sup>, still present today in the Paris *Cour de cassation*. Louis IX, indeed, is a crucial figure for the organisation of, both civil and penal, justice in what would become “the modern State”. Particularly in criminal matters, it is worth mentioning the establishment, in 1247, of the new functionaries of the *enquêteurs*, who are amongst other tasks competent for the control of the existing, feudally based, *baillis*. The innovation clearly illustrates the King’s wish to establish a just and effective judicial system, protecting his subjects against abuse of power by local and regional functionaries. Is it the legalising, hierarchising and centralising that makes justice administration “modern”?

To today’s Belgian Minister of Justice Vincent Van Quickenborne, “modern” justice does not go back that far in time. Interviewed on his plan to have a new penal code for his country by 2022, he literally cites Cesare Beccaria<sup>5</sup>, “the founder of modern criminal thought” according to the newspaper: “The ideal punishment is the minimal punishment having

---

<sup>3</sup> FORCADET, Pierre-Anne. Histoire de la justice. Saint Louis fonde la justice moderne. *Herodote.net*, Paris, 24/05/2021. Available at : [https://www.herodote.net/Saint\\_Louis\\_fonde\\_la\\_justice\\_moderne-synthese-2964-169.php](https://www.herodote.net/Saint_Louis_fonde_la_justice_moderne-synthese-2964-169.php). Accessed 06/07/2021.

<sup>4</sup> RESNIK, Judith; CURTIS, Dennis. *Representing Justice*. Invention, Controversy, and Rights in City-States and Democratic Courtrooms. New Haven: Yale University Press, 2011. p. 202 and p. 351.

<sup>5</sup> Most authors contributing to this dossier, indeed, also connect “modern” criminal justice with the influence of Enlightenment on law and justice. Luigi Lacchè, for instance, explicitly links it to the critical role of public opinion: “*nosso ponto de partida, ‘o processo penal dos modernos’, implica o amplo universo do espaço público: durante o século XVIII, surge a imagem da ‘opinião pública’ como um ‘tribunal’ diante do qual todos, até mesmo os soberanos, deveriam comparecer para serem ‘julgados’*”.

a real effect. The best prevention of criminality is not by the cruelty of the punishment, but by the impossibility to escape from it”<sup>6</sup>.

As criminal justice under the absolutist Kings of France in the sixteenth and seventeenth centuries was characterised by inquisitorial investigations, *liberum arbitrium* of the judge, *lettres de cachet*, and harsh capital and corporal punishments<sup>7</sup>, exactly the kind of system Beccaria and the eighteenth century *philosophes* abhorred, one might wonder how “modern” can be used by scholars for two such – at least at first sight – completely different systems.

A purely linguistic *caveat* solves part of this problem: look who’s talking. For French historians, the *Temps Modernes* or *Époque Moderne* is the period between the Middle Ages and the (French) Revolution. English written historiography, however, calls the same period the “Early Modern Era”, “early”, because the actual Modern Era starts with the American and French Revolutions, the steam engine and industrialisation. Whereas politically and economically one can speak of “revolutions” between 1750 and 1850, for jurists this is probably much less the case. While new constitutions in this same era do establish new principles and rules of public law, like separation of powers, a strict hierarchy of legal norms and individual fundamental freedoms, dogmatically legally spoken, all this is realised within continuous legal scholarship and judicial concepts. Particularly for criminal proceedings it should be stressed that procedural law is adapted, but not completely reversed. Even today, we can still say that in continental Europe (and its former colonies) criminal procedural law is built on Romano-canonical foundations.

Under the influence of the reception of Roman law, and in the first place of canon law – the church administrations and courts giving the example –, not only the French King, but also many other Sovereigns and City States throughout continental Europe install new courts and councils

---

<sup>6</sup> VERBERGT, Matthias. Op corona-inbreuken zou geen celstraf mogen staan. *De Standaard*, 05/07/2021. Available at: <https://www.standaard.be/krant/publicatie/20210705/ds/dn/alg/optimized>. Accessed 06/07/2021. p. 4.

<sup>7</sup> In this sense Danielle Regina Wobeto de Araújo and Gabrielle Stricker do Valle in their contribution to this dossier mention the “*Inquisição Moderna*”. On the contrary, Edouard Delrée in his article on Belgium starts the history of “modern criminal law” only in 1814.

in the Late Middle Ages and the Early Modern Era. This bureaucratisation affects political and military administration, but in the first place the various judicial systems (feudal courts, seigniorial courts, royal courts, city courts...), where step by step the customary procedural forms are substituted by the *ius commune* inspired Romano-canonical procedure<sup>8</sup>. Being in essence an inquisitorial procedure<sup>9</sup>, the rise of absolutism brings with it the possibility of abuse of power, leading to excesses such as torture as a means of obtaining proof<sup>10</sup>, heresy trials, the great witch hunt, and many other dysfunctions, which will be denounced by the philosophers and public opinion of Enlightenment, claiming for respect for the individual rights. Particularly the legality principle in criminal matters, first explicitly installed by the French Revolution, leads to a need for legislating and codifying both material and formal penal law. The codes form the threshold for a new era: they innovate and update, they transform the relationships between production of law and politics<sup>11</sup>, but they also confirm to a very large extent the existing judicial concepts, forms, terms and rules. Many of these “modern” codes, however, will be criticised throughout the twentieth century for not being able to cope with the needs and rights of women and men in today’s world. Again, rules are adapted, not completely thrown overboard.

---

<sup>8</sup> E.g. for Flanders: VAN CAENEGEM, Raoul. *Geschiedenis van het strafprocesrecht in Vlaanderen van de XIe tot de XIVE eeuw*. Brussels: Koninklijke Academie voor Wetenschappen, Letteren en Schone Kunsten van België, 1956.

<sup>9</sup> MONBALLYU, Jos. *Six Centuries of Criminal Law*. History of Criminal Law in the Southern Netherlands and Belgium (1400-2000). Leiden: Brill Nijhoff, 2014. p. 414-427.

<sup>10</sup> DAUCHY, Serge. La torture judiciaire dans les anciens Pays-Bas: État de la question. In: DURAND, Bernard (ed.). *La torture judiciaire*. Approches historiques et juridiques. Lille: Centre d’Histoire Judiciaire, 2002. p. 507-538; SCHMOECKEL, Mathias. *Humanität und Staatsraison*. Die Abschaffung der Folter in Europa und die Entwicklung des gemeinen Strafprozess- und Beweisrechts seit dem hohen Mittelalter. Cologne: Böhlau, 2000.

<sup>11</sup> See, for example, GROSSI, Paolo. Códigos: algumas conclusões entre um milênio e outro. In: GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. 2. ed. Florianópolis: Boiteux, 2007. p. 87-114; CAPPELLINI, Paolo. Codificazione. In: CAPPELLINI, Paolo. *Storie di concetti giuridici*. Torino: Giappichelli, 2010. p. 111-121; CARONI, Pio. *Lecciones de historia de la codificación*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2013.

In this sense, the French-English antagonism (“*Moderne*” – “Early-Modern”) is a false one. Both qualifications for the same historical period are correct. “Modernisation” in the sense of specialisation and professionalisation started in the Late Middle Ages and the French Kings are indeed examples of modernisers, but exaggerating the possibilities of the “modernising” State, they also triggered contestation and revolution. The crisis of the “over-modernising” State lead to a more balanced new system, which the French see as a “new” or “contemporary” system, but which can also be seen as the final realisation of the real “modern” State, in which the interests of authority and individuals are more balanced.

Although criticised, the political-institutional periodisation of history in Antiquity, Middle Ages, Early-Modern Era and the Modern State, still stands. The frontiers between these differ from economic, over social to cultural historiography. For institutional and legal historiography, however, the Early Modern Era – although it certainly has its own specific historical features – precisely can be called “early modern”, because seeds of the Modern State already germinate: customary law is step by step overruled by legislation; local benches of wise experienced men are first controlled and finally substituted by hierarchised courts; oral proceedings give way to written ones; specialisation and legal professionalisation start... The spread of universities, with both their Roman and canon Law faculties, all over Europe, later exported to the colonies, is a crucial motor for these manifold developments. Terminology, concepts and rules are constructed on Romano-canonical fundamentals. Libraries full of publications have described and analysed this most well-known form of “reception”, underlining how, as a result of these developments, a *ius commune* arose, common to all of continental Europe, be it with local variations.

Just like local societal changes themselves are a *perpetuum mobile*, law is constantly in need of adaptation, in time and in space. Hence, the need and wish for comparative legal history<sup>12</sup>, also on criminal procedure. This specific area of the law, though, is maybe less permeable for comparison and reception than other legal branches. The modern

---

<sup>12</sup> PIHLAJAMÄKI, Heikki. Merging Comparative Law and Legal History: Towards an Integrated Discipline. *American Journal of Comparative Law*, v. 66, n. 4, p. 733-751, 2018.

legality principle, on the one hand, in theory demands for legally pre-established clear rules, to be strictly interpreted, but on the other hand, it expresses State power<sup>13</sup>. This means that criminal procedure probably develops still more piecemeal than other branches of the law do, as ripening ideas have to be very outspoken and need a majority in Parliament to become effective (whereas in other branches doctrine and case law enjoy more playing ground). The history of criminal procedure is not a story of drastic revolutions, but a step by step development starting from late-medieval *ius commune*, leading to today's questions on the rights of defence during online hearings in times of pandemic.

Methodologically, shifts, displacements and multiple temporalities could be useful tools for the analysis of these histories (par. 4). The twelve following contributions to this dossier of the *Revista Brasileira de Direito Processual Penal* prove that the history of criminal procedure is one of piecemeal evolution, with some local idiosyncrasies, but most of all with many common lines. In this introduction, the various articles will be shortly introduced (par. 2), particularly pointing at some comparative elements. Judges, legislators and professors read foreign jurisprudence and case law and, inspired by this “foreign” literature, decide, rule and construe in order to adapt the law to new societal challenges. It is interesting to discover who learns from whom, in what – mostly expected, but sometimes surprising – directions concepts and interpretations travel, displacing law not only diachronically (par. 3 and 4). Not seldom, a legal system innovates or “modernises” by transplanting rules or concepts that have in the meantime become outdated or criticised elsewhere. This leads to the question whether criminal procedure can ever be “modern” (par. 1).

## 1. THE UN-MODERNITY OF CRIMINAL PROCEDURE

Social theorist Peter Wagner dedicated several books and articles to the, *in se* evolving, concept of “modernity”. Today's sociology, he

---

<sup>13</sup> COSTA, Pietro. O princípio de legalidade: um campo de tensão na modernidade penal. In: DAL RI JÚNIOR, Arno; SONTAG, Ricardo (org.). *História do direito penal entre medievo e modernidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 33-86.

writes<sup>14</sup>, normally links modernity to the trinity of the liberal-democratic state<sup>15</sup>, the free market economy and free scientific institutions. Applied to what Saint Louis established in 1247, one can hardly speak of “modern” justice administration. The King ruled as a monarchist and used the courts (and other institutions) to control society, the market and even the way of thinking and believing. However, technically-legally spoken, a legal and judicial system was started, that would become the bearing framework for the modern State, if not in its sociological meaning, then at least in its legal-historical one<sup>16</sup>, and more particularly for criminal procedure.

Understood in its sociological sense, it is hardly even conceivable that criminal procedure can ever be “modern”. At first sight, penal proceedings, being an institutional reaction by authority against an individual offender, seem to be *in se* a conservative and reactionary action. Even in today’s liberal-democratic States, a criminal court is a compulsory machinery, that starts working when a pre-established legal rule is broken. Furthermore, the pre-established procedural rules are to be applied to the letter. There seems to be very little space for freedom and popular interventions. The eighteenth and nineteenth century attempts to introduce the democratic element of the jury, for instance<sup>17</sup>, barely survive in today’s civil law tradition.

Indeed, the rules of criminal procedure have a history – things have changed –, however common their Romano-canonical roots are. From the era of codification onwards, particularly, each of the national States creates its own codes, and it seems that the common rules give more and more leeway to create specific domestic law. Opposing nineteenth century “national” law to the former *ius commune* “common” legal practice, however, bears witness of a very dogmatic way of looking at legal history.

---

<sup>14</sup> WAGNER, Peter. *Modernity as Experience and Interpretation*. A New Sociology of Modernity. New York: Wiley, 2008. p. 1-18.

<sup>15</sup> Régis Nodari in his contribution to this dossier explicitly mentions that also in nineteenth century Brazil, “*liberal também era uma palavra associada, mais genericamente, à modernidade*”.

<sup>16</sup> BARBAS HOMEM, António Pedro. *Judex Perfectus*. Função jurisdiccional e estatuto judicial em Portugal, 1640-1820. Coimbra: Almedina, 2003. p. 117-172.

<sup>17</sup> See particularly the contribution of Sylvain Soleil.

Contextual legal history, on the contrary<sup>18</sup>, not only looks at the intellectual understanding of the mere rule, but it also tries to understand what external factors, next to the mere scholarship, influence the law's creation and interpretation. For criminal procedural law, in particular, it is clear that political power, for instance, is of paramount importance for the law's content, but new technical possibilities also make the law evolve, and very often concrete scandals are the reason for punctual adaptations of the existing rules<sup>19</sup>. That was the case in the eighteenth century, when Voltaire moulded public opinion around the *affaire Calas*, and very similarly the twentieth century *Dutroux* case in Belgium led to more changes in penal proceedings than any Minister of Justice ever managed to introduce.<sup>20</sup>

By itself, criminal procedural law is not really open to change. Penal procedure does not know the autonomy principle of civil law, nor the discretionary power of an administrative body. Referring to what is said about the sociological concept of “modernity” above: criminal proceedings exist to prosecute criminal offenders; their *raison d'être*, so to say, is not to give freedom, but rather quite the opposite to take freedom away (by the penalty of imprisonment in the first place); it is not liberal as such. It is not democratic either, but rather oligarchic, being an instrument handled by magistrates, most of the time not elected. Although the rules may be established by a democratic Parliament, applying the rule is the competence of a small (oligarchic) group<sup>21</sup>. Whereas in civil cases, multiple players are strong parties, often lobbying for adaptation

---

<sup>18</sup> On the two ways of legal history scholarship: HEIRBAUT, Dirk. A Tale of Two Legal Histories. In: MICHALSEN, Dag (org.). *Reading Past Legal Texts*. Oslo: Unipax, 2006. p. 91-112.

<sup>19</sup> E.g. the *acquittements scandaleux* in nineteenth-century France and Italy (see the contributions by Lacchè, Miletto and Soleil).

<sup>20</sup> See the text of Delrée further in this dossier.

<sup>21</sup> As Soleil describes, in nineteenth-century France some continue seeing England as the sacred example of what jury justice should be, exactly because the recruitment is aristocratic. Justice is organised “*autour d'une aristocratie provinciale et terrienne à la fois puissante et soucieuse de préserver les libertés publiques. C'est parmi cette aristocratie que l'on choisit les juges de paix et les shérifs dont l'une des missions est de nommer les membres du grand et du petit jury*”. In France, however, in the words of Cottu, cited by Soleil, the Revolution has destroyed aristocracy.

of the rules, in criminal suits, defendants and civil parties are (mostly) “single users”, most of them in weak social positions<sup>22</sup>.

So, it should not be surprising that the history of criminal procedure is less spectacular than the history of material criminal law, private law, or public law. Rules of criminal procedure know much less (r)evolutions than other areas of the law. During the Middle Ages, there is the paradigmatic shift from the old Germanic accusatorial process to the Romano-canonical inquisitorial one<sup>23</sup>. The invention of an institution as the Public Ministry (essential piece of the emerging body of the State) in this very same context is of paramount importance. Ever since, however, changes are much more scarce and superficial. Changes are introduced piecemeal and are very often a game of trial and error<sup>24</sup>. This is the story witnessed in most of the contributions to this dossier, each of them describing and analysing evolutions in their contexts, changes installed with the objective, time and time again, to amend the criminal procedure, to make it better, shorter, more just, cheaper, living more up to the liberal democratic principles, in sum to “modernise”.

## 2. A BROAD PANORAMA OF “MODERNISATIONS”

It might surprise the reader that, after the present introductory text, the first contribution to this dossier is about civil claims and civil procedures, in the Early Modern Era. It is precisely to make the point that dogmatic legal concepts are never black or white in judicial practice. The legality principle is as such a perfect theoretical model, for instance, but applying it strictly is impossible, as was experienced during the French

---

<sup>22</sup> E.g. the position of black people in Brazil as evoked by Sabadell and Manoel further in this dossier.

<sup>23</sup> MONBALLYU, *op. cit.*, p. 37-41.

<sup>24</sup> An interesting example is the one described by Régis Nodari further in this dossier, when he sees the Brazilian 1890 *Código Penal* as a “turning point”. It reduces to eight the number of crimes for which prosecution only started on the basis of the victim’s claim, thus reducing the space for negotiation and pardoning by the offended: “*mudança de uma justiça negociada para uma justiça hegemônica*”.



revolutionary period<sup>25</sup>. Purely theoretically, one might expect, in the seventeenth and eighteenth centuries, at the height of Absolutism, in a period when Roman and canon law has had several centuries to realise their reception via legislation and professionalisation, that all crimes and misdemeanours would be prosecuted *criminaliter*, via an inquisitorial procedure, and only civil cases would be handled *civiliter*. However, as Erik-Jan Broers describes, in practice mixed proceedings are possible: victims claiming both personal compensation and public punishment via a party to party proceeding regulated by civil procedure. One might consider these actions to be a surviving species of the old, Germanic rooted, accusatorial process. However, this so-to-say medieval way a victim can sue the offender in the Early Modern Period, is dogmatically legitimised, precisely by describing it as a reception of the Roman *actio iniuriarum aestimatoria*. The claimant on the one hand demands for a pecuniary fine (*de facto* to be paid in favour of a good cause). Through today's eyes one would call this the "public" or "penal" claim, as it is really punitive towards the offender and the fine has to be paid to the community or authority. The second claim, on the other hand, demanding rehabilitation and restoration of the victim's good name, would today be classified as civil. For both the public and the private aspect, though, one and the same action is used, and its proceeding is handled *civiliter*, as a civil case<sup>26</sup>.

However old this mixture of private and public aspects in one and the same procedure might seem, one can also look at it as a "modern", or maybe even "post-modern", phenomenon. In many countries, in the late twentieth and early twenty-first centuries an "administratisation" of minor offences has occurred. Not only the Public Ministry, but also functionaries of the Executive branch, can settle a case amicably with the

---

<sup>25</sup> See Sylvain Soleil's article in this dossier.

<sup>26</sup> See also MONBALLYU, *op. cit.*, p. 409-413; SBRICCOLI, Mario. Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase degli studi di storia della giustizia criminale. In: SBRICCOLI, Mario. *Storia del diritto penale e della giustizia*. 2 vol. Milano: Giuffrè, 2009. p. 1223-1246; ALESSI, Giorgia. O direito penal moderno entre retribuição e reconciliação. In: DAL RI JÚNIOR, Arno; SONTAG, Ricardo (org.). *História do direito penal entre medievo e modernidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 169-195.

offender (the compensation of the victim's losses often being an explicit condition to do so). The promotion of mediation between the Public Ministry and both parties is also one of the contemporary tendencies in criminal law<sup>27</sup>... which does not seem to be such a new idea! In many cases of the early modern practice of the Council of Brabant in the Dutch Republic, Broers writes "the court tried to avoid a legal battle between the opponents and tried to achieve a settlement that would be satisfactory to both of them. If so, the court ordered both parties to appear before two examining judges, who would act as mediators and try to help the adversaries to settle their dispute". *Nil novi sub sole*<sup>28</sup>.

From what precedes, we might conclude that, probably, instead of insisting on the big antithesis between criminal and civil processes, and between accusatorial and inquisitorial procedures, it would be better to stress that there is a constant fluidity in the mixture of both systems<sup>29</sup>. Between the discovery of a committed crime and the execution of the

---

<sup>27</sup> In Brazil, for example, there is the law 9.099 of 1995 which has established the possibility of conciliation in cases of minor criminal offences (articles 60 to 92).

<sup>28</sup> There is, indeed, nothing new as far as the legal ingredients are concerned. However, it is most interesting to link the legal innovations to their institutional, social and cultural historical contexts. The conciliation created by the 9.099 law of 1995 in Brazil, for example, can be considered a response to a State criminal justice crisis, while medieval and *Ancien Régime* conciliations were in a tense articulation precisely with the process of criminal justice statalization. Moreover, it is possible to question what kind of social imaginary the conciliation is linked to: the referred Brazilian law certainly has little relation with the old Christian ideas of *pax*; in fact, paradoxically, it is very close to contemporary punitivism to the extent that its central purpose was not to depenalise, as some imagined, but to make the state punitive power intervene in situations that traditional criminal justice was not reaching, albeit in a mitigated fashion. On this trait of the 9.099 law, see PAULO, Alexandre Ribas de. Breve abordagem histórica sobre a lei dos Juizados Especiais Criminais. *Âmbito jurídico*, 1/11/2009. Available at: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-70/breve-abordagem-historica-sobre-a-lei-dos-juizados-especiais-criminais/>. Accessed 06/07/2021.

<sup>29</sup> As Heikki Pihlajamäki states in his essay, even the *Ancien Régime* common law system has many prosecutorial aspects. The justices of the peace, for instance, gathered evidence only against the accused, not for him. See also: LANGER, Máximo. La larga sombra de las categorías acusatorio-inquisitivo. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 11-42, 2015.

punishment decided by the court, all investigations-followed-by-procedure, have both inquisitorial and accusatorial moments. It is only the balance between them that evolves through time. Thus, the strengthening versus weakening of the position of the (public) prosecutor, the defendant and the victim are recurrent phenomena in the history of criminal procedural law<sup>30</sup>, as will also be made clear in other contributions further on. The balance between accusatorial and inquisitorial elements, the possibility of settlement outside the court, the intervention of the jury in some judicial systems, and so many other elements of criminal procedure differ from time to time and from place to place, because of the seriousness of the prosecuted crimes and of the different conceptions about criminal law. As will become clear from many contributions to this dossier, what specific crimes were deemed dangerous at what concrete time and place (leading to specific possibilities for the prosecutor or on the contrary guarantees for the defendant) is the most important contextual factor to understand why criminal procedure changes at a certain moment in time (e.g. political crimes in the age of liberal revolutions, public safety in times of terrorism, victim's rights when state dysfunctions make proceedings last too long).

---

<sup>30</sup> Mostly for reasons of efficiency, many States today allow the Public Prosecution Service to impose a punishment by means of a penalty order, without the intervention of the court. In some countries not only a pecuniary fine, but also for instance community service of up to a certain amount of hours or measures like the suspension of the driver's license can be determined. Almost all countries, however, exclude the most severely punished crimes from this possibility. This kind of amicable settlement between Public Prosecutor and offender brings reminders of the late-medieval and early-modern *composition*, see e.g. CHEVRIER, Georges. *Composition pécuniaire et réparation civile du délit dans la Bourgogne ducale du XVe au XVIIe siècle. Mémoires de la Société du droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands*, Dijon, v. 21, p. 127-137, 1960; DUPONT, Guy. *Le temps des compositions. Pratiques judiciaires à Bruges et à Gand du XVe au XVIe siècle (Partie I)*. In: DAUVEN, Bernard; ROUSSEAU, Xavier (eds.). *Préférant miséricorde à rigueur de justice. Pratiques de la grâce (XIIIe-XVIIe siècles)*. Louvain-la-Neuve: Presses Universitaires de Louvain, 2012. p. 53-95; VAN ROMPAEY, Jan. *Het compositierecht in Vlaanderen van de veertiende tot de achttiende eeuw. Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, v. 29, p. 43-79, 1961; PADOA-SCHIOPPA, Antonio. *Delitto e pace privata*. In: PADOA-SCHIOPPA, Antonio. *Italia ed Europa nella storia del diritto*. Bologna: Il Mulino, 2008. p. 209-229.

This is why the jury, for instance, or in a broader sense “popular justice”, is also a recurring legal institution. When the French revolutionaries introduce it, it looks at first sight like a textbook example of a legal transplant (first indirectly in France itself, then directly by the French occupier in concurred territories)<sup>31</sup>. The jury is a common law institution, alien to the French legal order of the eighteenth century. *Sylvain Soleil*, in his contribution, gives an interesting sketch of the cultural environment in which, in France at that time, England was idealised as the better organised State (the grass is always greener on the other side of the channel), “*parce que le modèle politique et criminel anglais était à la mode*”, as the author writes<sup>32</sup>. The (double) jury’s functioning is almost immediately criticised, and the French lawgiver – in a period of quickly succeeding political regimes – intervenes several times to counter some of its critiques. The institution itself, however, survives and becomes even typically French, being part and parcel of the French legal heritage brought to other countries.

In the Southern Provinces of the United Kingdom of the Netherlands (1815-1830), where the jury had been abolished, for instance, it is so highly esteemed by the leaders of the Belgian Revolt that it deserves an explicit mention in the 1831 Constitution. Although not part of its own historical tradition, the French experience between 1795 and 1815 seems to suffice for the jury making its way into the national fundamental charter. A decisive motive for this is not as much the “national character” of the legal institution, but the concrete needs of the very moment of the Revolution/Independence. The jury is, at that very moment in the

---

<sup>31</sup> WATSON, Alan. *Legal Transplants: an Approach to Comparative Law*. Edinburgh: Scottish Academic Press, 1974; PADOA-SCHIOPPA, Antonio. *La giuria penale in Francia: dai ‘philosophes’ alla Costituente*. Milano: LEL, 1994.

<sup>32</sup> Sometimes, one has the impression that the discussion between scholars, still today even, is pretty much like the antagonisms of politics in former days. Soleil correctly asserts that “*les philosophes et les magistrats éclairés font du jury à l’anglaise un modèle à imiter, mais un modèle idéalisé, fantasmé, purgé des défauts réels que l’on connaissait peu ou mal à l’époque*”. An interesting survey on the topic, additional to Soleil’s text, is BERGER, Emmanuel. The Criminal Jury in England and France in the Late 18th Century. *Historiographical Issues and Research Perspectives of Popular Justice*. In: BERGER, Emmanuel (ed.). *Popular Justice in Europe (18th-19th Centuries)*. Bologna: Mulino, 2014. p. 71-88.

1820's-1830's, seen as a guarantee for complete political freedom and independence of the judiciary. From a socio-political point of view, however, one should not see this as a guarantee for the little man (counting on "popular" justice by his peers) in a modern liberal state with equal rights. However explicit the constitutional text on equal rights, the Belgian nationals in the 1830's are not equal at all: women have less rights than men, political rights are reserved for those having voting rights on the basis of fiscal power or professional capacity. In young Belgium, less than one percent of all inhabitants have voting rights. These few "happy men" become not only members of Parliament and ministers, but also magistrates and the "twelve angry men" of the jury<sup>33</sup>. The very same elite is the one having the main economic capital in property<sup>34</sup>, and – maybe the most important element in the nineteenth century – the one deciding, as journalists and editors, on what is published and, thus, able to shape public opinion. When later in the century, gradually, lower classes receive voting rights, enter the jury and declare some suspects innocent, because they do not feel like condemning their peers and punish them with the harsh – legally foreseen – imprisonment or capital punishment, the jurists (mostly belonging to the better class)<sup>35</sup> will call these decisions

---

<sup>33</sup> For the similar prerequisites to become a member of the jury in Brazil, see the contribution by Nunes, Cunha & Costa, who explicitly explain these conditions as a wish of the "*elite jurídica*" to maintain public morality and the socio-economic stratification.

<sup>34</sup> The situation is comparable to many other periods in time. Raoul Van Caenegem, for instance, has beautifully described how the big difference between the common law and the civil law systems can be explained by the late arrival of Roman and canon law in England, where meanwhile administration and judicial system were established on a feudal basis, which lead to the prominent role of the courts, see VAN CAENEGEM, Raoul. *Judges, Legislators and Professors*. Chapters in European Legal History. Goodhart Lectures 1984-1985. Cambridge: Cambridge University Press, 1987 (repr. 1998). Another obvious comparison relates to the medieval cities, who hold the economic and military power in the late-medieval Low Countries. They manage to conquer, buy or acquire city charters in which "privileges" are given, like the exemption of arrest procedures, but particularly the right to be judged by one's peers, these peers not being all inhabitants of the town, but the *poorters* (citizens) of the political elite. Similarly in the feudal system, the *iudicium parium* is judgment by the other vassals of the same sovereign.

<sup>35</sup> In this sense, Sylvain Soleil is right, legally spoken, when he writes: "*ce système confie le jugement de l'accusé à un groupe de citoyens ordinaires choisis au*

*acquittements scandaleux*, and find in these a reason to limit or even end the jury's role<sup>36</sup>. Comparable evolutions happen in many countries<sup>37</sup>.

In Brazil, the Constitution of 1824 introduces the jury as part of the judiciary. For the 1832 Code of Criminal Procedure, English criminal procedure is an important model: a good example is the institution of the grand jury (*jury de acusação*) and the petit jury (*jury de sentença*). On the other hand, however, several other elements of the 1832 criminal procedure sound French – France being *en vogue* at the time –, e.g. the impossibility to address a complaint (*queixa*) or accusation (*denúncia*) directly to the grand jury. The coexistence between the grand jury and the secret and written instruction can be seen as a mixture between the English(-American) and French models<sup>38</sup>. When the 1841 reform abolishes the grand jury, Brazilian criminal procedure becomes closer to the French model<sup>39</sup>, which, at that time, no longer operates with the two types of jury.

---

*sein de la population*". However, sociologically spoken, we should not forget that the jury did not represent all layers of social stratification.

<sup>36</sup> Also other lay participation in justice administration is being curtailed through time. In Belgium, for instance, the *tribunal de commerce*, originally only counting merchants, first got a legally trained *référéndaire*, who then became the president of the court, and today most judges – also those representing the commercial field – hold a law degree. Similar conclusions count for the *tribunal de travail*, MARTYN, Georges. The Judge and the Formal Sources of Law in the Low Countries (19th-20th Centuries): From 'Slave' to 'Master'? In: BRYSON, W.H.; DAUCHY, Serge (eds.). *Ratio Decidendi. Guiding Principles of Judicial Decisions*. Berlin: Duncker & Humblot, 2006. p. 215-216.

<sup>37</sup> For Brazil, see the article by Nunes, Costa & Cunha: the *Código de Processo Criminal* of 1832 gave a central role to the jury, but reforms in 1841 and 1871 turned down the accusatorial character, excluded the justice of the peace and saw the arrival of the *delegado de polícia* and police investigations. The authors conclude "*que foi se passando de uma maneira participativa para uma forma burocrática de administração da justiça*", see also: NUNES, Diego. Codificação, recodificação, descodificação? Uma história das dimensões jurídicas da justiça no Brasil Imperial a partir do Código de Processo Criminal de 1832. *Revista da Faculdade de Direito de Minas Gerais*, v. 74, p. 135-166, 2019.

<sup>38</sup> ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Typ. Batista de Souza, 1920. p. 256-257.

<sup>39</sup> CAMPOS, Adriana Pereira. Juízes de fato: participação e administração da justiça local. *Dimensões*, v. 28, p. 103-122, 2012. p. 111-116; NUNES, *op. cit.*, p. 151-154; DANTAS, Mônica Duarte. O Código do Processo Criminal e a

The jury as a guarantee of independence from government is another recurrent topic in the Brazilian debates of the nineteenth century<sup>40</sup>. Important other problems on the jury are: the lack of independence of the jurors in relation to local powers, and the distortion of the idea of justice by peers in trials involving slaves. Regarding the first point, jurists and politicians lament that Brazilian jurors would be ignorant and subservient. Until the end of the nineteenth century, very few authors doubt that the jury is good, but transplanting an English institution to Brazil would not take into account the so-called civilisational deficits of the local population<sup>41</sup>. The aforementioned 1841 act can be considered an “elitist reform of the jury system”<sup>42</sup>, because it significantly increases the criteria for a citizen to become a juror. Would the jury not be a court of masters “against” slaves? The point is discussed since the debates of the 1823 Constituent Assembly until the age of abolitionism in the last decades of the nineteenth century, although it generates practically no reforms to the benefit of the slaves. For the abolitionist José do Patrocínio – a descendant of slaves, with no legal training, but very wise in matters of law – “to compare this legal excrescence - the jury for slaves - with regular courts, that sentence the criminal within normal law and taking into account the integrity of his moral person regarding his crimes; pretending that this trial would have the same social significance as those others is an aberration

---

Reforma de 1841. Dois modelos de organização dos poderes. *História do Direito*: RHD, v. 1, n. 1, p. 96-121, 2020. p. 113-120.

<sup>40</sup> FLORY, Thomas. *Judge and Jury in Imperial Brazil 1808-1871*. Social Control and Political Stability in the New State. Austin: University of Texas Press, 1981. p. 169-180; BETZEL, Viviani Dal Piero. *O tribunal do júri*. Papel, ação e composição: Vitória/ES, 1850-1870. Master dissertation in Social history of political relations. Vitória: Universidade Federal do Espírito Santo, 2006. p. 41-65; VELLASCO, Ivan de Andrade; AMENO, Viviane Penha Carvalho Silva. Juízes de facto: a discussão parlamentar da participação dos cidadãos no Júri (1823). *Dimensões*, v. 28, p. 43-57, 2012; CAMPOS, *op. cit.*; NUNES, *op. cit.*; LORENZONI, Lara Ferreira. *Tribunal do júri no banco dos réus*. A luta por uma justiça cidadã no Brasil. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020. p. 57-139.

<sup>41</sup> These criticisms against the jury are frequently reported in historiography, see, for example: FLORY, *op. cit.*, p. 169 and p. 183-185; BETZEL, *op. cit.*, p. 41-65; VELLASCO; AMENO, *op. cit.*; CAMPOS, *op. cit.*; NUNES, *op. cit.*; LORENZONI, *op. cit.*, p. 57-139.

<sup>42</sup> FLORY, *op. cit.*, p. 249-250. See also DANTAS, *op. cit.*, p. 113.

that cannot be explained”<sup>43</sup>. Slavery is abolished in 1888, but the same question could still be asked: does a still censitary court really produce judgments by peers? Despite the relevance of the question, the criticism that led to a severe limitation of the sovereignty and competence of the Brazilian jury in 1938 revolved around other problems<sup>44</sup>.

*Luigi Lacchè* explicitly pays attention to the role of public opinion in the evolution of law. There is much more juridical security when the vast majority of a social group accepts the legal rules it has to abide by. Using Weberian categories, it can be stated that the legal system will only be efficient and effective, when it is rationally, charismatically and traditionally legitimised. However rational – i.e. dogmatically correct – the law is, it has also to fit in the social traditions and beliefs (which stresses the sense and need of contextual legal history). Public opinion is the most important channel by which the existing legal tradition can be denounced or attacked. In the nineteenth century most European countries experience a boom of public opinion, thanks to the industrialisation of printing, the establishment of the freedom of the press, the crumbling-down of censorship and the rise of political parties. Public opinion, by most scholars seen as an eighteenth century product of Enlightenment, becomes a motor of modernisation. Though the link between criminal proceedings and publicity/public opinion is much older<sup>45</sup>, in this period, indeed, as stressed by Lacchè, it becomes “constitutional”: while the execution of sentences gradually turns more and more invisible, the

---

<sup>43</sup> PATROCÍNIO, José do. O ódio togado [29 de abril de 1889]. In: CARVALHO, José Murilo de (org.). *Campanha Abolicionista: coletânea de artigos*. Rio de Janeiro: Fundação Biblioteca Nacional, 1996. p. 154-155.

<sup>44</sup> A chapter of this history is addressed by Nunes, Cunha & Costa article in this dossier.

<sup>45</sup> The public assistance to medieval ordeals, for instance, is a form of interaction with the public, and particularly the “spectacle of suffering” of penal executions is a clear attempt to influence public opinion, but it also gave rise to popularising collections of *causes célèbres* and critiques by an early form of public opinion expressed in market songs and popular art, see DE DONCKER, Jules. *A Canon of Crime. The Rise and Development of the Causes Célèbres in Europe*. Doctoral dissertation in Literature. Ghent: Ghent University, 2017, resp. SPIERENBURG, Pieter. *The Spectacle of Suffering. Executions and the Evolution of Repression, from a Pre-Industrial Metropolis to the European Experience*. Cambridge: Cambridge University Press, 1984.



publicity of the procedure is increasingly considered an indispensable element of its legitimacy.

Lacchè describes the link between criminal procedure and public opinion for Italy, with some remarks on France and Great-Britain<sup>46</sup>, but it is the case for many other countries as well. For Belgium<sup>47</sup>, for instance, having lived twenty years under French rule, followed by fifteen years of Dutch government, the July 1830 Revolution, the October Declaration of Independence and the February 1831 Constitution, are the result of “public opinion”, and more particularly of a rather small group of jurists and journalists, having experienced themselves criminal prosecution because of their political opinion. The Belgian Constitution not only explicitly installs the freedoms of the press, religion, and association, but it also explicitly (re)installs the jury for high crimes, as well as – to the example of the 1830 French Constitution – for political and press offences<sup>48</sup>. It also confirms the legality principle and strictly limits the possibility of provisional detention while investigating a crime. Via public opinion some angle stones of criminal procedure (the ones already cited, but also the publicity of court sessions and the obligation to motivate the judge’s decision) thus find their way into the new country’s constitution.

Lacchè describes how the aspect of publicity of criminal proceedings is at the heart of “modern” justice, but becomes also criticised

---

<sup>46</sup> Elementary aspects of “publicisation” in English eighteenth-century law are, for instance, the establishment of the trial on indictment, with its confrontation of the parties, the publicity of the proper hearing, and the role of the jury.

<sup>47</sup> The interaction of public opinion and law is intense in the period of the 1830 Revolt, but it continues to be a crucial interactive couple throughout the 19<sup>th</sup> and 20<sup>th</sup> centuries, see DELBECKE, Bram. The Political Offence and the Safeguarding of the Nation State: Constitutional Ideals, French Legal Standards and Belgian Legal Practice. *Comparative Legal History*, v. 1, p. 45-74, 2013 and DELBECKE, Bram. Justitie en pers. Voor altijd les frères ennemis? In: DE KOSTER, Margo; HEIRBAUT, Dirk ; ROUSSEAU, Xavier (eds.). *Deux siècles de justice*. Encyclopédie historique de la justice belge. Bruges: die Keure, 2015. p. 454-476.

<sup>48</sup> Lacchè mentions that the “constitutionalized” Kingdom of Sardinia was the first to establish the jury, exactly for press offences. With the Press edict of March 25<sup>th</sup>, 1845 the jury entered the Italian courtrooms, and became “*um dos pilares do ordenamento liberal italiano*”. Also in Brazil, the jury was first introduced for press offences in 1822 (*Decreto de 18 de junho de 1822*).

in the nineteenth century. Jury proceedings become a type of theatre, where tranquillity and objectivity can be seriously questioned<sup>49</sup>. In Italy, particularly the *Scuola Positiva* denounces publicity as not compatible with the “scientificity” of the judicial process. Lacché brilliantly labels it as “*os positivistas defendem a esterilização médica do processo*”. In the twentieth century, moreover, publicity in Italian crime procedure is forced to give way under pressure of fascism, which illustrates how (also criminal procedural) law is a tool of political power. The conservative reflex of fascism hinders at this point further modernisation.

It is interesting to compare Lacché’s story to the analysis by *Marco Miletta* of the principle of immediacy in Italian law, exactly within the time span between the end of the eighteenth and the early twentieth century. Miletta is writing from a more dogmatic point of view. After defining “immediacy” as a principle requiring that all evidence is presented in court in its most original form<sup>50</sup>, and distinguishing it from “orality”, the author explains how German and French literature inspired Italian doctrine on the subject (cf. *infra*). After a first group of scholars consider immediacy a non-negotiable principle of liberal justice, the Italian Positivist School fears that the rule favours popular and emotional interferences in the trial: the reasoning perfectly fits in the context drafted by Lacché. Miletta nicely maps the heated debates finally leading up to the 1913 Code, confirming the “orality movement”.

Another Italian contribution to this volume, by *Loredana Garlati*, also illustrates how context helps to understand dogmatic evolutions. The influence of social and positive sciences, already mentioned by Lacché, leads to the professionalisation of research techniques, and is a main catalyser for the emergence of specialised police forces. The Scientific

---

<sup>49</sup> Just like Lacché in his contribution refers to some magistrates giving privileged seats in court or even distributing tickets, similar practices of the court as theatre are described, for Belgium, by DE BURCHGRAEVE, Amandine. *Le crime de sang à la cour d’assises de Brabant (1893-1913)*. Une histoire judiciaire, politique et médiatique. Doctoral dissertation in History. Louvain-a-Nova: Université catholique de Louvain, 2018.

<sup>50</sup> For a recent state of the art, see GROENHUIJSEN, Marc; SELÇUK, Hatice. The Principle of Immediacy in Dutch Criminal Procedure in the Perspective of European Human Rights Law. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 126, p. 248-276, 2017.

Police School, founded in 1902 in Rome, teaches both police (within the objective of preventing crimes) and investigative police officers (providing judges scientifically based material truth) a scientific method to perform their tasks. Garlati comments on the important role of Salvatore Ottolenghi, but also contextualises, by drawing a picture of what she calls a “culturally lively period, in which the enthusiasm towards the so-called auxiliary sciences (anthropology, psychology, forensic medicine, statistics, and so forth) came on the scene of criminal trials, also thanks to the boost given by the Positive School”.

The scientific evolutions described surely influence what happens in nineteenth and twentieth century courts. But do they also change procedural law itself? Even using anthropometry, dactyloscopy, graphology, forensic medicine and many other emerging “scientific” (many of them meanwhile seriously questioned and even abandoned) methods of proof<sup>51</sup>, these, merely legally spoken, do not in themselves urge the legislator to adapt the judicial system and procedural rules. At first sight, science helps the judge (in some cases the jury) make up his/her/their mind(s), leading to probably a more confident “intimate conviction” within the concept of the free evaluation of proof, but it does not change the legal concept of proof itself, does it? If the “irrational” methods of proof (like the ordeal by water or fire) are long gone, and the early modern, Romano-canonical hierarchy of proofs (recognising torture as a means to come to a confession) is abandoned after harsh philosophical and popular critiques, one can say that the system of the judge’s intimate conviction is the real “modern” method of proof (more particularly, sociologically spoken, in the sense of an application of the results of free scientific investigation). It is firmly installed in the nineteenth century and even

---

<sup>51</sup> Loredana Garlati describes the pioneering role of French criminologist and policeman Alphonse Bertillon, whose contribution to the scientification of police research methods created the word *Bertillonage*, which even appeared in detective novels by Arthur Conan Doyle and Agatha Christie. In 1890 he published *La photographie judiciaire*. To what this practically lead (and how these old pictures can today be a useful source for art-historical research on architecture) was recently shown in a Ghent University exhibition, whose catalogue is recommended literature on the topic: STERCKX, Marjan (ed.). *Crime Scenes*. Interbelluminterieurs door de lens van de forensische fotografie. Gent: A&S Books, 2021.

today not seriously criticised. Just like every new situation, however, is never a revolution, but merely a piecemeal (trans)formation, every new synthesis always carrying on with some elements of both the thesis and the antithesis, some elements of proof from pre-modern times survive, particularly the oath (having its theological, canon and moral roots in the Middle-Ages) and the confession (for centuries the queen of proofs).

The contribution by *Heikki Pihlajamäki* also relates to the same period, and more particularly to the same background of the growing importance of criminalistics, professional criminal police and prosecutorial services. The article analyses, from a legal comparative perspective, which arguments played in Finland, when in that late nineteenth century the country decided not to install the investigative judge. It was not as much because “guiding” countries as France or Germany opted for other institutions, as the reasons should rather be sought in the evolving scientific context. Having at hand more scientific means of proof, it is at that time obvious to entrust the use of them to a specialised corps of professionals of the Public Ministry. Pihlajamäki explicitly links the investigative judge to the old inquisitorial system and writes that by the 1850’s the perception of what capacities a judge has to have, has completely shifted. “Whether or not a country adopted the use of the investigative judge, however, cannot be fully explained by path-dependence or tradition alone”, the author writes. In other words, belonging to a common law or civil law tradition, or having traditionally a more inquisitorial or rather accusatorial system, is less important to understand legal transplants, than well perceiving the concrete context of the decisive moment.

The contribution by Belgian scholar *Edouard Delrée* confirms this to a very large extent. If the idea of path-dependency serves the description of one country well, then it is surely Belgium and its predecessor (the Southern Netherlands), which are heavily inspired by France (indirect legal transplants) in both the *Ancien Régime* as at the moment of Independence (and afterwards). More important still, though, are the direct legal transplants of the administrative and judicial institutions of France and the five Napoleonic codes in the period 1795-1814<sup>52</sup>. Even

---

<sup>52</sup> On the decisive 1795-1815 French period for Belgian legal history, see HEIR-BAUT, Dirk; STORME, Mathias E.. *The Belgian Legal Tradition: From a Long*

today, scholars still doubt whether Belgium really has a legal culture of its own, or if it should be considered a French province<sup>53</sup>. Delrée describes how the Belgian evolutions of criminal procedural law in the nineteenth and twentieth centuries, for many decades, are piecemeal adaptations, some of them because of the State being condemned by the European Court of Human Rights for infringements of article 6 of the European Convention on Human Rights. Only very recently, at the end of the twentieth century, serious alterations take place under public pressure, more particularly because of the scandalous *Dutroux* case: reorganisation of the police forces, more rights for the victim during the inquisitorial phase of judicial investigation and the end of the political nomination of judges.

Another major change, not only in Belgium, but in many other European states, is the right to be assisted by a personal lawyer from the very first hearing of an investigation, a consequence of the 2008 European Court of Human Rights case *Salduz v. Turkey*<sup>54</sup>. Many scholars consider this “breaking-in” into the inquisitorial investigation to be an

---

Quest for Legal Independence to a Longing for Dependence? *European Review of Private Law*, v. 5, n. 6, p. 645-683, 2006; particularly on penal codifications: DUBOIS, Bruno; LE MARC'HADOUR, Tanguy. *Un code pour la Nation*. La codification du droit pénal au XIXe siècle (France, Belgique, Angleterre). Lille: Centre d'Histoire Judiciaire, 2010. Parts of the former Southern Netherlands had already been annexed earlier by France. In conquered Flanders a new French sovereign court of justice was installed in 1668; the French ordinance of 1667 was not made applicable, but the 1670 criminal ordinance was. Serge Dauchy and Véronique Demars have researched in what sense “old Flemish” law, as well as other foreign law was allowed to be applied, a research question difficult to answer as French *Ancien Régime* courts did not motivate their sentences, or at least not the way it is done today: DAUCHY, Serge; DEMARS-SION, Veronique. Foreign Law as Ratio Decidendi. The ‘French’ Parlement of Flanders in the Late 17th and Early 18th Centuries. In: DAUCHY, Serge, BRYSON W. Hamilton; MIROW, Matthew C. (eds.). *Ratio decidendi*. Guiding Principles of Judicial Decisions. Volume 2: ‘Foreign’ law. Berlin: Duncker & Humblot, 2010. p. 63-79; DEMARS-SION, Véronique; DAUCHY, Serge. La non motivation des décisions judiciaires dans l’ancien droit français: un usage controversé. In: BRYSON, W.H.; DAUCHY, Serge (eds.). *Ratio Decidendi*. Guiding Principles of Judicial Decisions. Berlin: Duncker & Humblot, 2006. p. 87- 116.

<sup>53</sup> HEIRBAUT; STORME, *op. cit.*

<sup>54</sup> European Court of Human Rights, 27 November 2008, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-89893%22%5D%7D>].

influence of the common law system on the continental one. Part of the attractiveness of the common law example might even be caused, not as much by the idea of what a “just” proceeding should be, but rather by the influence of television and cinema, displaying the common law trial as a fair and equal fight with legal arguments. For sure, the cultural evolutions – shifting from an exemplary role of French literature in the nineteenth century printing age to the successes of Hollywood and BBC detective series today – also play a role in understanding why criminal procedural rules evolve. This is the case, for instance, for the globalisation of plea bargaining<sup>55</sup>.

The Brazilian experiences, described and analysed in the four following articles, align very well with what has been said about continental Europe. *Ana Lúcia Sabadell* and *Júlio Cesar Costa Manoel* study the “reception” of the *inquirições devassas*, established by sixteenth century Portuguese royal legislation (the *Ordenações Manuelinas* of 1521; confirmed by the *Ordenações Filipinas* of 1603) and imported to the colony, but kept in force after the independence, until the 1832 *Código de Processo Criminal*. *Inquirições devassas* are criminal investigations, not necessarily initiated by a complaint by a victim or a denunciation, but autonomously started by the authority. They are a clear example of an inquisitorial procedure<sup>56</sup>, as within this form of procedure the local judge can investigate a committed crime, by hearing witnesses for instance,

<sup>55</sup> LANGER, Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: the Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. *Harvard International Law Journal*, v. 45, n. 1, p. 1-65, 2004. p. 51-62.

<sup>56</sup> Originating in canon law (“*com origem na inquirição típica do direito canônico*”), assert the authors, relying on the famous eighteenth-century Portuguese criminalist Pascoal José de Melo Freire, see HESPANHA, António Manuel. *Instituições juris civilis Lusitani, cum publici tum private, Pascoal [José] de Melo Freire [dos Reis] (1738-1798)*. In: DAUCHY, Serge; MARTYN, Georges; MUSSON, Anthony; PIHLAJAMÄKI, Heikki; WIJFFELS, Alain (eds.). *The Formation and Transmission of Western Legal Culture*. 150 Books that Made the Law in the Age of Printing. Cham: Springer, 2016. p. 310-314. Funny to remark that Freire himself was censured in Portugal under Pombaline government. Interesting remarks on international book travelling and national censorship are made by BECK VARELA, Laura. “En el expurgatorio de España se determina lo que se debe tachar”. *Episodios portugueses de la censura de la literatura jurídica (siglos XVII y XVIII)*. *Revista de Historia del Derecho*, v. 55, p. 1-25, 2018.

but also by examining the *corpus delicti*, without even notifying – far from hearing – the suspect. The authors analysed 89 cases treated by local first instance courts from the Côncavo Baiano region, a territory around São Salvador, capital of the Bahia State, and the All Saints Bay, for the period between 1712 and 1832, most of them initiated by a *devassa* investigation.

The *inquirições devassas* are a true instrument of power, very “useful” for the colonial authorities in Brazil. They are “authoritarian and disproportionate”, Sabadell and Costa Manoel conclude. Two types exist: the special ones against known crimes are most used, whereas the general ones are a type of Crown control over the lower magistrates (as they give the possibility for a general investigation over the functional period of a former magistrate, in the first weeks of the installation of a new one, very often taking the form of *devassas janeirinhas*, when a whole revolved year is investigated). The analysis of the practice of the *devassas* (almost all of them being “special” ones, cases in which the crime is known) reveals that the (Portuguese legislation based) procedure is followed in great lines, but that many of its detailed conditions are neglected by the local magistrates. Its conditions of use are as it seems more leniently applied in Brazil than in the mainland Portugal, where the social and cultural conditions are, indeed, different. The “direct legal transplant” by the coloniser could impossibly be perfect, given the socio-cultural circumstances of the colony. Also the coloniser’s legal mentality was favourable to localisms<sup>57</sup>.

With Arthur Barrêto de Almeida Costa’s article on the Brazilian Council of State’s practice of pardoning in Brazilian military penal law between 1842 and 1889, another interesting example is given of how local events and circumstances steer the concrete application of globally known concepts and institutions. Arthur Barrêto investigates

---

<sup>57</sup> About these general features of Portuguese legal imperialism in this period, see HESPANHA, António Manuel. Direito comum e direito colonial: porque é que existe e em que é que consiste um direito colonial brasileiro. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, v. 35, p. 59-68, 2006; HESPANHA, António Manuel. Modalidades e limites do imperialismo jurídico na colonização portuguesa. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, v. 41, p. 101-135, 2012.

the pardoning practices of the Section of War and Navy of the Brazilian Council of State, the advisory board that assists the Emperor to use his prerogative of pardoning military convicted offenders (a competence of his “moderating power” according to Benjamin Constant’s theory). The criminal law of the Portuguese (and Brazilian) armed forces is, still in the nineteenth century, governed by the Articles of War, dating back to the Pombaline reforms of the eighteenth century, that brought the Iberian kingdom in line with the illuminist ideals of administrative rationality and enlightened despotism. The Articles were pretty much inspired by the Prussian example.

Barrêto’s field research reveals, however, that their application is far from uniform. The higher the condemning court, for instance, the more hope the defendant can have of being punished less severely. Statistically spoken, “the soldier should expect to face progressively softer treatment as he went higher in the decision levels”. Moreover, the Emperor most of the time leans his ears to demands for clemency, backed by the Council of State’s advice. “In almost 70% of the cases, at least the majority of the Section of War and Navy recommended at least the commutation of the penalty, and sometimes suggested even a full pardon”.

Barrêto lists the categories of reasons why condemned soldiers are graced. Some relate to the committed crime, some to the person of the defendant, some to external reasons. A remarkable case is cited as an example of a reason of clemency: the unjustness of the proper criminal procedure, and more particularly its long duration. A man, having awaited his execution for more than a year, has his death sentence commuted. “We can only imagine what the Brazilian Council of State would think of nowadays prisoners that await years before facing court”, Barrêto remarks. His main conclusion is that “pardon underwent a path with such reasonings that turned it into a more mainstream feature of Brazilian military law and procedure”, a beautiful example of a piecemeal evolution. The author also assesses that doctrine and practice align: the ideas of Brazilian constitutional lawyers are followed to a large extent, be it not always. That is why he concludes that pardoning practices are “part of those extensive changes that brought law to the so-called modernity, a part of the broader process of codification”. The military law itself, on the contrary, is not modern, not even in a period



of transition towards modernity, Barrêto asserts. Why?, he asks. Again, because the factual circumstances allow the law not to modernise: the military law's subjects, the young recruits, are "illiterate people raised in a hierarchical society" and there is no "culture of civism, of rational obedience". Conclusions for this military context, however, should not be extended to society at large.

Diego Nunes, Bárbara Madruga da Cunha and Mayessa H. Costa study what happens with criminal procedure in the State of Santa Catarina between the Brazilian Federal Republican Constitution of 1891 and the *Código de Processo Penal* of 1941, still in force today (be it heavily modified). For this rather short period the States are competent for promulgating their own procedural legislation. However, the old 1832 *Código de Processo Criminal* is only abolished and substituted by new rules, when the State adopts its own judicial code in 1925<sup>58</sup>. Particularly interesting in the analysis of Nunes *cum suis*, is the fact that the authors not only looked at legislative acts and doctrinal publications, but also at journalistic sources of the period under scrutiny. Almost in deceiving words, they come to the conclusion that, even in an era of heavy political turmoil, criminal procedure is not really a key issue. The most prominent, but slow, evolution, particularly towards the end of the period, is the gradual taking down of the jury's importance. The development perfectly aligns with the evolution seen in Europe<sup>59</sup>.

Also Régis João Nodari brings us a story from the same period, and more particularly the First Brazilian Republic (1889-1930), when the individual States of the Brazilian Federal State are competent for organising the criminal procedure. Concentrating on the life and works of criminal procedure scholar João Mendes de Almeida Júnior (1856-1923), Régis Nodari's article shines a light on the way doctrine deals with legislation,

---

<sup>58</sup> An *obiter dictum* by Nunes, Cunha & Costa (sub. 1), attested to be true for many other countries, is that (codification/rectification/modernisation of) material law always seems to come first; formal or procedural law is normally only a second step.

<sup>59</sup> Same conclusions in: SABADELL, Ana Lúcia. Los problemas del derecho procesal penal único en una federación: la experiencia de Brasil. In: Instituto Nacional de Ciencias Penales (org.). *Hacia la unificación del derecho penal*. Logros y desafíos de armonización y homologación en México y en el mundo. México: Instituto Nacional de ciencias Penales, 2006. p. 585-615.

legal practice and jurisprudence. While under the Empire doctrine is very practice oriented and “national”, based on the Brazilian federal code of 1832, under the Republic variation can much more easily occur, as the still practice oriented writings have to deal with rules (possibly) differing from state to state.

Almeida Junior’s works, mainly his most famous *Processo Criminal Brasileiro* (1901), can be seen as a unifying or centripetal reply to the centrifugal legislation. It is funny to read that the book was financially supported by a prize, installed by the national *Código do Ensino* (1900), for books that were scientifically relevant for society at that moment. In fact, Nodari explains, the publication would become a basic and much cited handbook, in some sense filling the knowledge gap that was caused by the scarce presence of federal legislation on the subject. It was a work of scientific scholarship and theory, but the editing house sold it as most useful for judges, lawyers and students. Important to stress is the fact that it was not a mere descriptive work, but – according to the foreword and patent throughout the text – the author explicitly situated his writings in the liberal tradition. He considered his work patriotic and stressed that the guiding principle for procedural law should be the guaranteeing of individual rights (though he never forgot the other pole of this pendulum: State order). At many points Almeida asked the states to intervene as little as possible in the existing law, in order not to break the “general”, i.e. federal, uniformity, and, above all, the Brazilian tradition dating back, at least, to the imperial period.

When only looking at the legislated law, one might easily conclude that, after a period of legislative diversity, the *Código de Processo Penal* (1941) is a reaffirmation of federal power, as a political result of the strong ideology of national union propagated by the *Estado Novo*, installed in 1937. Looking at doctrine and practice, however, teaches us that the idea of reunifying procedural law is much older than the establishment of the provisional government in 1930 or the *coup d’état* of 1937.

Indeed, the narrative of the lawgiver, is another narrative than the one of scholarship, or practice. And a good (contextual) legal historian should listen to all narrators. In their contribution to this dossier, *Danielle Regina Wobeto de Araújo* and *Gabrielle Stricker do Valle* report on a larger research on the narratives of court cases. They present some

methodological thoughts on legal historiography, particularly on the use of criminal processes as historical sources, studying the subject from a narrative perspective. Illustrated by some eighteenth century witchcraft cases (from secular courts in the southern part of the Latin-American Portuguese territory), they reflect on the dialogical and teleological narratives of criminal proceedings. They highlight the possibilities of using archival criminal proceedings files to describe and assess values, individual and social behaviours, and power relations, and particularly the daily situation of the lowest social layers. Their contribution jumps from the more purely legal – be it contextual – analyses of the other papers to the social sciences. In this sense, it invites not only legal scholars, but also social and cultural historians – in the wake of a historiographical tradition that has already produced fruitful research in Brazil – not to neglect the huge amount of sources both material and formal criminal law have generated throughout the centuries.

The authors correctly warn for the “historicity” of juridical concepts, on the one hand, but also for looking at the sources too juridically. The polyphonic narratives in criminal proceedings are historically very interesting, but only if one looks at them anthropologically, knowing full well that the (legal) objective of establishing a judicial truth, which is a main aim of the process itself, does not coincide with the (historical) objective of seizing the lived truth. The procedure itself is thoroughly biased by the contemporary power structures; and one always has to be aware of the fact that the source we read itself is the product of an intermediary. A micro-history of one single proceeding can at this point be very instructive, but should always be confronted with other qualitative and quantitative research. The reflections of Wobeto de Araújo and Stricker do Valle invite to delve into the archives, but also ask to do it very diligently, and paying attention to the legal dimension of this kind of sources.

There is, indeed, an immense number of judicial archives waiting to be discovered and analysed. May the present dossier be an invitation for future studies. Criminal procedures are a fruitful terrain, for instance, for colonial and post-colonial studies, and for the important question of mutual cultural adaptation and travelling of ideas, mentalities, concepts, knowledge, methods... But also in the

proper field of criminal procedure, checking judicial reality might reveal that “law in the books” and “law in action” differ<sup>60</sup>.

### 3. LEARNING ABROAD: THE ROLE OF PROFESSIONALS

From the first and second paragraph, we can provisionally conclude that criminal procedure does have a history to be researched and written, although it does not know revolutions, but only piecemeal transformations. Time and time again big concepts such as inquisitorial versus accusatorial, state power versus individual rights, specialised courts versus popular justice, pop-up and clash, in search of the best balance, adapted to the concrete social, political and economic circumstances. Maybe the last real “revolution” in criminal procedure on the European continent (and later its colonies), although its realisation is spread over several centuries, is the emergence of the Romano-canonical procedure<sup>61</sup>: first installed in the Church courts<sup>62</sup>, later in the royal, town and even feudal courts; dogmatically elaborated by scholars like Damhouder and Carpzov<sup>63</sup>; slowly entered into customary practice; fixed by the lawgiver in ordinances like the *Constitutio Criminalis Carolina* for the Holy Roman Empire<sup>64</sup> or

---

<sup>60</sup> HALPÉRIN, Jean-Louis. Law in Books and Law in Action: the Problem of Legal Change. *Maine Law Review*, v. 64, p. 46-76, 2011.

<sup>61</sup> Of course, there are idiosyncrasies. However similar the *Ancien Régime* procedures are in France and the Netherlands, for instance, in the first country appeal is possible in criminal affairs, while in the second it is not, MONBALLYU, *op. cit.*, p. 428.

<sup>62</sup> It is remarkable that Protestantism has almost no influence on criminal and civil procedure, see PIHLAJAMÄKI, Heikki. *Executor Divinarum et Suarum Legum: Criminal Law and the Lutheran Reformation*. In: MÄKINEN, Virpi (ed.). *Lutheran Reformation and the Law*. Leiden: Brill, 2006. p. 171-204.

<sup>63</sup> MAIHOLD, Harald. *Praxis rerum criminalium, Joos (or Joost) de Damhouder (1507-1581)*. In: DAUCHY, Serge; MARTYN; MUSSON; PIHLAJAMÄKI; WIJFFELS (eds.), *op. cit.*, p. 99-102 resp. PIHLAJAMÄKI, Heikki. *Practica nova Imperialis Saxonica rerum criminalium I-III, Benedict Carpzov (1595-1666)*. In: DAUCHY, Serge; MARTYN; MUSSON; PIHLAJAMÄKI; WIJFFELS (eds.), *op. cit.*, p. 187-189.

<sup>64</sup> Followed, in the Netherlands, by the 1570 criminal ordinances of Philip II, see DAUCHY. *La torture judiciaire*, *op. cit.*; MONBALLYU, *op. cit.*, p. 16; MOORMAN VAN KAPPEN, Olaf. *Die Kriminalordnungen Philips II. für*

the 1670 *Ordonnance criminelle* for France (to a great extent confirmed in the Napoleonic *Code d'instruction criminelle* of 1808, establishing a “mixed system”, where the revolutionary ideals are received within the Romano-canonical framework)<sup>65</sup>. Its success is linked to the spreading of law faculties and the rise of new professions and specialised functions (advocates, proctors, councillors, ushers, solicitors, notaries, judges...). From the twelfth century until today, professionalisation can be seen as a determining factor for many transformations.

For all countries studied in the papers of this dossier, the French 1808 code plays a fundamental role, as it is the compromise between the age-old principles of criminal procedure and the enlightened claims for fundamental rights. Its “mixed system” comprises two phases, of which the investigation continues to be in essence inquisitorial, the actual debate in court being adversarial. It mirrors the tensions that throughout the nineteenth and twentieth centuries until today will continue to ask for adaptations, tensions between public power and individual rights. In the defence of these conflicting interests, professionals play an important role. In the late *Ancien Régime* Dutch Republic, for instance, it is exactly because lawyers take up the defending role in criminal procedures, that the modernisation of it gets on its way<sup>66</sup>. Heikki Pihlajamäki sees the

---

die Niederlande im Vergleich zur Carolina. In: LANDAU, Peter; SCHROEDER, Friedrich-Christian (hgrs.). *Strafrecht, Strafprozess und Rezeption: Grundlagen, Entwicklung und Wirkung der Constitutio Criminalis Carolina*. Frankfurt am Main: Klostermann, 1984. p. 227-252.

<sup>65</sup> There is a huge amount of literature on these basic criminal procedural ordinances, e.g. with an eye on its application in judicial practice: LANDAU, Peter; SCHROEDER, Friedrich-Christian (hgrs.). *Strafrecht, Strafprozess und Rezeption: Grundlagen, Entwicklung und Wirkung der Constitutio Criminalis Carolina*. Frankfurt am Main: Klostermann, 1984; MARTINAGE, Renée. *L'ordonnance codificatrice de 1670 et son application en Flandres*. In : MACOURS, Georges; MARTINAGE, Renée (eds.). *Les démarches de codification du Moyen-Âge à nos jours*. Brussels: Academie, 2006. p. 21-45; MARTIN, Xavier. *De Beccaria et Voltaire aux codes criminels de 1808 et 1810: la continuité anthropologique*. *Revue Historique de Droit Français et Etranger*, v. 88, n. 3, p. 377-405, 2011.

<sup>66</sup> On the appearance of the defence lawyer in the Dutch Republic, see FABER, Sjoerd. *De opmars van de strafadvocaat te Amsterdam (1798-1811)*. *Pro Memorie*, v. 11, p. 115-136, 2009. See also the contribution by Heikki Pihlajamäki for nineteenth-century Finland, confirming that criminal justice “first

same in eighteenth-century Scandinavia, for centuries a stronghold of lay justice administration<sup>67</sup>.

In the Late Middle Ages and Early Modern Era legal professionals first appear at the authorities' side: legal advisers to the Prince, learned lawyers in central courts, juridically schooled functionaries as public prosecutors. The (absolutist) State is legally consolidated by jurists, who are payed for their service to the Crown. In the nineteenth century, however, the number of men having a law degree is drastically higher, and only part of them continue to be public functionaries. Many become independent lawyers, earning money by defending private interests; others become journalists and influence public opinion; some take up a political career. Not surprisingly, jurists play an important role in the liberal revolutions. They pertain to a social and particularly cultural elite: these are the men starting-up public museums, building opera and theatre houses, frequenting *salons*, reading newspapers, and... travelling the world. These men are curious about how other States function.

The construction of the Brazilian State after the independence in 1822 is also guided by legal professionals<sup>68</sup>, although the increase in the number of men having a law degree comes much later compared to Europe. The first two law schools are established in the 1820's; the opening of new ones is only authorised after 1889. Still in the first half of the twentieth century, several positions in the judicial bureaucracy are occupied by people without legal training, and *rábulas* (lawyers without formal legal training) are very common. The small elite of jurists sees itself as having a duty to build a civilised society in Brazil. To this end, it is essential to learn, by reading books or travelling the world, about what is happening in Europe and the United States, seen as the beacons of civilisation. Therefore, Brazilian jurists' curiosity on foreign law and State functioning are doubly motivated.

---

and self-evidently, tends to connect to politics and social history. Second, professionalization affects criminal justice”.

<sup>67</sup> From the 1730s, “fundamental changes took place through judicial practice, and they started with the lawyerization of the prosecution [...] They became neutral umpires, applying rules of evidence that were developed to safeguard the jury from undue influence by legal counsel”.

<sup>68</sup> See CARVALHO, José Murilo. *A construção da ordem: a elite imperial. Teatro de sombras: a política imperial*. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

Almeida Júnior, the influential Brazilian author Régis Nodari puts in the spotlight, is such a curious man. His voyages contribute to his theoretical insights, Nodari writes, and he cites as examples the many references to the Italian scholar Francesco Carrara (when talking about preventive imprisonment) and to the French Faustin Hélie (for the theorisation of process forms), while Raffaele Garofalo is only mentioned to reject the man's positivist thinking<sup>69</sup>.

It is, of course, more probable that legal scholars get acquainted with foreign literature, because books, published in other countries, cross borders<sup>70</sup>. In his very interesting contribution to this dossier, Miletto beautifully maps how Italian scholars in the nineteenth century are influenced by foreign literature, and mainly by just a handful of successful authors, like Faustin Hélie from France or Carl Mittermaier from Germany.

Arthur Barrêto in his paper in this dossier surprisingly tells us, for instance, how a (today totally forgotten) Belgian scholar called François Tielemans is cited in Brazil as some kind of authority to establish which kinds of pardoning are possible. Tielemans' *Répertoire de l'administration et du droit administratif de la Belgique* really is a practice oriented manual, not as much a scientific work with international pretensions. How should one understand then its extraterritorial "success"? Its intrinsic dogmatic value is probably not the key to the answer. The *Répertoire* was first published in 1834 (in the fourth year of Belgian independence) and was actually the initiative of two men: Charles de Brouckère (1796-1860) and François Jean Tielemans (1799-1888), two men who played a prominent role in the

---

<sup>69</sup> How beautifully digital tools can be used to map mutual influences and quotations of foreign literature, is shown by HAKIM, Nader; MONTI, Annamaria. Histoire de la pensée juridique et analyse bibliométrique: l'exemple de la circulation des idées entre la France et l'Italie à la Belle Epoque. *Clio@Themis, Revue électronique d'histoire du droit*, v. 14, p. 1-32, 2018; see also COSTA, Arthur Barrêto de Almeida. The Tropical Fado that Wanted to Become a European Samba: the Cosmopolitan Structure of Brazilian Administrative Law Investigated with Bibliometric Data (1859-1930). *Forum Historiae Iuris*, 2021 [forthcoming].

<sup>70</sup> Excellently studied, for the *Ancien Régime*, by BECK VARELA, Laura. The Diffusion of Law Books in early Modern Europe: a Methodological Approach. In: MECCARELLI, Massimo; SOLLA SASTRE, Maria Julia (eds.). *Spatial and Temporal Dimensions for Legal History*. Research Experiences and Itineraries. Frankfurt: Max Planck Institute for European Legal History, 2016. p. 195-239.

Belgian revolt against King William and the first years of Independence. De Brouckère was minister in the young state, member of Parliament and mayor of Brussels. Tielemans is less known today. He had been a public functionary under Dutch King William, but chose the side of the Revolution, in which he was very active as a journalist. Already in 1827 he had published on press crimes, and he defended the Brussels' printer Weissenbruch, who would later publish his *Répertoire*. When, in 1830, Tielemans published a pamphlet on ministerial responsibility, Dutch Minister of Justice Van Maanen felt offended and Tielemans was imprisoned and sued. Condemned for inciting rebellion to seven years of exile, he fled to Paris, where he helped prepare the Belgian Revolution and independence. He was a member of the constitutional commission and organised the new Ministry of the Interior as its *administrateur-général*. He became professor of administrative law at the newly established university of Brussels and magistrate in the Judiciary. Is it his fame in the (international) political news that made him being cited on the other side of the Atlantic? Or was it Belgium's proper fame as a State where the liberal ideals were effectively realised? Or is it just because his book, a twenty volume *Répertoire*, was simply available in Brazil? Checking the online catalogues of some major Brazilian libraries reveals that, today, Tielemans' work is not present any longer, but other works printed by Weissenbruch (Brussels) are, particularly Belgian printed works on Brazilian topics<sup>71</sup>. The link with the editing house might be a more important factor to explain the book's success.

Most important for broader divulgation of genuine ideas, attributed to certain authors<sup>72</sup>, are translations, of course<sup>73</sup>. Franz von Liszt's *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* was published in Portuguese already in 1899, more

---

<sup>71</sup> The *Real Gabinete Português de Leitura*, for instance, holds the book *Don Pedro II: Empereur du Brésil - Notice biographique* by Anfriso Fialho (Bruxelles: Typographie de Mme. Weissenbruch, 1876).

<sup>72</sup> Remark that the authorship as such is often problematic. Laura Beck Varela categorises five types of 'authors' (in the sense of names appearing on the title page of a book) among *Ancien Régime* publishing legal scholars: *collector*, *auctor*, *inventor*, *editor*, *relator*, see BECK VARELA, Laura. Authorship in Early Modern Jurisprudence. Paul Voet (1619-1667) on auctor and editor. *Quaerendo*, v. 47, p. 252-277, 2017.

<sup>73</sup> FOLJANTY, Lena. Translators: mediators of legal transfers. *Rechtsgeschichte/ Legal History*, Frankfurt am Main, v. 24, p. 120-121, 2016.



than ten years before the French and Spanish translations, which helps declare its influence in Brazil<sup>74</sup>. The influence of Mittermaier in Italy, as Miletto points out, is particularly due to the fact that the German author is cited in an Italian translation, published only six years after its original German print. A pitfall when assessing the influence of foreign doctrine, is that contemporary and later jurisprudence and legal historiography often exaggerates the impact of certain big names, that hardly anyone ever questions afterwards if the factual and concrete original impact on legal practice was really caused by an author's ideas<sup>75</sup>.

It is an interesting historiographical question to ask whether the circulation of law is linked with migration or not. The case of Italian scholar Enrico Tullio Liebman is, for instance, well known. Escaping from fascism, he fled to South America and taught in Brazil from 1939 to 1946<sup>76</sup>, but Liebman's discipline was civil procedure. For criminal procedure, it seems that there is not a similar situation since the nineteenth until the middle of twentieth century in Brazil. The adoption of foreign legal ideas or institutes in this field probably developed mainly through a paper-based international circulation. For instance, Régis Nodari, in his contribution to this dossier, describes how in Rio Grande do Sul the reform of the criminal process is strongly influenced by the ideals of the *Riforma della procedura penale in Italia* by Raffaele Garofalo and Luigi Carelli.

What surely also stimulates the role of foreign literature is the professionalisation<sup>77</sup> we already touched upon. Whereas many legal

---

<sup>74</sup> ESPÍNDOLA DE SENA, Nathália Nogueira; SONTAG, Ricardo. The Brazilian Translation of Franz von Liszt's *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* (1899): A History of Cultural Translation between Brazil and Germany. *Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series*, n. 2019-17, 2019.

<sup>75</sup> This is very well described for the impact attributed to Blackstone in the United States by MINOT, Martin Jordan. The Irrelevance of Blackstone: Rethinking the Eighteenth-century Importance of the Commentaries. *Virginia Law Review*, v. 104, n. 7, p. 1258-1397, 2018. p. 1392-1397.

<sup>76</sup> For, not a historiographical account, but a testimony from one of his Brazilian pupils, see BUZAID, Alfredo. A influência de Liebman no direito processual civil brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, p. 131-152, 1977.

<sup>77</sup> And, linked to it, education of course. Paying attention to what is happening abroad will be much more popular when law schools have comparative courses in their educational programs. A textbook example of how lay judges

evolutions have a recurring character or know a pendulum swing, professionalisation and specialisation started in the Late Middle Ages with the emergence of *ius commune* and the first legal professions<sup>78</sup>; knew periods of stronger and slower growth<sup>79</sup>, but they never stopped. If one sees the number of law faculties throughout the world (more than one thousand in Brazil!) and the “army” of their alumni, we may say the number of legal professionals (or at least legally trained adults) is enormous. The more jurists there are, the more risk of “juridification”, but also the more (real and felt) need for legal assistance. “The lawyer” no longer exist, instead there are tax lawyers, criminal law specialists, sports jurists, media councillors etc. The smaller the area of law one studies and practices, the more need to know it thoroughly and look at it critically... looking at other legal systems to see how things function over there. In search for good arguments, there is more and more need (and thanks to printing, today internet) more and more possibility to do so. Specialists get connected (by correspondence, dialoguing publications, periodicals, conferences, guest lectures...) in international networks via epistemic groups, experts who are the heart of global expertise<sup>80</sup>.

It would be interesting to map and analyse whether the international circulation of legal know-how is analogous in the *Ancien Régime* and in the contemporary era of national codifications. Is it different in (former) colonial territories than in coexisting independent

---

and limited legal education hinder the reception of foreign law is illustrated in PIHLAJAMÄKI, Heikki. “Stick to the Swedish law”: the Use of Foreign Law in Early Modern Sweden and Nineteenth-century Finland. In: DAUCHY, Serge; BRYSON, W. Hamilton; MIROW, Matthew C. (eds.). *Ratio decidendi*. Guiding Principles of Judicial Decisions. Volume 2: ‘Foreign’ Law. Berlin: Duncker & Humblot, 2010. p. 169-185.

<sup>78</sup> But is similar with evolutions in the common law system, like the specialisation and professionalisation of the justices of the peace in the sixteenth century.

<sup>79</sup> At this point the (French Revolutionary) failure – or early adaptation – of the jury is explained as an evident negation of the ongoing professionalisation. No wonder, already in January 1801, Bonaparte has some aspects changed. *De acte d'accusation* would now be drafted by a *commissaire du gouvernement* (a public functionary nominated by the Executive) and no longer by the jury director, who was an elected citizen-judge.

<sup>80</sup> See also HAKIM; MONTI, *op. cit.*.

states<sup>81</sup>? What Wobeto de Araújo and Stricker do Valle see happen in Brazilian *Ancien Régime* archival sources (learned authors as Prospero Farinacci and Martín Del Rio being cited by local practitioners with no legal education), is exactly what also European legal archives reveal on local practice by “peasant-aldermen”<sup>82</sup>. It looks like practitioners copy texts without (completely) understanding them. *A fortiori* we should not expect as legal history scholars of the twenty-first century that the local practitioners of centuries ago made the difference between scientific scholarship and practical handbooks, between moral or legal literature, between official law text and private point of view... When motivations had to be made, all arguments could serve. A hierarchy of the norms was only very slowly rising...

#### 4. METHODOLOGICAL PATHS: MULTIPLE TEMPORALITIES, SHIFTS AND DISPLACEMENTS

Detaching concepts, such as inquisitorial *versus* accusatorial, from very specific contexts is a way of trying to make them more productive for historical analysis. Instead of considering them to be rigid classifications, it seems more interesting to use them as tools for describing and evaluating the mixed systems elaborated in each time and space, paying due attention to the complexity of each situation, i.e. to the interweaving of the choices of a given time and place. The accusatory *versus* inquisitorial dualism in a given legal culture is not always elaborated as an opposition between two well-crystallised (though “mixable”) models<sup>83</sup>. The construction of

---

<sup>81</sup> Wobeto de Araújo and Valle conclude: “*que a particularidade do direito colonial foi a própria circularidade cultural, também manifestada, no caso especial da feitiçaria, pelo sincretismo religioso entre as noções do magismo popular e do satanismo teológico [...] pudemos concluir que a cultura jurídica criminal e processual criminal colonial estava situada entre a erudição jurídica escolástica deglutida pelos manuais praxistas e a adaptação prática dos crimes e do procedimento processual na América Meridional Portuguesa*”.

<sup>82</sup> MARTYN, Georges. Boerenschepenen en geleerd recht. *Pro Memorie*, Hilversum, v. 5, n. 2, p. 395-401, 2003.

<sup>83</sup> SBRICCOLI, Mario. “Vidi communiter observari”. L’emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII [1998]. In: SBRICCOLI, Mario. *Storia del diritto penale e della giustizia*. Tomo I. Milano: Giuffrè, 2009.

this type of opposition can be historicised; it is traceable, for example, since Enlightenment and post-Enlightenment proposals<sup>84</sup>. What tones does the legal debate around the accusatorial versus inquisitorial dualism acquire in each historical context? It has not always had an ideological-political character, that is, it has not always been linked to a reformist debate that challenged institutions and society from their foundations, as during Enlightenment<sup>85</sup>. The accusatorial versus inquisitorial dualism becomes an eminently legislative policy problem at the “moment” that is usually called “the codification age” in *civil law* systems, i.e. after the end of the eighteenth century. This does not mean that, before that time, it was not a matter of legislation (we need only remember the *Constitutio Criminalis Carolina*, the French ordinances or the Philippine Ordinances), but it seems that there is a change of emphasis, which allows us to ask the question about the very meaning of “mixing” in different historical contexts.

The problem of “mixtures” may be an issue more linked to the management of the process by judges than something that legislation needs to address. Before the codifications, we have several examples of the former case<sup>86</sup>; in the era of the codifications, dualism as a legislative policy problem is abundantly documented<sup>87</sup>. These variations invite us to consider the role of jurists: how do they cooperate in governing the process in these two situations? How do they relate to lawmaking in such different situations? The shift of the accusatorial versus inquisitorial dualism to a matter of legislative policy is also reflected in the way doctrine operates, foregrounding jurists’ views on what legislation should do in

---

p. 75 e p. 91; MECCARELLI, Massimo. Dimensions of Justice and Ordering Factors in Criminal Law from the Middle Ages till Juridical Modernity. In: MARTYN, Georges; MUSSON, Anthony; PIHLAJAMÄKI, Heikki (eds.). *From the Judge’s Arbitrium to the Legality Principle*. Legislation as a Source of Law in Criminal Trials. Berlin: Duncker & Humblot, 2013. p. 53-58.

<sup>84</sup> MECCARELLI, *op. cit.*, p. 66.

<sup>85</sup> DEZZA, Ettore. Accusa e inquisizione nella dottrina dell’Età dei Lumi. In: DEZZA, Ettore. *Lezioni di storia del processo penale*. Pavia: Pavia University Press, 2013. p. 93.

<sup>86</sup> SBRICCOLI, “Vidi communiter observari”, *op. cit.*, p. 75 ss; MECCARELLI, *op. cit.*, p. 53 ss.

<sup>87</sup> A good example is Nodari’s article in this dossier.

terms of mixing the two “models”. What is the place of jurists’ applicative interpretation in determining whether the process is more inquisitorial or more accusatorial in these different circumstances?

Legal historian analytical tools must be able to register the specificities of the past, so they must be open and flexible<sup>88</sup>, even to narrate the construction of rigid schemes. To detach dualisms such as accusatorial versus inquisitorial from very specific times and spaces does not mean to make them timeless. The point, in fact, is to make them better instruments to elaborate on interesting questions regarding the history of the criminal procedure.

Having in mind *longue durée* structures and their constant mutations, historical analysis, therefore, needs to account for the multiple temporalities that coexist in a given space and time. The apparently frenetic changes in certain strata should not obscure the reiteration of older and more enduring structures; on the other hand, even at the levels where change is very slow, there is movement, there is articulation with the transformations going on in other temporalities. The herald of *longue durée*, Fernand Braudel, in his famous 1958 article, was convinced of the special heuristic potential of the levels where the pace of history is slow. It is by descending to the level of these structures that it would be possible to construct a total history, for there would be the key capable of making sense of all the strata of a given civilisation. Even recognising that there are mental or social structures that traverse many fields, it seems impossible to determine the totality of an epoch, not least because each historiographical narrative is set out from specific problems that can only be partially confronted with others. The topical and artisanal dynamic of historiographical knowledge is a strong objection to the idea of total history. Then, what we can retain from the Braudelian lesson is that it is worthwhile exploring various levels of historical reality, that even the long duration models of historiography must be confronted with

---

<sup>88</sup> COSTA, Pietro. Em busca de textos jurídicos: quais textos para qual historiador? In: COSTA, Pietro. *Soberania, representação, democracia*. Ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010. p. 43-62; COSTA, Pietro. História do direito: imagens comparadas. In: COSTA, Pietro. *Soberania, representação, democracia*. Ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010. p. 17-41.

multiple temporalities. The deepest models also have a beginning and an end. Moreover, Braudel draws attention to the various articulations of these models over time<sup>89</sup>. According to the French historiographer, the call of historiography to social scientists – also valid for jurists – is so that they do not evade time by the instant always present or by the repetition “that does not belong to any epoch”<sup>90</sup>.

In our view, the words “displacements” or “shifts” best express the historical transformations of criminal procedure. They have been used and defined by the historian Peter Burke on several occasions. Let us look at two of them. In his book *What is Cultural History?*, after dealing with the links of the new cultural history with a much older tradition, Burke pointed out that, in spite of the continuities, a shift or turn had actually occurred: “the shift might be viewed as a change of emphasis rather than the rise of something quite new, a reform of tradition rather than a revolution, but after all, most cultural innovation takes place in this way”<sup>91</sup>. In the context of the history of knowledge, the “mythology of innovation” is confronted by the study of traditions, which, according to Burke, “are likely to suggest that what is generally recognized as innovation will often turn out, if analysed more closely, to be an adaptation for new purposes of an earlier idea or technique. In short, innovation is a kind of displacement”<sup>92</sup>. In the history of criminal procedure, examples of this dynamic are not lacking.

Peter Burke also explores another sense of the term displacement when dealing with the migration of intellectuals, who often become cultural mediators<sup>93</sup>. With a slight expansion, this sense of displacement

---

<sup>89</sup> BRAUDEL, Fernand. *História e ciências sociais. A longa duração* [1958]. In: NOVAIS, Fernando; SILVA, Rogério F. da (orgs.). *Nova história em perspectiva*. Vol. 1. São Paulo: Cosac Naify, 2011. p. 87-121. p. 113-114.

<sup>90</sup> BRAUDEL, *op. cit.*, p. 118.

<sup>91</sup> BURKE, Peter. *What is Cultural History?* 2<sup>nd</sup> ed. Cambridge: Polity, 2008. p. 75.

<sup>92</sup> BURKE, Peter. *What is the History of Knowledge?* Cambridge: Polity, 2016. p. 35.

<sup>93</sup> On the concept of intellectual mediators, see GOMES, Ângela de Castro; HANSEN, Patrícia. *Intelectuais, mediação cultural e projetos políticos: uma introdução para a delimitação do objeto*. In: GOMES, Ângela de Castro; HANSEN, Patrícia (org.). *Intelectuais mediadores: práticas culturais e ação política*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. p. 7-40.

also runs through several of the contributions of this dossier: although the migration of people rarely appears, the migration of ideas with the correlative and necessary role of jurists as cultural mediators is often brought to the fore, suggesting paths for research in the history of criminal procedure that are worth exploring in the future. The case of Mittermaier's presence in the Italian debate, already mentioned here and studied in Miletto's article, seems exemplary: the German jurist's ideas circulated in Italy thanks also to an Italian translation of 1851 of *Die Mündlichkeit, das Anklageprincip, die Oeffentlichkeit und das Geschwornengericht*; whereas in the Brazilian case, Mittermaier's ideas on evidence became much better known because of the translation published in 1871<sup>94</sup> of the *Die Lehre vom Beweise im deutschen Strafprozesse* (1834). Differently from the Italian case, the Brazilian version was not made from the German original, but from the French translation of 1848<sup>95</sup>: displacements and shifts not only in time, but also in space.

## CONCLUSIONS

Five Brazilian and seven European (Belgian, Dutch, Finnish, French and Italian) contributions make this dossier of the *Revista Brasileira de Direito Processual Penal* worth reading. They learn – notwithstanding local, regional, national idiosyncrasies – how interconnected the legal histories of these countries are. They all belong to the continental civil law family, firmly based, as far as criminal procedural law is concerned, in the late medieval Romano-canonical inquisitorial procedure. However, they also all underwent influences from abroad, some elements (like the

---

<sup>94</sup> MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Tratado da prova em materia criminal ou exposição comparada dos principios da prova em materia criminal, etc., de suas applicações diversas na Allemanha, França, Inglaterra, etc.* Traduzido por Alberto Antonio Soares. Rio de Janeiro, A. A. da Cruz Coutinho, 1871. A second edition of the translation was published in 1909 by Ribeiro dos Santos publishing house.

<sup>95</sup> MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Traité de la preuve en matière criminelle ou exposition comparée des principes de la preuve en matière criminelle, etc., de des applications diverses en Allemagne, en France, en Angleterre, etc., etc.* Traduit par C.-A Alexandre. Paris: Cosse et N. Delamotte, 1848.

jury) being taken from the common law system. It might be most prudent, therefore, to talk of mixed systems.

All of the criminal procedural law systems under scrutiny are in constant evolution. Compared to other areas of the law, however, criminal procedure seems to evolve very slowly and piecemeal, not knowing any real revolutions. What lawgivers, judges, authors and practitioners permanently try to do, is to bring the proceedings up to date, answering to the concrete needs of time and place, in short to “modernise” them. Since *ius commune* substituted the old Germanic legal system by the Romano-canonical one, the global framework was piecemeal adapted, but never really abolished. This is why French historians can correctly say the *Temps Modernes* already start in the “Early Modern Era”; but in the Modern Era the system is again updated, and even today many scholars ask for “modernisations”, a process that never will stop as long as history itself does not stop. Exactly because society changes permanently, the sociological sense of a “modern” criminal justice system will maybe never be reached: can a criminal procedure (that essentially institutionalises the State’s revenge<sup>96</sup>, the protection of the weak and the emendation of the bad) ever be a liberal and democratic state process, easily available on the free market and making use of all free scientific research?

As an introduction to what follows, it is not up to the writers of this editorial to formulate answers. As legal historians we think it is our first role to put questions. This is why in the foregoing paragraphs we stressed the “inexistence” of models (accusatorial-inquisitorial, common law-civil law, professional justice-lay justice) and underlined the fact that all systems are mixed.

Among the material sources making today’s law what it is, foreign influences play an important role, at all times and places, both in colonial and post-colonial context. As we hope to have pointed out, legal scholars should not think that only good or bad juridical arguments decide on which transplant makes it and which do not. There is an important task

---

<sup>96</sup> Be it funded in theories of prevention, repression or emendation, ALVES, Sílvia. *Punir e humanizar. O direito penal setecentista*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, Fundação para a Ciência e a Tecnologia, 2014. p. 20-40; MONBALLYU, *op. cit.*, p. 3-14.



to be taken up by comparative legal historians to try to map which factors make legal concepts and rules successfully migrate. The thirteen papers of this dossier want to be a first step in that discovery.

Enjoy reading! Happy discovery!

## REFERENCES

- ALESSI, Giorgia. O direito penal moderno entre retribuição e reconciliação. In: DAL RI JÚNIOR, Arno; SONTAG, Ricardo (org.). *História do direito penal entre medievo e modernidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 169-195.
- ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Typ. Batista de Souza, 1920.
- ALVES, Sílvia. *Punir e humanizar*. O direito penal setecentista. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, Fundação para a Ciência e a Tecnologia, 2014.
- BAKER, Keith Michael. Defining the Public Sphere in Eighteenth Century France: Variations on a Theme by Habermas. In: CALHOUN, Craig (ed.). *Habermas and the Public Sphere*. Oxford: Mit Press, 1992. p. 181-211.
- BARBAS HOMEM, António Pedro. *Judex Perfectus*. Função jurisdiccional e estatuto judicial em Portugal, 1640-1820. Coimbra: Almedina, 2003.
- BECK VARELA, Laura. The Diffusion of Law Books in early Modern Europe: a Methodological Approach. In: MECCARELLI, Massimo; SOLLA SASTRE, Maria Julia (eds.). *Spatial and Temporal Dimensions for Legal History*. Research Experiences and Itineraries. Frankfurt: Max Planck Institute for European Legal History, 2016. p. 195-239.
- BECK VARELA, Laura. Authorship in Early Modern Jurisprudence. Paul Voet (1619-1667) on auctor and editor. *Quaerendo*, v. 47, p. 252-277, 2017.
- BECK VARELA, Laura. “En el expurgatorio de España se determina lo que se debe tachar”. Episodios portugueses de la censura de la literature jurídica (siglos XVII y XVIII). *Revista de Historia del Derecho*, v. 55, p. 1-25, 2018.
- BERGER, Emmanuel. The Criminal Jury in England and France in the Late 18th Century. Historiographical Issues and Research Perspectives of Popular Justice. In: BERGER, Emmanuel (ed.). *Popular Justice in Europe (18th-19th Centuries)*. Bologna: Mulino, 2014. p. 71-88.
- BETZEL, Viviani Dal Piero. *O tribunal do júri*. Papel, ação e composição: Vitória/ES, 1850-1870. Master dissertation in Social history of political relations. Vitória: Universidade Federal do Espírito Santo, 2006.

BRAUDEL, Fernand. História e ciências sociais. A longa duração [1958]. In: NOVAIS, Fernando; SILVA, Rogério F. da (orgs.). *Nova história em perspectiva*. Vol. 1. São Paulo: Cosac Naify, 2011. p. 87-121.

BURKE, Peter. *What is Cultural History?* 2<sup>nd</sup> ed. Cambridge: Polity, 2008.

BURKE, Peter. *What is the History of Knowledge?* Cambridge: Polity, 2016.

BUZUID, Alfredo. A influência de Liebman no direito processual civil brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, p. 131-152, 1977.

CAMPOS, Adriana Pereira. Juízes de fato: participação e administração da justiça local. *Dimensões*, v. 28, p. 103-122, 2012.

CAPPELLINI, Paolo. Codificazione. In: CAPPELLINI, Paolo. *Storie di concetti giuridici*. Torino: Giappichelli, 2010. p. 111-121.

CARBASSE, Jean-Marie. *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*. Paris: PUF, 2000.

CARONI, Pio. *Lecciones de historia de la codificacion*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2013.

CARVALHO, José Murilo. *A construção da ordem: a elite imperial*. Teatro de sombras: a política imperial. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CHEVRIER, Georges. Composition pécuniaire et réparation civile du délit dans la Bourgogne ducale du X<sup>IV</sup>e au X<sup>VI</sup>e siècle. *Mémoires de la Société du droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands*, Dijon, v. 21, p. 127-137, 1960.

COSTA, Arthur Barrêto de Almeida. The Tropical Fado that Wanted to Become a European Samba: The Cosmopolitan Structure of Brazilian Administrative Law Investigated with Bibliometric Data (1859-1930). *Forum Historiae Iuris*, 2021 [forthcoming].

COSTA, Pietro. Em busca de textos jurídicos: quais textos para qual historiador? In: COSTA, Pietro. *Soberania, representação, democracia*. Ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010.

COSTA, Pietro. História do direito: imagens comparadas. In: COSTA, Pietro. *Soberania, representação, democracia*. Ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010.

COSTA, Pietro. O princípio de legalidade: um campo de tensão na modernidade penal. In: DAL RI JÚNIOR, Arno; SONTAG, Ricardo (org.). *História do direito penal entre medievo e modernidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 33-86.

CRÉPIN, Marie-Yvonne. Ordonnance criminelle dite de Saint-Germain-en-Laye, août 1670. In: HAUTEBERT, Joël; SOLEIL, Sylvain (eds.). *La procédure et la construction de l'État en Europe (XVIIe-XIXe siècles)*. Rennes: PUR, 2011. p. 449-462.

DANTAS, Mônica Duarte. O Código do Processo Criminal e a Reforma de 1841. Dois modelos de organização dos poderes. *História do Direito*: RHD, v. 1, n. 1, p. 96-121, 2020.

DAUCHY, Serge. La torture judiciaire dans les anciens Pays-Bas: État de la question. In: DURAND, Bernard (ed.). *La torture judiciaire*. Approches historiques et juridiques. Lille: Centre d'Histoire Judiciaire, 2002. p. 507-538.

DAUCHY, Serge; DEMARS-SION, Veronique. Foreign Law as Ratio Decidendi. The 'French' Parlement of Flanders in the Late 17th and Early 18th Centuries. In: DAUCHY, Serge, BRYSON W. Hamilton; MIROW, Matthew C. (eds.). *Ratio decidendi*. Guiding Principles of Judicial Decisions. Volume 2: 'Foreign' law. Berlin: Duncker & Humblot, 2010. p. 63-79.

DAUCHY, Serge; MARTYN, Georges; MUSSON, Anthony; PIHLAJAMÄKI, Heikki; WIJFFELS, Alain (eds.). *The Formation and Transmission of Western Legal Culture*. 150 Books that Made the Law in the Age of Printing. Cham: Springer, 2016.

DEZZA, Ettore. Accusa e inquisizione nella dottrina dell'Età dei Lumi. In: DEZZA, Ettore. *Lezioni di storia del processo penale*. Pavia: Pavia University Press, 2013.

DE BURCHGRAEVE, Amandine. *Le crime de sang à la cour d'assises de Brabant (1893-1913)*. Une histoire judiciaire, politique et médiatique. Doctoral dissertation in History. Louvain-a-Nova: Université catholique de Louvain, 2018.

DE DONCKER, Jules. *A Canon of Crime*. The Rise and Development of the Causes Célèbres in Europe. Doctoral dissertation in Literature. Ghent: Ghent University, 2017.

DELBECKE, Bram. The Political Offence and the Safeguarding of the Nation State: Constitutional Ideals, French Legal Standards and Belgian Legal Practice. *Comparative Legal History*, v. 1, p. 45-74, 2013. <https://doi.org/10.5235/2049677X.1.1.45>

DELBECKE, Bram. Justitie en pers. Voor altijd les frères ennemis? In: DE KOSTER, Margo; HEIRBAUT, Dirk ; ROUSSEAU, Xavier (eds.). *Deux siècles de justice*. Encyclopédie historique de la justice belge. Bruges: die Keure, 2015. p. 454-476.

DEMARS-SION, Véronique ; DAUCHY, Serge. La non motivation des décisions judiciaires dans l'ancien droit français: un usage controversé. In: BRYSON, W.H.; DAUCHY, Serge (eds.). *Ratio Decidendi*. Guiding Principles of Judicial Decisions. Berlin: Duncker & Humblot, 2006. p. 87- 116.

DE WIN, Paul. Analyse van een merkwaardige straf: de openbare bede om vergiffenis, 'eerlijke betering' of amende honorable'. *Handelingen van de Koninklijke*

*Kring voor Oudheidkunde, Letteren en Kunst van Mechelen*, Mechelen, v. 107, p. 117-232, 2003.

DUBOIS, Bruno; LE MARC'HADOUR, Tanguy. *Un code pour la Nation*. La codification du droit pénal au XIXe siècle (France, Belgique, Angleterre). Lille: Centre d'Histoire Judiciaire, 2010.

DUPONT, Guy. Le temps des compositions. Pratiques judiciaires à Bruges et à Gand du XIVe au XVIIe siècle (Partie I). In: DAUVEN, Bernard; ROUSSEAU, Xavier (eds.). *Préférant miséricorde à rigueur de justice*. Pratiques de la grâce (XIIIe-XVIIe siècles). Louvain-la-Neuve: Presses Universitaires de Louvain, 2012. p. 53-95.

ESPÍNDOLA DE SENA, Nathália Nogueira; SONTAG, Ricardo. The Brazilian Translation of Franz von Liszt's *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* (1899): a History of Cultural Translation between Brazil and Germany. *Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series*, n. 2019-17, 2019.

FABER, Sjoerd. De opmars van de strafadvocaat te Amsterdam (1798-1811). *Pro Memorie*, v. 11, p. 115-136, 2009.

FOLJANTY, Lena. Translators: Mediators of Legal Transfers. *Rechtsgeschichte/Legal History*, Frankfurt am Main, v. 24, p. 120-121, 2016.

FORCADET, Pierre-Anne. Histoire de la justice. Saint Louis fonde la justice moderne. *Herodote.net*, Paris, 24/05/2021. Available at : [https://www.herodote.net/Saint\\_Louis\\_fonde\\_la\\_justice\\_moderne-synthese-2964-169.php](https://www.herodote.net/Saint_Louis_fonde_la_justice_moderne-synthese-2964-169.php). Accessed 06/07/2021.

FLORY, Thomas. *Judge and Jury in Imperial Brazil 1808-1871*. Social Control and Political Stability in the New State. Austin: University of Texas Press, 1981.

GOMES, Ângela de Castro; HANSEN, Patrícia. Intelectuais, mediação cultural e projetos políticos: uma introdução para a delimitação do objeto. In: GOMES, Ângela de Castro; HANSEN, Patrícia (org.). *Intelectuais mediadores: práticas culturais e ação política*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. p. 7-40.

GROENHUIJSEN, Marc; SELÇUK, Hatice. The Principle of Immediacy in Dutch Criminal Procedure in the Perspective of European Human Rights Law. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 126, p. 248-276, 2017. <https://doi.org/10.1515/zstw-2014-0014>.

GROSSI, Paolo. Códigos: algumas conclusões entre um milênio e outro. In: GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. 2. ed. Florianópolis: Boiteux, 2007. p. 87-114.

HAKIM, Nader; MONTI, Annamaria. Histoire de la pensée juridique et analyse bibliométrique: l'exemple de la circulation des idées entre la France et l'Italie à

la Belle Epoque. *Clio@Themis, Revue électronique d'histoire du droit*, v. 14, p. 1-32, 2018. <https://dx.doi.org/10.35562/cliothemis.763>.

HALPÉRIN, Jean-Louis. Law in Books and Law in Action: the Problem of Legal Change. *Maine Law Review*, v. 64, p. 46-76, 2011.

HEIRBAUT, Dirk. A Tale of Two Legal Histories. In: MICHALSEN, Dag (org.). *Reading Past Legal Texts*. Oslo: Unipax, 2006. p. 91-112.

HEIRBAUT, Dirk; STORME, Mathias E.. The Belgian Legal Tradition: from a Long Quest for Legal Independence to a Longing for Dependence? *European Review of Private Law*, v. 5, n. 6, p. 645-683, 2006.

HESPANHA, António Manuel. Direito comum e direito colonial: porque é que existe e em que é que consiste um direito colonial brasileiro. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, v. 35, p. 59-68, 2006.

HESPANHA, António Manuel. Modalidades e limites do imperialismo jurídico na colonização portuguesa. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, v. 41, p. 101-135, 2012.

HESPANHA, António Manuel. Institutiones juris civilis Lusitani, cum publici tum private, Pascoal [José] de Melo Freire [dos Reis] (1738-1798). In: DAUCHY, Serge; MARTYN, Georges; MUSSON, Anthony; PIHLAJAMÄKI, Heikki; WIJFFELS, Alain (eds.). *The Formation and Transmission of Western Legal Culture*. 150 Books that Made the Law in the Age of Printing. Cham: Springer, 2016. p. 310-314.

LANDAU, Peter; SCHROEDER, Friedrich-Christian (ed.). *Strafrecht, Strafprozess und Rezeption: Grundlagen, Entwicklung und Wirkung der Constitutio Criminalis Carolina*. Frankfurt: Klostermann, 1984.

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

LANGER, Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: the Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. *Harvard International Law Journal*, v. 45, n. 1, p. 1-65, 2004.

LEGRAND, Pierre. The impossibility of "Legal Transplants". *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, v. 4, n. 2, p. 111-124, 1997.

LORENZONI, Lara Ferreira. *Tribunal do júri no banco dos réus*. A luta por uma justiça cidadã no Brasil. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

MAIHOLD, Harald. Praxis rerum criminalium, Joos (or Joost) de Damhouder (1507-1581). In: DAUCHY, Serge; MARTYN, Georges; MUSSON, Anthony; PIHLAJAMÄKI, Heikki; WIJFFELS, Alain (eds.). *The Formation and Transmission*

of *Western Legal Culture*. 150 Books that Made the Law in the Age of Printing. Cham: Springer, 2016. p. 99-102.

MARTIN, Xavier. De Beccaria et Voltaire aux codes criminels de 1808 et 1810: la continuité anthropologique. *Revue Historique de Droit Français et Etranger*, v. 88, n. 3, p. 377-405, 2011.

MARTINAGE, Renée. L'ordonnance codificatrice de 1670 et son application en Flandres. In: MACOURS, Georges; MARTINAGE, Renée (eds.). *Les démarches de codification du Moyen-Âge à nos jours*. Brussels: Academie, 2006. p. 21-45.

MARTYN, Georges. Boerenschepenen en geleerd recht. *Pro Memoria*, Hilversum, v. 5, n. 2, p. 395-401, 2003.

MARTYN, Georges. The Judge and the Formal Sources of Law in the Low Countries (19th-20th Centuries): From 'Slave' to 'Master'?. In: BRYSON, W.H.; DAUCHY, Serge (eds.). *Ratio Decidendi. Guiding Principles of Judicial Decisions*. Berlin: Duncker & Humblot, 2006. p. 201-222.

MINOT, Martin Jordan. The Irrelevance of Blackstone: Rethinking the Eighteenth-century Importance of the Commentaries. *Virginia Law Review*, v. 104, n. 7, p. 1258-1397, 2018.

MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Traité de la preuve en matière criminelle ou exposition comparée des principes de la preuve en matière criminelle, etc., de ses applications diverses en Allemagne, en France, en Angleterre, etc., etc.* Traduit par C.-A Alexandre. Paris: Cosse et N. Delamotte, 1848.

MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Tratado da prova em materia criminal ou exposição comparada dos principios da prova em materia criminal, etc., de suas applicações diversas na Allemanha, França, Inglaterra, etc.* Traduzido pelo advogado Alberto Antonio Soares. Rio de Janeiro: A. A. da Cruz Coutinho, 1871.

MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Tratado da prova em materia criminal ou exposição comparada dos principios da prova em materia criminal, etc., de suas applicações diversas na Allemanha, França, Inglaterra, etc.* Traduzido pelo advogado Alberto Antonio Soares. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1909.

MONBALLYU, Jos. *Six Centuries of Criminal Law*. History of Criminal Law in the Southern Netherlands and Belgium (1400-2000). Leiden: Brill Nijhoff, 2014.

MOORMAN VAN KAPPEN, Olaf. Die Kriminalordnungen Philips II. für die Niederlande im Vergleich zur Carolina. In: LANDAU, Peter; SCHROEDER, Friedrich-Christian (hgrs.). *Strafrecht, Strafprozess und Rezeption: Grundlagen, Entwicklung und Wirkung der Constitutio Criminalis Carolina*. Frankfurt am Main: Klostermann, 1984. p. 227-252.

NUNES, Diego. Codificação, recodificação, descodificação? Uma história das dimensões jurídicas da justiça no Brasil Imperial a partir do Código de Processo Criminal de 1832. *Revista da Faculdade de Direito de Minas Gerais*, v. 74, p. 135-166, 2019.

PADOA-SCHIOPPA, Antonio. *La giuria penale in Francia: dai 'philosophes' alla Costituente*. Milano: LEL, 1994.

PADOA-SCHIOPPA, Antonio. Delitto e pace privata. In: PADOA-SCHIOPPA, Antonio. *Italia ed Europa nella storia del diritto*. Bologna: Il Mulino, 2008. p. 209-229.

PATROCÍNIO, José do. O ódio togado [29 de abril de 1889]. In: CARVALHO, José Murilo de (org.). *Campanha Abolicionista: coletânea de artigos*. Rio de Janeiro: Fundação Biblioteca Nacional, 1996. p. 154-156.

PAULO, Alexandre Ribas de. Breve abordagem histórica sobre a lei dos Juizados Especiais Criminais. *Âmbito jurídico*, 1/11/2009. Available at: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-70/breve-abordagem-historica-sobre-a-lei-dos-juizados-especiais-criminais/>. Accessed 06/07/2021.

PIHLAJAMÄKI, Heikki. Executor Divinarum et Suarum Legum: Criminal Law and the Lutheran Reformation. In: MÄKINEN, Virpi (ed.). *Lutheran Reformation and the Law*. Leiden: Brill, 2006. p. 171-204.

PIHLAJAMÄKI, Heikki. "Stick to the Swedish law": the Use of Foreign Law in Early Modern Sweden and Nineteenth-century Finland. In: DAUCHY, Serge; BRYSON, W. Hamilton; MIROW, Matthew C. (eds.). *Ratio decidendi*. Guiding Principles of Judicial Decisions. Volume 2: 'Foreign' Law. Berlin: Duncker & Humblot, 2010. p. 169-185.

PIHLAJAMÄKI, Heikki. Practica nova Imperialis Saxonica rerum criminalium I-III, Benedict Carpzov (1595-1666). In: DAUCHY, Serge; MARTYN, Georges; MUSSON, Anthony; PIHLAJAMÄKI, Heikki; WIJFFELS, Alain (eds.). *The Formation and Transmission of Western Legal Culture*. 150 Books that Made the Law in the Age of Printing. Cham: Springer, 2016. p. 187-189.

PIHLAJAMÄKI, Heikki. Merging Comparative Law and Legal History: Towards an Integrated Discipline. *American Journal of Comparative Law*, v. 66, n. 4, p. 733-751, 2018. <https://doi.org/10.1093/ajcl/avy045>.

RESNIK, Judith; CURTIS, Dennis. *Representing Justice*. Invention, Controversy, and Rights in City-States and Democratic Courtrooms. New Haven: Yale University Press, 2011.

SABADELL, Ana Lúcia. Los problemas del derecho procesal penal único en una federación: la experiencia de Brasil. In: INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES (org.). *Hacia la unificación del derecho penal*. Logros y desafíos de

armonización y homologación en México y en el mundo. México: Instituto Nacional de ciencias Penales, 2006. p. 585-615.

SBRICCOLI, Mario. “Vidi communiter observari”. L'emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII [1998]. In: SBRICCOLI, Mario. *Storia del diritto penale e della giustizia*. Tomo I. Milano: Giuffrè, 2009. p. 73-110.

SBRICCOLI, Mario. Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase degli studi di storia della giustizia criminale. In: SBRICCOLI, Mario. *Storia del diritto penale e della giustizia*. Tomo II. Milano: Giuffrè, 2009. p. 1223-1246.

SCHMOECKEL, Mathias. *Humanität und Staatsraison*. Die Abschaffung der Folter in Europa und die Entwicklung des gemeinen Strafprozess- und Beweisrechts seit dem hohen Mittelalter. Cologne: Böhlau, 2000.

SPIERENBURG, Pieter. *The Spectacle of Suffering*. Executions and the Evolution of Repression, from a Pre-Industrial Metropolis to the European Experience. Cambridge: Cambridge University Press, 1984.

STERCKX, Marjan (ed.). *Crime Scenes*. Interbelluminterieurs door de lens van de forensische fotografie. Gent: A&S Books, 2021.

VAN CAENEGEM, Raoul. *Judges, Legislators and Professors*. Chapters in European Legal History. Goodhart Lectures 1984-1985. Cambridge: Cambridge University Press, 1987 (repr. 1998).

VAN CAENEGEM, Raoul. *Geschiedenis van het strafprocesrecht in Vlaanderen van de XIe tot de XIVe eeuw*. Brussels: Koninklijke Academie voor Wetenschappen, Letteren en Schone Kunsten van België, 1956.

VAN ROMPAEY, Jan. Het compositierecht in Vlaanderen van de veertiende tot de achttiende eeuw. *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, v. 29, p. 43-79, 1961.

VELLASCO, Ivan de Andrade; AMENO, Viviane Penha Carvalho Silva. Juízes de facto: a discussão parlamentar da participação dos cidadãos no Júri (1823). *Dimensões*, v. 28, p. 43-57, 2012.

VERBERGT, Matthias. Op corona-inbreuken zou geen celstraf mogen staan. *De Standaard*, 05/07/2021. Available at: <https://www.standaard.be/krant/publicatie/20210705/ds/dn/alg/optimized>. Accessed 06/07/2021.

WAGNER, Peter. *Modernity as Experience and Interpretation*. A New Sociology of Modernity. New York: Wiley, 2008.

WATSON, Alan. *Legal Transplants: an Approach to Comparative Law*. Edinburgh: Scottish Academic Press, 1974.



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

*Acknowledgments:* The authors were inspired by the discussions on the draft of the GLOCALLAW project, for which they sincerely thank professors Laura Beck-Varela, Serge Dauchy and Heikki Pihlajamäki. They also thank Amber Gardeyn for her remarks and her assistance in editing the text.

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

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

- *Georges Martyn:* conceptualisation, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Ricardo Sontag:* conceptualisation, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.

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

### HOW TO CITE THIS EDITORIAL:

MARTYN, Georges; SONTAG, Ricardo. Can Criminal Procedure Ever Be “Modern”? A Historical Comparative Perspective (Editorial of the Dossier “History of Criminal Procedure in Modernity”). *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 7, n. 2, p. 697-748, mai./ago. 2021.  
<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i2.636>




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

# Criminal Claims in Civil Suits over Insults in the Dutch Republic (17<sup>th</sup> and 18<sup>th</sup> Centuries)

*Ações penais em processos civis sobre insultos na República holandesa (séc. XVII-XVIII)*

**Erik Jan Broers<sup>1</sup>**

Tilburg University, The Netherlands  
e.j.m.f.c.broers@tilburguniversity.edu

 <http://orcid.org/0000-0001-8986-1250>

---

**ABSTRACT:** In the Early-Modern Age, concepts like honour and reputation were considered of great importance. When a person suffered a severe insult, he often was more than willing to go to court and sue the offender. The claims the victim filed in most cases, included an ancient penal action rooted in Roman law. The contents of this action consisted in a demand for a pecuniary fine, which the defendant had to pay to a good cause. The plaintiff combined this claim with a second claim, demanding rehabilitation and restoration of his good name by his adversary. However, in many cases the court tried to avoid a legal battle between the opponents and tried to achieve a settlement that would be satisfactory to both of them. If so, the court ordered both parties to appear before two examining judges, who would act as mediators and try to help the adversaries to settle their dispute.

**KEYWORDS:** Insult; Criminal Claim and Civil Claim; Monetary Fine; Rehabilitation; Mediation and Conciliation.

**RESUMO:** Nos últimos séculos do Antigo Regime, conceitos como a honra e a reputação eram considerados muito importantes. Quando alguém era vítima de um insulto grave, não hesitava ir ao tribunal e começar um processo contra o ofensor. O requerimento da vítima, na maioria dos casos, incluía uma antiga ação penal, radicada no direito romano. Essa ação continha o pedido de uma

---

<sup>1</sup> Assistant professor and senior lecturer at Tilburg University, The Netherlands. PhD in Law.

*pena pecuniária, que o réu tinha de pagar a alguma boa causa. Este pedido era combinado com um segundo, requerendo a reabilitação e a restauração da boa fama pelo adversário. No entanto, em muitos casos o tribunal tentava evitar o processo, conduzindo as duas partes na direção de uma solução satisfatória para ambas. Em tal caso, o tribunal ordenava que ambas as partes se apresentassem perante dois juízes instrutores, que agiam como mediadores na tentativa de chegar a um compromisso.*

**PALAVRAS-CHAVE:** *Insulto; Ação penal e ação civil; Pena pecuniária; Reabilitação; Mediação e Conciliação.*

**SUMÁRIO:** 1. Introduction; 2. Compensation and rehabilitation; 3. Revival of Roman law; 4. An early form of mediation; 5. Conclusion and final remarks; References.

---

## 1. INTRODUCTION

In 1631, the famous Dutch lawyer Hugo Grotius (1583-1645) published his *Introduction to the Jurisprudence of the Province Holland*<sup>2</sup> – Holland being the most influential province of the Northern Netherlands during the seventeenth and eighteenth centuries. In this treatise, he unfolds a system consisting of statute law, customary law as well as Roman law, canon law and natural law. Regarding natural law, paragraph 7 of chapter 32 of book III is most interesting. In that paragraph, Grotius observed that every illegal act could give rise to compensation as well as punishment. Both claims had their roots in natural law, i.e. the rationally based sense of justice that every human being has. Whereas compensation was a private matter that concerned the injured party, punishment was in the hands of the authorities who had the exclusive right to prosecute and sentence the offender.

However, Grotius continued, there were still remains of ancient rules of law that survived in the legal systems of the seventeenth century.

---

<sup>2</sup> DE GROOT, Hugo. *Inleiding tot de Hollandsche recht-geleerdheid*, ed. F. DOVRING, H.F.W.D. FISCHER & E.M. MEIJERS. Leiden: Universitaire Pers, 1965.

The most striking example of such an ancient legal provision was the action – or rather, the combination of actions – a private person could launch in case of insult or defamation. In this essay, I will discuss the contents of this atypical action, which had its roots in mediaeval law and in Roman law as well. Furthermore, I will pay attention to the instruments the Dutch courts of law had at their disposal to prevent time-consuming lawsuits over insults, or at least to make such suits as brief as possible. However, first I would like to introduce the topic of this essay a bit closer by highlighting a prime example of a civil law suit over some foul words spoken on a fish market.<sup>3</sup>

The events that led to this civil law suit took place in 1678 in Breda, one of the district capitals of Brabant. On a market day in September a quarrel arose between some local women selling fish, being Stijntje Janssen and her daughter Catharina on the one side and Suzanne Merler on the other. Stijntje and Catharina accused Suzanne of cheating her customers by not giving them the amount of fish they payed for. Furthermore, in the heat of the moment, they called her a “fat whore”.

Because of these insults, the husband of Suzanne Merler, Anthonie Segers, initiated a civil law suit for the city court of Breda and brought two actions against Stijntje and Catharina Janssen. First, the defendants had to retract their words, they had to ask God, Justice and Suzanne Merler for forgiveness and they had to declare that their colleague was a respectable and honest woman. Second, the defendants should be sentenced to pay a monetary fine of 600 guilders to the city’s poor fund. By means of the first action, the plaintiff tried to get compensation for the damage to the reputation of his wife. With the second action, he aimed for penal satisfaction for the wrongful act the defendants had committed against her.

This combination of two actions – one of which having a punitive nature – is typical for most civil law suits over insults instituted before Dutch courts of justice in the seventeenth and eighteenth centuries. In the next paragraph, I will discuss these two legal actions and explain

---

<sup>3</sup> ‘s Hertogenbosch (The Netherlands), Brabants Historisch Informatie Centrum, Archives of the Council of Brabant, inventory 788, Collection of dossiers, n° 2188.

their origins.<sup>4</sup> First, I would like to reveal the verdict in the given case of Suzanne Merler. On October 8 1678, the court of Breda passed sentence and rejected the claims of the plaintiff. Before the French Revolution a judge was not obliged to present the motives for whatever decision he made, so it is unclear on which grounds he decided not to sentence the defendants to give compensation and satisfaction to their colleague. However, one might presume that their advocate found a willing ear when he held his plea and put forward that fishwives were used to call names at one another and affront each other. It was in their blood, he argued, because persons working in this trade belonged to the lowest classes of society.

## 2. COMPENSATION AND REHABILITATION

Let us now look a bit closer at the two claims the plaintiff brought against the scolding fishwives of Breda. The first of these claims had to do with getting compensation for the damage done to one's reputation. Because the damage was mental – one's reputation being immaterial by nature – the compensation had to be mental as well. In those days judicial officials were quite reluctant to grant someone financial indemnification when he had suffered mere immaterial damage. Therefore, in case someone had harmed the reputation of another person by insulting him, the victim could only demand a rehabilitation and a restoration of his good name. He could sue the culprit for his wrongdoing and demand that his opponent made some specific statements. In most civil suits, these statements included a retraction of words, a begging for forgiveness and a confirmation of the decency and virtue of the plaintiff.

Hugo Grotius inserted these remedies in his *Introduction* and regarded them most suitable to take away the damage done to one's reputation. Studying actual process files, which are preserved in the

---

<sup>4</sup> Cf. BROERS, E.J.M.F.C. *Beledigingszaken voor de Staatse Raad van Brabant, 1586-1795*. Assen: Van Gorcum, 1996, p. 160-168. This essay is largely based on information from this Dutch thesis, which comprehend an extensive bibliography of studies on the subject of criminal and civil law, especially regarding insults.

judicial archives, one may also find remedies comparable with the ones Grotius mentioned, like taking the blame for what has happened, or expressing one's sincere regrets. The same kind of remedies were often part of the punishment the judge imposed on the culprit in minor criminal suits over insults.<sup>5</sup>

It was up to the plaintiff to choose those exact remedies he saw most fit to repair his damaged reputation. He often demanded that his adversary, while offering him the satisfaction he desired, adopted a most humble attitude, for instance, by kneeling down and folding his hands. Humility befitted the one who had humiliated another.

The claims for rehabilitation the plaintiff could demand had their roots for a major part in mediaeval moral philosophy.<sup>6</sup> Theologians like Albertus Magnus (1193-1280) and Thomas Aquinas (1225-1274) developed the doctrine of the *restitutio*: whenever a person had committed a sin, he had a moral obligation "to retribute what he had taken away". Only if he did so, he could be forgiven for what he had done. In case of verbal abuse, someone "took away" the honour or reputation of another person and therefore he had the moral obligation to retribute to the victim his fame, his reputation. He could accomplish this *restitutio famae* by means of a retraction of the offensive words, an expression of respect and a prayer for forgiveness.<sup>7</sup> These remedies found their way from the *forum internum* of the ecclesiastic confessors to the *forum externum* of the canon lawyers. In the fifteenth and sixteenth centuries, they were introduced in the jurisprudence of the secular law courts, where they were mingled with concepts developed in customary law, such as the confirmation of the decency and virtue of the victim. The ideal

---

<sup>5</sup> Cf. BROERS, *Beledigingszaken*, p. 239-243.

<sup>6</sup> Cf. ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Cape Town: Clarendon, 1991, p. 1070-1073; RAN-CHOD, Bhadra. *Foundations of the South African Law of Defamation*. Leiden: University Press, 1972, p. 65-66.

<sup>7</sup> Cf. BROERS, *Beledigingszaken*, p. 56-61; SCHRAGE, Eltjo & NICHOLAS, Barry. Unjust enrichment and the law of restitution. In: E.J.H. SCHRAGE (ed.). *Unjust Enrichment. The Comparative Legal History of the Law of Restitution*. Berlin: Duncker & Humblot, 1995, p. 12.

compensation of damages inflicted by verbal abuse came to be known as the *amende honorable*, or in Dutch *eerlijke betering*.<sup>8</sup>

### 3. REVIVAL OF ROMAN LAW

In most cases, the plaintiff combined his demand for an *amende honorable* with a second claim, called *amende profitable* or *profijtelijke betering*. This claim consisted in a monetary fine, which the defendant had to pay to some good cause, like a poor fund, a church or a school. Whereas the *amende honorable* should restore the reputation of the victim, the *amende profitable* should bring him satisfaction for the unlawful act the perpetrator had committed against him. Contrary to the first action, this second action had a penal character. Hugo Grotius considered the *amende profitable* a relic of ancient, private penal law that survived in later times. In his *Introduction*, he named the amount of money the detractor had to pay explicitly a pecuniary penalty.

This private penalty – private because a non-official could claim this punishment – was able to survive in the seventeenth and eighteenth centuries because the authorities were not interested in insults among private parties. When one individual insulted another, like in the case of the fish sellers of Breda, the public prosecutor was not easily inclined to initiate a criminal procedure. The authorities considered foul language and defamation to be private conflicts, for which the injured party could sue his opponent if he wanted him to stand trial. Therefore, abusive language amongst citizens did not belong to the public domain of criminal justice.

The contents of the profitable satisfaction had its roots in Roman law. In the third century, the Roman *praetor* designed a provision suitable for the victim of whatever form of abusive language to summon the detractor before court and claim a monetary fine for the injustice this person had done to him. In order to get this fine he had to start a civil procedure, estimate the impact of the spoken words on his reputation,

---

<sup>8</sup> DE WIN, Paul. Analyse van een merkwaardige straf: de openbare bedde om vergiffenis, ‘eerlijke betering’ of ‘amende honorable’. *Handelingen van de Koninklijke Kring voor Oudheidkunde, Letteren en Kunst van Mechelen*, Mechelen, v. 107, p. 117-232, 2003.



and name a certain sum of money. The judge could mitigate this amount according to the social status of both the plaintiff and the defendant, the contents of the verbal abuse, the number of persons that were present when the event took place and so on. Because the plaintiff was the victim of the offence, he was entitled to collect the fine the judge eventually imposed on the defendant. The Romans called this action the *actio iniuriarum aestimatoria*, “the action for estimated injuries and insults”.

The lawyers of the Modern Age considered this praetorian provision an appropriate solution to fill in the gap in the existing legal system, now the criminal prosecutors did not undertake any action against a private person who had insulted another private person. They created the option of an *amende profitable* and grafted this claim on the reanimated *actio iniuriarum aestimatoria*. However, because a private party was no longer entitled to collect a monetary fine – this fine being a penal measure by nature – the plaintiff had to designate the money to a good cause. The plaintiff himself had to settle for rehabilitation by means of the private *amende honorable*.

In most civil suits over private insults, the plaintiff claimed a considerable *amende profitable*. In the seventeenth century, the desired sum of money could vary from several hundred guilders up to one thousand guilders. In the century thereafter, this amount could easily rise to the sum of five thousand guilders or even more. In all cases I have studied however, the judge made extensively use of his mitigating powers and diminished the fine to the amount of a few guilders, or a couple of dozen at the most.

#### **4. AN EARLY FORM OF MEDIATION**

The problem with many civil suits over insults was that it was not clear what had actually happened. In many cases, the defendant pleaded that the plaintiff had provoked him, or that the other had started a quarrel, or called him names in the first place. Witnesses to the actual conflict were often on the hand of either the plaintiff or the defendant without exactly knowing what had happened. This made it difficult for the judge to decide in whose favour he should pass verdict. Moreover, the defendant had often spoken the offensive words in the heat of the

moment and he had come to himself afterwards, realizing that things had got totally out of control.

Because of reasons like these, a court might prefer a swift solution of the conflict to a difficult and time-consuming lawsuit. If so, the judges could try to achieve a settlement between both parties. From the jurisprudence of – especially – the higher courts of justice in the Dutch Republic appears that these courts often ordered the parties to make an effort to settle their conflict by means of mediation.<sup>9</sup> When an offended person wanted to sue the wrongdoer and filed a request to get permission to do so, a court of justice often commanded both parties to appear before two examining judges who would try to help them to settle their dispute. If this meeting was successful, the examining judges made up an agreement and handed over a written report to the court in a plenary session. Otherwise, they notified the court that their efforts were in vain, after which the court allowed the complainant to initiate a procedure against his opponent.

However, there was still a second opportunity for the court to order the litigants to make an effort to achieve a peaceful solution of their conflict. After the plaintiff and the offender had fought out their legal battle and handed over their documents to the judges in order to get a verdict, the court could once again order them to appear before two examining judges and try to settle their dispute. In this meeting, the solicitors of the litigants could take part as well. If the mediators were successful this time, the court passed sentence and ratified the agreement between the parties. If the mediation had failed once more, the court had no other option but to pass sentence in favor of either the plaintiff or the defendant.

In general, the contents of the agreements the parties achieved with the help of the mediators, consisted of two sets of declarations. On the one hand, the offender declared that the words he had spoken were inappropriate, that he was sorry that he had offended his opponent and that he considered him a righteous person. On the other hand, the

---

<sup>9</sup> BROERS, E.J.M.F.C. De comparitie ter fine van accord. Mediation in de zeventiende en achttiende eeuw. *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*. Zutphen, v. 176, n. 6, p. 239-243, 2015.

offended party declared that he would not initiate a lawsuit against the other, or that he would stop the legal action he had already taken. The outcome of the mediated agreement was that the offended party obtained the rehabilitation he desired, while the offender escaped a possible monetary fine.

There is not much information about the actual procedure the examining judges applied during their meeting with the opposite parties. In most cases, a single meeting was sufficient to investigate the willingness of both the victim and the offender to come to a peaceful solution of their conflict. However, there were also conflicts that took the mediators several days of negotiations to achieve an agreement. Most difficult were the ones in which one of the parties – or both – made use of a self-made draft agreement, which the opposite party and the mediators just had to sign.

For instance, in 1758 the Council of Brabant, the Supreme Court of Justice of Brabant, received a petition from one Johan den Doren to grant him permission to sue some members of the local church council who had offended him.<sup>10</sup> The Court decided that the petitioner and his adversaries had to appear before two examining judges who would act as mediators. During the negotiations, Johan den Doren presented a rather extensive draft agreement holding several statements that his adversaries had to make. They had to declare that they did not have had the intention to affront him, that they did hold him for an honest person and that the offensive words they had spoken were untrue. Next, the members of the local church council presented a contra-concept-agreement, in which they only declared that they did not have had the slightest intention to harm their opponent. Considering these proposals, the mediators tried to come to a settlement that would be acceptable to both parties, but they failed. Now the Supreme Court granted Johan den Doren permission to sue the members of the church council. The plaintiff claimed an *amende honorable*, holding the same statements as the ones in the concept-agreement, and an *amende profitable*, consisting in a monetary fine of 500 guilders for each member of the church council in behalf of the poor. The Supreme

---

<sup>10</sup> 's Hertogenbosch (The Netherlands), Brabants Historisch Informatie Centrum, Archives of the Council of Brabant, inventory 788, Collection of civil causes, n° 3642; inventory 100, Minutes of the council meetings, folio 25 and 41.

Council, passing sentence, awarded both claims, albeit that it mitigated the fine to an amount of 6 guilders per person.<sup>11</sup>

This case also illustrates that a person who had suffered an insult, in general claimed a large sum of money on behalf of a good cause, but that the court mitigated that amount considerably.

## 5. CONCLUSION AND FINAL REMARKS

Concepts like honour, fame and reputation were of great importance in former times. The advocate and scholar Simon van Leeuwen (1626-1682), a contemporary of Hugo Grotius, stressed the value of these immaterial goods in his book *Roman Dutch Law* (1664), where he stated that except for life itself, one's honour and good name are the most important objects one possessed.<sup>12</sup>

Whenever someone damaged these objects on purpose, the injured party often did not hesitate to summon that person before court. Hugo Grotius gave an accurate description of the claims the victim brought against the offender and pointed out that one of these claims had a penal nature, being a relic of former times. Before a court, the plaintiff could combine this penal action with an action to restore his damaged reputation, consisting of several declarations to be given by the defendant. This was not only the case in Holland, but also in the other provinces and regions of the Dutch Republic, as well as in France and Germany.<sup>13</sup>

In many cases, the judge who had to deal with a case of verbal abuse did not immediately allow the victim to bring forward his claims.

---

<sup>11</sup> 's Hertogenbosch (The Netherlands), Brabants Historisch Informatie Centrum, Archives of the Council of Brabant, inventory 826, Register of civil sentences, n° 7029.

<sup>12</sup> VAN LEEUWEN, Simon. *Roomsch Hollandsch Recht*. 2 vols. Amsterdam: Ten Houten, 1780-1783. Chapter IV, paragraph 37.

<sup>13</sup> Cf. CHEVRIER, Georges. Composition pécuniaire et réparation civile du délit dans la Bourgogne ducale du XI<sup>e</sup> au XVI<sup>e</sup> siècle. *Mémoires de la Société du droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands*. Dijon, v. 21, p. 127-137, 1960, in particular p. 132, footnote 2 ; MOOSHEIMER, Thomas. *Die Actio Injuriarum Aestimatoria im 18. Und 19. Jahrhundert*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1997, p. 3-4.

Instead, he would order the opposing parties to try to achieve a settlement that was satisfactory for both of them. In such a case, two examining judges acted as mediators and reported the outcome of their efforts to the court. If the mediation was not successful and had not resulted in a mutual agreement, the legal battle between the plaintiff and his opponent began. However, just before he had to pass sentence the judge could once more order the litigants to make use of the help of mediators to come to a peaceful solution.

If one studies the actual court files in the judicial archives, one will notice that only in a modest number of cases the examining judges did accomplish an agreement between the parties. In many of the remaining suits, one does not find a verdict in the judicial files. In those cases, it is even unclear if the judges have passed sentence at all. In many civil suits over verbal abuse, one can only guess how the conflict ended. For instance, it might very well be that the injured party lost interest, or lacked enough money to continue the procedure. Maybe he stopped the suit because he came to an agreement with the offender out of court, or maybe he just died before the law had taken its course.

To illustrate these possible reasons for litigants to end a civil law suit, I would like to return for a brief moment to the conflict between the fishwives of Breda. After the court had passed sentence and rejected the claims of the plaintiff, the conflict between Suzanne Merler and Stijntje and Catharina Janssen lingered on. On behalf of his wife, Anthonie Segers appealed to the Council of Brabant and demanded that the councillors should nullify the verdict of the city court and do justice in a proper manner. During this second procedure, first Stijntje Janssen died, which meant that her daughter Catharina had to continue the legal fight not only as a defendant but also as an heir of her mother. Next, the actual victim of the offence, Suzanne Merler, also died. Nevertheless, her husband proceeded with the suit against – now – Catharina Janssen and the other heirs of Stijntje. He aimed at a posthumous rehabilitation of his wife and a satisfaction for the wrong that was done to her.

Three years later the litigants had performed and produced all the necessary acts and the Council only had to make up a verdict. At that moment, the case disappeared from sight and did not leave a single trace in the judicial files. However, this open end does not detract from the fact

that this case perfectly illustrates the high value of a person's reputation in those days, and the willingness of that person to go to court when this reputation was harmed by someone else.

## REFERENCES

BROERS, E.J.M.F.C. *Beledigingszaken voor de Staatse Raad van Brabant, 1586-1795*. Assen: Van Gorcum, 1996.

BROERS, E.J.M.F.C. De comparitie ter fine van accord. Mediation in de zeventiende en achttiende eeuw. *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*. Zutphen, v. 176, n. 6, p. 239-243, 2015.

CHEVRIER, Georges. Composition pécuniaire et réparation civile du délit dans la Bourgogne ducale du X<sup>IV</sup>e au X<sup>VI</sup>e siècle. *Mémoires de la Société du droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands*. Dijon, v. 21, p. 127-137, 1960.

DE GROOT, Hugo. *Inleidinge tot de Hollandsche recht-geleerdheid*, ed. F. DOVRING, H.F.W.D. FISCHER & E.M. MEIJERS. Leiden: Universitaire Pers, 1965.

DE WIN, Paul. Analyse van een merkwaardige straf: de openbare bede om vergiffenis, 'eerlijke betering' of 'amende honorable'. *Handelingen van de Koninklijke Kring voor Oudheidkunde, Letteren en Kunst van Mechelen*, Mechelen, v. 107, p. 117-232, 2003.

MOOSHEIMER, Thomas. *Die actio injuriarum aestimatoria im 18. und 19. Jahrhundert*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1997.

RANCHOD, Bhadra. *Foundations of the South African Law of Defamation*. Leiden: University Press, 1972.

SCHRAGE, Eltjo & NICHOLAS, Barry. Unjust enrichment and the law of restitution. In: E.J.H. SCHRAGE (org.). *Unjust Enrichment. The Comparative Legal History of the Law of Restitution*. Berlin: Duncker & Humblot, 1995. p. 10-31.

VAN LEEUWEN, Simon. *Roomsch Hollandsch Recht*. Amsterdam: Jan ten Houten, 1780-1783.

ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Cape Town: Clarendon, 1991.

### **Additional information and author's declarations (scientific integrity)**

*Conflict of interest declaration:* the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

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

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

### **Editorial process dates**

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

- Submission: 31/05/2021
- Desk review and plagiarism check: 01/06/2021
- Review 1: 21/06/2021
- Review 2: 26/06/2021
- Preliminary editorial decision: 30/06/2021
- Correction round return: 07/07/2021
- Final editorial decision: 10/07/2021

### **Editorial team**

- Editor-in-chief: 1 (GVV)
- Associated-editor: 1 (RSe MG)
- Reviewers: 2

### HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

BROERS, Erik Jan. Criminal Claims in Civil Suits over Insults in the Dutch Republic (17th and 18th Centuries). *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 7, n. 2, p. 749-762, mai./ago. 2021.  
<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i2.613>



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




# Le jury criminel en procès. Les opinions doctrinales des auteurs français (1750-1830).

*The Criminal Jury at Trial. The Doctrinal Opinions of French Authors (1750-1830)*

**Sylvain Soleil<sup>1</sup>**

Université Rennes 1, France  
sylvain.soleil@univ-rennes1.fr

 <http://orcid.org/0000-0001-7800-3621>

À la mémoire de Marie-Yvonne Crépin († 2020)

À l'amie, à l'historienne du droit criminel

---

**RESUMO:** Le modèle anglais de jury criminel est admiré et réclamé dans l'Europe des Lumières, spécialement en France. Adopté dans l'enthousiasme par les révolutionnaires (1790-1791), il devient l'objet de critiques très vives parce que la pratique des années 1792-1800 révèle des failles dans le système. Les Thermidoriens, puis les membres du Directoire cherchent à rectifier le fonctionnement du double jury d'accusation et de jugement. En vain. Une première controverse doctrinale se déchaîne dans les années 1798-1808, lorsque Napoléon Bonaparte s'interroge sur le maintien du jury. Une seconde controverse doctrinale a lieu après la restauration du roi Louis XVIII, dans les années 1818-1828, lorsqu'il s'agit de réhabiliter le jury anglais comme symbole d'une justice criminelle équilibrée, mais aussi d'aller sur place pour observer en Angleterre la façon dont fonctionne la justice.

**PALAVRAS-CHAVE:** Jury criminel; Doctrines; Angleterre; Lumières; Révolution française; Napoléon.

---

<sup>1</sup> Sylvain Soleil est professeur à l'Université de Rennes 1, directeur de l'axe Théorie et Histoire des Systèmes Juridiques de l'IODE (UMR CNRS 6262). Il s'intéresse à l'histoire comparée du droit et s'apprête à publier, aux éditions de la Société de Législation Comparée : *Aux origines de l'opposition entre systèmes de common law et de droit codifié. Les controverses anglo-américaines des années 1820-1835.*

**ABSTRACT:** *The English model of the criminal jury was admired in the Europe of the Enlightenment, especially in France. Enthusiastically adopted by the revolutionaries (1790-1791), it became the object of very strong criticism because of the flawed practice of the system in the years 1792-1800. The Thermidoriens, then the members of the Directoire sought to rectify the operating of the double jury of accusation and judgment. In vain. A first doctrinal controversy erupted in the years 1798-1808, when Napoleon Bonaparte questioned whether the jury should be maintained or not. A second doctrinal controversy arose after the restoration of King Louis XVIII, in the years 1818-1828, when it was a question of rehabilitating the English jury as a symbol of balanced criminal justice, but also of going to England to observe how justice worked.*

**KEYWORDS:** *Criminal Jury; Doctrine; England; Enlightenment; French Revolution; Napoleon.*

**SUMÁRIO:** Introduction; 1. Les Lumières et l'engouement pour le jury à l'anglaise; 2. Les Révolutionnaires et l'adoption du jury à l'anglaise; 3. La pratique judiciaire et le problème des acquittements scandaleux; 4. Le Consulat et la première controverse doctrinale sur le jury; 5. L'Empire, la suppression du jury d'accusation et le maintien du jury criminel; 6. La Restauration et la seconde controverse doctrinale sur le jury à l'anglaise; Conclusions.

---

## INTRODUCTION

Dans son célèbre ouvrage consacré à *La loi de l'imitation*, le Français Gabriel Tarde affirme que le développement des sociétés humaines dépend plus d'un processus d'imitation que d'une loi de l'évolution qui imposerait à tous les peuples le même chemin et le même but, par les mêmes stades de développement. Cette loi de l'imitation, explique-t-il, conduit les peuples, dès qu'ils ont relativisé la valeur de la tradition, à s'inspirer de ce qui a été inventé ailleurs (une stratégie militaire, une belle architecture, un procédé commercial, etc.), quand cela paraît plus efficace, plus raffiné ou plus utile. Tarde a été substitué

du procureur puis juge d'instruction, avant de devenir sociologue. Aussi alimente-t-il sa théorie grâce à des éléments juridiques<sup>2</sup> :

« On est stupéfait de voir avec quelle rapidité, à certaines époques, se sont répandues des procédures criminelles aussi odieuses qu'absurdes, telles que la torture, ou aussi inefficaces qu'inintelligentes, telles que le jury. La torture a été à la mode en Europe à partir de l'exhumation bolonaise du Droit romain ; et jusqu'au XVI<sup>e</sup> siècle, elle s'étend comme une inondation sanglante. Au XVIII<sup>e</sup> siècle, c'est du jury qu'on s'éprend partout, sans le connaître, sur la foi de quelques agglomères ; si bien que tous les cahiers des États généraux en 1789 étaient unanimes sur ce point, comme sur tant d'autres. »

Cette affirmation est intéressante : Tarde, en tant que sociologue, prend acte de la diffusion du jury dans le monde ; Tarde, en tant que juriste, est exaspéré par le succès de cette institution « aussi inefficace qu'inintelligente ». De fait, au moment où il publie son ouvrage (1890), Tarde traduit les sentiments d'une partie des juristes français et européens qui se déclarent radicalement opposés au système des jurés criminels.

De façon simple, ce système confie le jugement de l'accusé à un groupe de citoyens ordinaires choisis au sein de la population et considérés comme des pairs de l'accusé. De façon plus complexe, le système, au XIX<sup>e</sup> siècle, donne lieu à une théorie – la théorie du jury –, avec ses principes et ses règles (conditions pour devenir juré, modes de désignation, systèmes de récusations, modalités de participation au débat judiciaire, modes de délibération et de vote, légitimité des voies de recours, etc.), avec ses promoteurs et ses détracteurs. Dans une thèse publiée en 1849, le Suisse Albert Wessel l'explique en ces termes<sup>3</sup> :

« La question qui s'agite en Europe depuis le commencement du siècle est posée entre deux théories extrêmes qui sont, pour ainsi dire, chacune toute d'une pièce. Au système des juges seuls, sont liés dans l'opinion publique le système des procédures écrites, les

---

<sup>2</sup> TARDE, Gabriel. *Les lois de l'imitation* (1890). Paris: Alcan, 1895. p. 343.

<sup>3</sup> WESSEL, Albert. *Thèse sur le jury criminel*. Genève: Jarrys, 1849. p. iv.

bornes mises à la défense ; à celui du jury se rattachent la publicité, la libre défense, les débats oraux ; le juré n'est plus astreint à des preuves légales, il décide suivant sa conscience. Les deux théories peuvent se soutenir, toutes deux ont aussi leurs côtés faibles ; elles ont été violemment attaquées et défendues ; et certes la matière d'une discussion pareille est importante, puisqu'il s'agit d'une des premières garanties pratiques de la liberté. »

Les pages qui suivent ont pour objet, à partir de la littérature politique et juridique française des années 1750-1830, de comprendre comment le jury à l'anglaise, qui était unanimement admiré et réclamé dans l'Europe des Lumières, devient, dans la France de la fin de la Révolution, un sujet de controverses et d'ajustements législatifs continuels. Comment l'imitation du modèle anglais a-t-elle été faite ? Comment la transplantation, en dehors de son paysage institutionnel et social d'origine, a-t-elle fonctionné<sup>4</sup> ? Quels sont les événements politiques, législatifs ou éditoriaux qui ont alimenté les controverses ? Qu'admire-t-on ? Que rejette-t-on ?

Si, dans un premier temps, le jury a conquis les esprits, c'est parce que le modèle politique et criminel anglais était à la mode au XVIII<sup>e</sup> siècle et qu'il a été transposé dans la France révolutionnaire et, par voie de conséquence, dans la plupart des pays d'Europe qui ont été occupés par les troupes françaises. Toutefois, très vite sous la révolution,

---

<sup>4</sup> Sur les concepts d'imitation, de modèle et de transplantation, WATSON, Albert. *Legal Transplants: an Approach to Comparative Law*. Édimbourg: Scottish Academic Press, 1974; GAUDEMET, Jean. Les transferts de droit. *Année sociologique*, 1976. p. 29 s.; RODIÈRE, René. Approche d'un phénomène : les migrations de systèmes juridiques. In: *Mélanges Marty*, Toulouse: PUT, 1978. p. 947 s.; AGOSTINI, Éric. La circulation des modèles juridiques. *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1990. p. 461 s.; MÉNY, Yves (ed.). *Les politiques du mimétisme institutionnel. La greffe et le rejet*. Paris: L'Harmattan, 1993; LEGRAND, Pierre. The impossibility of "Legal Transplants". *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1997. p. 111 s.; SWIECICKA, Paulina. "Connectiones inter iura variorum observamus...". En recherchant l'explication de la notion d'acculturation juridique. In: COPPEIN, Bart; STEVENS, Fred; WAELKENS, Laurent (eds.). *Modernisme, Tradition et acculturation juridique*. Bruxelles: Iuris Scripta Historica, 2011. p. 7 s.; CAIRNS, John W. Watson, Walton, and the History of Legal Transplants. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 2014. p. 637 s.

le jury suscite des doutes parce qu'il ne fonctionne pas comme prévu. Les Thermidoriens et les membres du Directoire cherchent, en vain, à en corriger le fonctionnement. Il devient l'objet d'une première controverse doctrinale lorsque Bonaparte prend le pouvoir et engage la réforme du droit criminel (1799-1808). Maintenu de justesse en 1808, le jury criminel fait l'objet d'une seconde controverse doctrinale après la chute de Napoléon et la restauration de la monarchie (1815-1830). Les nombreux plaidoyers en faveur du jury à l'anglaise sont relativisés par certaines études menées sur place. L'analyse de cette littérature juridique montre qu'en matière criminelle, le système pénal anglais est un système controversé à cause des qualités et des défauts techniques de l'institution, mais à cause aussi des événements politiques et de l'état de la criminalité.

## 1. LES LUMIÈRES ET L'ENGOUEMENT POUR LE JURY À L'ANGLAISE

En 1750, la procédure criminelle française se distingue nettement de la procédure anglaise. Fidèle à la tradition du *ius commune*, l'ordonnance française de 1670 organise la procédure autour de l'instruction. Résumons. Lorsqu'un crime a été commis, il déclenche l'action publique confiée au parquet. Le procureur du roi ou du seigneur engage les poursuites sur la base d'une plainte, d'une dénonciation ou d'une rumeur. Il requiert du magistrat instructeur qu'il constate le crime, qu'il auditionne les témoins, qu'il fasse réaliser des expertises, qu'il interroge les suspects. Au terme de cette instruction préparatoire, le parquet décide de la suite. Il peut interrompre les poursuites. Il peut aussi *régler à l'ordinaire* lorsqu'il s'agit d'une infraction légère (injure, blessure minime, vol modique) et, dans ce cas, le procès se poursuit selon la procédure civile, afin d'indemniser la victime. Il peut encore *régler à l'extraordinaire*, pour les infractions qui méritent une peine afflictive (qui fait souffrir le condamné) ou infâmante (qui porte atteinte à l'honneur du condamné). Dans ce cas, le magistrat instructeur procède, vis-à-vis de l'accusé, et sans présence d'un avocat, à une instruction définitive qui complète et confirme l'instruction préparatoire. Puis, l'accusé passe en jugement devant les juges, sans avocat et sans jury. Si la preuve du crime est rapportée (l'aveu ou deux témoins minimum), le juge doit condamner l'accusé. Sinon, il doit renvoyer l'accusé hors de cours : la conscience du juge s'efface devant le système des preuves

légales. En revanche, sauf si la loi prévoit une peine précise, le juge jouit de l'*arbitrium*. Il peut *arbitrer* la peine en fonction de la personnalité du coupable et des circonstances du crime : la légalité stricte des délits et des peines s'efface devant la conscience du juge. Sauf exception, les jugements criminels sont rendus à charge d'appel devant les juridictions supérieures. Quant au roi, source de toute justice, il peut toujours faire casser un arrêt d'appel ou gracier un condamné. Cette procédure, inquisitoire, secrète, non contradictoire, repose sur les éléments de l'instruction qui, en principe, doit révéler la vérité et ne conduire devant les juges que ceux pour qui la présomption de culpabilité est très forte<sup>5</sup>. Dans ce système, le suspect et l'accusé ne sont pas dépourvus de moyens de défense, mais ces moyens sont fondés sur les devoirs des magistrats et le respect de la procédure et plus que sur les droits de la défense<sup>6</sup>.

En Angleterre, au XVIII<sup>e</sup> siècle, l'action judiciaire ne peut être engagée et conduite par un officier public que par exception. C'est le cas pour les crimes les plus graves (trahison, sédition, fausse monnaie) et pour de nombreuses atteintes aux biens. Dans ce cas, la victime s'efface devant le magistrat qui conduit l'affaire jusqu'à son terme<sup>7</sup>. Mais, en principe, l'action repose sur la victime qui peut l'entamer de trois façons<sup>8</sup>: l'*appeal*, l'*information* et surtout l'*indictment*, le procédé le plus célèbre. Cet *indictment* est le résultat d'une enquête préliminaire après une plainte auprès du juge de paix. Le suspect est présenté devant le *grand jury*, composé de douze à vingt-trois juges de paix du comté. Ils examinent les charges qui pèsent contre le suspect. Si douze grands jurés au moins

<sup>5</sup> CRÉPIN, Marie-Yvonne. Ordonnance criminelle dite de Saint-Germain-en-Laye, août 1670. In: HAUTEBERT, Joël; SOLEIL, Sylvain (eds.). *La procédure et la construction de l'État en Europe (XVI<sup>e</sup>-XIX<sup>e</sup> siècles)*. Recueil de textes, présentés et commentés. Rennes: PUR, 2011. p. 476 s.

<sup>6</sup> ASTAING, Antoine. *Droits et garanties de l'accusé dans le procès criminel d'Ancien Régime (XVI<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècle)*. Audace et pusillanimité de la doctrine pénale française. Aix-en-Provence: PUAM, 1999; BLOT-MACCAGNAN, Stéphanie. *Procédure criminelle et défense de l'accusé à la fin de l'Ancien Régime*. Rennes: PUR, 2010.

<sup>7</sup> SMITH, Bruce P. The myth of private prosecution in England, 1750-1850. In: DUBBER Markus D.; FARMER Lindsay (eds.). *Modern Histories of Crime and Punishment*. Stanford: SUP, 2007. p. 151 s.

<sup>8</sup> BAKER, John H. *An Introduction to English Legal History*. Londres: Butterworths, 2000. p. 70 s.

estiment que le dossier justifie la conduite d'un procès, ils rédigent un acte d'accusation (*count of indictment*) et l'affaire est jugée lors des assises. Durant le procès, le *petit jury*, composé de douze citoyens, écoute les débats contradictoires entre l'accusation et la défense. Le juge résume les débats, parfois en donnant sa propre opinion, et les douze jurés doivent décider, à l'unanimité, de la culpabilité de l'accusé<sup>9</sup>. Lors du procès, prévaut une procédure accusatoire, publique et contradictoire, qui repose, *en principe*, sur un combat à armes égales entre l'accusation et la défense. *En pratique*, comme l'explique Louis de Carbonnières à partir des observateurs de l'époque, ce système était loin d'être parfait<sup>10</sup>...

Toutefois, à compter de 1750, sur le continent européen, les philosophes et les magistrats éclairés se passionnent pour l'institution du jury. Ils en parlent, ils en discutent, ils en font un modèle<sup>11</sup>. En France, les auteurs parmi les plus en vogue, Montesquieu, Voltaire, Jaucourt, Condorcet, Dupaty, Marat, Linguet, Servan, Letrosne ou Delolme publient des ouvrages et des pamphlets exaltés<sup>12</sup>. Lorsqu'on consulte les dix volumes de la *Bibliothèque philosophique* dirigée et publiée par Brissot de Warville, de 1782 à 1785, on mesure la force et la nature de cet enthousiasme<sup>13</sup>. Dans le préliminaire du premier tome, Brissot salue les grands réformateurs européens et les constitutions des nouveaux États américains, notamment la Pennsylvanie, qui prévoient le double jury, le premier chargé de l'instruction « prompte et publique, par des jurés impartiaux du pays », le second chargé de garantir qu'aucun homme « ne peut être privé justement de sa liberté, qu'en vertu des lois du pays

---

<sup>9</sup> BEATTIE, John. *Crime and the Courts in England, 1660-1800*. Oxford: Clarendon Press, 1986; KING, Peter. *Crime, Justice and Discretion in England, 1740-1820*. Oxford: OUP, 2000.

<sup>10</sup> CARBONNIÈRES, Louis (de). Les destinées du jury français et du jury anglais (XVIII<sup>e</sup>-XIX<sup>e</sup> siècles). *Les Cahiers de la Justice*. Paris, 2012. p. 83 s.

<sup>11</sup> BLOT-MACCAGNAN, Stéphanie ; SOLEIL, Sylvain. Aufklärung und Justizreform. In: MAYENBURG, David (von); COLLIN, Peter; DECOCK, Wim; GROTKAMP, Nadine; SEENLENTAG, Anna (eds.). *Geschichte der Konfliktregulierung in Europa – Ein Handbuch*. Berlin: Springer, 2021. p. 223 s.

<sup>12</sup> CARBASSE, Jean-Marie. *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*. Paris: PUF, 2000. p. 355.

<sup>13</sup> TIYAL, Samyr. *Jacques-Pierre Brissot de Warville, genèse d'une pensée (1770-1789)*. Lille: ANRT, 1997.

et du jugement de ses pairs »<sup>14</sup>. Au tome 3, avant de décrire les origines et le fonctionnement du jury criminel en Pennsylvanie, il s'exclame<sup>15</sup> : « Que de précautions prises, pour défendre cette liberté politique, dont on ne connaît plus que le nom en Europe ! ». Au tome 5, Brissot publie le célèbre *Prix de la justice et de l'humanité*, dans lequel Voltaire s'écrie<sup>16</sup> : « En Angleterre, île fameuse par tant d'atrocités et par tant de bonnes lois, les jurés étaient eux-mêmes les avocats de l'accusé. [...] En France, le code criminel paraît dirigé pour la perte des citoyens ; en Angleterre, pour leur sauvegarde ». Au tome 7, Brissot publie les *Réflexions sur quelques points de nos lois*, dans lesquelles l'ancien magistrat Servan critique la procédure criminelle française et s'adresse à la nation suisse<sup>17</sup> :

« C'est de vous que le continent de l'Europe attend le grand exemple de la procédure par les jurés, et du jugement par les pairs. Cette loi est reléguée sur une île [allusion à l'Angleterre], dont la guerre et le préjugé nous séparent encore plus que la mer. Mais dans votre patrie, mêlée parmi vous, elle n'aura plus à nos yeux ce visage ennemi. Dès longtemps vous êtes nos frères, et peut-être vous nous communiqueriez vos bonnes lois criminelles, comme nous vous avons communiqué nos privilèges. »

En bref, les philosophes et les magistrats éclairés admirent tous le jury qu'ils opposent au modèle inquisitoire. Le système français est condamné soit à l'occasion de procès partiels et mal conduits, soit à l'occasion de châtiments cruels ou disproportionnés. Le système anglais est admiré parce qu'il serait rapide, libéral, impartial, ne produirait ni excès, ni erreurs judiciaires. En fait, ces auteurs adoptent une posture politique. Ils ont retenu de *L'esprit des lois* de Montesquieu (1748), que le jury criminel constitue un fondement des libertés publiques et individuelles<sup>18</sup>. Si, affirment-ils, la liberté consiste à protéger la vie, l'honneur et les biens

<sup>14</sup> BRISSOT. *Bibliothèque philosophique...*, v. 1. Paris: Desauges, 1782-1785, p. xxxiii-xxxiv.

<sup>15</sup> *Ibid.*, v. 3. p. 246-248.

<sup>16</sup> *Ibid.*, v. 5. p. 91.

<sup>17</sup> *Ibid.*, v. 7. p. 277.

<sup>18</sup> TILLET, Édouard. *La constitution anglaise, un modèle politique et institutionnel dans la France des Lumières*. Aix-Marseille: PUAM, 2001. p. 449 s.



des citoyens et les mettre à l'abri des lois tyranniques, il faut toujours craindre les juges trop puissants ; il ne faut jamais redouter les jurés parce que ce sont des citoyens comme les autres. Par voie de conséquence, les philosophes et les magistrats éclairés font du jury à l'anglaise un modèle à imiter, mais un modèle idéalisé, fantasmé, purgé des défauts réels que l'on connaissait peu ou mal à l'époque.

## 2. LES RÉVOLUTIONNAIRES ET L'ADOPTION DU JURY À L'ANGLAISE

On comprend pourquoi, au moment où commence la Révolution française (printemps 1789), l'Assemblée nationale constituante met la réforme de la justice criminelle à l'ordre du jour en s'inspirant, pour l'essentiel, des philosophes des Lumières et du modèle anglais<sup>19</sup>. La loi d'organisation judiciaire des 16-24 août 1790 dispose : « La procédure par jurés aura lieu en matière criminelle » (titre II, art. 15). La réforme, adoptée dans l'enthousiasme général, s'inscrit dans un nouvel équilibre constitutionnel<sup>20</sup>. La justice n'est plus rendue au nom du roi mais au nom du peuple français. Le roi n'a plus le pouvoir d'intervenir dans le cours de la justice ou de gracier un condamné. Les juges, désormais élus, sont confinés à un rôle secondaire ; ils ne doivent qu'appliquer la loi aux faits, ils doivent juger comme des « automates » (Beccaria), ils doivent n'être que « la bouche de la loi » (Montesquieu). Le jury, quant à lui, représente la nation dans la fonction judiciaire, comme l'Assemblée représente la nation dans la fonction législative<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> DRUGEON, Laurent. Les sources du droit procédural révolutionnaire : une voie française ? In: HAUTEBERT, Joël; SOLEIL, Sylvain (eds.). *Modèles français, enjeux politiques et élaboration des grands textes de procédure en Europe*, v. 2. Paris: EJT. p. 13 s.

<sup>20</sup> SOLEIL, Sylvain. *Lex Imperat : Creation and Exportation of the French Model of the Legality Principle (18th-19th C.)*. In: MARTYN, Georges; DUBBER Marcus D.; PIHLAJAMÄKI Heikki (eds.). *From the Judge's Arbitrium to the Legality Principle - Legislation as a Source of Law in Criminal Trials*. Berlin: Duncker & Humblot, 2013. p. 145 s.

<sup>21</sup> RAY, Jean. La Révolution française et la pensée juridique : l'idée de règne de la loi. *Revue Philosophique*, 1939. p. 363 s.; HALPÉRIN, Jean-Louis. Haro sur les hommes de loi, *Droits*, 1993. p. 55 s.; PADOA-SCHIOPPA, Antonio (ed.).

Le code des 29 septembre - 21 octobre 1791 établit la procédure criminelle sur de nouvelles bases. Le système devient accusatoire. L'unité du parquet, organisé autour du procureur du roi, est brisée au profit d'un accusateur public (un citoyen élu), chargé de porter l'accusation contre l'accusé, et d'un commissaire du roi (un magistrat nommé par le roi et inamovible) chargé de veiller à l'exacte application de la loi et de la procédure dans chaque juridiction. La phase d'instruction est confiée, au niveau du canton, au juge de paix assisté de notables. La phase d'accusation, au niveau du district, est confiée au jury d'accusation, inspiré du grand jury anglais, qui décide si les charges à l'égard du suspect suffisent pour le juger. La phase de jugement, au niveau du département, est confiée au jury criminel, inspiré du petit jury anglais, qui décide si l'accusé est coupable ou non. L'appel est aboli puisque le jury juge au nom de la nation tout entière. Le principe des preuves légales disparaît au profit de la seule conviction du jury. *L'arbitrium* des juges est remplacé par le principe de la légalité stricte des délits et des peines.

Lors des débats à l'Assemblée, les questions les plus agitées concernent la nature et les limites des pouvoirs des jurés, les conditions pour être jurés et le nombre de voix nécessaire pour prononcer une condamnation. Malgré les mises en garde de ceux qui connaissent les défauts du jury à l'anglaise<sup>22</sup>, le système est voté par les députés, accepté par le roi, mis en vigueur au début de l'année 1792<sup>23</sup>. Et, malgré plusieurs aménagements, il va durer jusqu'en décembre 1810.

---

*The Trial Jury in England, France, Germany, 1700-1900.* Berlin: Duncker & Humblot, 1987. p. 75 s.

<sup>22</sup> CARBONNIÈRES, Louis (de). Le comte de Lauraguais, anglomane isolé, face au jury révolutionnaire. *Revue Historique de Droit Français et Etranger*, 2013. p. 283 s.; sur la différence entre les deux systèmes : BERGER, Emmanuel. The Criminal Jury in England and France in the late 18<sup>th</sup> Century. *Historiographical Issues and Research Perspectives of Popular Justice*. In: DELIVRÉ, Emilie; BERGER, Emmanuel (eds.). *Popular Justice in Europe (18<sup>th</sup>-19<sup>th</sup> Centuries)*. Berlin: Duncker & Humblot, 2014, p. 71 s.

<sup>23</sup> LAFON, Jacqueline-Lucienne. *La Révolution française face au système judiciaire d'Ancien Régime*. Genève, Droz, 2001; MARTUCCI, Roberto. *La Costituante ed il problema penale in Francia (1789-1791)*, 1. *Alle Origine dei processo accusatorio : I decreti Beaumetz*. Milan: Giuffrè, 1984; BERGER, Emmanuel. *La justice pénale sous la Révolution. Les enjeux d'un modèle judiciaire libéral*. Rennes: PUR, 2008.

Techniquement, comment fonctionnait le double jury ? Après la phase d’instruction, si la victime ou l’accusateur public décidaient d’accuser un suspect, le directeur du jury, un magistrat élu, rédigeait un acte d’accusation qu’il soumettait au jury d’accusation, composé de huit citoyens. Au cas où le directeur du jury refusait de présenter l’affaire aux jurés, la victime pouvait le faire en rédigeant elle-même l’acte d’accusation. Ce jury d’accusation était réuni au tribunal du district et pouvait décider soit qu’il n’y avait pas lieu de poursuivre – le suspect était remis en liberté – soit qu’il y avait lieu d’accuser le suspect et l’affaire était transmise, avec l’accusé et l’acte d’accusation, au tribunal criminel. Là, devant les juges élus et douze jurés tirés au sort, se déroulaient les débats publics et contradictoires. On écoutait la lecture de l’acte d’accusation, les arguments de l’accusateur public et la défense de l’accusé qui pouvait être représenté par le défenseur de son choix. Puis, les douze jurés se retiraient dans une salle à part, hors la présence des juges, pour délibérer. Chacun d’eux se rendait seul, à tour de rôle, dans la chambre du conseil où étaient disposées des boîtes. Il y avait autant de boîtes que de questions posées au jury. Le premier juré, en présence d’un juge, répondait à la première question (les faits constituent-ils un crime ?) en glissant une boule blanche (en faveur de l’accusé) ou une boule noire (contre l’accusé) dans la première boîte. S’il avait déposé une boule blanche, c’est qu’il estimait qu’il n’y avait pas eu de crime et il quittait donc la chambre du conseil, puisqu’il n’avait pas à répondre aux questions suivantes. S’il déposait une boule noire, on lui demandait de répondre, par une boule blanche ou une boule noire, à la deuxième question (l’accusé est-il l’auteur de ce crime ?), et ainsi de suite pour chacune des questions posées. On procédait de cette façon avec chacun des douze jurés afin d’éviter que les jurés soient soumis à un vote collectif. Prenons l’exemple d’un vol de ruches d’abeilles commis en 1798<sup>24</sup>. Les coupables ayant avoué leur crime, le directeur du jury d’accusation dresse l’acte d’accusation le 17 octobre, le jury d’accusation vote en faveur de l’accusation le 21 octobre, et les accusés sont traduits devant le tribunal criminel le 6 décembre 1798. Les jurés,

---

<sup>24</sup> Archives d’Ille-et-Vilaine, L2823 & L3072, Rouxel, accusateur public, c/ Rieux, père et fils, 1798.

à tour de rôle, doivent répondre, à l'aide de leurs boules blanches ou noires, aux questions suivantes :

Est-il constant qu'une ruche d'abeilles fût volée à Michel Batois ?

Luc Rieux est-il un des auteurs dudit vol ?

L'a-t-il commis méchamment et dans l'intention du vol ? [...]

Le vol a-t-il été commis la nuit ?

Durant la procédure de vote, la règle était la suivante : dès que le juge constatait la présence de trois boules blanches dans les boîtes, il interrompait la procédure car trois boules blanches signifiaient trois votes en faveur de l'accusé, ce qui suffisait pour l'acquitter. Si, au contraire, il n'y avait pas plus de deux boules blanches dans l'ensemble des boîtes, l'accusé était déclaré coupable. En janvier 1792, lorsque le système entre en vigueur, chacun espère qu'il va bien fonctionner et qu'il va permettre d'assurer l'équilibre entre le respect des droits de l'accusé et le respect de l'ordre public, entre la défense des libertés individuelles et la défense de l'ordre social.

### **3. LA PRATIQUE JUDICIAIRE ET LE PROBLÈME DES ACQUITTEMENTS SCANDALEUX**

Très vite, en réalité, l'enthousiasme pour le jury va laisser place aux doutes. Pour le comprendre, il faut revenir sur les événements de la période 1792-1794. Le durcissement des tensions politiques (entrée en guerre de la France contre l'Autriche et la Prusse, déchéance du roi, avènement de la République, exécution du roi, etc.) et la dynamique révolutionnaire elle-même conduisent la nouvelle assemblée (la Convention, élue en septembre 1792) et ses comités de salut public et de sûreté générale à tout interpréter en termes idéologiques : pour ou contre la Révolution, pour ou contre la République. Tout ce qui ne se plie pas au nouvel ordre politique est désormais interprété comme une attitude contre-révolutionnaire. Sur le plan judiciaire, le pouvoir exige des tribunaux une application des lois stricte, docile et conforme à l'idéologie. Vis-à-vis des crimes à caractère politique (conspiration, rébellion, liens de parenté ou

d'amitié avec les nobles ou les prêtres, etc.), le problème est résolu avec la création des tribunaux criminels extraordinaires et des commissions militaires qui jugent sans jury. Ce sont ces institutions qui, du printemps 1793 à l'automne 1794, vont faire régner la terreur en France<sup>25</sup>. Pour les crimes de droit commun, le problème restera insoluble<sup>26</sup>. D'un côté, le pouvoir politique veut que sa politique criminelle soit appliquée par les tribunaux criminels. De l'autre, les jurys d'accusation refusent d'accuser les suspects et les jurys criminels refusent de condamner les accusés dans une proportion inquiétante. Comme l'appel de leurs décisions est impossible, le pouvoir politique demeure impuissant. La seule parade est l'annulation des décisions. De fait, de mars 1793 à octobre 1795, la convention va annuler deux cents décisions des tribunaux criminels.

À l'époque, au ministère de la justice et dans les comités révolutionnaires, ce problème est connu sous le nom des acquittements scandaleux. Essayons de comprendre, à partir des travaux de Robert Allen, Lynn Hunt, Gilles Landron et, plus récemment, Xavier Rousseau et Emmanuel Berger. Dans le nouvel équilibre pénal, le juge n'est pas libre de personnaliser les peines selon ce que lui dicte sa conscience. On craint son arbitraire. C'est donc la loi, le Code pénal de 1791, qui fixe la liste stricte et précise des peines qui devront être prononcées par les juges si le jury a déclaré l'accusé coupable. Par exemple, l'article 6 du Titre 2, Section 2 du Code prévoit que la peine pour un vol sera de huit années de fers, que le coupable soit une indigente ou un criminel aguerri, que le vol concerne un pain ou toutes les économies de la victime. L'article 7 fixe les cinq circonstances aggravantes pour lesquelles cette peine sera augmentée de deux années supplémentaires. De sorte qu'un vol de pain (8 ans), commis de nuit (+ 2), dans une maison habitée (+ 2), doit

---

<sup>25</sup> BROWN, Howard G. *Ending the French Revolution: Violence, Justice, and Repression from the Terror to Napoleon*. Charlottesville: UVP, 2006; MARI, Éric (de). *La mise hors de la loi sous la Révolution française (1793-an III)*. Paris: LGDJ, 2015; BOULANT, Antoine. *Le tribunal révolutionnaire. Punir les ennemis du peuple*. Paris: Perrin, 2018.

<sup>26</sup> CARBASSE, Jean-Marie. État autoritaire et justice répressive : l'évolution de la législation pénale de 1789 au Code de 1810. In: *All'ombra dell'aquila imperiale*. Rome: Archivi di Stato, 1994. p. 325 s.; PASSANO, Mario (da). *Emendare o intimidire ? La codificazione del diritto penale in Francia e in Italia durante la Rivoluzione e l'Impero*. Turin: Giappichelli, 2000. p. 101 s.

être puni de 12 années de fers, c'est-à-dire une peine manifestement disproportionnée.

Les jurés ont souvent été confrontés à ce genre de situations où, d'un côté, l'accusé était évidemment coupable, où, d'un autre côté, la peine leur paraissait démesurée. Dans certains cas, ils ont donc préféré ne pas poursuivre ou acquitter plutôt que d'assumer une peine injuste<sup>27</sup>. En outre, certains jurés pouvaient avoir tendance à excuser des crimes qu'ils avaient eux-mêmes commis. De plus, tous n'étaient pas forcément capables de comprendre les questions complexes qui leur étaient posées ou de dissocier la culpabilité de l'innocence. Pour un juré, déposer une boule blanche ne signifiait pas forcément qu'il était convaincu de l'innocence de l'accusé, mais plutôt qu'il n'était pas convaincu de sa culpabilité, et que le doute devait lui profiter. Par ailleurs, beaucoup n'étaient en phase ni avec les crimes et les peines prévus dans le code de 1791, ni avec les nouvelles incriminations à caractère politique<sup>28</sup>. Et puisqu'on demandait à chaque juré de suivre « votre conscience et votre intime conviction, avec l'impartialité et la fermeté qui conviennent à un homme libre », de nombreux jurés ont agi... comme des hommes libres. Et puisqu'il suffisait de trois boules blanches pour acquitter un accusé, le système a finalement tourné en faveur des accusés.

Les études menées dans les archives judiciaires le montrent. Emmanuel Berger, qui a examiné les territoires belges réunis à la France, aboutit à un taux de 33% d'affaires où les jurys d'accusation ont refusé de mettre le suspect en accusation, soit 300 affaires environ sur 900<sup>29</sup>. Le taux monte à 54% pour les affaires à connotation politique. L'étude des verdicts des jurys criminels, menée dans des départements divers, aboutit aux mêmes résultats. Robert Allen, qui a étudié les verdicts rendus dans seize départements entre 1792 et 1811, aboutit à un taux moyen de 45%

<sup>27</sup> LANDRON, Gilles. À propos de la "commisération abusive" du jury criminel de la Révolution. *Histoire de la Justice*, 1994. p. 73 s.; SCHNAPPER, Bernard. L'activité du tribunal criminel de la Vienne, 1792-1800. In: *La Révolution et l'ordre juridique privé : rationalité ou scandale ?*, v. 2. Paris: PUF, 1988. p. 623 s.

<sup>28</sup> ALLEN, Robert. *Les tribunaux criminels sous la révolution et l'Empire (1792-1811)*. Rennes: PUR, 2005. Chap. II, § 17 s.

<sup>29</sup> BERGER, Emmanuel. Ordre public et poursuites criminelles sous le Directoire (1795-1799). *Annales Historiques de la Révolution Française*, 2007. p. 146.

d'acquittements, soit environ 8500 acquittements pour 19000 affaires jugées<sup>30</sup>. Ce taux, selon Jean-Louis Debauve, monte même à 65% dans le département du Morbihan<sup>31</sup>. Robert Allen et Xavier Rousseaux, qui ont comparé les chiffres, expliquent que ces taux restent comparables durant toute la période (1793-1799), qu'il n'y a aucune corrélation entre la sensibilité politique des jurys et le taux d'acquittements, et que ce taux est plus élevé dans les affaires à caractère politique que dans les affaires classiques de vol ou de violence<sup>32</sup>.

De façon rétrospective, on peut estimer que les jurés ont parfaitement joué leur rôle : défendre les libertés publiques en protégeant les citoyens contre les lois liberticides. Mais, de 1793 à 1799, le pouvoir politique ne voit pas du tout les choses de la même façon. À leurs yeux, les jurys d'accusation et de jugement sont suspectés d'être rebelles à la loi<sup>33</sup>. À compter de la chute de Robespierre (juillet 1794), la Convention, puis le nouveau régime qu'elle met en place, le Directoire (1795-1799), vont chercher à rectifier la situation<sup>34</sup>. Les discours contre les jurés qui, par leur indulgence coupable, conspireraient contre la République se multiplient à tous les niveaux. Les listes de jurés sont purgées des éléments douteux. Les lois multiplient le nombre d'affaires jugées par des tribunaux sans jury. L'acquittement avec trois boules blanches est modifié au profit de l'unanimité (pour ou contre la culpabilité de l'accusé) ou, si au bout de vingt-quatre heures assemblé le jury n'a pas réussi à se mettre d'accord, à la majorité. Mais rien n'y fait. Le taux d'acquittements à la veille du coup d'État de Napoléon Bonaparte reste toujours aussi élevé.

---

<sup>30</sup> ALLEN. *Les tribunaux criminels (op. cit.)*, Chap. II, §5.

<sup>31</sup> DEBAUVE, Jean-Louis. *La justice révolutionnaire dans le Morbihan (1790-1795)*. Paris: Debauve, 1965.

<sup>32</sup> ALLEN. *Les tribunaux criminels (op. cit.)*, Chap. II, §67 s.; ROUSSEAUX, Xavier. Politique judiciaire, criminalisation et répression. La révolution des juridictions criminelles (1792-1800). In: MARTIN, Jean-Claude (ed.). *La Révolution à l'œuvre. Perspectives actuelles dans l'histoire de la Révolution française*. Rennes: PUR, 2005. §38 s.

<sup>33</sup> SCHNAPPER, Bernard. Le jury criminel. In: BOUCHER, Paul (ed.). *Une Autre Justice, 1789-1799*. Paris: Fayard, 1989. p. 170.

<sup>34</sup> CRÉPIN, Marie-Yvonne. Les Thermidoriens et la reconstruction juridique. In: *La Vendée. Après la Terreur, la reconstruction*. Paris: Perrin. 1997. p. 191 s.

#### 4. LE CONSULAT ET LA PREMIÈRE CONTROVERSE DOCTRINALE SUR LE JURY

Napoléon Bonaparte prend le pouvoir en novembre 1799 (brumaire an VIII) et supprime le système du Directoire au profit du Consulat. Il met au point une constitution qui donne le rôle principal au pouvoir exécutif et qui lui permet de relancer les chantiers de la codification. En matière criminelle, Bonaparte est décidé à examiner ce qui n'a pas fonctionné et à faire les réformes nécessaires. L'une des questions majeures est celle du maintien du jury à l'anglaise. C'est pourquoi, de 1799 à 1804, on assiste à une floraison d'ouvrages et d'articles, pour ou contre l'institution du jury criminel. En l'an VIII, Granger, substitut du commissaire du gouvernement près le tribunal criminel de la Seine, qui s'est rallié à Bonaparte au nom des « amis de l'humanité et des ennemis du désordre et de l'anarchie », se propose de faire la liste des problèmes qu'il a observés dans l'exercice de ses fonctions. À propos des jurés, il annonce que « le moment de dire de grandes vérités est arrivé »<sup>35</sup>. La publicité des listes de jurés a, affirme-t-il, offert aux accusés l'occasion d'envoyer aux jurés des mémoires manuscrits ou imprimés pour les influencer. Les listes ont été faites sans rigueur et contiennent parfois les noms d'hommes qui sont décédés ou qui ont quitté le département. Le tirage au sort désigne des hommes qui ne savent pas lire les documents qu'on leur présente, ou qui, étant sourds, ne peuvent pas siéger utilement, ou qui, stupides ou entêtés, s'avèrent incapables de tenir leur rôle. Certains annoncent hautement « qu'ils n'entendent rien à toutes les questions qu'on leur propose ; disent que ce n'est pas là leur métier ; qu'il faut leur laisser faire celui qu'ils ont appris. Ils ne donnent leurs boules alors, que parce qu'ils y sont forcés, et les donnent avec humeur et au hasard »<sup>36</sup>. Le nombre de questions posées au jury, ajoute Granger, complexifie les choses, ralentit les délibérations et suscite des risques de cassation. L'ancien système des trois boules blanches était catastrophique<sup>37</sup> :

<sup>35</sup> GRANGER. *Idée des abus existants dans l'ordre de procéder en matière criminelle*. Paris: Guerbart, 1800. p. 80-81.

<sup>36</sup> *Ibid.* p. 116.

<sup>37</sup> *Ibid.* p. 136-137.



« Il devait résulter, et il est résulté, de l'inégalité de cette lutte entre les accusés et la société, que celle-ci a persévéramment souffert, tandis que les autres ont impunément joui du fruit de leurs rapines et du plus affreux brigandage. Il est résulté, de cette inégalité, que des hommes évidemment coupables, et à la conviction desquels il ne manquait absolument que leur aveu, ont été scandaleusement acquittés, et se sont publiquement amusés de l'erreur ou de l'ineptie de ceux de leurs jurés qui venaient de concourir à leur absolution. »

Quant au nouveau système du vote à l'unanimité, il est contraire à la morale car on pousse les jurés à céder par lassitude ou impatience. Granger ne propose pas à Bonaparte la suppression du jury, mais des réformes de fond.

Quelques mois plus tard, le 5 janvier 1801, l'Institut de France, dans sa formation des sciences morales et politiques, organise un concours : « Quels sont les moyens de perfectionner l'institution du jury ? ». Cette technique du concours était assez courante dans l'Europe des Lumières car elle permettait de mobiliser les intelligences et de recueillir des idées sur des sujets à l'ordre du jour. D'ailleurs, ce sont de parfaits inconnus qui vont s'illustrer lors de ce débat et dont les arguments respectifs vont, avec les opinions des tribunaux, occuper l'espace public. En avril 1802, l'Institut décerne deux prix, l'un au citoyen Canard, ancien professeur de mathématiques à l'école centrale de Moulins, l'autre au citoyen Bourguignon, juge au tribunal criminel de la Seine. Ces mémoires, et plusieurs autres, sont alors imprimés<sup>38</sup>. L'un et l'autre, favorables au jury, se désolent à propos des difficultés rencontrées par l'institution et proposent des solutions. Dans un deuxième mémoire, lu à l'académie de législation en décembre 1803, Bourguignon s'en prend d'ailleurs avec virulence aux détracteurs du jury qui ont prospéré depuis 1802 et la publication de son premier mémoire<sup>39</sup> :

---

<sup>38</sup> CANARD. *Moyens de perfectionner le jury*. Moulins: Vidalin, 1802; BOURGUIGNON. *Mémoire sur les moyens de perfectionner en France l'institution du jury*. Paris: Maradan, 1802; BONNET. *Du jury en France*. Paris: Maradan, 1802; LOUVET. *Discours... sur cette question posée en l'an IX : quels sont les moyens de perfectionner l'institution du jury ?* Paris: Chaumerot, 1808.

<sup>39</sup> BOURGUIGNON. *Deuxième mémoire sur l'institution du jury*. Paris: Paris, 1804. p. 2.

« Depuis lors, j'ai entendu des jurisconsultes et des magistrats du plus grand mérite, révoquer en doute la supériorité de cette procédure, ne la considérer que comme une brillante théorie, qui, mise en pratique, procure l'impunité à un grand nombre de criminels, et porte par conséquent le désordre le plus funeste dans la société. Le peu de succès, disent-ils, qu'elle a obtenu en France, depuis qu'elle y est observée, prouve, jusqu'à l'évidence, que, fût-elle bonne, elle ne peut convenir à nos mœurs. »

Ce que redoute Bourguignon, c'est que ces juristes et ces magistrats d'Ancien Régime ne réussissent à convaincre l'opinion publique et le pouvoir politique d'abolir le jury pour récupérer le pouvoir de juger, seuls, les accusés. Treize mois plus tôt, Scipion Bexon, un magistrat, avait lui aussi souligné cet enjeu. S'il est vrai, admet-il, que le problème est en partie lié au caractère des jurés, il faut également convenir qu'il découle aussi de l'attitude des magistrats qui ont pratiqué l'ancien système. Ils se montrent souvent défavorables à l'institution car leur « habitude contractée de juger dans le secret de l'ancienne procédure, avec ses formes acerbes et sa dureté, sympathise peu avec la candeur et la simplicité des formes de l'institution du jury »<sup>40</sup>.

Dans l'autre sens, Gach, président du tribunal de première instance de Figeac, dénonce le jury à partir des faits qui, à l'opposé des doctrines du siècle des Lumières, ont montré l'échec du jury. Il se propose donc de s'appuyer sur « ce qui est, ce que j'ai vu, ce que chacun a vu », et d'établir<sup>41</sup> :

« Que l'institution du jury n'est qu'un beau rêve de la philosophie, impossible à réaliser parmi nous ; que le sol français, d'ailleurs si fécond en hommes célèbres ou estimables dans tous les genres de talent et de mérite, ne produira jamais de bons jurés, et que l'obstacle est dans le caractère, les mœurs, les vices, et jusques dans les vertus de la nation. »

Le pamphlet de Gach a ceci de percutant qu'il conteste non le jury en soi, mais la transplantation faite en France. Le jury d'origine

<sup>40</sup> BREXON. *Développement de la théorie des lois criminelles*. Paris: Garnery, 1802. p. 45.

<sup>41</sup> GACH. *Des vices de l'institution du jury en France*. Paris: Petit, 1804. p. v.

anglaise, affirme-t-il, ne correspond pas au caractère du peuple français. En effet, l'institution ne peut fonctionner que si les citoyens sont honorés d'y participer et s'ils ont l'instruction et les compétences requises. Or, combien de fois a-t-on vu des jurés s'absenter la veille du procès, se déclarer malades ou se cacher dans leur maison pour éviter de siéger. Courageux et magnanime sur le champ de bataille, le Français, explique Gach, n'a pas les mêmes dispositions quand il s'agit d'autres affaires publiques. Il privilégie toujours ses intérêts particuliers et ses plaisirs au détriment de l'intérêt général. Il est léger, frivole, irréfléchi, prompt à décider. Il a tendance à excéder les bornes du pouvoir d'un juré. Il a du mal à respecter la loi. Il a un penchant à l'indulgence. En outre, le peuple français, le peuple le plus poli, le plus spirituel et le plus aimable de la terre, est aussi le moins instruit. S'élever à propos des questions politiques ne l'intéresse pas. Bref, il ne possède pas les qualités requises pour faire un bon juré. Bref, « le vice dominant et fondamental de l'institution était dans son opposition avec les mœurs françaises et le caractère national »<sup>42</sup>. En termes de théorie du droit, la transplantation de l'institution anglaise est un échec. Gach conclut sur « l'urgente nécessité de la supprimer ».

En 1804, lorsque *La Revue Philosophique, Littéraire et Politique* publie une réplique à Gach ou lorsque Porcher défend le jury, c'est avec angoisse car, affirment l'une et l'autre, désormais, l'institution est contestée par les autorités publiques elles-mêmes<sup>43</sup>.

## **5. L'EMPIRE, LA SUPPRESSION DU JURY D'ACCUSATION ET LE MAINTIEN DU JURY CRIMINEL**

De fait, les projets de réforme criminelle ont évolué dans un sens défavorable au système français et au modèle du jury à l'anglaise. Déjà en janvier 1801, Bonaparte a fait changer les règles concernant l'acte d'accusation présenté au jury d'accusation qui sera désormais rédigé par le commissaire du gouvernement (nommé par le pouvoir exécutif)

---

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 24, 43 et 90.

<sup>43</sup> ANONYME. Aux rédacteurs de la Revue. *La Revue Philosophique, Littéraire et Politique*, 1804-1805. p. 12 s.; PORCHER. *L'excellence de l'institution du jury*. Orléans: Guyot, 1804. p. II.

et non plus par le directeur du jury (un juge élu). Une commission est instituée en mars 1801 pour rédiger un projet de code comprenant à la fois le droit pénal et la procédure. Elle est animée par cinq hommes qui cherchent à trouver l'équilibre entre la conservation du jury et une logique d'efficacité, de répression, de reprise en main de la société française. Ils participent de ce basculement décrit par Stefano Solimano : « une grande partie des juristes napoléoniens, de 1789 à Brumaire, avaient en commun le même parcours spirituel, la même évolution idéologique : de l'illusion au désenchantement »<sup>44</sup>. Ces hommes, désabusés, réactionnaires, vieilliss, expriment désormais une grande défiance à l'égard des hommes en société. En matière criminelle, ils réclament donc de la rigueur, de la sévérité, des châtiments spectaculaires. Toutefois, ils veulent conserver certains acquis<sup>45</sup>. Oudard, l'un des deux rapporteurs, admire d'ailleurs toujours le modèle anglais<sup>46</sup>. Leur projet maintient donc le double jury sous réserve de purger les listes des citoyens qui sont ou morts, ou domiciliés ailleurs, ou infirmes, ou analphabètes. Le principe de l'unanimité est conservé, sans délai de temps. Mais le projet de code criminel, présenté en juin 1801, n'est pas du goût des autorités chargées de l'examiner. L'atmosphère de réaction s'est généralisée.

En août 1802, un sénatus-consulte permet au Sénat de suspendre « pour cinq ans les fonctions de jurés dans les départements où cette mesure est nécessaire », de déclarer, « quand les circonstances l'exigent, des départements hors de la Constitution », d'annuler les jugements des tribunaux, lorsqu'ils sont attentatoires à la sûreté de l'État », ce que le Sénat fera abondamment y compris dans les causes individuelles. Lorsque les tribunaux sont appelés à donner leur avis sur le projet de code criminel (1803), le tribunal de cassation et le ministre de la justice désapprouvent profondément l'institution du jury, sans aller

<sup>44</sup> SOLIMANO, Stefano. L'établissement de l'ordre juridique napoléonien : le rôle de Guy Jean-Baptiste Target. *Forhistiuris*, 2004. §15.

<sup>45</sup> SOLIMANO, Stefano. *Verso il Code Napoléon. Il progetto di Codice civile di Guy Jean Baptiste Target (1798-1799)*. Milan: Giuffrè, 1998. p. 69 s.

<sup>46</sup> BOUGLÉ, Claire. Le code d'instruction criminelle de 1808. In: HAUTEBERT, Joël; SOLEIL, Sylvain (eds.). *La procédure et la construction de l'État en Europe (XVI<sup>e</sup>-XIX<sup>e</sup> siècles)*. *Recueil de textes, présentés et commentés*. Rennes: PUR, 2011. p. 604.

jusqu'à réclamer son abrogation. La majorité des tribunaux d'appel, en revanche, demandent nettement sa suppression. Quant aux tribunaux criminels, une moitié environ se prononce pour le maintien du jury, une autre moitié contre<sup>47</sup>. Lorsque le Conseil d'État s'empare, à son tour, du projet (1804), c'est pour le critiquer. D'ailleurs, la première des quatorze questions à l'ordre du jour est : « L'institution du jury sera-t-elle ou non conservée ? »<sup>48</sup>. Locré qui a rapporté les débats, raconte comment deux groupes de conseillers d'État s'étaient opposés : ceux qui, fidèles aux avantages du modèle anglais, défendent le projet de juin 1801 et cherchent à maintenir le double jury en s'appuyant sur l'héritage révolutionnaire et le fait qu'il était inscrit dans la constitution de l'an VIII ; ceux qui, plus en phase avec l'ambiance du moment, rejettent le double jury et réclament le retour à l'ordonnance criminelle de 1670. De nombreux facteurs jouent en faveur du second groupe : en 1804, la guerre a repris contre le Royaume-Uni ce qui explique le déclin de l'anglophilie ; Napoléon se montre ouvertement hostile au jury ; l'opinion publique exige, plus encore qu'en 1800, de la fermeté parce qu'elle est exaspérée par la criminalité, notamment celle des assassins, des voleurs, des bandes de chauffeurs qui, héritiers des criminels de grands chemins d'Ancien Régime, s'introduisent dans les fermes isolées, torturent les habitants en brûlant leurs pieds dans la cheminée pour connaître l'endroit où sont cachées les économies. Il faut encore évoquer l'idée partagée selon laquelle le jury serait mal adapté à la nation française à cause de l'esprit frivole, libre et critique des Français. Enfin et surtout, lors des débats, la mise en comparaison de l'idéalisme des Lumières avec les mécanismes éprouvés de l'ordonnance de 1670 tourne souvent en faveur de cette dernière. Elle va servir de modèle pour le contre-projet du Conseil d'État de 1804 qui, discuté de janvier à octobre 1808, sera adopté en tant que Code d'instruction criminelle en 1808.

---

<sup>47</sup> ESMEIN, Adhémar. *Histoire de la procédure criminelle en France*. Paris: Larose & Forcé, 1882. p. 485 s. ; GAWELIK, Katy. *Les sources de la codification pénale napoléonienne à la lumière des observations des tribunaux sur le projet de Code criminel de l'an IX*. Thèse droit. Lille : Université de Lille 2, 2002.

<sup>48</sup> PICARDI, Nicola; GIULIANI, Alessandro (eds.). *I codici napoleonici, t. 2, Codice di istruzione criminale, 1808*. Milan: Giuffrè, 2002. p. xxxi.

Qu'en est-il du jury dans ce code<sup>49</sup> ? Le jury d'accusation, qui concentre toutes les critiques, disparaît. Les poursuites et l'instruction de l'affaire (organisée comme sous l'Ancien régime) sont confiées au procureur impérial et au juge d'instruction selon une procédure inquisitoire, secrète, non publique et non contradictoire. Lors de la clôture de l'instruction, le système est organisé en deux temps. Le juge d'instruction présente son rapport à la chambre du conseil, composée de lui-même et de magistrats du siège, en présence du procureur impérial. Il faut l'unanimité pour décharger l'inculpé de la plainte. Il suffit qu'un magistrat soit d'avis de poursuivre pour que le dossier soit transmis à la chambre d'accusation qui, sur le réquisitoire du procureur, décide ou non de rédiger un acte d'accusation et de renvoyer l'accusé devant la cour d'assises (le tribunal criminel, sous un autre nom). Le jury criminel de la cour d'assises, quant à lui, a été maintenu de justesse grâce à Treilhard qui, jusqu'au bout, aura plaidé en sa faveur et aura réussi à convaincre Napoléon de son utilité judiciaire et sociale. En réalité, à l'époque, une multitude d'affaires lui échappe au profit de juridictions criminelles qui, sous des noms divers, jugent sans jury. Au sein de la cour d'assises, le jury est composé de douze jurés, choisis au terme d'une sévère sélection. À partir des listes départementales, le préfet (le représentant du pouvoir exécutif dans le département) établit une liste de soixante jurés pour chaque assise. Puis, le président du tribunal réduit cette liste à trente-six. Enfin, le procureur général a le pouvoir de récuser jusqu'à douze noms, après que l'accusé a procédé, lui aussi, sans l'assistance de son avocat, jusqu'à douze récusations. À l'issue des débats publics et contradictoires, après qu'on a entendu la victime ou son avocat, puis le réquisitoire du procureur et les répliques de l'accusé ou de son avocat, le président est chargé de résumer l'affaire aux jurés. Ceux-ci, hors la présence des juges, délibèrent sur des questions dont le nombre a été réduit : 1) « l'accusé est-il coupable d'avoir commis tel crime avec toutes les circonstances expliquées dans l'acte d'accusation ? », 2) « l'accusé a-t-il commis le crime avec telle circonstance particulière ? » et (au cas où l'accusé invoque un fait justificatif ou une circonstance atténuante) 3) « ce fait est-il constant ? ». Les jurés, après avoir délibéré, donnent leurs réponses, l'un après l'autre,

---

<sup>49</sup> BOUGLÉ. *Le code (op. cit.)*. p. 606.

au chef du jury (l'un des jurés tiré au sort). Le vote, désormais, est à la majorité simple. Si sept jurés sur douze estiment l'accusé coupable, il est condamné. Si sept jurés l'estiment innocent, il est acquitté. Le partage des voix tourne en faveur de l'accusé. L'appel reste impossible mais, quoique le Code indique « la décision du jury ne pourra jamais être soumise à aucun recours » (art. 350), la prudence conduit à inscrire dans le code la possibilité d'un *renvoi* devant un autre jury si, au prononcé du verdict, les juges déclarent unanimement que les jurés se sont trompés (art. 352), la possibilité d'une *cassation* pour des motifs de droit (art. 416 et s.) et d'une *révision* pour des motifs de fait, par exemple lorsqu'on rapporte la preuve d'un faux témoignage, la preuve que la victime, prétendument morte, est toujours en vie, ou la preuve que le crime a été commis par un autre que le condamné (art. 443 et s.). Ce système du Code d'instruction criminelle de 1808 clôt une décennie de débats à propos du jury et entre en vigueur en 1811.

## 6. LA RESTAURATION ET LA SECONDE CONTROVERSE DOCTRINALE SUR LE JURY À L'ANGLAISE

En 1814, puis en 1815, le système politique européen voulu par Napoléon s'effondre. Louis XVIII revient en France ; c'est la Restauration. Mais parce que Louis XVIII refuse de nouveaux soubresauts, il décide de conserver les institutions de Napoléon. Malgré quelques réformes, tous les codes sont maintenus, y compris le code d'instruction criminelle de 1808 et son système inquisitoire. Le roi choisit même de continuer à faire juger les affaires de nature politique par des juridictions d'exception, sans jury<sup>50</sup>. Cette nouvelle période s'ouvre donc sur une aspiration aux

---

<sup>50</sup> MARTINAGE, Renée. *Punir le crime. La répression judiciaire depuis le Code Pénal*. Villeneuve d'Ascq: L'Espace Juridique, 1989; TORT, Olivier. *La magistrature française face aux deux Restaurations (1814-1815)*. *Revue d'Histoire du XIX<sup>e</sup> siècle*, 2014. p. 93 s.; BOUGLÉ, Claire. *La Cour de cassation et le code pénal de 1810. Le principe de légalité à l'épreuve de la jurisprudence (1811-1863)*. Paris: LGDJ, 2005; DONOVAN, James M. *Juries and the Transformation of Criminal Justice in France in the Nineteenth & Twentieth Century*. Chapel Hill: UNCP, 2010; BERGER, Emmanuel; ROUSSEAU, Xavier. *Le jury criminel sous le Premier Empire. Origines et perspectives d'une tentative d'harmonisation juridique en Europe*. In: ANTOINE, François; JESSENNE, Jean-Pierre;

libertés publiques et individuelles, et sur une volonté de réhabiliter le jury en tant que symbole d'une justice d'équilibre. Ricard, Bérenger, Cottu, Rémusat, Comte, Legraverend, Heulhard de Montigny, Boyard, Guernon de Rainville, Oudart, Bavoux, Dupin, et d'autres, cherchent donc à mobiliser l'opinion publique et encourager des réformes audacieuses<sup>51</sup>. L'opinion du professeur Bavoux et de l'avocat Dupin est particulièrement intéressante car, en 1820, Bavoux a été traduit en justice après avoir été accusé d'avoir appelé ses étudiants à la désobéissance des lois, durant son cours de législation pénale<sup>52</sup>. Et parce que Bavoux a été défendu par Dupin en cour d'assises, les deux hommes critiquent le système de façon personnelle et passionnée.

Tout d'abord, chez ces auteurs, on ressent une même volonté de revanche à l'égard de Napoléon et de sa justice criminelle qui est présentée comme un instrument de dictature policière, administrative et répressive. En 1818, l'avocat général Bérenger, démissionnaire de la cour d'appel de Grenoble, stigmatise le Code d'instruction datant d'une période où « le gouvernement ne songeait à enchaîner alors que la liberté politique »<sup>53</sup>. En 1819, le conseiller à la cour de cassation Oudart rappelle que le double jury criminel, quoique dénigré, a été sauvé par ceux « qui jugeaient que nous n'étions pas assez préparés à la perte du peu de libertés qui nous restaient, et qu'il n'était pas temps encore de renverser le jury »<sup>54</sup>. En

---

JOURDAN, Annie; LEUWERS, Hervé (eds.). *L'Empire napoléonien : une expérience européenne ?* Paris: Colin, 2014. p. 227 s.

<sup>51</sup> Sur ces auteurs : FALELAVAKI, Yannick. *L'histoire d'une conversion. La doctrine française du XIX<sup>e</sup> siècle et le recours à la comparaison juridique*. Thèse droit, Rennes : Université de 1, 2016; ARABEYRE, Patrick; HALPÉRIN, Jean-Louis; KRYNEN, Jacques (eds.). *Dictionnaire historique des juristes français, XII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles*. Paris: PUF, 2007.

<sup>52</sup> VENTRE-DENIS, Madeleine. La faculté de droit de Paris et la vie politique sous la Restauration. L'affaire Bavoux, *Revue d'Histoire des facultés de Droit et de la Science Juridique*, 1987. p. 44 s.; VIELFAURE, Pascal. L'art de convaincre dans les procès politiques en France sous la Restauration selon l'avocat Dupin aîné. In: *Ars Persuasionis : entre doute et certitude*. Berlin: Duncker & Humblot, 2012. p. 89 s.

<sup>53</sup> BÉRENGER. *De la justice criminelle en France, d'après les lois permanentes, les lois d'exception et les doctrines des tribunaux*. Paris: L'Huillier, 1818. p. 4.

<sup>54</sup> OUDART. *Essai sur l'organisation du jury de jugement et sur l'instruction criminelle*. Paris: Delaunay, 1819. p. 3.



1821, le professeur Bavoux déplore « le régime des décrets et des lois faites à huis clos », avec « tous les moyens qui n'étaient propres qu'à l'usurpation et à la tyrannie »<sup>55</sup>.

Ensuite, chez ces auteurs, le jury fait l'objet de plaidoyers et de propositions. Cottu, conseiller à la cour d'appel de Paris, admet le manque d'entrain de la part des citoyens à l'égard de la fonction de juré, mais, souligne-t-il, « qu'a-t-on fait jusqu'ici pour mettre cette institution à l'honneur ? »<sup>56</sup>. Le Graverend dément l'assertion devenue proverbiale selon laquelle le jury favorise l'impunité<sup>57</sup>. Bavoux estime que ses défauts n'étaient liés qu'à la disproportion des peines prévues par le code. Ce sont donc les lois pénales qu'il faut réformer. Dupin réclame le droit, pour les avocats, de participer à la récusation des jurés<sup>58</sup>. Certains accusent les magistrats d'avoir dénigré le jury pour obtenir son abolition et récupérer leurs anciens pouvoirs. D'autres se prononcent contre les juridictions d'exception qui jugent les affaires sensibles sans jury. Tous s'indignent contre le système de choix confié aux préfets, de sorte que les hommes désignés sont moins des jurés que des « commissaires » du gouvernement.

Enfin, et par opposition, tous ces auteurs se réfèrent à l'Angleterre et aux États-Unis pour, explique Oudart, « faire ressortir tous les vices du jury français ». « Il sera facile ensuite, en ajoutant à ces modèles ce qui serait jugé utile, et en y retranchant ce qu'on trouverait de défectueux, de former un système approprié à nos mœurs ». À chaque page, celui-ci défend l'institution originelle (anglaise) qui a été défigurée en France et conclut en proposant des solutions. Comte, après un long réquisitoire contre la procédure française, affirme que c'est la procédure par jurés qui a permis aux Anglais de résister aux lois tyranniques votées par le parlement. Pour exercer la tyrannie, explique-t-il, des lois cruelles ne suffisent pas, car il faut aussi une justice pour les appliquer : or, il n'y a rien à craindre de citoyens honnêtes qui sont appelés à juger de façon

---

<sup>55</sup> BAVOUX. *Leçons préliminaires sur le code pénal, ou examen de la législation criminelle*. Paris: Bavoux, 1821. p. 1.

<sup>56</sup> COTTU. *Réflexions sur l'état actuel du jury, de la liberté individuelle et des prisons*. Paris: Nicole, 1818. p. 84.

<sup>57</sup> LEGRAVEREND. *Observations sur le jury en France*. Paris: Delaunay, 1819. p. 6.

<sup>58</sup> DUPIN. *Observations sur plusieurs points importants de notre législation criminelle*. Paris: Baudouin, 1821. p. 187-188.

temporaire<sup>59</sup>. Toutefois, cette comparaison franco-britannique est assez différente de celle que les philosophes des Lumières alimentaient avant la Révolution. Elle s'appuie bientôt sur des observations menées sur place, en Angleterre, et sur une diversité de conclusions.

René Cottu, conseiller à la cour d'appel de Paris et secrétaire général de la société royale des prisons, a publié en 1818 un ouvrage critique : *Réflexions sur l'état actuel du jury, de la liberté individuelle et des prisons*. En 1820, il est envoyé en Angleterre par le gouvernement « pour y étudier le système et la marche du jury ». À son retour, il publie le résultat de ses discussions avec des parlementaires et des juges anglais et le fruit de ses observations lors des assises anglaises du circuit du Nord. Son ouvrage devient immédiatement un pivot de la réflexion sur le jury, aussi bien en France qu'à l'étranger où il est recensé dans les revues juridiques. Or, si l'ouvrage consiste à souligner l'excellence de la justice criminelle anglaise, il cherche également à montrer qu'elle est difficilement applicable en France. Après avoir longuement décrit et expliqué ce qu'il a vu, il en vient à affirmer que les hommes mobilisés par la justice anglaise, juges, shérifs, avocats et jurés, sont tous habités d'une même volonté : juger avec impartialité, respecter l'accusé, punir avec discernement<sup>60</sup> :

« Il suit de tous ces détails [...] que les tribunaux anglais présentent un aspect d'impartialité et de douceur que les nôtres, il faut l'avouer, sont bien loin d'offrir aux yeux de l'étranger. Tout, en Angleterre, respire l'indulgence et la bonté ; le juge paraît un bon père au milieu de sa famille occupé à juger un de ses enfants. Son aspect n'a rien d'effrayant. [...] Tout, chez nous, au contraire, paraît hostile contre l'accusé. Le ministère public le traite souvent avec une dureté, pour ne pas dire une cruauté, qui fait frémir les Anglais. Nos présidents eux-mêmes, loin de porter au prévenu l'intérêt qu'il aurait droit d'attendre au moins de l'impartialité de leur ministère, chargés par leurs fonctions de diriger les débats et d'établir l'accusation, deviennent trop souvent partie contre

<sup>59</sup> COMTE. *Des pouvoirs et des obligations des jurys par Sir Richard Philipps, traduit de l'anglais*. Paris: Eymery, 1819. p. CIX-CX.

<sup>60</sup> COTTU. *De l'administration de la justice criminelle en Angleterre et de l'esprit du gouvernement anglais*. Paris: Nicole, 1820. p. 109.

l'accusé, et semblent quelquefois se faire moins un devoir qu'un honneur de le faire condamner. »

Dans le même temps, Cottu insiste sur le fait que le jury anglais est à l'image de la société anglaise. Elle est organisée autour d'une aristocratie provinciale et terrienne à la fois puissante et soucieuse de préserver les libertés publiques. C'est parmi cette aristocratie que l'on choisit les juges de paix et les shérifs dont l'une des missions est de nommer les membres du grand et du petit jury. Or, insiste Cottu, les sheriffs choisissent toujours les hommes les plus renommés du comté et l'on ne trouve donc jamais rien à redire à leur choix. Les listes de jurés sont composées sans suspicion, ni contestation. C'est un honneur d'avoir été choisi et, insiste Cottu, chaque Anglais connaît les devoirs de la charge et sait qu'un accusé ne peut être condamné que sur la décision de vingt-quatre de ses pairs : douze grands jurés au moins lors de la mise en accusation et douze petits jurés à l'unanimité lors du jugement. Là est le problème. Cottu, fidèle à Montesquieu, admire le système anglais et le met en relation étroite avec l'esprit public et les mœurs façonnées par l'histoire constitutionnelle et politique du pays. Or, déplore-t-il, en France, la Révolution a détruit l'aristocratie. Les bienfaits de la fin des privilèges et des préjugés se sont accompagnés de la ruine des familles titrées, ce qui rend impossible l'esprit public qui règne en Angleterre. L'auteur conclut en indiquant quelques réformes à faire en matière criminelle.

Quelques années plus tard, en 1828, Comte publie la seconde édition de sa traduction de l'ouvrage d'un shérif de Londres consacré au jury anglais. Cette édition, explique-t-il, est refondue non seulement parce que le système du jury criminel a été aménagé en France aussi bien qu'en Angleterre, mais aussi parce que l'auteur, Comte, a passé deux ans en Angleterre à observer la pratique des cours<sup>61</sup>. Il en revient encore plus convaincu de l'excellence du système anglais et de la nécessité de le prendre pour modèle. De l'autre côté de l'échiquier politique, on doit une autre approche à Joseph Rey, un magistrat et avocat, libéral ardent. Ayant participé au complot d'août 1820, il a été condamné à mort par

---

<sup>61</sup> COMTE. *Des pouvoirs et des obligations des jurys par Sir Richard Philipps, traduit de l'anglais*. Paris: Rاپilly, 1828. p. iv.

contumace et s'est exilé en Angleterre. Il fonde sa réflexion pénale sur les Lumières radicales<sup>62</sup>. C'est lors de son séjour en Angleterre, qu'il a réuni les éléments de ses *Institutions judiciaires de l'Angleterre comparées avec celles de la France, et de quelques autres États anciens et modernes*. Gracié par Charles X en 1826, il rentre en France et publie, en 1828, l'ouvrage en deux volumes. S'il admire certains aspects du système britannique, il condamne fermement le droit et la justice du pays. Sans remettre en cause l'institution du jury qu'il juge préférable à tout autre système, Rey dresse une impressionnante liste de critiques. Tout d'abord, assure-t-il, les affaires criminelles sont loin d'être toutes jugées par un jury criminel ordinaire. Les jurys spéciaux menacent désormais de supplanter le jury ordinaire. Or, cette institution est « encore plus vicieuse qu'aucune partie du jury français »<sup>63</sup> : la liste des jurés est identique d'un procès à l'autre, ils sont nommés ou radiés de façon arbitraire par un officier de la cour, ils reçoivent un salaire considérable et sont, ainsi, soumis aux caprices du gouvernement, particulièrement pour les délits de presse. Ensuite, la formule « grand jury » est impropre car il n'est pas composé de jurés, mais des juges de paix assemblés pour délibérer sur les poursuites éventuelles, ce qui, en fait, rapproche l'institution de la chambre des mises en accusation française<sup>64</sup>. Enfin, il ne faut pas se méprendre sur la prétendue impartialité de la justice anglaise. Non seulement les juges influencent les jurés lorsqu'ils résumant les débats et donnent leur avis sur la qualification criminelle et sur la peine, ou lorsqu'ils sermonnent les jurés pour les inviter à trancher dans tel ou tel sens, mais les jurés eux-mêmes s'en remettent souvent au juge, soit par déférence, soit parce qu'ils sont indécis, soit parce qu'ils savent qu'une divergence entre leur verdict et l'opinion du juge sera une cause de pourvoi contre la décision du jury. Rey, comme d'autres étrangers qui ont assisté aux assises, témoigne de son étonnement à voir les jurés demeurer dans la salle du tribunal plutôt que de se retirer dans une salle à part, puis se tourner les uns vers les autres pour prendre leur décision, « ce qui est beaucoup plus expéditif

<sup>62</sup> REGAD, Mathilde. *Attaquer le droit par la philosophie. Le cas Joseph Rey*. Paris: Campus Ouvert, 2016.

<sup>63</sup> REY. *Des institutions judiciaires de l'Angleterre comparées avec celles de la France, et de quelques autres États anciens et modernes*, v. 2. Paris: Béchet, 1828. p. 48.

<sup>64</sup> *Ibid.* p. 59.

qu'en France »<sup>65</sup>. Rey attire ainsi l'attention sur les fausses vérités du jury criminel anglais et force est de constater qu'il sera suivi par de nombreux auteurs français des années 1830<sup>66</sup>.

## CONCLUSIONS

Cette étude des opinions doctrinales françaises montre comment le jury anglais est devenu, en France, un enjeu de controverses et de réformes. L'adoption du modèle anglais s'opère, en 1790-1791, dans l'enthousiasme. La pratique révèle à la fois le courage des jurés et la faillite de l'architecture pénale révolutionnaire. Une première controverse s'organise lorsque le Consulat pose franchement la question du maintien du jury. L'Empire modifie l'équilibre du système en supprimant le jury d'accusation et en se réservant le choix des jurés criminels. La chute de Napoléon suscite d'intenses plaidoyers en faveur du jury à l'anglaise. Mais les observations, sur place, de Cottu, Comte et Rey témoignent d'approches diverses, ce qui montre que l'imitation du modèle et la transplantation de l'institution n'ont rien d'évident. Plus globalement, l'analyse de cette littérature doctrinale met en lumière plusieurs éléments.

Tout d'abord, comme toujours en matière criminelle, on constate que les institutions chargées de lutter contre la criminalité et de juger les accusés font l'objet de débats très vifs. Montesquieu l'avait affirmé : comme il s'agit de disposer de la vie, de l'honneur ou des biens d'un homme ou d'une femme, accusés peut-être injustement d'avoir commis un crime, rien ne saurait être plus sérieux. Certes. Mais comme le droit criminel vise aussi à défendre l'ordre public, la vie, l'honneur et les biens des victimes, où placer le point d'équilibre ? Les auteurs, philosophes, hommes politiques et praticiens s'emparent du sujet, débattent et publient selon des cycles continuels, car l'équilibre reste précaire et dépend d'un nombre variable de facteurs.

---

<sup>65</sup> *Ibid.* p. 365-366.

<sup>66</sup> SOLEIL, Sylvain. La concurrence entre droit français et droit anglais. Antagonismes et systématisations vus de France (1825-1850). *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke*, à paraître.

Ensuite, comme toujours en matière criminelle, on ressent cette dialectique constante entre les principes et la pratique, entre la volonté d'établir une justice criminelle réglée, stable, équilibrée, et les chiffres implacables de la criminalité. En ce sens, l'institution du jury fonctionne tantôt, en 1790 ou en 1818-1820, comme le symbole d'un édifice judiciaire humain et harmonieux, tantôt, en 1795-1808 ou sous la plume de Rey, comme une technique qu'il s'agit d'examiner à la lumière de l'expérience, de critiquer, voire d'abroger.

Le thème dévoile encore plusieurs façons d'envisager la comparaison des droits : il y a les auteurs qui se servent du jury anglais comme d'un argument contre le système français sans avoir vérifié leurs sources ; il y a ceux qui cherchent vraiment à comprendre l'intelligence du système pour le comparer avec le système français ; il y a enfin ceux qui réutilisent les données des deux premiers types d'auteurs pour nourrir leurs grandes doctrines pénales. On retrouve ici l'approche du droit comparé par les mobiles : comparer pour chercher des modèles à imiter ou à rejeter, comparer pour comprendre scientifiquement un droit étranger, comparer pour alimenter des théories<sup>67</sup>.

Enfin, ces premières controverses permettent de comprendre la différence entre la perspective britannique et nord-américaine, où l'institution du jury a toujours été considérée comme le refuge des libertés publiques et n'a jamais été menacée malgré les critiques qui lui ont été adressées (et qui demeurent aujourd'hui encore : mode de désignation et de récusation, méthode de profilage du jury idéal, impartialité des jurés, etc.), et la perspective française, où l'hypothèse de l'abolition du système était crédible dès la transplantation originelle et va régulièrement ressurgir au XIX<sup>e</sup> siècle : le jury, en France, ne fait pas l'objet du même attachement parce que l'histoire en a fait une institution liée à la Révolution française et ses excès, parce que les controverses et les ajustements législatifs permanents en ont fait une institution discutable, précaire, modulable. En 1890, Gabriel Tarde ne fait pas scandale en en parlant comme d'une institution « aussi inefficace qu'inintelligente ». Plus récemment, la réforme

---

<sup>67</sup> PADOA-SCHIOPPA, Antonio (ed.). *La comparazione giuridica tra Ottocento e Novecento. In memoria di Mario Rotondi*. Milan: Ist. Lombardo, 2001; SOLEIL, Sylvain. Por que comparar os direitos no século XIX. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, 2020. p. 1-48.

du 15 juin 2000 consistant à soumettre les verdicts des cours d'assises au double degré de juridiction (en contradiction flagrante avec le principe suivant lequel c'est le peuple qui juge à travers les jurés) ou celle du 23 mars 2019 qui crée des cours criminelles composées exclusivement de magistrats professionnels et chargées de juger les crimes punis de quinze ou vingt ans de réclusion criminelle, ont été faites sans émoi dans l'opinion publique. Le modèle était anglais, mais la greffe a été faite dans un organisme qui n'est pas l'Angleterre.

## RÉFÉRENCES

AGOSTINI, Éric. La circulation des modèles juridiques. *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1990. p. 461 s.

ALLEN, Robert. *Les tribunaux criminels sous la révolution et l'Empire (1792-1811)*. Rennes: PUR, 2005. §16 s. See: <https://books.openedition.org/pur/8128>.

ANONYME. Aux rédacteurs de la Revue, *La Revue Philosophique, Littéraire et Politique*, 1804-1805. p. 12 s.

ARABEYRE, Patrick; HALPÉRIN, Jean-Louis; KRYNEN, Jacques (eds.). *Dictionnaire historique des juristes français, XII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles*. Paris : Presses universitaires de France, 2007.

ASTAING, Antoine. *Droits et garanties de l'accusé dans le procès criminel d'Ancien Régime (XVI<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècle)*. *Audace et pusillanimité de la doctrine pénale française*. Aix-en-Provence: PUAM, 1999.

BAKER, John H. *An Introduction to English Legal History*. London: Butterworths, 2000.

BAVOUX. *Leçons préliminaires sur le code pénal, ou examen de la législation criminelle*. Paris: Bavoux, 1821.

BEATTIE, John. *Crime and the Courts in England, 1660-1800*. Oxford: Clarendon Press, 1986.

BÉRENGER. *De la justice criminelle en France, d'après les lois permanentes, les lois d'exception et les doctrines des tribunaux*. Paris: L'Huillier, 1818.

BERGER, Emmanuel. *Ordre public et poursuites criminelles sous le Directoire (1795-1799)*. *Annales Historiques de la Révolution Française*, 2007. p. 146 s.

BERGER, Emmanuel. *La justice pénale sous la Révolution. Les enjeux d'un modèle judiciaire libéral*. Rennes: PUR, 2008.

BERGER, Emmanuel. The Criminal Jury in England and France in the late 18<sup>th</sup> Century. *Historiographical Issues and Research Perspectives of Popular Justice*. In: DELIVRÉ, Emilie; BERGER, Emmanuel (eds.). *Popular Justice in Europe (18<sup>th</sup>-19<sup>th</sup> Centuries)*. Berlin: Duncker & Humblot. 2014. p. 71 s.

BERGER, Emmanuel; ROUSSEAUX, Xavier. Le jury criminel sous le Premier Empire. Origines et perspectives d'une tentative d'harmonisation juridique en Europe. In: ANTOINE, François; JESSENNE, Jean-Pierre; JOURDAN, Annie; LEUWERS, Hervé (eds.). *L'Empire napoléonien: une expérience européenne?* Paris: Colin, 2014. p. 227 s.

BLOT-MACCAGNAN, Stéphanie. *Procédure criminelle et défense de l'accusé à la fin de l'Ancien Régime*. Rennes: PUR, 2010.

BOUGLÉ, Claire. *La Cour de cassation et le code pénal de 1810. Le principe de légalité à l'épreuve de la jurisprudence (1811-1863)*. Paris: LGDJ, 2005.

BOUGLÉ, Claire. Le code d'instruction criminelle de 1808, In: HAUTEBERT, Joël; SOLEIL, Sylvain (eds.). *La procédure et la construction de l'État en Europe (XVI<sup>e</sup>-XIX<sup>e</sup> siècles)*. *Recueil de textes, présentés et commentés*. Rennes: PUR, 2011. p. 600 s.

BOULANT, Antoine. *Le tribunal révolutionnaire. Punir les ennemis du peuple*. Paris: Perrin, 2018.

BOURGUIGNON. *Mémoire sur les moyens de perfectionner en France l'institution du jury*. Paris: Maradan, 1802.

BOURGUIGNON. *Deuxième mémoire sur l'institution du jury*. Paris: Patris, 1804.

BREXON. *Développement de la théorie des lois criminelles*. Paris: Garnery, 1802.

BRISSOT. *Bibliothèque philosophique...* 10 vols. Paris: Desauges, 1782-1785.

BROWN, Howard G. *Ending the French Revolution: Violence, Justice, and Repression from the Terror to Napoleon*. Charlottesville: UVP, 2006.

CAIRNS, John W. Watson, Walton, and the History of Legal Transplants. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 2014. p. 637 s.

CANARD. *Moyens de perfectionner le jury*. Moulins: Vidalin, 1802.

CARBASSE, Jean-Marie. État autoritaire et justice répressive: l'évolution de la législation pénale de 1789 au Code de 1810. In: *All'ombra dell'aquila imperiale*. Rome: Archivi di Stato, 1994. p.325 s.



CARBASSE, Jean-Marie. *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*. Paris: PUF, 2000.

CARBONNIÈRES, Louis (de). Les destinées du jury français et du jury anglais (XVIII<sup>e</sup>-XIX<sup>e</sup> siècles). *Les Cahiers de la Justice*, Paris, 2012. p. 83 s.

CARBONNIÈRES, Louis (de). Le comte de Lauraguais, anglo-mané isolé, face au jury révolutionnaire. *Revue Historique de Droit Français et Etranger*, 2013. p. 283 s.

COMTE. *Des pouvoirs et des obligations des jurys par Sir Richard Philipps, traduit de l'anglais*. Paris: Eymery, 1819.

COTTU. *Réflexions sur l'état actuel du jury, de la liberté individuelle et des prisons*. Paris: Nicole, 1818.

COTTU. *De l'administration de la justice criminelle en Angleterre et de l'esprit du gouvernement anglais*. Paris: Nicole, 1820.

CRÉPIN, Marie-Yvonne. Les Thermidoriens et la reconstruction juridique. In: *La Vendée. Après la Terreur, la reconstruction*. Paris: Perrin, 1997. p.191 s.

CRÉPIN, Marie-Yvonne. Ordonnance criminelle dite de Saint-Germain-en-Laye, août 1670. In: HAUTEBERT, Joël; SOLEIL, Sylvain (eds.). *La procédure et la construction de l'État en Europe (XVI<sup>e</sup>-XIX<sup>e</sup> siècles)*. Recueil de textes, présentés et commentés. Rennes: PUR, 2011. p. 476 s.

DEBAUVE, Jean-Louis. *La justice révolutionnaire dans le Morbihan (1790-1795)*. Paris: Debeauve, 1965.

DONOVAN, James M. *Juries and the transformation of Criminal Justice in France in the Nineteenth & Twentieth Century*. Chapel Hill: UNCP, 2010.

DRUGEON, Laurent. Les sources du droit procédural révolutionnaire: une voie française ? In: HAUTEBERT, Joël; SOLEIL, Sylvain (eds.). *Modèles français, enjeux politiques et élaboration des grands textes de procédure en Europe*. v. 2. Paris: EJT, 2012. p.13 s.

DUPIN. *Observations sur plusieurs points importants de notre législation criminelle*. Paris: Baudouin, 1821.

ESMEIN, Adhémar. *Histoire de la procédure criminelle en France*. Paris: Larose & Forcel, 1882.

FALELAVAKI, Yannick. *L'histoire d'une conversion. La doctrine française du XIX<sup>e</sup> siècle et le recours à la comparaison juridique*. Thèse droit, Rennes : Université de Rennes 1, 2016.

GACH. *Des vices de l'institution du jury en France*. Paris: Petit, 1804.

GAUDEMET, Jean. Les transferts de droit. *Année sociologique*, 1976. p. 29 s.

GAWELIK, Katy. *Les sources de la codification pénale napoléonienne à la lumière des observations des tribunaux sur le projet de Code criminel de l'an IX*. Thèse droit, Lille : Université de Lille 2, 2002.

GRANGER. *Idée des abus existants dans l'ordre de procéder en matière criminelle*. Paris: Guerbart, 1800.

HALPÉRIN, Jean-Louis. Haro sur les hommes de loi. *Droits*, 1993. p. 55 s.

HYNT, Lyne. *Politics, Culture, and Class in the French Revolution*. Berkeley: UCP, 1984.

KING, Peter. *Crime, Justice and Discretion in England, 1740-1820*. Oxford: OUP, 2000.

LAFON, Jacqueline-Lucienne. *La Révolution française face au système judiciaire d'Ancien Régime*. Genève : Droz, 2001.

LANDRON, Gilles. À propos de la “commisération abusive” du jury criminel de la Révolution. *Histoire de la Justice*, 1994. p. 73 s.

LEGRAND, Pierre. The impossibility of “Legal Transplants”. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1997. p. 111 s.

LEGRAVEREND. *Observations sur le jury en France*. Paris: Delaunay, 1819.

MARI, Éric (de). *La mise hors de la loi sous la Révolution française (1793-an III)*. Paris: LGDJ, 2015.

MARTINAGE, Renée. *Punir le crime. La répression judiciaire depuis le Code Pénal*. Villeneuve d'Ascq: L'Espace Juridique, 1989.

MARTUCCI, Roberto. *La Costituente ed il problema penale in Francia (1789-1791), 1. Alle Origine dei processo accusatorio: I decreti Beaumetz*. Milan: Giuffrè, 1984.

MAYENBURG, David (von); COLLIN, Peter; DECOCK, Wim; GROTKAMP, Nadine; SEENLENTAG, Anna (eds.). *Geschichte der Konfliktregulierung in Europa – Ein Handbuch*. Berlin: Springer, 2021.

MÉNY, Yves (ed.). *Les politiques du mimétisme institutionnel, La greffe et le rejet*. Paris: L'Harmattan, 1993.

OUDART. *Essai sur l'organisation du jury de jugement et sur l'instruction criminelle*. Paris: Delaunay, 1819.

PADOA-SCHIOPPA, Antonio (ed.). *The Trial Jury in England, France, Germany, 1700-1900*. Berlin: Duncker & Humblot, 1987.

PADOA-SCHIOPPA, Antonio (ed.). *La comparazione giuridica tra Ottocento e Novecento. In memoria di Mario Rotondi*. Milan: Ist. Lombardo, 2001.

PASSANO, Mario (da). *Emendare o intimidire? La codificazione del diritto penale in Francia e in Italia durante la Rivoluzione e l'Impero*. Torino: Giappichelli, 2000.

PICARDI, Nicola; GIULIANI, Alessandro (eds.). *I codici napoleonici, t. 2, Codice di istruzione criminale, 1808*. Milan: Giuffrè, 2002.

PORCHER. *L'excellence de l'institution du jury*, Orléans: Guyot, 1804.

RAY, Jean. La Révolution française et la pensée juridique: l'idée de règne de la loi. *Revue Philosophique*, 1939.

REGAD, Mathilde. *Attaquer le droit par la philosophie. Le cas Joseph Rey*. Paris: Campus Ouvert, 2016.

REY. *Des institutions judiciaires de l'Angleterre comparées avec celles de la France, et de quelques autres États anciens et modernes*. Paris: Béchét, 1828, 2 vol.

RODIÈRE, René. Approche d'un phénomène: les migrations de systèmes juridiques. In: *Mélanges Marty*. Toulouse: PUT, 1978. p. 947 s.

ROUSSEAU, Xavier. Politique judiciaire, criminalisation et répression. La révolution des juridictions criminelles 1792-1800). In: MARTIN, Jean-Claude (ed.). *La Révolution à l'œuvre. Perspectives actuelles dans l'histoire de la Révolution française*. Rennes: PUR, 2005. See: <https://books.openedition.org/pur/16029>.

SCHNAPPER, Bernard. L'activité du tribunal criminel de la Vienne, 1792-1800. In: *La Révolution et l'ordre juridique privé: rationalité ou scandale? V. 2*, Paris: PUF, 1988. p.623 s.

SCHNAPPER, Bernard. Le jury criminel. In: BOUCHER, Paul (ed.). *Une Autre Justice, 1789-1799*. Paris: Fayard, 1989. p. 170 s.

SMITH, Bruce P. The myth of private prosecution in England, 1750-1850. In: DUBBER Markus D.; FARMER Lindsay (eds.). *Modern Histories of Crime and Punishment*. Stanford: SUP, 2007. p. 151 s.

SOLEIL, Sylvain. *Lex Imperat*: Creation and Exportation of the French Model of the Legality Principle (18th-19th C.). In: MARTYN, Georges; DUBBER Marcus D.; PIHLAJAMÄKI Heikki (eds.). *From the Judge's Arbitrium to the Legality*

*Principle - Legislation as a Source of Law in Criminal Trials*. Berlin: Duncker & Humblot, 2013. p. 145 s.

SOLEIL, Sylvain. Por que comparar os direitos no século XIX. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, 2020. p. 1 s.

SOLEIL, Sylvain. La concurrence entre droit français et droit anglais. Antagonismes et systématisations vus de France (1825-1850). *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke*, à paraître.

SOLIMANO, Stefano. L'établissement de l'ordre juridique napoléonien: le rôle de Guy Jean-Baptiste Target. *Forhistiuris*, 2004. See: <https://forhistiur.net/2004-02-solimano>.

SOLIMANO, Stefano. *Verso il Code Napoléon. Il progetto di Codice civile di Guy Jean Baptiste Target (1798-1799)*. Milan: Giuffrè, 1998.

SWIECICKA, Paulina. "Connectiones inter iura variorum observamus...". En recherchant l'explication de la notion d'acculturation juridique. In: COPPEIN, Bart; STEVENS, Fred; WAELKENS, Laurent (eds.). *Modernisme, Tradition et acculturation juridique*. Bruxelles: Iuris Scripta Historica. 2011, p. 7 s.

TARDE, Gabriel. *Les lois de l'imitation (1890)*. Paris: 1895.

TILLET Edouard. *La constitution anglaise, un modèle politique et institutionnel dans la France des Lumières*. Aix-Marseille: PUAM, 2001.

TIYAL, Samyr. *Jacques-Pierre Brissot de Warville, genèse d'une pensée (1770-1789)*. Lille: ANRT, 1997.

TORT, Olivier. La magistrature française face aux deux Restaurations (1814-1815). *Revue d'Histoire du XIX<sup>e</sup> siècle*, 2014. p. 93 s.

VENTRE-DENIS, Madeleine. La faculté de droit de Paris et la vie politique sous la Restauration. L'affaire Bavoux. *Revue d'Histoire des facultés de Droit et de la Science Juridique*, 1987. p. 44 s.

VIELFAURE, Pascal. L'art de convaincre dans les procès politiques en France sous la Restauration selon l'avocat Dupin aîné. In: *Ars Persuasionis: entre doute et certitude*. Berlin: Duncker & Humblot, 2012. p. 89 s.

WATSON, Albert. *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*. Édimbourg: Scottish Academic Press, 1974.

WESSEL, Albert. *Thèse sur le jury criminel*. Genève: Jarrys, 1849.

### **Additional information and author's declarations (scientific integrity)**

*Conflict of interest declaration:* the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

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

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

### **Editorial process dates**

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

- Submission: 13/04/2021
- Desk review and plagiarism check: 15/04/2021
- Review 1: 26/04/2021
- Review 2: 13/05/2021
- Preliminary editorial decision: 13/06/2021
- Correction round return: 24/06/2021
- Final editorial decision: 10/07/2021

### **Editorial team**

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 1 (RSe GM)
- Reviewers: 2

### HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

SOLEIL, Sylvain. Le jury criminel en procès. Les opinions doctrinales des auteurs français (1750-1830). *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 7, n. 2, p. 763-800, mai./ago. 2021.  
<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i2.595>



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


# Justiça criminal e opinião pública na Itália entre os séculos XIX e XX<sup>1</sup>

*Criminal Justice and Public Opinion in Italy between the Nineteenth and Twentieth Centuries*

**Luigi Lacchè<sup>2</sup>**

*Università degli Studi di Macerata – Macerata, Italia*

lacche@unimc.it

 [orcid.org/0000-0001-8824-8200](https://orcid.org/0000-0001-8824-8200)

---

**RESUMO:** Através do exemplo italiano – mas com referências, também, à experiência de formação do chamado “sistema misto” na França e à experiência da Grã-Bretanha, tida como modelar para os reformadores continentais – o presente artigo pretende demonstrar que a “justiça criminal dos modernos” é caracterizada desde as suas origens pelo vínculo – problemático – entre justiça criminal e opinião pública. Em um primeiro momento, apesar de algumas perplexidades, a publicidade é vista como um traço indelével da justiça criminal em um regime liberal. Em um segundo momento, a publicidade passa a ser atacada – pelos juristas da escola positiva, por exemplo – como algo incompatível com a cientificidade do processo judicial, até que a própria publicidade perderia o seu significado original com o advento do fascismo.

**PALAVRAS-CHAVE:** História do processo penal; Sistema misto; Publicidade; Liberalismo; Escola positiva; Fascismo.

---

<sup>1</sup> Versão com acréscimos e notas de conferência proferida no “XIII Encontros de História do Direito: Processo Penal e Modelos de Justiça entre os Séculos XIX e XX”, realizado na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais em Belo Horizonte-MG entre os dias 19 e 20 de abril de 2018. Tradução e revisão da língua inglesa por Marina da Costa Araújo e Ricardo Sontag. Ajustes formais por Régis João Nodari.

<sup>2</sup> Professor catedrático de História do Direito Medieval e Moderno da *Università degli Studi di Macerata* (Itália).

**ABSTRACT:** *Through the Italian example – but also with references to the experience of the formation of the so-called “mixed system” in France and the experience of Great Britain, seen as a model for continental reformers – the present article aims to demonstrate that “modern criminal justice” is characterized from its origin by the – problematic – link between criminal justice and public opinion. At first, despite some perplexities, publicity is seen as an indelible feature of criminal justice in a liberal regime. In a second moment, publicity is attacked – by scuola positiva jurists, for example – as something incompatible with the scientificity of the judicial process, until publicity itself would lose its original meaning with the advent of fascism.*

**KEYWORDS:** *History of criminal procedure; Mixed system; Publicity; Liberalism; Scuola positiva; Fascism.*

**SUMÁRIO:** 1. O universo da esfera pública e a justiça criminal; 2. O laboratório revolucionário e a reforma napoleônica; 3. Uma multidão de indivíduos interessados na justiça: o júri como um órgão da opinião pública; 4. O processo positivista: contra a publicidade em nome da ciência; 5. Considerações finais: a esfera pública judicial como pilar de um regime liberal versus justiça criminal do novo regime; Referências.

---

## 1. O UNIVERSO DA ESFERA PÚBLICA E A JUSTIÇA CRIMINAL

O objetivo deste artigo é abordar alguns aspectos e questões a respeito do processo penal na Itália de um ponto de vista específico: o da complexa relação entre a justiça criminal e a opinião pública. Normalmente, a opinião pública é vista como “externa”, sem relação com o direito, ou como algo que se ligou com a justiça criminal só mais recentemente. No entanto, a atual mediação da justiça tem uma história e, desse modo, tem que ser vista em termos de uma evolução. Neste estudo, eu gostaria de salientar os vários vínculos que existem entre justiça criminal e opinião pública, e como esse tema pode ser útil para se chegar a um melhor entendimento do processo penal, inclusive no que diz respeito ao aspecto técnico.

Eu vou lidar especificamente com a história europeia, especialmente a italiana, do processo penal, mas eu acredito que a minha



interpretação pode ser “aplicada”, também, a vários outros contextos. Mas, antes de entrar na história italiana, é preciso refletir sobre alguns elementos comparativos relativos à França e à Grã-Bretanha, principalmente.

De fato, eu vou tratar de um contexto específico, mas, antes de tudo, é necessário analisar o tema como uma “estrutura profunda da modernidade”. Refiro-me ao que eu definiria como a “justiça criminal dos modernos”, baseada no inevitável – embora difícil – “casamento” entre justiça criminal e opinião pública. Nosso ponto de partida, “o processo penal dos modernos”, implica o amplo universo do espaço público: durante o século XVIII surge a imagem da “opinião pública” como um “tribunal” diante do qual todos, até mesmo os soberanos, deveriam comparecer para serem “julgados”.

Jürgen Habermas<sup>3</sup> conceitua a esfera pública (*Öffentlichkeit*) como uma esfera autônoma, burguesa, que emerge da sociedade civil como uma “agência de crítica”<sup>4</sup>. A esfera pública aparece como um novo espaço de “invenção política”<sup>5</sup> na França durante o século XVIII.

Todavia, é ao longo do século XVIII que, na Inglaterra do governo representativo/parlamentar, começa-se a falar em *government by opinion* para assinalar a ideia de um governo da nação que deve confrontar-se com os incunábulo do pluralismo de opiniões e da sociedade. Identifica muito bem o fenômeno, observando-o depois da metade do século

---

<sup>3</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. *Strukturwandel der Öffentlichkeit*. Neuwied, Berlin: Luchterhand, 1962. Trad brasileira: *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Trad. Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro-São Paulo: Brasiliense, 1990.

<sup>4</sup> NECKER, Jacques. *De l'administration des finances de la France*. [S.l.]: [s.n.], 1784.

<sup>5</sup> BAKER, Keith Michael. Politics and Public Opinion under the Old Regime: Some Reflections. In: CENSER, Jack R.; POPKIN, Jeremy D. (orgs.): *Press and Politics in Pre-Revolutionary France*. Berkeley: University of California Press, 1987, p. 204-246; ID., Politique et opinion publique sous l'ancien régime, *Annales Economies, sociétés, civilisations*, v. 42, n. 1, p. 41-71, 1987; ID. *Inventing the French Revolution: Essays on French Political Culture in the Eighteenth Century*. vol. 16. Cambridge: University Press, 1990. (trad. francesa BAKER, Keith Michael. *Au tribunal de l'opinion: essais sur l'imaginaire politique au 18e siècle*. Paris: Payot, 1993, p. 219-265); ID. Defining the Public Sphere in Eighteenth Century France: Variations on a Theme by Habermas. In: CALHOUN, Craig (org.). *Habermas and the Public Sphere*. Oxford: Mit Press, 1992, p. 181-211.

XVIII do lado francês, Jacques Necker, que vincula a responsabilidade à nascente figura retórica e contestadora do “tribunal da opinião pública”. Substituída na França por um corpo representativo – como nota a sua filha, Madame de Staël<sup>6</sup> – a opinião pública é vista como uma espécie de alta instância “judiciária” diante da qual até mesmo o rei deve prestar contas. O ministro, figura pública que governa em nome do soberano, deve ter crédito. E ter crédito significa obter confiança. Não surpreende que Necker, banqueiro/ministro, tenha se utilizado de maneira tão desenvolvida de um léxico tipicamente “econômico”, característico de uma *Commercial Society*. Escreve, ainda, a sua filha: “o crédito, então, é a verdadeira descoberta moderna que vinculou os governos aos povos. A necessidade de crédito obriga os governos a respeitar a opinião pública; e, ao mesmo tempo que o comércio civilizou as nações, o crédito que dele deriva tornou necessárias algumas formas constitucionais”<sup>7</sup>.

Na verdade, o problema não é somente político-constitucional no sentido mais clássico do termo, isto é, de um governo equilibrado e “misto” que limita os poderes (no plural) e as suas ações. Na dimensão constitucional – como nos mostram muito bem Blackstone ou Lolme – devemos colocar em uma posição nada secundária a revolução processual ou revolução da justiça que caracteriza o século XVIII britânico, partindo de profundas raízes histórico-costumeiras dos séculos XIV e XV “reativadas” pela passagem da Revolução Gloriosa. A evolução do *trial on indictment* ao longo do século XVIII coloca em foco institutos e figuras que têm muita relação com a nascente *public opinion*: por exemplo, a ideia de um “confronto” de partes antagônicas (cada vez mais especializadas, com um papel crescente da defesa técnica, e, portanto, dos advogados), a publicidade, o papel e o desenvolvimento do *jury*<sup>8</sup>. Não causa estupor o fato de os iluministas continentais apresentarem um complexo discurso sobre o “problema penal” olhando, antes de tudo, para o outro lado do Canal da Mancha, por vezes com excessivo entusiasmo. Frequentemente, foi do debate em torno do direito de punir e das formas processuais que

---

<sup>6</sup> DE STÄEL, A.-L. G. *Considerazioni sui principali avvenimenti della Rivoluzione francese* (1818). Milano: Ispi, 1943, p. 99.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 96.

<sup>8</sup> Para uma clara e pontual reconstrução, remeto ao trabalho recente de DEZZA, Ettore. *Breve storia del processo penale inglese*. Torino: Giappichelli, 2009.

emergiram elementos de reflexão e de crítica que, na realidade, atravessavam a sociedade como um todo. Criticava-se o sistema penal, mas, na realidade, pretendia-se criticar a estrutura da sociedade. O processo e a justiça tornam-se um termômetro.

No sistema de justiça criminal do antigo regime observável no âmbito europeu-continental, o público permanece fora do espaço processual de “tipo inquisitório”, caracterizado por uma complexa gama de articulações, entrelaçamentos e variações. O caráter secreto, fechado, monista e assimétrico do rito continua sendo fundamental. Um processo que se desenvolve em segredo, pena exemplar executada em público. Este “modelo” analisado e amplamente discutido por Michel Foucault revela uma virada da penalidade na idade moderna<sup>9</sup>. Todavia, não é por acaso que a releitura crítica de Habermas e de Foucault tenham levado à reconsideração das transformações dos sistemas de justiça no final do século XVIII, adotando exatamente o paradigma da opinião pública com êxitos inovadores. Da mesma forma, não é casual que, no contexto da dicotomia secreto/público, tenha se enxertado – sobretudo na França de Voltaire e do reformismo judiciário – um gênero defensivo vinculado à natureza integralmente escrita do processo estabelecido, nas suas linhas fundamentais, pela *Ordonnance criminelle* de 1670, que, por sua vez, consolidou e aperfeiçoou um modelo bem definido pelas ordenações do século XVI<sup>10</sup>.

Um advogado que escreve e publica *mémoires judiciaires* entra no circuito dos *gens de lettres*, conquista fama, faz sucesso com esse tipo de texto híbrido, dotado de vocação dupla: privada e pública. Disso nasce um processo dialético: o *mémoire* ganha legitimidade pela opinião pública, especialmente a partir da crise constitucional do início dos anos 1770; uma crise para cuja formação ele também contribuiu. Através das causas

---

<sup>9</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 1987. Ver também as estimulantes conferências feitas por Michel Foucault em maio de 1973 na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro e contemporâneas à preparação de *Vigiar e Punir: A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau editora, 1996.

<sup>10</sup> Sobre tudo isso, não posso fazer outra coisa senão remeter, para ulteriores referências, a LACCHÈ, Luigi. “L’opinione pubblica saggiamente rappresentata”, Giurie e corti d’assise nei processi celebri tra Otto e Novecento. In: MARCHETTI, Paolo (org.). *Inchiesta penale e pre-giudizio. Una riflessione inter-disciplinare*. Napoli: Esi, 2007, p. 89-147.

célebres<sup>11</sup>, os advogados se afirmam cada vez mais como “mediadores” entre público e privado<sup>12</sup>, entre o soberano como tradicional expressão encarnada do “público” e a nação como nova instância política e social<sup>13</sup>.

Os magistrados franceses Servan, Dupaty e Boucher d’Argis falaram sobre casos de “injustiça comum” e dirigiram-se à opinião pública através de *discours, lettres e mémoires justificatifs* para reformar a justiça<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> Sobre algumas das *affaires* mais célebres, ver IMBERT, Jean (org.). *Quelques procès criminels des XVII et XVIII siècles*. Paris : Puf, 1964; BIANCO-BRUN, Yves. Le destin d’un fait divers dans l’ancien droit finissant. L’affaire des trois roués. In: AUBIN, Gérard (Org.). *Liber amicorum. Études offertes à Pierre Jaubert*. Bordeaux: Presses Universitaires de Bordeaux, 1992, p. 77-88. Cf. também SCHNAPPER, Bernard. La diffusion en France des nouvelles conceptions pénales dans la dernière décennie de l’Ancien Régime. In: BERLINGUER, Luigi; COLAO, Flórida (orgs.). *Illuminismo e dottrine penali*. Milano : Giuffrè, 1990, p. 409-433.

<sup>12</sup> Sobre o ponto, ver, pelo menos, os trabalhos de Sarah MAZA: Le tribunal de la nation: les mémoires judiciaires et l’opinion publique à la fin de l’ancien régime. *Annales Economies, sociétés, civilisations*, v. 1, p. 73-79, 1987; ID. *Private Lives and Public Affairs. The Causes Célèbres of Prerevolutionary France*. Berkeley: University of California Press, 1993.

<sup>13</sup> Cf., por exemplo, as “*causes célèbres*” publicadas pelo advogado François Gayot de Pitaval em 18 volumes (1734-1741). Sobre a relação entre criminalidade, persecução penal e formas literárias, cf. em particular CARO BARROJA, Julio. *Ensayo sobre la literatura de cordel*. Madrid: Istmo, 1990 (1969); LÜSEBRINK, Hans-Jürgen. *Kriminalität und Literatur im Frankreich des 18. Jahrhunderts. Literarische Formen, soziale Funktionen und Wissenskonstituenten von Kriminalitätsdarstellung im Zeitalter der Aufklärung*. München-Wien: Oldenbourg Verlag, 1983; LEVER, Maurice. *Canards sanglants. Naissance du fait divers*. Paris: Fayard, 1993; DE ROMANIS, Roberto; LORETELLI, Rosamaria (orgs.). *Il delitto narrato al popolo. Immagini di giustizia e stereotipi di criminalità in età moderna*. Palermo: Sellerio, 1999; BIET, Christian. L’opinion publique, le théâtre, le pouvoir, le droit et le brigand. L’affaire Cartouche (1721). In: GAUVARD, Claude (org.). *La justice en l’an mil*. Paris: Association française pour l’histoire de la justice, 2003, p. 171-185; MAZZACANE, Alado. Letteratura, processo e opinione pubblica. Le raccolte di cause celebri tra bel mondo, avvocati e rivoluzione. *Rechtsgeschichte*, v. 3, 2003, p. 70-97.

<sup>14</sup> Sobre esses personagens e suas intervenções v. MARTUCCI, Roberto. *La Costituente ed il problema penale in Francia (1789-1791)*. I. *Alle origini del processo accusatorio: i decreti Beaumetz*. Milano: Giuffrè, 1984, p. 13 et seq.; ID., Opinion frondeuse, opinion éclairée, opinion publique nella Francia di Antico regime. In: LACCHÈ, Luigi (org.). *Opinione pubblica. Storia, politica, costituzione dal XVII al XX secolo*. Número monográfico do *Giornale di storia costituzionale*, v. 6, semestre II, 2003, p. 119 et seq.

Os *philosophes* e os juristas reformadores contribuíram para redefinir os termos fundamentais do direito de punir, abrindo a “revolução epistemológica” do processo que, no giro de poucas gerações, transformou e ultrapassou o léxico da justiça penal do antigo regime, acuando o sistema das provas legais e da tortura judiciária, o *arbitrium judicis* e a penalidade exemplar com crescentes avaliações negativas.

Para usar uma imagem capaz de resumir tudo isso, apesar de simplificadora, podemos dizer que, na Inglaterra do século XVIII, o “matrimônio” entre processo e opinião pública já tinha fortes enraizamentos sociais, institucionais e técnicos. Como não lembrar que, já nas primeiras décadas do século, os irmãos Fielding (John era magistrado) contribuía, com as histórias de processos e com o ingresso de jornalistas na sala de audiência, para dissipar a opacidade da justiça? Na França do século XVIII (assim como em boa parte da Europa), a opinião pública é vista como um *tribunal* em potencial: começa a criar raízes no plano social, mas permanece sendo uma referência simbólica no âmbito da justiça praticada. Passando pelo reformismo iluminista e pelo cadinho da *Révolution* é que tal matrimônio começa a tomar forma, generalizando-se ao longo do século XIX. Então, a opinião pública (acompanhada do olhar “popular” e da imprensa) entra com força nos tribunais e toma corpo uma renovada antropologia da justiça.

Uma nova constelação de conceitos vincula-se ao surgimento sociológico da opinião pública: publicidade, conhecimento, responsabilidade. Aqui eu só vou poder identificar os aspectos mais diretamente ligados ao nosso tema. O paradigma de Habermas não leva em consideração a justiça como um espaço de publicidade (racional, universal, objetivo, etc.), todavia, eu acredito que ela é um “espaço” relevante em que podemos discernir tensões e contradições.

## 2. O LABORATÓRIO REVOLUCIONÁRIO E A REFORMA NAPOLEÔNICA

Olhemos por um instante para o outro lado do Canal da Mancha, isto é, para o *trial on indictment* e para o *trial by jury* ingleses, em particular para o desenvolvimento deles no século XVIII, que eram pontos de referência para os reformadores europeus.

Tratava-se de uma justiça que se desenvolveu a partir de uma evolução secular, regida pela publicidade, pela oralidade e pelo modelo adversarial (*defence counsel*) baseado na investigação, no interrogatório cruzado e em algumas regras probatórias.

O “processo penal britânico” poderia realmente ser transplantado para a Europa continental?

Analisemos o caso francês.

A reforma Beaumetz<sup>15</sup> (8-9 de outubro de 1789, *Décret sur la réformation de quelques points de la jurisprudence criminelle*) é a primeira<sup>16</sup> tentativa revolucionária de reformar o processo até então baseado na *Ordonnance criminelle* de 1670. A fase de investigação do julgamento deveria ser realizada na presença de dois ‘cidadãos’ (*adjoints*), com a possibilidade de consultar com o advogado e conhecer os documentos. É uma investigação pública e adversarial. Entre 1790 e 1791, várias leis reorganizam o processo criminal, atribuindo um poder considerável à justiça de paz (*juge de paix*) e instituindo o júri popular (*jury populaire*) como um protagonista essencial no processo<sup>17</sup>.

A Revolução Francesa levantou alguns pilares da “nova” justiça, mas não alcançou uma reforma completa, orgânica e duradoura do processo

<sup>15</sup> Cf. MARTUCCI. *La Costituente (op. cit.)*.

<sup>16</sup> Precedida pela ineficaz reforma Lamoignon de maio de 1788 e pelo projeto Bergasse (apresentado em 17 de agosto de 1789 em nome do segundo *Comité de Constitution*).

<sup>17</sup> “O juiz de paz, eleito pelo povo, tornou-se, efetivamente, a chave do *système d’instruction* [...]”. Imitando o sistema inglês, os jurados decidem sobre a acusação (*jury d’accusation*) e, depois, julgam os crimes (*jury de jugement*). O júri, em matéria penal, era composto por cidadãos que não eram advogados nem magistrados profissionais. “A *dénonciation civique* tornou-se, assim, o pilar do procedimento, associada à ideia de que formava parte integrante da responsabilidade cidadã e cívica. O procedimento criminal tornou-se público e uma representação da apropriação pela soberania popular de um mecanismo controlado pelo Estado. Esse mecanismo não estava mais nas mãos de um poder estatal autônomo e o *accusateur public* e o *commissaire du roi*, precursores da procuradoria moderna da França, não podiam intervir sem a iniciativa do *juge de paix*. Um processo judicial do estado como tal não era mais possível” (ZACHARIE, Clémence. *The Code d’instruction criminelle*, 1808. In: *The History Website of the Fondation Napoleon*, 2008. Disponível em <https://www.napoleon.org/en/history-of-the-two-empires/articles/the-code-dins-truction-criminelle-1808/>. Acesso em 30 nov. 2020).

penal. Durante esse período, acabou sendo impossível estabilizar o sistema de justiça. Esse objetivo foi alcançado durante o período napoleônico. O clima estava mudando. Os debates da época revelam a animosidade dos magistrados em relação aos membros do júri, que eles criticavam como generosos demais, tolerantes e tímidos, qualidades que prejudicariam a eficácia do júri na busca pela justiça. Napoleão precisava de um sistema de repressão mais autoritário e eficaz.

Um número significativo de juristas (incluindo figuras importantes como Siméon e Portalis) pensavam que era preciso restabelecer o sistema delineado na *Ordonnance* de 1670, acrescentando o princípio dos *defence counsels* e a publicidade dos procedimentos.

O *Code d'instruction criminelle* (1808) foi um compromisso jurídico e político, uma combinação de princípios jurídicos do *Ancien Régime* com aqueles inspirados pelo período revolucionário. Foi, portanto, um trabalho de notável estabilidade e constituiu a base do processo penal moderno em vários aspectos.

O *jury d'accusation* foi abolido definitivamente e suas responsabilidades e deveres foram transferidos para uma câmara especial da *cour d'appel*, chamada *chambre de mise en accusation*. Os magistrados seriam novamente os encarregados da persecução e, assim, envolveram-se no fortalecimento do princípio da ação do Estado em matéria penal.

O júri popular (doze membros selecionados) permaneceu apenas para o julgamento dos crimes, dirigido pelo presidente da *Cour d'Assises*. Os processos eram conduzidos oralmente, publicamente e abertamente, e o acusado era assistido por um advogado. O júri daria seu veredicto e a sentença seria fixada por magistrados profissionais.

O *Code d'instruction criminelle* (1808) tornou-se o modelo mais importante do “sistema misto”, assim chamado devido à justaposição de duas fases:

1) Fase de investigação (*instruction*) dominada pela permanência da lógica “inquisitorial” (secreta, essencialmente escrita, com um papel muito limitado para a defesa) para proteger os interesses do poder público;

2) Fase de julgamento (*débat*) marcada por alguns elementos do sistema “adversarial” (publicidade, oralidade, interrogatório, júri) para garantir o indivíduo e seus direitos.

Esse “modelo” (europeu)<sup>18</sup> espelha muito bem as tensões e conflitos do século XIX entre ordem e liberdade, autoridade e direitos individuais. A “justiça dos modernos” repousa sobre essas características e o “sistema misto” não é apenas um “quadro técnico” para um processo.

Os romancistas perceberam de imediato o potencial literário e dramático dessa “estrutura justaposta”: primeiro, a investigação secreta e, depois, a publicidade e a luta para descobrir a “verdade”. Honoré de Balzac é, provavelmente, o romancista com a mais profunda compreensão do potencial desse “mecanismo”. A fase secreta é uma fonte de conjecturas, invenções, curiosidades. Mas, “na frente de um tribunal criminal tudo depende do julgamento e o debate se concentrará em pequenas coisas que você verá se tornarem imensas” (*Une ténébreuse affaire*, 1841). Stendhal escreveu *O Vermelho e o Negro* inspirado na *Gazette des Tribunaux* (1825): “[s]eria inútil apontar para o público essa multidão de pessoas que passam diariamente nos bancos do Júri e da Polícia Correccional?”.

### 3. UMA MULTIDÃO DE INDIVÍDUOS INTERESSADOS NA JUSTIÇA: O JÚRI COMO UM ÓRGÃO DA OPINIÃO PÚBLICA

O “sistema misto” é, na Europa, o coração da esfera pública judicial. E a esfera pública judicial, por sua vez, é um espaço constitucional.

Na Itália, esse “espaço” começou a tomar forma a partir de 1848. Em março de 1848, o Reino “constitucionalizado” da Sardenha estabeleceu, pela primeira vez, o júri para julgar crimes relacionados à imprensa. O júri ingressou nas salas de audiência italianas exatamente com o Édito sobre a imprensa de 26 de março de 1845, que se tornaria um dos pilares do ordenamento liberal italiano. O Édito abolia a censura prévia e reconhecia aos “crimes de imprensa”, em geral, um regime jurídico favorável, seguindo – na linha do modelo doutrinário francês – a lógica da especialidade e do caráter intrinsecamente político

<sup>18</sup> ALESSI, Giorgia. Le contraddizioni del processo misto. In: MARMO, Marcella; MUSELLA, Luigi (org.). *La costruzione della verità giudiziaria*. Napoli: Cliopress, 2003, p. 7-52.



do crime de opinião. Esse vínculo explica-se pelo fato de o júri ser um órgão de representação da opinião pública no processo. E quem melhor do que a opinião pública – selecionada de acordo com critérios censitários e de capacidade que, progressivamente, forjaram a cidadania política – poderia julgar os crimes de imprensa que, frequentemente, são crimes de opinião?

O júri, dizia a lei, é “o elemento essencial de uma opinião pública sabiamente representada”. Essa “força”, a opinião pública, é o “juiz natural” das opiniões emitidas através da imprensa. O júri, então, era tido como um dos quatro pilares de um regime constitucional, juntamente com o parlamento, uma imprensa livre e a guarda nacional<sup>19</sup>.

Tratava-se de uma espécie de mito do júri, pois ele era visto como uma instituição constitucional e “democrática”, julgando a própria opinião pública, controlando os magistrados profissionais e o sistema judicial, introduzindo o “senso comum” dentro do aparato judicial.

Em 1859, o júri é inserido nas *corti d’assisi* com competências mais amplas, incluindo os crimes de imprensa, crimes políticos, mas também crimes comuns mais sérios. Em 1865, é promulgado o primeiro código penal italiano com base no modelo do “sistema misto” (inspirado, por sua vez, no código do Reino da Sardenha e no modelo francês de 1808). Em 1874, uma lei orgânica consolida o júri no sistema criminal italiano. Ou seja, a partir da década de 1870 acontece uma nacionalização da justiça (tida como uma parte relevante da “construção da nação”) e uma incipiente midiatisação da justiça (publicidade indireta). Nesse momento, encontramos os primeiros processos famosos acompanhados pela imprensa nacional e pela opinião pública, em que as *corti d’assisi* são o principal “teatro” desses fenômenos.

A reforma de 1874 e o vasto debate que a acompanha, nos parlamentos e no âmbito doutrinário, respondem à exigência de neutralizar alguns dos problemas já relevados pelos comentadores: as absolvições “escandalosas”, na linha do que tinha acontecido na França desde a Restauração, a apatia dos jurados, as tipologias de composição do órgão e o abuso do sistema de dispensas. Em 1872, Enrico Pessina sintetizou

---

<sup>19</sup> CARRARA, Francesco. *I giurati e la libertà. Prolusione al corso accademico di diritto penale dell’anno 1874-75*. Lucca: Giusti, 1874, p. 11.

bem o problema da natureza dupla do júri: “o júri como instituição política atrai os homens; o júri como instituição judiciária atrai contra si desconfiança e medo...”<sup>20</sup>.

A referida lei de 1874 consolida o papel do júri criminal, mas, ao mesmo tempo, traz à tona o problema da publicidade direta e indireta das audiências judiciais, bem como a crescente pressão da opinião pública na esfera pública judicial. O art. 72 do Estatuto Albertino (a Constituição do Reino da Itália) prescreve a aplicação – “conforme às leis” – do princípio da publicidade, seja para as audiências dos tribunais em matéria cível, quanto para os debates em matéria criminal. O art. 268 do código de processo penal de 1865 estabelece o princípio geral segundo o qual as audiências diante das cortes, dos tribunais e dos pretores são públicas sob pena de nulidade, salvo as exceções expressamente previstas. A lei de 1874 introduz algumas limitações à publicidade indireta. De fato, o art. 49 da Lei de 1874 proibia a

publicação, por meio da imprensa, dos documentos da fase escrita, das sentenças e das acusações e dos resumos dos procedimentos dos processos penais, antes da sentença final ser pronunciada. A publicação do nome dos jurados e dos juízes e dos votos individuais também é proibida.

O objetivo era “subtrair o júri das influências nefastas” da imprensa, feitas através de seus relatos parciais e apaixonados. Sendo o “isolamento físico” (como na tradição anglo-saxônica) inviável, a justiça precisa, pelo menos, do “isolamento moral” dos jurados e juízes.

Todavia, esse artigo da lei de 1874 foi criticado pelos juristas liberais e pela opinião pública. O jurista Luigi Lucchini, por exemplo, asseverava que a publicidade das audiências é uma das realizações mais importantes dos regimes liberais e constitucionais. O isolamento da justiça poderia ser muito perigoso.

Em 1876, o ministro da justiça Pasquale Stanislao Mancini propõe uma mudança:

---

<sup>20</sup> PESSINA, Enrico. Della istituzione dei giurati nei giudizi penali (1872). In: *Opuscoli di diritto penale*. Napoli: Marghieri, 1874, vol. I, p. 298.

Não se pode negar que os relatórios da imprensa ampliam essa publicidade, eles consolidam essa garantia, porque permitem que, além daqueles poucos que podem entrar no tribunal de justiça, *toda a nação, e talvez todo o mundo civilizado, possam testemunhar o drama judicial (...)*. Essa não é apenas uma vã curiosidade, mas a aplicação de um grande princípio: a proteção da justiça, a custódia da independência daqueles que são chamados a administrá-la.

A lei n. 3814 de 6 de maio de 1877, então, restabeleceria a publicidade por meio de imprensa, relatórios, procedimentos e resumos do processo.

Nos anos seguintes, os ministros da justiça, em diferentes ocasiões, enviaram instruções aos magistrados, estimulando-os a manter a tranquilidade, a solenidade e a decência nos tribunais<sup>21</sup>. “Eu ouvi” – escreveu um ministro em 1879 – “sobre debatedores nos tribunais e presidentes distribuindo ingressos de primeira e segunda classe. *Essas exibições teatrais* são repugnantes ao decoro dos magistrados de uma nação civilizada”. Outro ministro da justiça, em 1891, criticou a prática de distribuição de assentos privilegiados, especialmente o acesso de pessoas que, seja por causa de seu sexo ou por sua posição social, deveriam se abster e não ceder ao desejo mórbido de participar de debates criminais.

O teatro da justiça: eis uma metáfora recorrente. As salas de audiências como “teatros”, representando dramas reais. A justiça como uma performance envolvendo muitos personagens (réus, vítimas, juízes, promotores, advogados, especialistas, jornalistas, o público). O jurista e sociólogo Scipio Sighele, em um livro chamado *Letteratura tragica*, escrevia em 1906 que

é verdade (...) que a maioria do público é atraída pelas histórias dos crimes, e eles procuram os detalhes, comentam sobre eles e os estudam, e se tornam, dia após dia, mais interessados por eles. Se há um tipo de literatura que está hoje na moda é, sem dúvida, a literatura dos julgamentos. Esses dramas que realmente

---

<sup>21</sup> Sobre as circulares, ver PISANI, Mario. *Quattro circolari sulla pubblicità del dibattito. Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, v. 2, p. 703-716, 1973; LACCHÈ, Luigi. *Una letteratura alla moda. Opinione pubblica, «processi infiniti» e pubblicità in Italia tra Otto e Novecento*. In: MILETTI, Marco N. (org.). *Riti, tecniche, interessi. Il processo penale tra Otto e Novecento*. Milano: Giuffrè, 2006, p. 459-513.

foram vividos e que têm seu epílogo na *corte d'assisi* são muito mais interessantes do que os dramas imaginários representados nos palcos dos teatros. E nós os acompanhamos pela imprensa - seja na crônica precipitada do jornal diário ou no livro que é, ou pretende ser, imparcial e científico - com uma intensidade que é impulsionada pelo ritmo de nossa ansiedade febril<sup>22</sup>.

A publicidade, assim, tinha duas faces: por um lado, ela era o pilar político e constitucional da “justiça dos modernos”, conectando a justiça à nação e à constituição, “democratizando” as cortes de justiça; por outro, a publicidade era um princípio que trazia em si o risco de degradar a justiça em sua solenidade, decoro e estabilidade.

A “teatralização” da justiça dependia, essencialmente, de quatro aspectos: 1) o “sistema misto” (do código de 1865) que negava as garantias básicas durante a fase secreta de investigação e acusação. Assim, o debate público faz com que as contradições e conflitos aumentem durante as longas audiências, especialmente nas *corti d'assisi*<sup>23</sup>; 2) a consequência é que os julgamentos eram intermináveis; 3) o lugar do júri; 4) o papel da imprensa e dos jornalistas (o crescente “quarto poder”).

O já citado Scipio Sighele enfatizava um “paradoxo”: enquanto toda atividade humana tendia a se especializar, no que diz respeito à justiça, ao contrário, havia uma tendência à generalização. Então, todo mundo tinha uma opinião sobre justiça... Segundo o sociólogo Gabriel Tarde<sup>24</sup>, a sua época estaria dominada pelo público considerado como uma entidade civil e moderna. Já Sighele pensava que público e multidão coexistem, e o público poderia facilmente se transformar em uma multidão que, segundo ele, seria um fenômeno bárbaro e atávico.

<sup>22</sup> SIGHELE, Scipio. *Letteratura tragica*. Milano: Treves, 1906, p. 246. Desenvolvi essa análise no artigo *Una letteratura alla moda (op. cit.)*.

<sup>23</sup> Cf. LACCHÈ, Luigi. Un luogo «costituzionale» dell'identità giudiziaria nazionale: La Corte d'assise e l'opinione pubblica (1859 1913). In: COLAO, Floriana; LACCHÈ, Luigi; STORTI, Claudia (Orgs.). *Processo penale e opinione pubblica in Italia tra Otto e Novecento*. Bologna: Il Mulino, 2008, p. 77-120.

<sup>24</sup> TARDE, Gabriel. Le Public et la Foule. *Revue de Paris*, n. 15 juillet e 1<sup>o</sup> août 1898. Cf. REYNIÉ, Dominique. *Gabriel Tarde, théoricien de l'opinion*. Paris: Puf, 1989.

#### 4. O PROCESSO POSITIVISTA: CONTRA A PUBLICIDADE EM NOME DA CIÊNCIA

A Escola Positiva estava muito interessada na multidão e nos “fenômenos coletivos”. “A dimensão coletiva” – escreveu Scipio Sighele em uma carta a Gabriel Tarde – “seja ela chamada de júri ou comissão, assembleia ou multidão, dá origem a um produto moral e intelectual pior do que faria cada um dos homens que a compõem. *Unir-se, no mundo humano, portanto, quer dizer piorar-se*”<sup>25</sup>. Para Cesare Lombroso e os positivistas, a multidão e outras entidades “coletivas” expressam algo negativo.

Sighele e os principais expoentes da Escola Positiva pretendiam afirmar a primazia italiana na identificação e elaboração científica dos temas da multidão delinquente e da psicologia coletiva, seja invocando as ideias “embrionárias” de Lombroso<sup>26</sup> ou as de Ferri<sup>27</sup>. O próprio Ferri dizia: “eu apliquei – antes de Sighele publicar seu excelente volume sobre a multidão delinquente – aquela teoria psicossociológica, sobre o crime coletivo, que agora tornou-se dominante”<sup>28</sup>. Além disso, Ferri insistia, sobretudo, que Sighele – “tão feliz amante desse novo território” – publicou primeiro, ainda muito jovem, um trabalho monográfico em 1891<sup>29</sup>, traduzido com sucesso para o francês já em 1892, enquanto eram posteriores as principais obras de Gustave Le Bon<sup>30</sup> e de Tarde.

---

<sup>25</sup> SIGHELE, Scipio. Lettera di Scipio Sighele a Gabriel Tarde. *Critica sociale*, 1º novembre, 1894, depois em apêndice em SIGHELE, Scipio. *L'intelligenza della folla*. Torino: Bocca, 1922, p. 137-145, citado por MANGONI, Luisa. *Una crisi fine secolo. La cultura italiana e la Francia fra Otto e Novecento*. Torino: Einaudi, 1985, p. 138 [grifos nossos].

<sup>26</sup> Sobretudo na questão do crime político em LOMBROSO, Cesare. *Il governo e la piazza*. In: *Il momento attuale*. Milano, Casa editrice moderna, 1903, p. 65.

<sup>27</sup> FERRI, Enrico. *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*. Bologna: Zanichelli, 1881, p. 57-58.

<sup>28</sup> FERRI, Enrico. *Ricordi e consigli di psicologia oratoria. La Scuola positiva*, vol. 8, 1898, p.518.

<sup>29</sup> SIGHELE, Scipio; *La folla delinquente*. Torino: Bocca, 1891.

<sup>30</sup> LE BON, Gustave. *Psychologie des foules*. Paris: Félix Alcan, 1895.

Em *La Scuola Positiva* e em outras revistas, a polêmica desencadeada, acima de tudo, pelo suposto plágio de Le Bon, teve grande destaque<sup>31</sup>. O próprio Sighele dedicou uma parte do volume *L'intelligenza della folla*<sup>32</sup> para o problema da genealogia e dos conteúdos das categorias<sup>33</sup>.

Voltando ao nosso ponto, o problema era que a opinião pública se transformaria em uma multidão diante dos dramas “performados” nos tribunais. Para a perspectiva positivista, o júri é manifestamente inorgânico<sup>34</sup>, primitivo, porque contradiz o princípio da divisão do trabalho e introduz o senso comum onde é preciso de ciência e de um conhecimento cada vez mais especializado do homem delinquente<sup>35</sup>;

<sup>31</sup> Ver, em particular a coleção de cartas e posições tomadas por Sighele, Ferri, Tarde e Le Bon em Polemica sulla Psychologie des foules. *La Scuola Positiva*. v. 1, 1895, p. 367-375.

<sup>32</sup> SIGHELE, Scipio. *L'intelligenza della folla*. Torino: Bocca, 1931.

<sup>33</sup> Sobre o fenômeno em questão e sobre o complexo sistema de ideias, percepções e obras que se desenvolveram em paralelo entre a França e a Itália, é fundamental MANGONI. *Una crisi fine secolo (op cit.)*. Mais em geral, ver MUCCHI FAINA, Angelica. *L'abbraccio della folla*. Cento anni di psicologia collettiva. Bologna: Il Mulino, 1983; PALANO, Damiano. *Il potere della moltitudine: l'invenzione dell'inconscio collettivo nella teoria politica e nelle scienze sociali italiane tra Otto e Novecento*. Milano: Vita & Pensiero, 2002. O caso francês já havia sido bem analisado por Susanna Barrows, *Distorting Mirrors. Visions of the Crowd in Late Nineteenth Century France*. New Haven: Yale University, 1981. Entre os escritos de Sighele do final do século, vale a pena mencionar, por exemplo, *La teorica positiva della complicità*. Torino: Bocca, 1894 e *La Delinquenza settaria*. Milano: Treves, 1897. Sighele, então, sublinha a “recepção” jurisprudencial de suas ideias em *I delitti della folla studiati secondo la psicologia, il diritto e la giurisprudenza e coll'aggiunta di tutte le sentenze pronunciate dai Tribunali e dalle Corti d'appello in tema di delitto collettivo*. Torino: Bocca, 1902.

<sup>34</sup> DE LUCA, Franceso. *L'evoluzione e la giuria*. Girgenti: Formica e Gaglio, 1893.

<sup>35</sup> Sobre o júri como um “verdadeiro regresso”, ver FERRI, Enrico. *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*. Prolusione al corso di diritto e procedura penale detta nell'Università di Bologna il 6 dicembre 1880. Bologna: Zanichelli, 1881, p. 132. “Per la scienza non esiste il fatto, ma soltanto la legge: per il senso comune ed il buon senso invece la vivacità del fatto presente costituisce l'unica preoccupazione, senza la ricerca dei legami nascosti onde i fatti diversi si contessono in una legge generale. Di qui la tendenza inevitabile nei giuri a lasciarsi sopraffare dagli avvenimenti isolati, guidato dal sentimento di malintesa compassione..., o dal sentimento di vendetta... D'onde una giustizia passionata e miope, che ben poco prestigio può avere sul popolo” (FERRI, Enrico. *Sociologia criminale*, 3ª ed. Torino: Bocca, 1892, p. 666).

ele se compõe, enfim, não dos melhores, que se desobrigam graças a dispensas e recusações, mas de uma “reunião de merceeiros, barbeiros e locatários”<sup>36</sup>, prontos a fraquejar diante dos crimes mais graves e ameaçadores, inclusive através de uma equívoca interpretação da “força irresistível”<sup>37</sup> e das escusas e dirimentes, e excessivamente severos – como mostrarão os seguidores do socialismo jurídico – em relação aos crimes contra a propriedade<sup>38</sup>.

Por outro lado, para eles, o “processo” não é apenas um caminho para a busca da verdade, mas deve ser também um experimento antropológico com o criminoso em carne e osso, e não com uma entidade “abstrata”.

Em 1893, o juiz Camillo Cavagnari, em *La Scuola Positiva*, reivindicava que a publicidade das audiências criminais fosse abolida<sup>39</sup>. O

---

<sup>36</sup> GAROFALO, Raffaele. *Criminologia. Studio sul delitto e sulla teoria della repressione*. Torino: Bocca, 1891, p. 425. A posição de Garofalo é bem representativa de um amplo *front* crítico em relação à instituição do júri na ótica da defesa social: “*Si può affermare che in Italia l’opinione pubblica sia decisamente avversa a tale istituzione, e che l’avversione cresca quanto più la macchina si vede funzionare dappresso. Se gli uomini politici e molti giornali danno ad intendere di pensarla diversamente, ciò dipende dal pregiudizio, a cui ho accennato poc’anzi, che confonde tale istituzione con le prerogative di un libero paese*”.

<sup>37</sup> Cf. GIANI, R. I giurati e la forza irresistibile. *La Scuola Positiva*, v. 1, p. 324-325, 1891; FERRI, Enrico. L’art. 46 c.p. nelle Corti d’Assise. *La Scuola Positiva*, v. 3, p. 10-19, 1893; FROLA, P.E. L’ubriachezza alle Corti d’Assise. *La Scuola Positiva*, v. 3, p. 105-110, 1893.

<sup>38</sup> Cf., por exemplo, IMPALLOMENI, Giovanni Battista. *Della giuria. Discorso inaugurale letto il 4 novembre 1894 nella R. Università di Palermo*. Palermo: Lo Statuto, 1895; POZZOLINI, Alfredo. L’idea sociale nella procedura penale. Appunti critici. *Archivio giuridico*, v. 60, p. 305-319, 1898; v. 61, p. 30-62, p. 279-303, 1898; FLORIAN, Eugenio. Le due giustizie. *Rivista di diritto e procedura penale*, p. 143-149, 1910. Para as diversas posições doutrinárias sobre os defeitos do júri e sobre os remédios propostos, ver STORTI, Claudia. Giuria penale ed errore giudiziario: questioni e proposte di riforma alle soglie della promulgazione del codice di procedura penale italiano del 1913. In: GOURON, André; MAYALI, Laurent; PADOA SCHIOPPA, Antonio; SIMON, Dieter (orgs.). *Error iudicis. Juristische Wahrheit und justizieller Irrtum*. Frankfurt am Main: V. Klostermann, 1998, p. 261 et seq.

<sup>39</sup> “*Non si dica*” – acrescenta Lanza – “*che le mie sono idee antidiluvianas, e che la pubblicità dei giudizi è uma delle conquistas da civilização moderna, conquista, que não giova di abandonar per vani ed esagerati timori: non si dica questo. Non siamo nemici da pubblicità, ma dell’abuso da medesima. Una*

sucesso de debates públicos sobre crimes e o grande interesse da opinião pública em reportagens jornalísticas e na chamada “literatura de julgamentos famosos” teriam consequências danosas. Essas audiências públicas seriam “criminógenas” e “promoveriam” uma espécie de “contágio do mal”. Mas, segundo Cavagnari, existe, antes e acima de tudo, uma razão técnica para proibir a publicidade e a consequente midiaticização: os positivistas defendem a esterilização médica do processo, isto é, o “processo positivista” é visto como um experimento científico e, portanto, apenas os especialistas poderiam participar<sup>40</sup>.

A publicação de relatórios judiciais é danosa em qualquer sentido e, principalmente, para o bom andamento do processo. “Todos os jornais estão sempre cheios e transbordando de relatórios judiciais dos delitos mais atrozes, impressionantes e escandalosos, que são aqueles que interessam mais; e o gosto do público depravou-se, fascinado por esse triste gênero de literatura...”<sup>41</sup> que se difunde na sociedade como um perigoso contágio<sup>42</sup>.

A publicidade nasceu como uma garantia política e constitucional, mas seria incompatível com o isolamento necessário nessas concepções de processo. Para Eugenio Florian, a publicidade dos debates e os relatos da imprensa continuavam elementos necessários da “justiça democrática”, já que “a opinião pública percebe os defeitos e lacunas da legislação penal, que é aquela que tem mais contato com os sentimentos e necessidades

---

*pubblicità moderata e ben intesa è un giusto controllo, è una guarentigia della giustizia, è una conseguenza della libertà e della coscienza dei popoli, e noi la vogliamo; ma una pubblicità esagerata, che si converte in teatralità, è un tossico pericoloso, da cui giova preservarsi*” (LANZA, Pietro. *Il processo infinito. Osservazioni in occasione del processo Cifariello. Rivista penale*, v. 18, 1908, p. 348).

<sup>40</sup> CAVAGNARI, Camillo. *La pubblicità dei dibattimenti e l'educazione del carattere. La Scuola positiva*, v. 3, p. 216-224, 1893. Cavagnari inspira-se largamente em SERGI, Giuseppe. *L'educazione del carattere*. 2 ed. Milano: Dumolard, 1893, p. 250 et seq. Ver também CAVAGNARI, Camillo. *Ancora della pubblicità dei dibattimenti e l'educazione del carattere. La Scuola positiva*, v. 3, p. 508, 1893.

<sup>41</sup> LANZA, Pietro. *Il processo infinito (op cit.)*, p. 348.

<sup>42</sup> Sobre o tema da sugestão e da imitação induzidas pela imprensa, ver SIGHELE, Scipio. *Letteratura tragica (op. cit.)*, p. 269 et seq.



do povo (...), o que resultará vantajoso especialmente nas formas de Estado largamente democráticas, para as quais a sociedade moderna está se encaminhando inevitavelmente”<sup>43</sup>.

Entre o final do século XIX e a primeira guerra mundial, o curto-circuito que se determinou na relação entre publicidade dos debates, papel da imprensa, processos célebres, júris e “representação” da opinião pública alcança um primeiro ápice. Todavia, não obstante existam boas razões para vetar a publicação dos relatos processuais, um autor como Pietro Lanza diz que não se ilude: o “jornalismo está muito interessado em manter aquelas seções de jornais que, infelizmente, são mais atraentes para o público e, portanto, garantem uma fonte perene de renda. O jornalismo de toda parte concordaria em se opor a um passo tão novo. E quem teria forças para resistir ao terrível impacto do quarto poder? Quem ousaria desafiá-lo e combatê-lo?”<sup>44</sup>

O novo Código de Processo Penal de 1913 tentou regular melhor a publicidade das audiências<sup>45</sup>. Os presidentes dos tribunais não podiam mais reservar lugares especiais ao público - a menos que fossem jornalistas - e poderiam fechar os tribunais por razões de “interesse público”, bem como por considerações morais e de ordem pública<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> FLORIAN, Eugenio. Pel diritto di conoscere i fatti criminosi. *La Scuola positiva*, v. 3, 1893, p. 322.

<sup>44</sup> LANZA, Pietro. *Il processo infinito (op cit.)*, p. 350.

<sup>45</sup> MILETTI, Marco N. *Un processo per la Terza Italia. Il codice di procedura penale del 1913*. vol. I, *L'attesa*, Milano: Giuffrè, 2003.

<sup>46</sup> O art. 373 do código de processo penal de 1913 – que toma o lugar do art. 268 do código de processo penal de 1865 – estende ao “interesse público” (além da moral e da ordem) a faculdade de fazer com que o processo se desenrole a portas fechadas. Era vetada, ainda, a publicidade das audiências quando o imputado presente não tivesse cumprido dezoito anos. O ingresso na sala era negado, também, a quem fosse conhecido como admoestado, vigiado especial, ocioso ou vagabundo e, da mesma forma, aos menores de dezoito anos. O art. 383 colocava algumas regras de comportamento a serem respeitadas pelos participantes da audiência: estar com a cabeça descoberta em silêncio, sem manifestar concordância ou desaprovação. Ao longo da discussão parlamentar, alguns propuseram vetar ao “*gentil sesso*” a participação nos debates.

## 5. PARA CONCLUIR: A ESFERA PÚBLICA JUDICIAL COMO PILAR DE UM REGIME LIBERAL VERSUS JUSTIÇA CRIMINAL DO NOVO REGIME

A esfera pública judicial, baseada na liberdade de imprensa, na publicidade das audiências e no papel do júri penal, foi, como vimos, um dos pilares do regime constitucional. Ela poderia ser “limitada”, mas não eliminada. Ela era uma das várias faces da vital e inafastável dialética entre a ordem e a liberdade que dava forma às sociedades modernas liberais e democráticas.

Na Itália, a “alternativa” chegaria com o advento do fascismo. Em 1928, o ministro da justiça Alfredo Rocco emanava uma circular relativa à disciplina das audiências para lembrar que “as salas de justiça devem adquirir cada vez mais o caráter de templo austero, e o exercício da solene função deve se desenvolver com o absoluto respeito que lhe é devido”<sup>47</sup>. Além disso, a demanda por aplicação rigorosa das disposições do código de 1913<sup>48</sup> e, dois anos depois, do código de 1930, permitia que o presidente de um tribunal proibisse a publicidade e, também, que evitasse a “curiosidade negativa” do público em relação aos julgamentos (art. 423, c.2, C.P.P. 1930).

É evidente que a publicidade, a essas alturas, já havia perdido seu significado original. O fascismo tinha abolido a liberdade de imprensa e estava prestes a se livrar dos júris. A única esfera pública judicial compatível com o novo regime autoritário seria aquela funcional à politização da justiça e a uma transformação completa do Estado.

## REFERÊNCIAS

ALESSI, Giorgia. Le contraddizioni del processo misto. In: MARMO, Marcella; MUSELLA, Luigi (orgs.). *La costruzione della verità giudiziaria*. Napoli: Cliopress, 2003. p. 7-52.

<sup>47</sup> Cit. por PISANI, Mario. *Quattro circolari (op. cit.)*, p. 714. No que diz respeito aos relatórios escandalosos e as relativas fotografias de delinquentes, suicidas, etc., eles foram vetados a partir de 1925.

<sup>48</sup> Ferri observa como as disposições do código de 1913, ainda que dignas de elogio, permaneceram quase sempre sem aplicação (FERRI, Enrico. *Sociologia criminale*. 5 ed. Torino: Utet, 1929, vol. I, p. 536).

BAKER, Keith M. Politique et opinion publique sous l'Ancien Régime. *Annales. Economies, sociétés, civilisations*, v. 42, n. 1, p. 41-71. Cambridge: University Press, 1987. <https://doi.org/10.3406/ahess.1987.283368>

BAKER, Keith M. *Au tribunal de l'opinion: essais sur l'imaginaire politique au 18e siècle*. Paris: Payot, 1993.

BAKER, Keith M. *Inventing the French Revolution: Essays on French political culture in the eighteenth century*. vol. 16. Cambridge: University Press, 1990. <https://doi.org/10.1017/cbo9780511625527>

BAKER, Keith M. Politics and Public Opinion Under the Old Regime: Some Reflections. p. 204-246. In: CENSER, Jack. R.; POPKIN, Jeremy. D. (orgs.). *Press and Politics in Pre-Revolutionary France*. Berkeley: University of California Press, 1987. <https://doi.org/10.1525/9780520336452-007>

BAKER, Keith M. Defining the Public Sphere in Eighteenth Century France: Variations on a Theme by Habermas. In: CALHOUN, Craig (org.), *Habermas and the Public Sphere*. Oxford: Mit Press, 1992. p. 181-211.

BARROWS, Susanna. *Distorting Mirrors. Visions of the Crowd in Late Nineteenth Century France*. New Haven: Yale University, 1981. <https://doi.org/10.1086/ahr/87.4.1106>

BIANCO-BRUN, Yves. Le destin d'un fait divers dans l'ancien droit finissant. L'affaire des trois roués. In : AUBIN, G. (org.). *Liber amicorum. Études offertes à Pierre Jaubert*. Bordeaux : Presses Universitaires de Bordeaux, 1992. p. 77-88.

BIET, Christian. L'opinion publique, le théâtre, le pouvoir, le droit et le brigand. L'affaire Cartouche (1721). In: GAUVARD, Claude (org.). *La justice en l'an mil*. Paris : Association française pour l'histoire de la justice, 2003. p. 171-185.

CARO BAROJA, Julio. *Ensayo sobre la literatura de cordel*. Madrid: Istmo, 1990 (1969).

CARRARA, Francesco. *I giurati e la libertà. Prolusione al corso accademico di diritto penale dell'anno 1874-75*. Lucca: Giusti, 1874.

CAVAGNARI, Camillo. La pubblicità dei dibattimenti e l'educazione del carattere. *La Scuola positiva*, v. 3, p. 216-224, 1893.

CAVAGNARI, Camillo. Ancora della pubblicità dei dibattimenti e l'educazione del carattere. *La Scuola positiva*, v. 3, 1893.

DE LUCA, Francesco. *L'evoluzione e la giuria*. Girgenti: Formica e Gaglio, 1893.

DE ROMANIS, Roberto; LORETELLI, Rosamaria (orgs.). *Il delitto narrato al popolo. Immagini di giustizia e stereotipi di criminalità in età moderna*. Palermo: Sellerio, 1999.

DE STÄEL, A.-L. G. *Considerazioni sui principali avvenimenti della Rivoluzione francese* (1818). Milano: Ispi, 1943.

DEZZA, Ettore. *Breve storia del processo penale inglese*. Torino: Giappichelli, 2009.

FERRI, Enrico. *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale. Prolusione al corso di diritto e procedura penale detta nell'Università di Bologna il 6 dicembre 1880*. Bologna: Zanichelli, 1881.

FERRI, Enrico. L'art. 46 c.p. nelle Corti d'Assise. *La Scuola Positiva*, v. 3, p. 10-19, 1893.

FERRI, Enrico. *Sociologia criminale*. 3ª ed. Torino: Bocca, 1892.

FERRI, Enrico. *Sociologia criminale*. 5 ed. Torino: Utet, 1929, vol. I.

FERRI, Enrico. *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*. Bologna: Zanichelli, 1884.

FERRI, Enrico. Ricordi e consigli di psicologia oratoria. *La Scuola positiva*, v. 8, 1898.

FLORIAN, Eugenio. Le due giustizie. *Rivista di diritto e procedura penale*, p. 143-149, 1910.

FLORIAN, Eugenio. Pel diritto di conoscere i fatti criminosi. *La Scuola positiva*, v. 3, 1893.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau editora, 1996.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 1987.

FROLA, P. Eugenio. L'ubriachezza alle Corti d'Assise. *La Scuola Positiva*, v. 3, p. 105-110, 1893.

GAROFALO, Raffaele. *Criminologia. Studio sul delitto e sulla teoria della repressione*. Torino: Bocca, 1891.

GIANI, R. I giurati e la forza irresistibile. *La Scuola Positiva*, vol. 1, p. 324-325, 1891.

HABERMAS, Jürgen. *Strukturwandel der Öffentlichkeit*. Neuwied-Berlin: Luchterhand, 1962.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Trad. Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: São Paulo: Brasiliense, 1990.

IMBERT, Jean (org.). *Quelques procès criminels des XVII et XVIII siècles*. Paris: Puf: 1964.

IMPALLOMENI, Giovanni Battista. *Della giuria. Discorso inaugurale letto il 4 novembre 1894 nella R. Università di Palermo*. Palermo: Lo Statuto, 1895.

LACCHÈ, Luigi. Un luogo «costituzionale» dell'identità giudiziaria nazionale: La Corte d'assise e l'opinione pubblica (1859-1913). In: COLAO, Floriana; LACCHÈ, Luigi; STORTI, Claudia (orgs.). *Processo penale e opinione pubblica in Italia tra Otto e Novecento*. Bologna: Il Mulino, 2008. p. 77-120.

LACCHÈ, Luigi. Una letteratura alla moda. Opinione pubblica, «processi infiniti» e pubblicità in Italia tra Otto e Novecento. In: MILETTI, Marco N. (org.). *Riti, tecniche, interessi. Il processo penale tra Otto e Novecento*. Milano: Giuffrè, 2006. p. 459-513.

LACCHÈ, Luigi. “L'opinione pubblica saggiamente rappresentata”, Giurie e corti d'assise nei processi celebri tra Otto e Novecento. In: MARCHETTI, Paolo (org.). *Inchiesta penale e pre-giudizio. Una riflessione inter-disciplinare*. Napoli: Esi, 2007, p. 89-147.

LANZA, Pietro. Il processo infinito. Osservazioni in occasione del processo Cifariello. *Rivista penale*, v. 18, 1908.

LE BON, Gustave. *Psychologie des foules*. Paris: Félix Alcan, 1895.

LEVER, Maurice. *Canards sanglants. Naissance du fait divers*. Paris: Fayard, 1993.

LOMBROSO, Cesare. Il governo e la piazza. In: *Il momento attuale*. Milano: Casa editrice moderna, 1903.

LÜSEBRINK, Hans-Jürgen. *Kriminalität und Literatur im Frankreich des 18. Jahrhunderts*. Literarische Formen, soziale Funktionen und Wissenskonstituenten von Kriminalitätsdarstellung im Zeitalter der Aufklärung. München-Wien: Oldenbourg Verlag, 1983. <https://doi.org/10.1086/ahr/90.2.425>

MANGONI, Luisa. *Una crisi fine secolo. La cultura italiana e la Francia fra Otto e Novecento*, Torino: Einaudi, 1985.

MARTUCCI, Roberto. *La Costituente ed il problema penale in Francia (1789-1791)*. vol. I. *Alle origini del processo accusatorio: i decreti Beaumetz*. Milano: Giuffrè, 1984.

MARTUCCI, Roberto. Opinion frondeuse, opinion éclairée, opinion publique nella Francia di Antico regime. In: LACCHÈ, Luigi. (org.). *Opinione pubblica. Storia, politica, costituzione dal XVII al XX secolo*. Número monográfico do Giornale di storia costituzionale, vol. 6, semestre II, 2003.

MAZA, Sarah. *Private Lives and Public Affairs. The Causes Célèbres of Prerevolutionary France*. Berkeley: University of California Press, 1993.

MAZA, Sarah. Le tribunal de la nation: les mémoires judiciaires et l'opinione publique à la fin de l'ancien régime. *Annales Economies, sociétés, civilisations*, v. 1, p. 73-90, 1987. <https://doi.org/10.3406/ahess.1987.283369>

MAZZACANE, Aldo. Letteratura, processo e opinione pubblica. Le raccolte di cause celebri tra bel mondo, avvocati e rivoluzione. *Rechtsgeschichte*, v. 3, p. 70-97, 2003. <https://doi.org/10.12946/rg03/070-097>

MILETTI, Marco N. *Un processo per la Terza Italia. Il codice di procedura penale del 1913*. vol. I, *L'attesa*. Milano: Giuffrè, 2003.

MUCCHI FAINA, Angelica. *L'abbraccio della folla*. Cento anni di psicologia collettiva. Bologna: Il Mulino, 1983.

PALANO, Damiano. *Il potere della moltitudine: l'invenzione dell'inconscio collettivo nella teoria politica e nelle scienze sociali italiane tra Otto e Novecento*. Milano: Vita & Pensiero, 2002.

NECKER, Jacques. *De l'administration des finances de la France*. [S.l.]: [s.n.], 1784.

PESSINA, Enrico. Della istituzione dei giurati nei giudizi penali (1872). In: *Opuscoli di diritto penale*. Napoli: Marghieri, 1874, vol. I.

PISANI, Mario. Quattro circolari sulla pubblicità del dibattimento. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, v. 2, p. 703-716, 1973.

POZZOLINI, Alfredo. L'idea sociale nella procedura penale. Appunti critici. *Archivio giuridico*, v. 60, p. 305-319, 1898; v. 61, p. 30-62, p. 279-303, 1898.

REYNIÉ, Dominique. *Gabriel Tarde, théoricien de l'opinion*. Paris: Puf, 1989.

SCHNAPPER, Bernard. La diffusion en France des nouvelles conceptions pénales dans la dernière décennie de l'Ancien Régime. In: BERLINGUER, Luigi; COLAO, Floriana (orgs.), *Illuminismo e dottrine penali*. Milano: Giuffrè, 1990. p. 409-433.

SERGI, Giuseppe. *L'educazione del carattere*. 2 ed. Milano: Dumolard, 1893.

SIGHELE, Scipio. *La Delinquenza settaria*. Milano: Treves, 1897.

SIGHELE, Scipio. Lettera di Scipio Sighele a Gabriel Tarde. *Critica sociale*, 1° novembre, 1894.

SIGHELE, Scipio. *L'intelligenza della folla*, Torino: Bocca, 1922.

SIGHELE, Scipio. *L'intelligenza della folla*. Torino: Bocca, 1931, 2 ed.

SIGHELE, Scipio. *La teorica positiva della complicità*. Torino: Bocca, 1894.

SIGHELE, Scipio. *I delitti della folla studiati secondo la psicologia, il diritto e la giurisprudenza e coll'aggiunta di tutte le sentenze pronunciate dai Tribunali e dalle Corti d'appello in tema di delitto collettivo*. Torino: Bocca, 1902.

SIGHELE, Scipio. *La folla delinquente*. Torino: Bocca, 1891.

SIGHELE, Scipio. *Letteratura tragica*. Milano: Treves, 1906.

SIGHELE, Scipio; FERRI, Enrico; LE BON, Gustave et al. Polemica sulla Psychologie des foules. *La Scuola Positiva*, v. 1, p. 367-375, 1895.

STORTI, Claudi. Giuria penale ed errore giudiziario: questioni e proposte di riforma alle soglie della promulgazione del codice di procedura penale italiano del 1913. In: GOURON, André; MAYALI, Laurent; PADOA-SCHIOPPA, Antonio; SIMON, Dieter (orgs.). *Error iudicis. Juristische Wahrheit und justizieller Irrtum*. Frankfurt am Main: V. Klostermann, 1998. p. 257-318.

TARDE, Gabriël. Le Public et la Foule. *Revue de Paris*, n. 15 juillet e 1<sup>o</sup> août 1898.

ZACHARIE, Clémence. The Code d'instruction criminelle, 1808. In: *The History Website of the Fondation Napoleon*, 2008. Disponível em <https://www.napoleon.org/en/history-of-the-two-empires/articles/the-code-dinstruction-criminelle-1808/>. Acesso em 30 nov. 2020.

### **Additional information and author's declarations (scientific integrity)**

*Conflict of interest declaration:* the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

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

*Declaration of originality:* the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; he also attests that there is no third party plagiarism considering that this paper is an expanded version of a lecture in the "XIII Encontros de História do Direito: Processo Penal e Modelos de Justiça entre os Séculos XIX e XX" that elaborates on some of the author's ideas already published in other books and papers.

### Editorial process dates

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

- Submission: 01/06/2021
- Aprovação final: 07/07/2021

Autor convidado – *invited author*

### Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 2 (RS e GM)

### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

LACCHÈ, Luigi. Justiça criminal e opinião pública na Itália entre os séculos XIX e XX. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 7, n. 2, p. 801-826, mai./ago. 2021.  
<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i2.594>



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




# Le facce d'un diamante. Appunti per una storia dell'*immediatezza* nella procedura penale italiana

*Facets of a Diamond. Notes for a History of the Immediacy in the Italian Criminal Procedure*

**Marco Nicola Miletto<sup>1</sup>**

Università di Foggia, Italia

marco.miletto@unifg.it

 <http://orcid.org/0000-0001-9899-1380>

---

**ABSTRACT:** Il saggio ripercorre alcune tappe dell'evoluzione del principio di *immediatezza* nella procedura penale italiana, entro l'arco cronologico compreso tra la fine del secolo XVIII e il codice Finocchiaro-Aprile del 1913. Dopo una breve rassegna delle diverse definizioni del lemma e un cenno diacronico alla demarcazione dal concetto di *oralità*, la ricerca muove dagli spunti offerti da 'pionieri' quali Francesco Mario Pagano e Niccola Nicolini; esamina la letteratura europea (francese e, soprattutto, tedesca) che permeò la riflessione dei giuristi italiani; quindi si addentra nella stagione post-unitaria. Quest'ultima fu contrassegnata dal divario tra un codice di rito (1865) ancora prettamente inquisitorio e le istanze d'una dottrina tutt'altro che compatta: se i primi commentari e, con maggiore intransigenza, la scuola carrariana classificavano l'*immediatezza* tra i canoni inderogabili della giustizia liberale, la scuola positiva vi scorgeva un indebito cedimento alle interferenze popolari ed emotive nel dibattito. La lunga elaborazione del codice Finocchiaro-Aprile non solo stimolò un serrato confronto dottrinale ma risentì di quel *movimento per l'oralità* che, secondo Chiovenda, avrebbe modernizzato il rito civile e penale.

**PAROLE CHIAVE:** Immediatezza; Oralità; Movimento per l'oralità; Procedura penale italiana post-unitaria; Codice di procedura penale 1865; Codice di procedura penale 1913; Scuola classica e scuola positiva; Dibattimento.

---

<sup>1</sup> Professore ordinario Università di Foggia, Italia.

**ABSTRACT:** *The essay traces some stages in the evolution of the principle of immediacy in the Italian criminal procedure, within the time span between the end of the eighteenth century and Finocchiaro-Aprile's code (1913). After a brief review of the different definitions of the term and a mention of the distinction between immediacy and orality, the research begins with ideas offered by 'pioneers' such as Francesco Mario Pagano and Niccolò Nicolini; then it examines the European (French and, especially, German) Literature which had the greatest influence on the Italian one; finally, it studies the Italian post-unitarian criminal science. The latter had to do with a still inquisitorial code (1865). For their part, the scholars were by no means compact: the first commentaries and, even more, Carrara's school considered immediacy a non-negotiable principle of the liberal justice; the positivist school feared that the rule could favour popular and emotional interferences in the trial. The long elaboration of Finocchiaro-Aprile's code stimulated a heated debate and inserted the criminal procedure studies into the «orality movement» led by Giuseppe Chiovenda.*

**KEYWORDS:** *Immediacy; Orality; Orality Movement; Post-unitarian Criminal Procedure in Italy; Criminal Procedure Code 1865; Criminal Procedure Code 1913; Classic School and Positivist School; Trial.*

**SOMMARIO:** Introduzione; 1. Immediatezza e oralità: corollari o categorie autonome?; 2. Dall'antica «eloquenza del corpo» alla «muraglia» medievale; 3. *Livre de la nature* e volti senza maschera: Bentham e Nicolini; 4. Lezioni dall'Europa: *impression* e *Unmittelbarkeit*; 5. Il primo codice italiano: «troppe eccezioni»; 6. Il divario tra principi e norme: la processual-penalistica 'moderata'; 7. Nella luce del meriggio: la crociata carrariana; 8. Contro il mito dell'oralità: la sfida positivista; 9. Resistenze della giurisprudenza; 10. La stagione di Finocchiaro-Aprile; 11. Cenno agli sviluppi novecenteschi; Conclusioni; Bibliografia.

---

## INTRODUZIONE

L'emergenza Covid-19 ha riportato alla ribalta l'eterea categoria dell'*immediatezza* del processo penale. Gli studiosi italiani, che se ne sono occupati anche per effetto delle incursioni della giurisprudenza costituzionale e di legittimità e delle reazioni del legislatore, hanno

considerato l'affievolimento dell'immediatezza sintomo non trascurabile d'un quadro degenerativo piú composito, che comprende l'arretramento del *focus* probatorio dalla fase dibattimentale alle indagini preliminari, il reiterato tradimento delle promesse accusatorie, l'indebolimento di non secondari pilastri costituzionali della giustizia penale<sup>2</sup>.

Un'analisi di lungo periodo sembra dar corpo al sospetto che il principio in questione si stia eclissando insieme con l'universo epistemologico cui apparteneva: un mondo nel quale le prove giudiziarie erano soprattutto fatti o fenomeni agevolmente replicabili sotto gli occhi sapienti del giudice e lo sguardo partecipe della comunità, e non complessi esami chimico-fisici, clinici, neurologici, algoritmici da allestire in laboratori altamente specializzati e solitamente appartati. Sullo sfondo aleggia poi la consapevolezza 'filosofica' che il processo è «pur sempre una mediazione»: nessuno strumento probatorio potrà «mai far rivivere ciò che non è piú», superare l'umana finitezza «per afferrare attraverso le voci e le carte il senso di cose passate»<sup>3</sup>.

L'esatto significato del lemma, e quindi la portata d'un eventuale contenuto precettivo, non sono univoci. Le definizioni, per vero, si assomigliano; cambia, però, l'accentuazione sull'uno o sull'altro elemento qualificante. Si oscilla da un *minimum* che esaurisce l'immediatezza nell'*identità* tra organo che acquisisce la prova e organo decidente<sup>4</sup>, al

---

<sup>2</sup> LORUSSO, Sergio. Il fascino indiscreto della "mediatezza". *Sistema penale*, 23 novembre 2020, spec. p. 1-3 (principio *etereo*); MAZZA, Oliviero. *Tradimenti di un codice*. La Procedura penale a trent'anni dalla grande riforma. Torino: Giappichelli, 2020. Il XXXIV Convegno dell'Associazione tra gli Studiosi del processo penale, in ricordo di Franco Cordero (27-28 ottobre 2020), ha avuto ad oggetto *Immediatezza e processo penale*. In quella sede FERRUA, Paolo. Teorie della prova: dialogo con Franco Cordero. *Dis-Crimen*, 16 dicembre 2020, p. 15-18 ha proposto una sintesi della recente evoluzione giurisprudenziale e legislativa del concetto.

<sup>3</sup> MASSA, Michele. *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*. Milano: Giuffrè, 1964, p. 269. L'Autore si valeva d'una notazione parimenti 'esistenzialista' di Giuseppe Capograssi.

<sup>4</sup> FOSCHINI, Gaetano. *Sistema del diritto processuale penale. II*. 2<sup>a</sup> ed. Milano: Giuffrè, 1968, p. 383-384 (per il quale, invero, l'immediatezza consta non solo dell'immutabilità del giudice ma anche della non delegabilità degli atti dibattimentali); LOZZI, Gilberto. *Lineamenti di procedura penale*. 10<sup>a</sup> ed. Torino: Giappichelli, 2020<sup>0</sup>, p. 317; GERMANO, Riccardo. *L'immediatezza e le*

parametro della prossimità quasi fisica, ‘sensoriale’ tra giudice decidente e prova<sup>5</sup>, sino alla teoria rigorosa che considera *immediato* solo il giudizio nel quale il decidente non sia in alcun modo «a conoscenza del risultato probatorio» già conseguito dal soggetto che ha raccolto la prova<sup>6</sup>. Non mancano descrizioni ‘combinata’, peraltro sempre più debitorie dell’esperienza di altri ordinamenti<sup>7</sup>. Risulta, comunque, pacifico il nesso logico-culturale che

---

sue contraddizioni: perché i principi non sono dogmi. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, v. 63, n. 1, 2020, p. 151-177.

- <sup>5</sup> MASSARI, Eduardo. *Il Processo Penale nella nuova Legislazione Italiana. Libro I [...]*. Napoli: Jovene, 1934 [ma 1932], p. 120-121: «Il principio della immediatezza intende assicurare al processo una struttura tale da mettere il giudice in grado di percepire, nella via più diretta e coi propri sensi», tutte le prove delle parti e le «risultanze processuali» (da questa definizione l’Autore faceva discendere le regole dell’immutabilità del giudice del dibattimento e della non delegabilità degli atti probatori: *ivi*, p. 121); MASSA, Carlo. Il principio dell’immediatezza processuale. In: *Studi in onore di Biagio Petrocelli. Tomo secondo*. Milano: Giuffrè, 1972, p. 1119 (l’«immediatezza processuale», intesa come contatto non ‘intermediato’ tra giudice e risultanze dibattimentali, è uno degli elementi che perfezionano l’oralità, insieme con l’identità del giudice e la concentrazione). La definizione di Massari è considerata da UBERTIS, Giulio. Dibattimento (principi del) nel diritto processuale penale. In: *Digesto delle discipline penalistiche*, III. Torino: Utet, 1987, p. 462 «efficace» ma parziale, perché non tiene conto (*ivi*, p. 463) del ruolo delle parti. Cfr. anche CHINNICI, Daniela. *L’immediatezza nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 2005, p. 15 (l’immediatezza è il «presupposto necessario per un rapporto tra il decidente e la prova che punti all’effettivo accertamento della ‘verità giudiziale’»).
- <sup>6</sup> MASSA, Michele. *Contributo all’analisi del giudizio penale di primo grado*. Milano: Giuffrè, 1964, p. 282. L’Autore muove dal presupposto che ogni acquisizione probatoria è sempre, inevitabilmente, frutto d’una valutazione.
- <sup>7</sup> Come anticipato da CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità*. Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile. Parte prima. Milano: Giuffrè, 1962, p. 127-128, anche per FERRUA, Paolo. *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*. Milano: Giuffrè, 1981, p. 283 l’immediatezza *in senso spaziale* consiste nell’«identità tra il giudice che decide e il giudice che assume la prova»; immediatezza *in senso temporale* o *concentrazione* è «la continuità delle operazioni probatorie al fine di permettere al giudice di emanare la decisione» entro un tempo non troppo «distante dal primo contatto con le fonti di prova». Cfr. anche SIRACUSANO, Delfino; GALATI, Antonino; TRANCHINA, Giovanni; ZAPPALÀ, Vincenzo. *Diritto processuale penale*, II. Milano: Giuffrè, 2011, p. 309-312; AIUTI, Valerio. L’immediatezza presa sul serio. *Diritto penale e processo*, v. 1, 2019, p. 111. Per una panoramica delle definizioni più recenti v. GALLUCCIO MEZIO, Gaetano. Il principio di immediatezza è al tramonto?.

avvince oralità, immediatezza, concentrazione, pubblicità, contraddittorio, libero convincimento: un *fil rouge* squisitamente storico, che corre parallelo alle metamorfosi post-illuministiche dell'accusatorio<sup>8</sup> e che legittima pluralità di sfumature e disallineamenti semantici<sup>9</sup>.

Consapevoli di questo sfuggente tratto identitario, le pagine seguenti proporranno, attraverso tappe selezionate senza alcuna pretesa di esaustività, una ricostruzione del principio di immediatezza nella procedura penale italiana dalle enunciazioni tardo-settecentesche sino all'approdo del codice del 1913. La ricerca intersecherà la trama dottrinale, la travagliata elaborazione legislativa, le oscillazioni giurisprudenziali: e aprirà qualche squarcio sugli apporti 'esterni' della penalistica europea e del diritto processuale civile, o meglio di quel *droit savant* assimilabile alla teoria generale del processo.

## 1. IMMEDIATEZZA E ORALITÀ: COROLLARI O CATEGORIE AUTONOME?

Nel paradiso post-rivoluzionario dell'accusatorio, magistralmente tratteggiato da Franco Cordero, il processo *era* il dibattimento e gli

---

*Cassazione Penale*, 2020/1, p. 398; SURACI, Leonardo. La parabola dell'immediatezza nel processo penale. *Penale. Diritto e Procedura*, 18/2/2020, p. 1-15. Sulla concentrazione v. da ultimo CHINNICI, Daniela. *L'immediatezza nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 2005, p. 11-15. Sul principio d'immediatezza nel processo penale tedesco v. RAFARACI, Tommaso. *Processo penale tedesco*. In *Enciclopedia del diritto. Annali*. II/1. Milano: Giuffrè, 2008, p. 844-846.

<sup>8</sup> Come osserva, però, acutamente FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*. Teoria del garantismo penale. 9<sup>a</sup> ed. Roma-Bari: Laterza, 2008, p. 636, il sistema misto ha, sin dalle origini, *dimezzato* la portata dell'oralità e dei suoi corollari 'chiovendiani', primi tra tutti immediatezza e concentrazione.

<sup>9</sup> Già CHIOVENDA, Giuseppe. *Relazione sul progetto di riforma del procedimento elaborato dalla Commissione per il dopo guerra*. Napoli: Jovene, 1920; poi in CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*. Nuova edizione considerevolmente aumentata dei "Saggi" e dei "Nuovi saggi". *Volume secondo*. Roma: Società Editrice «Foro Italiano», 1931 [rist. anast. Milano: Giuffrè, 1993], p. 27 riconosceva che il vocabolo *oralità* rappresentava un «complesso» di «principii distinti, per quanto strettamente collegati fra loro». Così anche CALAMANDREI, Piero. *Opere giuridiche. Volume primo*, a cura di Cappelletti, Mauro. Napoli: Morano, 1965, p. 451 (l'«espressione sintetica» *oralità* indica un «sistema di principii inseparabili»).

atti dibattimentali erano «un mondo orale». Gli «intransigenti» che, alla vigilia del *code d'instruction criminelle*, discutevano di giuria nel *Conseil d'État* sognavano «una decisione emessa a caldo, su memorie acustiche, senza carte»<sup>10</sup>.

Rispetto a questa elementare aspirazione, l'oralità si caricò, nel corso del secolo XIX, d'un ben più esteso ventaglio di aspettative. Il vocabolo divenne «sintesi di varii principii, altrettanto connessi e inscindibili fra loro quanto le facce d'un diamante»<sup>11</sup>. Il salto di qualità viene di solito ascritto ai progressi - di cui subito si dirà - della processual-civilistica d'inizio Novecento, trainata dalla pandettistica<sup>12</sup>. Ma in realtà la più accreditata letteratura processual-penalistica coeva, desiderosa di guarire dalla sindrome di *cenerentola*<sup>13</sup>, si cimentò in un analogo e non disprezzabile tentativo di delimitazione concettuale.

Nella prima edizione (1895) della sua opera più sistematica, gli *Elementi di procedura penale*, Luigi Lucchini affermava che *oralità* del giudizio significava da un lato «produzione immediata delle prove innanzi al giudice», specie con riguardo alla prova testimoniale; dall'altro «guarentigia e controllo di retta critica probatoria». Dall'edizione del 1905 l'Autore modificava lievemente il testo e riferiva l'oralità «a due momenti del dibattimento: la produzione delle prove, di cui è principalissima la prova testimoniale, e la discussione delle parti», vale a dire la deposizione e l'esposizione «innanzi al giudice [...] a viva voce». Per la migliore efficacia

<sup>10</sup> CORDERO, Franco. *Procedura penale*. 8ª ed. Milano: Giuffrè, 2006, n. 84.34, p. 951.

<sup>11</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. Le azioni. Il processo di cognizione [1923]. Ristampa inalterata con prefazione del Prof. Virgilio Andrioli. Napoli: Jovene, 1980, *Pref. alla seconda e alla terza ed.*, p. xiv.

<sup>12</sup> CARNELUTTI, Francesco. La malattia del processo penale italiano. *Rivista di diritto processuale*, v. 17, 1962, p. 2 ipotizzava che «nel periodo scientifico» o «mimetico» la «scienza del processo penale» avesse vissuto una sorta di «minore età» sotto la «tutela» d'una «sorella maggiore», ossia «a spese della scienza del processo civile».

<sup>13</sup> MILETTI, Marco Nicola. *Un processo per la Terza Italia*. Il codice di procedura penale del 1913. I: L'attesa. Milano: Giuffrè, 2003, p. 9-11; MILETTI, Marco Nicola. Un vestito per Cenerentola. L'identità del diritto processuale penale all'alba della Repubblica. In: NEGRI, Daniele; PIFFERI, Michele (a cura di). *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 374-375.

del principio, il penalista veneto raccomandava di lasciare quanto piú possibile «in disparte [...] le risultanze scritte dell'istruttoria»: queste ultime - spiegavano le successive edizioni degli *Elementi* - specie se contenenti deposizioni testimoniali rischiavano di «preoccupare l'animo del giudice [...], a detrimento delle guarentigie processuali e della verità giudiziale»<sup>14</sup>. Il primo tra i «canoni» che Lucchini, coniugando principi generali e norme codicistiche, faceva discendere dall'oralità consisteva nell'obbligo, per il giudice, di «presenziare incessantemente gli atti del dibattimento», così da mettere a profitto la «percezione diretta e completa [...] degli elementi di prova» e di quanto si svolgeva «essenzialmente davanti a lui»; la regola *implicava* l'identità fisica del giudice sino al termine del processo<sup>15</sup>.

La medesima concatenazione logica lucchiniana si ritrova nella prima edizione (1914) del *Trattato* di Vincenzo Manzini, in un ideale passaggio di testimone tra scuola classica e indirizzo tecnico-giuridico. Per Manzini il primo requisito dell'*oralità* era proprio l'*immediatezza* del procedimento, ossia che il giudice ricevesse «un'*immediata, originaria* (senza l'interposizione di altri organi attivi) percezione sensoria di tutto il materiale» occorrente a decidere: ciò imponeva di svolgere il processo «oralmente» in presenza di tutti gli interventori e, per l'intera durata, dello stesso giudice. Inoltre - aggiungeva il penalista friulano - il principio di oralità esigeva che la decisione fosse fondata «sull'istruzione orale»: sarebbe stata nulla la sentenza basata «in tutto o in parte» su atti scritti e non letti in dibattimento<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> LUCCHINI, Luigi. *Elementi di procedura penale*. Firenze: Barbèra, 1895, n. 283, p. 309-310 (e così anche LUCCHINI, Luigi. *Elementi di procedura penale*. Seconda edizione riveduta e ampliata. Firenze: Barbèra, 1899, n. 283, p. 316); LUCCHINI, Luigi. *Elementi di procedura penale*. Terza edizione riveduta e ampliata. Firenze: Barbèra, 1905, n. 283, p. 317; LUCCHINI, Luigi. *Elementi di procedura penale*. Quarta edizione interamente riveduta e ampliata. Firenze: Barbèra, 1920, n. 283, p. 357-358.

<sup>15</sup> LUCCHINI, Luigi. *Elementi di procedura penale*. Firenze: Barbèra, 1895, n. 284, p. 310-311. Così anche LUCCHINI, Luigi. *Elementi di procedura penale*. Terza edizione riveduta e ampliata. Firenze: Barbèra, 1905, n. 284, p. 317-318.

<sup>16</sup> MANZINI, Vincenzo. *Trattato di procedura penale italiana secondo il nuovo c.p.p. e le nuove leggi di ord. giud. - Volume II*. Torino: Fratelli Bocca, 1914, n. 274, p. 3-4. Il testo rimase pressoché invariato nelle edizioni successive: MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il*

Come si vede, il nesso consequenziale *oralità - immediatezza* era già nitido nei testi fondativi della processual-penalistica, persino prima che Giuseppe Chiovenda intraprendesse, sulla scia della pandettistica<sup>17</sup>, il suo «mirabile apostolato» per l'oralità<sup>18</sup>. L'esordio del movimento chiovendiano, infatti, fu individuato *ex post* dallo stesso giurista in una conferenza napoletana del 1906: in quella sede egli aveva identificato l'oralità essenzialmente nella «concentrazione», intesa come «possibilità di offrire» al giudice, in un'unica udienza, «un quadro unico e vivente della controversia»<sup>19</sup>.

Fu nella *Relazione* al progetto di riforma stilato per conto della commissione per il dopo-guerra (1920) che Chiovenda presentò l'*oralità* come «un complesso» di «principii distinti»: non solo «prevalenza della parola come mezzo d'espressione» (mai, però, al punto da escludere del tutto l'apporto della scrittura), ma anche *immediatezza*, *identità* dei giudici, *concentrazione*. L'*immediatezza* del rapporto tra il giudicante e le fonti di prova, criterio tanto intuitivo quanto sconosciuto nella prassi, e pienamente dispiegabile solo nel processo orale, esigeva che il giudice

---

*nuovo codice*. Con prefazione di Alfredo Rocco Ministro della Giustizia. *Volume terzo*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1932, n. 274, p. 9-10.

<sup>17</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. Adolfo Wach. *Rivista di diritto processuale civile*, 1926; poi in CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*. Nuova edizione considerevolmente aumentata dei "Saggi" e dei "Nuovi saggi". *Volume primo*. Roma: Società Editrice «Foro Italiano», 1930 [rist. anast. Milano: Giuffrè, 1993], p. 267 evocava la battaglia di Wach per l'oralità e l'immediatezza. A riprova della padronanza della letteratura tedesca sul tema v. CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile [...]*. 3ª edizione riveduta e notevolmente aumentata. Napoli: Jovene, 1913, § 44, p. 677, nt. 1.

<sup>18</sup> CALAMANDREI, Piero. Oralità nel processo. In: *Nuovo Digesto Italiano*, IX. Torino: Utet, 1940, p. 178-180; poi in CALAMANDREI, Piero. *Opere giuridiche*. *Volume primo*, a cura di Cappelletti, Mauro. Napoli: Morano, 1965, p. 451.

<sup>19</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno [Conferenza al Circolo giuridico di Napoli, 11 marzo 1906], *Rivista giuridica e sociale*, 1907; poi in CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*. Nuova edizione considerevolmente aumentata dei "Saggi" e dei "Nuovi saggi". *Volume primo*, Roma: Società Editrice «Foro Italiano», 1930 [rist. anast. Milano: Giuffrè, 1993], p. 388. Lo stesso Autore (ivi, p. 379, nt. \*) datava alla conferenza napoletana l'inizio della sua «propaganda» per l'oralità.



deliberante avesse «assistito allo svolgimento delle prove [...], [fosse] cioè entrato in diretto rapporto» con i vari soggetti processuali in modo da decidere «in base alla immediata impressione ricevutane, e non in base alla relazione altrui». Da oralità e immediatezza discendeva, per Chiovenda, il principio dell'*identità* fisica dei giudici durante la trattazione della causa. Infine i principi suddetti (oralità, immediatezza, identità) non si sarebbero attuati senza la *concentrazione* della causa in una o poche udienze («dire *oralità* è quanto dire *concentrazione*»): solo questa condizione temporale diminuiva le probabilità che il giudice dimenticasse l'«impressione riportata» o che, per un qualsiasi accidente, mutasse in corso di processo<sup>20</sup>. In un articolo del 1924 lo studioso azzardava che l'essenza dell'oralità risiedeva soprattutto nell'*immediatezza*, indispensabile, «come l'aria [...] per respirare», alla formazione d'un libero convincimento empirico e non aprioristico<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Relazione sul progetto di riforma del procedimento elaborato dalla Commissione per il dopo guerra*. Napoli: Jovene, 1920; poi in: CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*. Nuova edizione considerevolmente aumentata dei “Saggi” e dei “Nuovi saggi”. Volume secondo. Roma: Società Editrice «Foro Italiano», 1931 [rist. anast. Milano: Giuffrè, 1993], p. 27-31. Cfr. anche CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile [...]*. 3ª Edizione riveduta e notevolmente aumentata. Napoli: Jovene, 1913, § 44, p. 680-686; CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. Le azioni. Il processo di cognizione [1923]. Ristampa inalterata con prefazione del Prof. Virgilio Andrioli. Napoli: Jovene, 1980, *Pref. alla seconda e alla terza ed.*, p. xiv-xv. Pressoché ricalcata sulle parole di Chiovenda la voce di CALAMANDREI, Piero. Oralità nel processo. In: *Nuovo Digesto Italiano*, IX. Torino: Utet, 1940, p. 178-180; poi in CALAMANDREI, Piero. *Opere giuridiche*. Volume primo, a cura di Cappelletti, Mauro. Napoli: Morano, 1965, p. 452-453.

<sup>21</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Relazione sul progetto di riforma del procedimento elaborato dalla Commissione per il dopo guerra*. Napoli: Jovene, 1920; poi in CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*. Nuova edizione considerevolmente aumentata dei “Saggi” e dei “Nuovi saggi”. Volume secondo. Roma: Società Editrice «Foro Italiano», 1931 [rist. anast. Milano: Giuffrè, 1993], p. 208-210. Sulla priorità dell'immediatezza nell'impostazione chiovendiana dell'oralità v. CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*. Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile. Parte prima. Milano: Giuffrè, 1962, p. 123; CAPPELLETTI, Mauro. L'oralità nel processo civile italiano: ideale contro realtà (1972). In: CAPPELLETTI, Mauro. *Giustizia e società*. Milano: Edizioni di Comunità, 1972 [rist. 1977], p. 134.

Lucchini, Manzini e Chiovenda convergevano, dunque, nel considerare l'immediatezza un indefettibile complemento dell'oralità<sup>22</sup>. A condizione, evidentemente, di intendere quest'ultima *in senso forte*<sup>23</sup>: non, banalmente, «modalità di escussione delle prove» (ancora oggi, oltretutto, sarebbe plausibile un'oralità senza immediatezza, come accade ad esempio nell'incidente probatorio), bensì affidamento della decisione a un organo che abbia instaurato con la prova un «rapporto diretto»<sup>24</sup>. Estremizzando le premesse dei processual-civilisti (e in particolare di Cappelletti), una monografia di Michele Massa degli anni Sessanta del Novecento affermava perentoriamente che «oralità significa immediatezza» e che la seconda non era «un connotato» della prima o «un principio da questa distinto», bensì «l'oralità stessa spiegata [...] con maggiore sostanziale esattezza»<sup>25</sup>.

Una diversa tesi che ha attraversato per decenni la processual-penalistica italiana tende invece a distinguere *immediatezza* e *oralità*. La prima atterrebbe alla *escussione* della prova, la seconda alla sua *assunzione*<sup>26</sup>. In quest'ottica, l'immediatezza andrebbe autonomamente intesa come «mancanza di interposizione di un mezzo di prova fra un altro mezzo di prova e il giudice». Così concepito, il principio da un lato 'lucra' sulla «legge di natura» che annette uno speciale valore conoscitivo alla

<sup>22</sup> FERRUA, Paolo. *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*. Milano: Giuffrè, 1981, p. 282-283.

<sup>23</sup> CHINNICI, Daniela. *L'immediatezza nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 2005, p. 34, nt. 81.

<sup>24</sup> ILLUMINATI, Giulio. Il nuovo dibattito: l'assunzione diretta delle prove. *Il Foro Italiano*, 111 (1988), pt. V, col. 356. Per un es. di immediatezza senza oralità (l'esame del sordo-muto) v. FERRUA, Paolo. *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*. Milano: Giuffrè, 1981, p. 292.

<sup>25</sup> MASSA, Michele. *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*. Milano: Giuffrè, 1964, p. 278-279.

<sup>26</sup> Così FOSCHINI, Gaetano. *Sistema del diritto processuale penale. II*. 2<sup>a</sup> ed. Milano: Giuffrè, 1968, p. 383-385; FOSCHINI, Gaetano. Principio dell'immediatezza e principio della pubblicità. Nota a Cass., 2<sup>a</sup> sez. pen., 21 gennaio 1953. *Rivista italiana di diritto penale*, 1953, p. 374; ora in FOSCHINI, Gaetano. *Il dibattito*. Studi. Milano: Giuffrè, 1956, p. 132-133. Esattamente inverso il parere di DE NOTARISTEFANI, Raffaele. Del giudizio. In: MORTARA, Lodovico; STOPPATO, Alessandro; VACCA, Guglielmo; SETTI, Augusto; DE NOTARISTEFANI, Raffaele; LONGHI, Silvio (a cura di). *Commento al Codice di procedura penale. VI - Codice di procedura penale. Libro Terzo*. Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1915, p. 586-588.

prossimità della percezione; dall'altro non si attaglia alle prove indirette, o *de relato* o di secondo grado<sup>27</sup>, sebbene la lettura possa *oralizzare* queste ultime<sup>28</sup> e renderle, così, formalmente rispettose del canone di oralità.

## 2. DALL'ANTICA «ELOQUENZA DEL CORPO» ALLA «MURAGLIA» MEDIEVALE

Si è autorevolmente sostenuto che la *mediatezza* rientrasse nella dotazione genetica del processo romano-canonico: la scrittura, forma imprescindibile nel rito medievale, costituiva «la muraglia che separava il giudice dagli altri soggetti del processo»; le testimonianze venivano, per lo più, raccolte da un attuario o cancelliere e non in pubblica udienza<sup>29</sup>. Le pratiche criminali d'età moderna, tuttavia, esaltavano la rilevanza probatoria delle reazioni emotive dell'imputato (*trepidatio*, *titubatio*, rossore, pallore), il cui accertamento presupponeva una qualche constatazione 'diretta' da parte dell'organo decidente<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> Complessa e disordinata la casistica proposta da DE NOTARISTEFANI, Raffaele. Del giudizio. In: MORTARA, Lodovico; STOPPATO, Alessandro; VACCA, Guglielmo; SETTI, Augusto; DE NOTARISTEFANI, Raffaele; LONGHI, Silvio (a cura di). *Commento al Codice di procedura penale. VI - Codice di procedura penale. Libro Terzo*. Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1915, p. 586-588.

<sup>28</sup> Il «barbaro neologismo» fu usato da BERENINI, Agostino. *Limiti della prova in criminale*. Brevi considerazioni con particolare riferimento all'articolo 848 del codice di procedura penale. Parma: Luigi Battei, 1887, p. 41, che se ne scusava; poi da MANZINI, Vincenzo. *Trattato di procedura penale italiana secondo il nuovo c.p.p. e le nuove leggi di ord. giud. - Volume II*. Torino: Fratelli Bocca, 1914, n. 425, p. 452.

<sup>29</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Il processo civile italiano nel quadro della contrapposizione «civil law» - «common law» (Appunti storico-comparativi). *Rivista di diritto civile*, v. 9, n. I, 1963, p. 31-64; poi in: CAPPELLETTI, Mauro. *Processo e ideologie*. Bologna: il Mulino, 1969, p. 311-312.

<sup>30</sup> CLARO, Giulio. *Liber Quintus Receptorum Sententiarum integer (1568)*. In: CLARO, Giulio. *Opera omnia; sive Practica civilis, atque criminalis [...]*. Venetiis: Apud Baretium Baretium, 1640, § *Fin., quaest.* XXI, n. 39, pp. 271-272; FARINACCI, Prospero. *Praxis et theoricae criminalis Partis Primae Tomus Secundus*. Lugduni: Sumptibus Iacobi Cardon, 1634, *quaest.* LII, n. 40, p. 365. Nel raccogliere la deposizione dei testimoni, il notaio (segnalava LESSONA, Carlo. *Teoria delle prove nel diritto giudiziario civile italiano [...]*. Vol. IV. Seconda edizione interamente riveduta. Firenze: Cammelli, 1908, n. 339, p. 428)

Dall'antico regime provengono, dunque, indicazioni contrastanti. È verosimile che giudice e parti, specie nel rito civile, non si guardassero nemmeno negli occhi. Ma è altrettanto indubbio che la precettistica indirizzata al magistrato desse per scontato che questi incrociasse regolarmente l'inquisito. È corretto, allora, far decorrere solo dalle istanze dell'illuminismo maturo e dalle norme codicistiche una qualche sensibilità per l'immediatezza processuale? Ecco come rispondevano al quesito due autorevoli penalisti meridionali considerati - come si vedrà - precursori 'italiani' del principio di oralità.

Francesco Mario Pagano spiegava perché l'imperatore Adriano avesse vietato [D. 22.5.3] di dar fede alle testimonianze scritte nei processi criminali: «La ragione si è che la scrittura, come ben dice Socrate presso Platone, è morta [...], non ci presenta gl'infiniti possibili aspetti della cosa medesima. Nella viva voce parla eziandio il volto, gli occhi, il colore, il movimento, il tuono della voce, il modo di dire e tant'altre diverse picciole circostanze» che modificano il senso dei vocaboli. «La muta lingua, l'eloquenza del corpo» risultavano per il giudice - secondo la lezione di Cicerone - «più veridiche delle parole»<sup>31</sup>.

«Ho udito dire», raccontava con fastidio, nel 1831, Niccola Nicolini, «che la pubblica discussione delle prove ne' giudizi penali», effettuata in contraddittorio tra testimoni e reo, «sia un metodo diametralmente contrario alle nostre antiche leggi, e vano ove non si faccia il giudizio per

---

avrebbe dovuto *de mandato iudicis* registrarne per iscritto la *vacillatio*, la trepidazione, il mutamento di colorito; una prassi che inquietava CHIOVENDA, Giuseppe. L'oralità e la prova. *Rivista di diritto processuale civile*, v. 1, n. 1, 1924, p. 5-32; poi col tit. Sul rapporto tra le forme del procedimento e la funzione della prova (L'oralità e la prova). In CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*. Nuova edizione considerevolmente aumentata dei "Saggi" e dei "Nuovi saggi". *Volume secondo*. Roma: Società Editrice «Foro Italiano», 1931 [rist. anast. Milano: Giuffrè, 1993], p. 219, nt. 1. Sulla perspicuità psicologica dei giudici penali d'antico regime v. GARLATI, Loredana. Miti inquisitori: la confessione tra ricerca della verità e 'garanzie' processuali. In LUPÀRIA, Luca; MARAFIOTI, Luca (a cura di). *Confessione, liturgie della verità e macchine sanzionatorie*. Scritti raccolti in occasione del Seminario di studio sulle 'Lezioni di Lovanio' di Michel Foucault. Torino: Giappichelli, 2015, p. 77.

<sup>31</sup> PAGANO, Francesco Mario. *Considerazioni sul processo criminale*, a cura di Filippo Maria Paladini. Prefazione di Vincenzo Ferrone. Venezia: Centro di Studi sull'Illuminismo europeo "G. Stiffoni", 2009, cap. XXI, p. 89-90.

giurati». L'Autore negava la fondatezza di questa ricostruzione. A suo parere, il dibattimento nel Mezzogiorno d'Italia era stato sempre *pubblico*; che esso fosse condotto «sul processo scritto, e non in presenza dell'accusato, ma del suo difensore, uso fu questo non patrio, ma contro le patrie leggi, *non razione, sed a barbaris introductum*». Poco oltre, in un paragrafo nel quale si dichiarava risolutamente ostile alla giuria, Nicolini rammentava che «i romani imperatori credettero contrario ad ogni uso civile, anzi incompatibile co' primi e più naturali dritti di ogni uomo, il condannare alcuno sopra un processo compilato fra altri, e con pruove raccolte senza di lui»: una «regola di ragion civile e di ragion naturale», ricavabile per traslato dalla costituzione *Inter alios* di Diocleziano (C. 7.60.1), impediva che un'istruzione «compilata senza intelligenza dell'accusato» potesse recargli pregiudizio se non «reiterata in di lui presenza»; e il diritto tardo-antico aveva statuito analogamente l'inefficacia della testimonianza «se non citato il reo ad udirla di presenza». In un breve *excursus* storico Nicolini metteva in fila la sostanziale disapplicazione medievale del «principio» romanistico; la lungimirante ordinanza militare (22 maggio 1789) di Ferdinando IV, che aveva promosso il «dialogo» in dibattimento tra reo e testimone; l'«utile esperimento» delle leggi francesi (1806) e finalmente l'approdo al borbonico *Codice per lo Regno*, che aveva reso «essenza» del dibattimento la discussione delle prove alla presenza di giudici e parti<sup>32</sup>.

Sulla codificazione napoletana ci si soffermerà tra poco (*infra*, § 3). Per ora basti osservare che Pagano e Nicolini, accomunati da un finissimo, neo-umanistico, 'vichiano' storicismo<sup>33</sup>, collocavano nella tradizione

---

<sup>32</sup> NICOLINI, Niccola. *Della procedura penale nel Regno delle Due Sicilie [...]. Parte terza Vol. II*. Napoli: Dalla Stamperia di M. Criscuolo, 1831, § 914, p. 327 (difesa del diritto patrio); *ivi*, § 915, p. 329 (obbligo romanistico di contestazione); *ivi*, §§ 916-918, p. 330, 332-333 (*excursus*).

<sup>33</sup> AJELLO, Raffaele. *I Saggi politici di Mario Pagano e il loro tempo. Il Pensiero politico*, v. 28, n. 1, 1995, p. 17-57; BIROCCHI, Italo. In margine all'opera di Niccola Nicolini. Spunti per un manuale di storia giuridica dell'Ottocento. In: *Tra diritto e storia*. Studi in onore di Luigi Berlinguer promossi dalle Università di Siena e di Sassari. Soveria Mannelli: Rubbettino, 2008, I, p. 130-137; LUONGO, Dario. La «nuova legislazione» e l'eredità dell'antico regime: percezioni storiografiche nella cultura giuridica meridionale dell'Ottocento. In: MASTROBERTI, Francesco; MASIELLO, Gaia (a cura di). *Il Codice per lo Regno delle Due Sicilie*. Elaborazione, applicazione e dimensione europea del modello codicistico borbonico. Napoli: Editoriale Scientifica, 2020, p. 327-342.

romanistica la radice profonda dell'oralità e la configuravano come *immediatezza* probatoria. Pagano, in particolare, auspicava che a quelle radici antiche si facesse ritorno, e che in dibattimento si esaminassero *ex integro* i testimoni già interrogati, le parti si confrontassero, si decidesse entro tre giorni dalla discussione. Tra i correttivi al processo vigente, egli proponeva di sostituire, ove possibile, la presentazione diretta delle parti alla lettura - di solito pregiudizievole per l'accusato - dell'*informo fiscale* scritto. Il giurista di Brienza, futuro martire del 1799, teorizzava anche la *concentrazione*: «Esame, costituito, contestazione di lite, dazioni di termine facciasi nel tempo stesso e con un sol atto», senza, però, accorciare ad ogni costo i tempi dei processi per delitti *atroci*<sup>34</sup>.

### 3. LIVRE DE LA NATURE E VÓLTI SENZA MASCHERA: BENTHAM E NICOLINI

Il *Code d'instruction criminelle* del 1808, coronando la transizione del processo penale francese verso il modello 'misto', stabiliva che i testimoni deponessero oralmente (art. 317<sup>2</sup>), ma non riproduceva il divieto, esplicito nel *Code Merlin*, di leggere ai giurati le deposizioni testimoniali: forse un'involontaria omissione, della quale la giurisprudenza approfittò per ampliare le deroghe all'oralità<sup>35</sup>.

La disciplina napoleonica, archetipo di numerosi ordinamenti processuali europei, non sradicò prassi consolidate. Nel *Traité des preuves judiciaires* (1823) Jeremy Bentham constatava come «in molti paesi», inclusa la Gran Bretagna (corte ecclesiastica e corte dell'ammiragliato), l'audizione dei testimoni e la raccolta delle prove fossero spesso affidate a giudici commissari che le trasmettevano «per iscritto» a magistrati

<sup>34</sup> PAGANO, Francesco Mario. *Considerazioni sul processo criminale*, a cura di Filippo Maria Paladini. Prefazione di Vincenzo Ferrone. Venezia: Centro di Studi sull'Illuminismo europeo "G. Stiffoni", 2009, cap. xxxiii, p. 118 e 120.

<sup>35</sup> Cosí FERRUA, Paolo. *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*. Milano: Giuffrè, 1981, pp. 61-62. D'accordo con Hélie, criticava queste scelte MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Il processo orale accusatorio e per giurati secondo le varie legislazioni [...]*. Versione dal tedesco dell'avv. M.M. con aggiunte. Volume unico. Reggio: Stefano Calderini e Comp. - Modena: Nicola Zanichelli e Comp., 1851, § xxiii, p. 366-367.

sovraordinati: un malcostume che non solo ingenerava inconvenienti pratici, ma soprattutto chiudeva il *livre de la nature* agli occhi del giudice e lo privava dell'osservazione di «quei caratteri di verità tanto naturali e convincenti, che si riferiscono alla fisionomia, alla fermezza, alla prontezza, alle emozioni del timore, alla semplicità dell'innocenza, all'imbarazzo della mala fede». Dietro il vezzo dei giudici di delegare la raccolta delle prove, il filosofo londinese - non si sa se con ironia, come supposeva il traduttore italiano - ipotizzava che agisse «una falsa idea di dignità, od un pendio naturale a risparmiarsi la parte la più penosa e la meno brillante del travaglio»: il giudice che cedeva a terzi l'onere di *istruire* si risparmiava contatti con figure, come i testimoni, per lo più «ignoranti e zotiche», e godeva del «più piacevole» privilegio di acquisire le testimonianze scritte e commentate da avvocati, «uomini puliti ed educati, che tolgono le spine, e facilitano gli affari»<sup>36</sup>.

Di queste pagine rimase memoria nella processual-civilistica italiana. Chiovenda ne segnalava la *singolare coincidenza* con le idee di Pagano. E plaudiva altresì all'art. 1 del progetto benthamiano di *procédure naturelle*, il quale prevedeva l'obbligo dell'incontro *face à face* tra le parti, *en présence du juge*: norma che, se fosse divenuta legge positiva, avrebbe finalmente consacrato quel principio d'immediatezza sconosciuto alla *procédure technique*<sup>37</sup>. Poco toglie alla suggestione di questa citazione il fatto che essa fosse desunta da *De l'organisation judiciaire et de la*

---

<sup>36</sup> BENTHAM, Jeremy. *Traité des preuves judiciaires* (1823), tr. it. *Teoria delle prove giudiziarie [...]*. Prima versione italiana del dottore Barnaba Vincenzo Zambelli. Bruxelles: Tipografia della Società Belgica, 1842, lb. III, cap. V, pp. 104-106 e 109. Lo stesso Autore, nel raccomandare una scrupolosa verbalizzazione dei processi civili e penali, suggeriva (con riferimento sia alla fase 'segreta' sia a quella 'pubblica') di trascrivere «non solamente i discorsi» ma anche gli «incidenti caratteristici, come i gesti, le esclamazioni, la lentezza affettata in rispondere, e tutti gli altri sintomi» che permettevano di giudicare i testimoni e le parti: ivi, cap. XIII, p. 123 (brano ripreso da LESSONA, Carlo. *Teoria delle prove nel diritto giudiziario civile italiano [...]*. Vol. IV. Seconda edizione interamente riveduta. Firenze: Cammelli, 1908, n. 339, p. 428).

<sup>37</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. L'oralità e la prova. *Rivista di diritto processuale civile*, v. 1, n. 1, 1924, p. 5-32; poi col tit. Sul rapporto tra le forme del procedimento e la funzione della prova (L'oralità e la prova). In CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*. Nuova edizione considerevolmente aumentata dei "Saggi" e dei "Nuovi saggi". Volume secondo. Roma: Società Editrice «Foro Italiano», 1931 [rist. anast. Milano: Giuffrè,

*codification* (1823), rielaborazione, ad opera di Étienne Dumont, di appunti dell'intellettuale britannico risalenti alla stagione rivoluzionaria (1790) e all'utopia d'un rito integralmente giusnaturalistico<sup>38</sup>. D'altronde il pianeta di *common law* di primo Ottocento offriva ai fautori dell'oralità preziosi riscontri<sup>39</sup>.

Un altro anello della medesima catena 'geneologica' era individuato da Chiovenda in Niccola Nicolini, tra i capiscuola della penalistica italiana della Restaurazione e componente della commissione che redasse la *Parte quarta* del napoletano *Codice per lo Regno (Leggi della procedura ne' giudizj penali, 1819)*. Il codice borbonico evocava, sin dal lessico, il valore dell'immediatezza. Ad esempio, l'art. 259 stabiliva che il presidente, durante la «pubblica discussione», dovesse porre «*sotto gli occhi* dell'accusato e del suo difensore» eventuali documenti o scritture. Ancor più pregnante, l'art. 251 vietava, a pena di nullità, la lettura di qualsiasi «attestazione o dichiarazione scritta» (dunque, non delle sole *deposizioni scritte*, come avrebbe previsto l'omologo art. 311 del c.p.p. 1865 per il Regno d'Italia) di testimoni non presentatisi in udienza<sup>40</sup>, salvo, però, due ordini di

---

1993], p. 220-222. L'Autore si rammaricava che il processo civile italiano non avesse ancora assimilato la lezione benthamiana.

<sup>38</sup> DENTI, Vittorio. Chiovenda e le riforme del processo civile. *Il Foro Italiano*, v. 111, n. 5, 1988, coll. 348-349. Per ulteriori considerazioni sullo squilibrio, lamentato da Bentham, tra *parol evidence* e *written* o *documentary evidence* v. CAPPELLETTI, Mauro. *Processo orale e processo scritto nel mondo contemporaneo* (1970). In: CAPPELLETTI, Mauro. *Giustizia e società*. Milano: Edizioni di Comunità, 1972 [rist. 1977], p. 198-199.

<sup>39</sup> Come segnalato da CAPPELLETTI, Mauro. Le grandi tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato. *Giurisprudenza Italiana*, v. 120, n. 4, 1968, coll. 1-48; ora in: CAPPELLETTI, Mauro, *Processo e ideologie*. Bologna: il Mulino, 1969, p. 237, il giurista britannico JOHNES, Arthur James. *Suggestions for a Reform of the Court of Chancery, by a Union of the Jurisdictions of Equity and Law: with a Plan of a New Tribunal for Cases of Lunacy*. London: Saunders and Benning, 1834, p. 90, influenzato da Bentham e propugnatore della fusione delle corti di *Law* ed *Equity*, deplorava che nella *Court of Chancery* il testimone venisse interrogato solo per iscritto, circostanza che gli concedeva il tempo necessario a fabbricare una *reply* falsa o fraudolenta. *Bill and answer*, concludeva Johnes, erano non solo più costosi ma anche meno efficienti della testimonianza orale nella ricerca della verità.

<sup>40</sup> FERRUA, Paolo. *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*. Milano: Giuffrè, 1981, p. 81.



eccezioni: l'eventuale consenso alla lettura prestato da p.m. e accusato (art. 251<sup>2</sup>); talune condizioni soggettive del singolo teste, e in particolare - una peculiarità, questa, del codice napoletano - il fatto che il testimone (o perito) cd. *generico* avesse deposto in istruttoria, sotto giuramento, riguardo a *reperiti o esperimenti di fatto* (art. 246). Quanto ai testi presenti in udienza, era vietato (art. 251) leggerne le deposizioni rese in istruttoria; il divieto veniva meno (art. 251<sup>3</sup>) qualora esse contenessero, al confronto con la deposizione dibattimentale, *contraddizione, variazione o differenza*, tali da indurre il presidente a *richiamare* la discrasia *alla memoria del testimone*.

Nella sua opera piú celebre, *Della procedura penale*, e precisamente nella sezione sui *Principii fondamentali della diffinitiva discussione delle prove*, Nicolini, dopo aver rammentato il vero fine della solennità e pubblicità dei giudizi (rendere visibile al processato, alla comunità e agli stessi giudici la maestà e la dignità del giudicare), asseriva che «l'essenza» del dibattimento consisteva «nel ricever» le prove «da' loro fonti originali», nel mettere i reperiti «sotto gli occhi» degli astanti, nel «leggere in pubblico i documenti, udire i testimoni, confrontarli fra loro, e dibatterli in presenza con la parte pubblica, la parte civile e la parte accusata». Quanto ai *tempi*, poiché la sentenza doveva «esprimere l'impressione» prodotta «sull'animo de' giudici» dalla «pubblica discussione delle prove», il dibattimento andava svolto in forma «rapida» e non «distratta», possibilmente in un solo giorno o comunque in termini tali da conservare «viva sí fatta impressione»<sup>41</sup>. L'eco della lezione di Pagano risuonava inconfondibile.

All'inaugurazione dell'anno giudiziario 1833 presso la Corte Suprema di Giustizia di Napoli, Nicolini, nella veste di avvocato generale, ritornava sui plurimi pregi della «pubblica discussione». Essa permetteva

---

<sup>41</sup> NICOLINI, Niccola. *Della procedura penale nel Regno delle Due Sicilie [...]* Parte terza Vol. II. Napoli: Dalla Stamperia di M. Criscuolo, 1831, § 860, p. 283-286. Ivi, § 870, p. 292 l'Autore ribadiva che dalla «discussione delle prove» il giudice non potesse mai allontanarsi. Le tesi nicoliniane sull'oralità, ad avviso di CHIOVENDA, Giuseppe. *L'oralità e la prova. Rivista di diritto processuale civile*, v. 1, n. 1, 1924, p. 5-32; poi col tit. *Sul rapporto tra le forme del procedimento e la funzione della prova (L'oralità e la prova)*. In: CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*. Nuova edizione considerevolmente aumentata dei "Saggi" e dei "Nuovi saggi". *Volume secondo*. Roma: Società Editrice «Foro Italiano», 1931 [rist. anast. Milano: Giuffrè, 1993], p. 220, erano state giustamente apprezzate da Mittermaier.

di non fermarsi «alla prima sopraffaccia» del processo; di apprendere le informazioni dalla diretta «voce» dei testimoni; di scovare il teste mendace, perché «il pubblico con la sua tacita disapprovazione avvert[iva] i giudici, e lo confonde[va]». L'udienza, «fra mille contrapposizioni e confronti, dal volto, dal gesto, dagli atti, non pur de' testimoni, ma di tutti gli astanti», proiettava sulla vicenda «un tal contrasto, un tal riverbero di lumi, che malgrado le astuzie della calunnia, e la caligine de' sofismi, ed i pregi dell'eloquenza», alla fine la verità traluceva, anzi sfolgorava. Nello «spettacolo di una pubblica discussione» il colpevole «inavvedutamente» si rivelava; «gli si legge[va] in viso il tardo pentimento, e le ire impotenti, e le speranze ingannevoli [...]; ad ogni testimonianza, ad ogni parola, ad ogni cenno che colpi[va] il reo» l'osservatore esterno vedeva «cader di volto la maschera». Infine il dibattimento dava modo al governo di conoscere il «territorio, e scrutinarne il costume», di conoscere «lo stato ed i bisogni del suo popolo: questa è la piú potente, la piú efficace scuola di pubblica morale»<sup>42</sup>.

Il discorso del 1833, come può notarsi, agganciava il beneficio dell'*immediatezza* non tanto ai tecnicismi delle regole sulle letture dibattimentali quanto alla compartecipazione 'appassionata' del pubblico: era questo *quid* politico, scenico, che prometteva di rendere il processo sincero, spontaneo, decifrabile, senza filtri. A chi paventava il «flagello de' testimoni» che, in udienza, si *scostavano* «di qualche linea dal processo scritto» e così trasformavano il giudizio in «satira de' giudici istruttori» Nicolini ribaltava la prospettiva: il dibattimento, a suo dire, avrebbe potuto correggere gli errori della prima fase proprio perché esso era «animato», «originale», sprigionava «spiegazioni pronte, confrontazioni presenti, e dalla forza del dialogo quell'impronta di vita, quella forza di evidenza, che sfugge sempre a chi, quasi schiavo alla catena, incapace a veder nulla da sé, giura sull'altrui detto, e perduta ogni vitalità di mente, alle mute e morte carte si attiene»<sup>43</sup>.

<sup>42</sup> NICOLINI, Niccola. *Della discussione pubblica ne' giudizi penali*. Discorso pronunziato alla Corte Suprema di Giustizia di Napoli a camere riunite [...] nel dí 7 gennaio 1833 [...]. Napoli: Dalla Stamperia Salita Infrascata, ,1833, n. 344, p. 16-19.

<sup>43</sup> NICOLINI, Niccola. *Della discussione pubblica ne' giudizi penali*. Discorso pronunziato alla Corte Suprema di Giustizia di Napoli a camere riunite [...] nel dí

#### 4. LEZIONI DALL'EUROPA: IMPRESSION E UNMITTELBARKEIT

Nei decenni centrali del secolo XIX la processual-penalistica europea di fede liberale diffondeva fiducia nelle potenzialità *impressionistiche* del giudizio, purché questo fosse strutturato in modo da agevolare il diretto contatto del giudice con la prova obiettiva. L'esigenza era particolarmente avvertita negli ordinamenti giudiziari che contemplavano la giuria. Quest'ultima, notava per esempio Faustin Hélie, non era attrezzata a formarsi un'opinione mediante la lettura degli atti: occorreva, invece, metterla al cospetto dei fatti («*il faut le placer en présence des faits*»), vale a dire delle testimonianze, e domandarle quale *impression* quei fatti le avessero procurato<sup>44</sup>.

Sull'altra sponda del Reno Carl Joseph Anton Mittermaier, nel paragrafo sull'*Oralità* contenuto nel testo-bandiera *Il processo orale accusatorio e per giurati* (1845), premetteva che «tutte le odierne legislazioni di procedura penale» elevavano a «principio fondamentale» l'obbligo, per accusato e testimoni, di comparire «al cospetto dei giudici chiamati a conoscere» e, per i giudici, di pronunciare la sentenza «solo in base alla discussione orale». Addentrandosi nei contenuti dell'oralità, egli la prospettava essenzialmente come *Unmittelbarkeit*: parola resa dal traduttore italiano con la circonlocuzione «mezzo di vedere le cose con un unico sguardo». Per il giurista bavarese una procedura poteva definirsi orale quando: 1) l'accusato comparisse personalmente davanti ai giudici e contribuisse a «rilevare le prove» e a difendersi; 2) i giudici vedessero e «personalmente ascolt[asser]o tutti i testimoni e gli esperti» e 3) fossero messi in grado di «convenientemente rimuovere ogni dubbio interrogando[li]»; 4) il giudizio fosse «pronunciato unicamente in base alle deduzioni verbali dell'accusatore, dell'accusato o del suo

---

7 gennaio 1833 [...]. Napoli: Dalla Stamperia Salita Infrascata, 1833, n. 344, p. 21-22. NICOLINI, Niccola. *Quistioni di dritto trattate nelle conclusioni, ne' discorsi ed in altri scritti legali [...]. Vol. I.* Napoli: Dalla Tipografia Salita Infrascata, 1835, p. 146-149 avrebbe confermato l'opzione per un dibattito quale momento di serrato dialogo tra le parti e di diretta e condivisa disamina delle prove.

<sup>44</sup> HÉLIE, Faustin, *Traité de l'instruction criminelle ou Théorie du code d'instruction criminelle [...]. Deuxième édition entièrement revue et considérablement augmentée. Tome premier.* Paris: Henri Plon, 1867, § 2034, p. 50.

difensore». Lo studioso tedesco reputava a tal punto assorbenti le suddette coordinate - il cui comune denominatore, a ben guardare, consisteva in un'ideale prossimità tra giudice e prove - da etichettare come «procedura penale» solo il dibattimento orale, mentre l'eventuale fase «di preparazione» non era «essenziale»<sup>45</sup>.

Dei «vantaggi decisivi» del processo orale, minuziosamente elencati da Mittermaier, alcuni si sostanziavano proprio nella *Unmittelbarkeit*. A suo avviso, ad esempio, l'oralità forniva la «certezza» che i giudici conoscessero «fedelmente, per intero e nella loro vera connessione le deposizioni dell'accusato e dei testimonii»: perché - si chiedeva l'Autore - non approfittare di questa *Unmittelbarkeit* (nella traduzione italiana: «discuter le cause e sentir le persone sulle cui deposizioni vuolsi fondare il giudizio»), anziché attingere a deposizioni *de relato*? E ancora: l'oralità consentiva di valutare l'«individualità degli accusati e dei testimoni», di misurare con uno «sguardo» l'imputabilità dei primi e di dedurre la «credibilità» dei secondi dalla loro «serietà» o «leggerezza», dal «continuo vacillare e simili»; la sequenza ininterrotta delle deposizioni e «il rapido concatenarsi delle prove», specie di quelle indiziarie, animavano «incessantemente l'attività intellettuale dei giudici» e trasmettevano loro un'«immagine» d'insieme<sup>46</sup>.

<sup>45</sup> MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Il processo orale accusatorio e per giurati secondo le varie legislazioni [...]*. Versione dal tedesco dell'avv. M.M. con aggiunte. Volume unico. Reggio: Stefano Calderini e Comp. - Modena: Nicola Zanichelli e Comp., 1851, § xxiii, p. 334 e 336. Per il testo tedesco originale v. MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Die Mündlichkeit, das Anklageprincip, die Oeffentlichkeit und das Geschwornengericht*. Stuttgart und Tübingen: Cotta, 1845, § xxii, p. 246.

<sup>46</sup> MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Il processo orale accusatorio e per giurati secondo le varie legislazioni [...]*. Versione dal tedesco dell'avv. M.M. con aggiunte. Volume unico. Reggio: Stefano Calderini e Comp. - Modena: Nicola Zanichelli e Comp., 1851, § xxiii, p. 338 (vantaggi), 341-343 (individualità), 346-347 (indizi). Per la corrispondenza nel testo tedesco v. MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Die Mündlichkeit, das Anklageprincip, die Oeffentlichkeit und das Geschwornengericht*. Stuttgart und Tübingen: Cotta, 1845, § xxii, p. 248 (vantaggi). Da notare che, nelle pagine dedicate alla riforma della procedura penale negli Stati di Brunswick, MITTERMAIER, *Il processo orale accusatorio*, § xx, p. 275 citava una relazione del presidente Steinacker (1843) secondo cui l'adozione del giudizio orale avrebbe permesso di acquisire «una perfetta cognizione degli elementi probatorii»: il risultato, ad avviso del

Lealmente Mittermaier non *passava* «sotto silenzio» le obiezioni all'oralità. Alcune di queste nascevano dal timore che un eccesso, per così dire, d'immediatezza (la gradevolezza o la rozzezza di un imputato, i suoi «gesti», «il facile sbigottimento e l'imbarazzo de' testimoni») sviasse l'attenzione del giudice. Pur senza sottovalutare le incognite, il professore di Heidelberg però confidava, da un lato, che l'eventuale «impostura e la dissimulazione» si sarebbero ritorte contro l'imputato, dall'altro che almeno il giudice togato (se non, forse, il giurato) sapesse correttamente soppesare «le prove che gli stanno dinanzi». Quanto al teste, Mittermaier raccomandava di trattarlo «con decoro ed amorevolezza». Anzi, egli deprecava sia l'aggressività di certi pubblici ministeri verso testimoni che non rispondevano secondo le attese, sia le altrettanto frequenti domande «sconvenienti e vergognose» formulate dal difensore<sup>47</sup>.

## 5. IL PRIMO CODICE ITALIANO: «TROPPE ECCEZIONI»

Le pennellate di Mittermaier sulla *Unmittelbarkeit* incuriosirono la dottrina italiana post-unitaria, la quale tuttavia, almeno inizialmente, era calamitata dall'esegesi più che dalla sistemazione concettuale. Il codice di procedura penale per il Regno d'Italia (1865), rimaneggiamento del testo sabauda del 1859 e dunque largamente esemplato sul calco del *code d'instruction criminelle*, sanciva la regola dell'oralità sia a proposito dell'ordine di discussione, laddove stabiliva (art. 281, n. 3) che testimoni e periti andassero *sentiti*; sia obbligando costoro a deporre «oralmente, sotto pena di nullità» (artt. 304 e 310), salvo la possibilità (art. 304<sup>2</sup>) di servirsi di note e memorie. In udienza era vietato leggere le «deposizioni scritte dei testimoni» presenti (art. 311), a meno che non bisognasse «far risultare de' cangiamenti o delle variazioni» intervenuti nella deposizione

---

relatore, sarebbe stato conseguito «per mezzo del dibattimento *immediato* [nell'ed. originale: *durch die Unmittelbarkeit*] e dello sviluppo completo della prova, collo scorgere ed udire personalmente l'accusato» (per l'ed. tedesca v. MITTERMAIER, *Die Mündlichkeit*, § xx, p. 194).

<sup>47</sup> MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Il processo orale accusatorio e per giurati secondo le varie legislazioni [...]*. Versione dal tedesco dell'avv. M.M. con aggiunte. Volume unico. Reggio: Stefano Calderini e Comp. - Modena: Nicola Zanichelli e Comp., 1851, § xxiii, p. 352-356.

orale (art. 311<sup>2</sup>). Quanto ai testi citati ma non comparsi, il consenso tra le parti rendeva lecita la lettura delle relative deposizioni, «a titolo di semplici indicazioni e schiarimenti» (art. 311<sup>3</sup>). In linea generale, era permesso leggere verbali e rapporti «relativi alla causa» (art. 281 n. 2) e discutere in dibattimento «i documenti e gli oggetti» potenzialmente utilizzabili «a convinzione o a discolta» (art. 287 n. 7). Restava, infine, in agguato il rischio - energicamente sventato, viceversa, dal napoletano *Codice per lo Regno*<sup>48</sup> - che nel segreto della camera di consiglio i giudici sfogliassero il fascicolo comprensivo delle deposizioni testimoniali: prassi che avrebbe *frustrato* l'oralità e dissolto le «impressioni» sonore e visive acquisite durante il dibattimento<sup>49</sup>.

Non è difficile cogliere in questo reticolo normativo, peraltro punteggiato da vaghezze terminologiche, numerose smagliature: il codice, come appariva palese ai tanti denigratori, contemplava «troppe eccezioni» al divieto di lettura in udienza, le quali insidiavano la «sincerità del giudizio» e ne compromettevano «l'autonomia» consentendo «ingerenze» istruttorie<sup>50</sup>. La giurisprudenza ci aggiungeva del suo. La Cassazione romana riteneva non censurabile il comportamento dei giudici che avessero

<sup>48</sup> NICOLINI, Niccola. *Della procedura penale nel Regno delle Due Sicilie [...]. Parte terza Vol. II*. Napoli: Dalla Stamperia di M. Criscuolo, 1831, § 1104, p. 460 ricordava che in camera di consiglio i giudici erano autorizzati a consultare soltanto il verbale d'udienza redatto dal cancelliere (art. 267). Questo verbale, spiegava l'Autore, andava firmato, non a caso, *prima* di deliberare: «La istruzione scritta», benché «necessaria» e «utile a preparar l'accusa ed il dibattimento, dee sparire a' loro occhi [n.d.r.: dei giudici], quando si entra a deliberar sulla causa», con la sola eccezione, per l'appunto, del verbale di dibattimento.

<sup>49</sup> BORSANI, Giuseppe; CASORATI, Luigi. *Codice di procedura penale italiano commentato [...]. Libro secondo [...]. Volume quarto*. Milano: Giacomo Pirola, 1879, § 1385, p. 155.

<sup>50</sup> LUCCHINI, Luigi. *Elementi di procedura penale*. Firenze: Barbèra, 1895, n. 285, p. 311; LUCCHINI, Luigi. *Elementi di procedura penale*. Seconda edizione riveduta e ampliata. Firenze: Barbèra, 1899, n. 285, p. 317-318; LUCCHINI, Luigi. *Elementi di procedura penale*. Terza edizione riveduta e ampliata. Firenze: Barbèra, 1905, n. 285, p. 319, con riguardo ai *cambiamenti* di cui all'art. 311<sup>2</sup> c.p.p. 1865. Al contrario, BORSANI, Giuseppe; CASORATI, Luigi. *Codice di procedura penale italiano commentato [...]. Libro secondo [...]. Volume quarto*. Milano: Giacomo Pirola, 1879, § 1364, p. 124 ritenevano che quest'ultima norma valorizzasse la funzione 'critica' del vaglio dibattimentale. Essi però (ivi, § 1353, p. 100), anche con il conforto della giurisprudenza francese,

letto la deposizione istruttoria dopo che il testimone aveva dichiarato di non ricordare piú nulla e aveva rimandato a quanto riferito in avvio del procedimento<sup>51</sup>.

Insomma, «nonostante taluni progressi» rispetto ai codici sardi e al *code* del 1808, il primo codice di rito del Regno d'Italia restava lontano «dal realizzare quella immediatezza» tra giudice e fonti di prova tipica del modello anglosassone e delle prime leggi rivoluzionarie. Del resto il modello misto 'all'italiana', che rimetteva al giudice istruttore e poi alla camera di consiglio o alla sezione d'accusa un plurimo vaglio del materiale probatorio, impediva al giudice della decisione - specie se togato - di sbarazzarsi con disinvoltura di prove ripetutamente filtrate da colleghi<sup>52</sup>.

Lo si arguisce da un lucido saggio del 1876 di Erio Sala, professore all'Università di Modena. Il testo affrontava, per la verità, un tema alquanto diverso: la preclusione frapposta dal codice del 1865 all'intervento del difensore in istruttoria. Però l'articolo merita qui una menzione perché segnalava non solo l'utilità dell'immediatezza già nella prima fase del processo (dove dal «contegno dell'imputato» l'istruttore avrebbe avuto l'opportunità di cogliere «un'aura che non si imita, che non si rivela, e non si comunica, che si sente e non si definisce»), ma anche l'irrimediabilità di eventuali calunnie patite in quella sede dall'inquisito. Non a caso si assisteva spesso in giudizio a «scene scandalose»: se il teste rendeva dichiarazioni difformi da quelle istruttorie, il giudice, spalleggiato da «Giurati e popolo», si alterava, «grida[va] alla intangibilità della persona del giudice istruttore»; il testimone, spaventato, dichiarava «miseramente» di non ricordare con precisione ma d'aver detto la verità; «tutti s'acquieta[va]-no» all'illogica risposta e s'illudevano che la giustizia trionfasse; il presidente s'«inorgogli[va] della sua abilità». Perciò, concludeva Sala, «gli errori del processo scritto» erano «fatali anche nel processo pubblico»: e quest'ultimo non costituiva quella «solenne guarentigia» della quale si

---

contrastavano le forzature all'art. 304<sup>2</sup> c.p.p. 1865, che permetteva ai testimoni di servirsi, in udienza, di note e memorie.

<sup>51</sup> BORSANI, Giuseppe; CASORATI, Luigi. *Codice di procedura penale italiano commentato [...]. Libro secondo [...]. Volume quarto*. Milano: Giacomo Pirola, 1879, § 1365, p. 126-129.

<sup>52</sup> FERRUA, Paolo. *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*. Milano: Giuffrè, 1981, p. 104-107.

parlava «con tanta pomposità». Per prevenire «sconci» non restava che dischiudere all'imputato le porte dell'istruzione<sup>53</sup>.

D'altronde, era proprio nello stadio iniziale che il processo accumulava quella ingestibile mole cartacea destinata a piombare sul dibattimento. In una circolare del 1880 che si prefiggeva d'incentivare il ricorso all'istruzione sommaria il guardasigilli Tommaso Villa deplorava l'abitudine di assumere, nella citazione diretta, una sovrabbondanza di testimonianze scritte, ricadendo così «nelle lungaggini» dell'istruttoria formale. Un simile atteggiamento, ammoniva il ministro, andava «precisamente contro lo spirito del processo immediato, di portare cioè innanzi al giudice del merito, senza indugi e spoglie d'ogni artificiale elaborazione, le prove [...] per sostituire le vive e schiette impressioni del metodo orale a quelle malsicure degli atti scritti»<sup>54</sup>.

## 6. IL DIVARIO TRA PRINCÍPI E NORME: LA PROCESSUAL-PENALISTICA 'MODERATA'

Nonostante le non lievi incongruenze nel codice del 1865, il piú diffuso commentario, a firma di Giuseppe Borsani e Luigi Casorati, salutava nell'oralità «uno de' principi fondamentali dell'odierno processo penale», un propulsore della «giustizia punitrice» grazie allo «strettissimo rapporto» con l'intimo convincimento. I due autori erano espressione di quell'ala moderata della processual-penalistica liberale abituata a muoversi tra proclami ideali e leggi inadeguate. Nello specifico, essi ritenevano che il canone in questione, pur non implicando la proscrizione di qualsiasi

<sup>53</sup> SALA, Erio. Dell'intervento dell'imputato nella istruzione del processo penale. *Rivista Penale*, vol. V, fsc. ago., 1876, p. 14-15, 19-20.

<sup>54</sup> VILLA, Tommaso. Circolare (n. 868) del Ministero di Grazia e Giustizia e dei Culti, 25 gennaio 1880. Vantaggi derivanti dalla citazione diretta nei procedimenti penali. In *Collezione celerifera delle leggi, decreti, istruzioni e circolari dell'anno 1880 ed anteriori*, LIX. Roma: Presso gli Editori, via S. Uffizio 1, 1880, p. 370. Cfr. STORTI STORCHI, Claudia. Difetti del sistema e difetti d'uomini. Citazione diretta e logica dell'istruzione dal codice di procedura penale del 1865 alle soglie della pubblicazione del codice del 1913. In: MILETTI, Marco Nicola (a cura di). *Riti, tecniche, interessi*. Il processo penale tra Otto e Novecento. Atti del convegno (Foggia, 5-6 maggio 2005). Milano: Giuffrè, 2006, p. 241.



scrittura, impegnasse il giudice a decidere sulla base dell'«esame immediato delle prove» raccolte in dibattimento (in modo da evitare l'*intermediazione* «dei sensi altrui»), anziché sul «procedimento scritto». In virtù dell'oralità, proseguivano i due studiosi, i giudici vedevano «svolgersi in loro presenza tutte le prove», non solo grazie al «conflitto delle deposizioni» ma anche per «il contegno dei testimoni e dell'accusato, per le emozioni che provano, pei gesti e i turbamenti che svelano l'intimo loro sentire, e insieme per tutti quei segni che parlano eloquentemente agli occhi, e che non è possibile di ritrarre esattamente con le parole»<sup>55</sup>.

L'accento, come si vede, ricadeva sulla superiorità *emotiva*, impressionistica, visiva (ancora il richiamo agli *occhi*) di un'oralità sovrapponibile, di fatto, all'immediatezza. Ma non esaurantesi in questa. Tra i *corollari* della prima Borsani e Casorati indicavano il principio di concentrazione, da loro battezzato *continuità del dibattimento*. La «massima» - spiegavano - mirava tra l'altro a «promuovere l'unità del contesto, vale a dire della trattazione della causa, tanto giovevole a far sí che i giudici possano abbracciare da un punto di vista complesso i risultati della medesima»<sup>56</sup>. Non sfugge l'assonanza tra quest'ultima locuzione e quella (*mezzo di vedere le cose con un unico sguardo*: v. *supra*, § 4) utilizzata dal traduttore di Mittermaier per rendere in italiano *Unmittelbarkeit*.

Borsani e Casorati, però, ritenevano troppo permissiva la disciplina del c.p.p. 1865. Questo infatti dettava, sí, tempi contingentati (il dibattimento poteva proseguire all'udienza successiva, art. 281; al termine, la pronuncia andava resa immediatamente, art. 318), ma di fatto li imponeva soltanto alla corte d'assise (art. 510), mentre consentiva al pretore e al tribunale correzionale rinvii sino a dieci giorni «per gravi motivi e col consenso delle parti» (art. 282<sup>2</sup>).

---

<sup>55</sup> BORSANI, Giuseppe; CASORATI, Luigi. *Codice di procedura penale italiano commentato [...]. Libro secondo [...]. Volume quarto*. Milano: Giacomo Pirola, 1879, § 1351, p. 96-97. Nello stesso senso cfr. ALIMENA, Bernardino. *Appunti di diritto e procedura penale*. Cagliari: s.t., 1898-99, p. 285: il giudice «non deve giudicare, diremo quasi sulle fotografie, ma deve vedere in faccia le persone, deve veder scorrere dinanzi a sé tutte le prove, deve sentire i testi esprimersi con la viva voce».

<sup>56</sup> BORSANI, Giuseppe; CASORATI, Luigi. *Codice di procedura penale italiano commentato [...]. Libro secondo [...]. Volume quarto*. Milano: Giacomo Pirola, 1879, cap. III (sommario), p. 146; ivi, cap. III, § 1381, p. 149.

La *Relazione* al codice del guardasigilli Paolo Cortese giustificava questo ‘allentamento’ in una logica di risparmio erariale, pur non nascondendosi la necessità di non disperdere «le impressioni ricevute»<sup>57</sup>. Per questo stesso motivo, e per evitare che i giudici della decisione «vaga[ssero] tra le incertezze e le titubanze di mal sicuri ricordi», Francesco Saluto, autore del primo commentario al codice unitario di rito, riconosceva che un’accezione rigorosa di *oralità* avrebbe richiesto l’unicità del contesto. Tuttavia il giurista siciliano non si scandalizzava per la tolleranza accordata dal codice a preture e tribunali correzionali, dove - diversamente che in corte d’assise - sedevano giudici «non distratti da occupazioni estranee, forniti di una intelligenza superiore ad ogni altro individuo» e quindi in grado di ritenere «con maggiore vivacità i fatti» risalenti a «qualche giorno» addietro. Ad ogni modo, Saluto raccomandava di non elargire proroghe «con leggerezza» perché queste, quantunque insindacabili in Cassazione, rappresentavano altrettante «ferite» all’oralità e alla continuità dei dibattimenti<sup>58</sup>. In realtà, poi, la Suprema Corte ebbe modo di sindacare l’esercizio del potere di rinvio: un arresto del 1890, ad esempio, interpretò restrittivamente il limite cronologico di cui all’art. 282, onde «impedire che venisse frustrato il principio dell’oralità dei dibattimenti e che la decisione del magistrato non si ispirasse alle ancor vive impressioni dell’orale discussione»<sup>59</sup>.

A differenza del collega Saluto, Borsani e Casorati reputavano «infelice» la previsione codicistica della proroga. A loro avviso, l’allungamento del dibattimento avrebbe indotto i giudici ad attingere al procedimento scritto, «in onta del principio fondamentale della oralità»<sup>60</sup>.

<sup>57</sup> Cfr. CORTESE, Paolo. *Relazione sul codice di procedura penale*. In: *Codice di procedura penale del Regno d’Italia colla Relazione del ministro guardasigilli fatta a S.M. in udienza del 26 novembre 1865 [...]*. Firenze: Stamperia Reale - Torino: Tip. Eredi Botta, 1866, p. XIX.

<sup>58</sup> SALUTO, Francesco. *Commenti al codice di procedura penale per il Regno d’Italia [...]*. Volume III. 2<sup>a</sup> ed. Torino: Bocca, 1877, § 957, p. 167.

<sup>59</sup> Cass. Pen., ud. 29 gennaio 1890, pres. De Cesare, rel. Barletti, p.m. Fiocca, ric. Germanà Giuseppe. *Cassazione Unica*, v. 1, 1889, p. 205.

<sup>60</sup> BORSANI, Giuseppe; CASORATI, Luigi. *Codice di procedura penale italiano commentato [...]*. Libro secondo [...]. Volume quarto. Milano: Giacomo Pirola, 1879, § 1383, p. 152.

Nessun dubbio, poi, che in corte d'assise si corresse un rischio piú elevato di *scolorimento* delle prove, come notava Filippo Manduca, allievo di Pessina e magistrato liberale. A causa della cronica lunghezza dei processi, incalzava lo studioso, «alla giustizia sottentra[vano] la pietà, la compassione; l'oralità scompar[iva]» perché la morte di querelanti, denunciati, testimoni obbligava alla lettura degli atti: ma così arrivava ai giurati una «pallida immagine della dichiarazione orale» che li annoiava e non lasciava loro alcuna «impressione». «Da qui le assoluzioni, da qui il trionfo del delitto»<sup>61</sup>.

## 7. NELLA LUCE DEL MERIGGIO: LA CROCIATA CARRARIANA

Svincolata dalla griglia codicistica e dalla cautela stilistica del commentario, la penalistica di formazione carrariana, parimenti abbeveratasi ai tomi degli Hélie e dei Mittermaier, vedeva nell'*immediatezza* l'innescò d'un giudizio non piú avvolto - per citare il giovane Lucchini - «nel tenebroso politico» ma celebrato «innanzi al popolo, in piena luce di meriggio, pubblicamente»<sup>62</sup>.

Il successo d'una campagna così ambiziosa presupponeva il taglio d'un nodo gordiano: l'affrancamento del dibattito dalla «zavorra inquisitoria»<sup>63</sup>. L'architettura a «duplice arcata» dei codici di derivazione napoleonica comportava uno schiacciamento della fase dibattimentale su quella delle indagini<sup>64</sup>. Il rito 'italiano' non era esente da questo vizio. Come lamentava Francesco Carrara, il processo scritto, formalmente null'altro che una «semplice informativa», aveva finito per fagocitare il giudizio. Da un lato la legge attribuiva «efficacia giuridica» ai verbali di ispezione o di testimonianze irripetibili. Dall'altro, per prassi, presidenti e pubblici

---

<sup>61</sup> MANDUCA, Filippo. *La procedura penale e la sua evoluzione scientifica*. Napoli: Ernesto Anfossi, 1888, p. 178.

<sup>62</sup> LUCCHINI, Luigi. *Pubblicità oralità e contraddittorio della istruttoria del processo penale*. Appunti critici [...]. Estratto dal Giornale Giuridico «La Rivista». Verona: Tipografia M. Dal Ben, 1873, p. 3.

<sup>63</sup> LUCCHINI, Luigi. *I semplicisti (antropologi, psicologi e sociologi) del diritto penale*. Saggio critico. Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1886, p. 254.

<sup>64</sup> DEZZA, Ettore. Il primo codice di procedura penale dell'Italia unita (1865). In *Codici penali*. Padova-Torino: Cedam e Utet giuridica, 2011, p. xciii.

ministeri pretendevano, a pena di *mendacio*, che il testimone riproducesse alla lettera quanto dichiarato in istruzione e non osasse eccepire d'esser stato «male inteso o male scritto» nella prima fase del procedimento<sup>65</sup>.

Secondo Emilio Brusa, penalista dell'Università di Torino e allievo di Carrara, solo la giuria avrebbe potuto innalzare una vera barriera tra il circuito probatorio dell'istruzione e quello del dibattimento. Mentre, infatti, il giudice di professione era inevitabilmente incline ad accodarsi all'«operato» dei colleghi istruttori, così ingenerando nell'opinione pubblica il sospetto («una *nube*») di lasciarsi guidare «da impressioni estranee al dibattimento» e specialmente dalla «lettura di atti scritti»; la magistratura popolare *rassicurava* il pubblico perché «riprodu[ceva] sotto i suoi occhi con la maggior fedeltà possibile il dramma del reato». Il paragone s'inseriva in un più ampio ragionamento che invitava ad apprezzare la *spontaneità* del giurì popolare e a non soppiantare del tutto, almeno nel processo penale, il «semplice senso volgare» con il «senso scientifico o tecnico»<sup>66</sup>.

A Brusa replicò, a stretto giro, Raffaele Garofalo, fondatore della scuola positiva e magistrato dalla spiccata tempra conservatrice. Garofalo contestava, tra l'altro, l'idea per cui «tutto il processo scritto, cioè a dire l'insieme delle ragioni per le quali l'accusato [era stato] sospettato e tratto alle Assise», non contasse più nulla al momento del dibattimento e bisognasse emettere la sentenza sulla sola base delle dichiarazioni rese dinanzi ai giurati. «Con simili esagerazioni - tuonava il giurista napoletano - si dà a qualsiasi ribaldo la spada del combattente e spesso l'aureola dell'eroe», mentre in realtà già il mero rinvio a giudizio faceva scattare una «presunzione di colpabilità». Per Garofalo, in definitiva, l'intero lavoro istruttorio *doveva* esercitare «influenza sul giudizio», a meno di non renderlo «opera vana e tempo perduto»<sup>67</sup>.

<sup>65</sup> CARRARA, Francesco. Il diritto penale e la procedura penale. Prolusione al corso di diritto criminale dell'a.a. 1873-74, nella R. Università di Pisa [Pisa, 12 novembre 1873]. In: CARRARA, Francesco. *Programma del corso di diritto criminale. Del giudizio criminale*. Con una selezione dagli *Opuscoli di diritto criminale*. Bologna: il Mulino, 2004, p. 434-435.

<sup>66</sup> BRUSA, Emilio. Sul giurì, ad occasione delle recenti discussioni dei giuristi svizzeri [Torino, 20 gennaio 1882]. *Rivista Penale*, vol. 15, fsc. IV-V, 1882, p. 316-317, 320-321, 322-323, 327.

<sup>67</sup> GAROFALO, Raffaele, I pericoli sociali di alcune teorie giuridiche. *Archivio di Psichiatria, Scienze penali ed Antropologia criminale*, v. 3, 1882, p. 389-392.

## 8. CONTRO IL MITO DELL'ORALITÀ: LA SFIDA POSITIVISTA

Per contestualizzare un assunto così visceralmente anti-garantista è opportuno ricordare che i primi penalisti 'lombrosiani' fantasticavano d'un rinnovamento *ab imis* del rito vigente. Proprio Garofalo immaginava che in una procedura ripensata secondo i dettami dell'antropologia criminale una «discussione sul fatto» si sarebbe aperta solo se l'imputato avesse contestato l'accusa; mentre una altrettanto scarnificata discussione in diritto avrebbe definito il reato, classificato il relativo autore e fissato una misura appropriata alla sua temibilità. Il complessivo ridimensionamento della fase dibattimentale avrebbe, di riflesso, infranto i miti della pubblicità e dell'oralità<sup>68</sup>.

Nella monografia d'esordio *I simboli* (1893) Guglielmo Ferrero, eclettico intellettuale vicino a Lombroso, declassava l'*oralità* dibattimentale a retaggio d'una tradizione primitiva e acritica, risalente «al tempo in cui le discussioni si facevano tutte con la parola». Deformato da questa logica arcaica, il rito penale - si stupiva il giovane autore - riponeva «più importanza alla deposizione» del teste in udienza, anziché a quella rilasciata davanti al giudice istruttore: e invece sarebbe dovuto accadere l'inverso, tenuto conto della prossimità agli eventi e della superiore credibilità d'un ambiente lontano «dal pubblico, dall'accusato, dall'apparato della giustizia» e dal connesso corredo di *impressione* e *confusione*. Quando «tra un secolo o due» - profetizzava Ferrero - la scrittura avrebbe soppiantato anche nella vita giudiziaria la testimonianza orale, i posteri si sarebbero meravigliati «che un tempo il processo fosse [stato] una così strana mescolanza di oralità e di scrittura; che il testimone venisse a ripetere ciò che aveva già detto ed era stato ridotto a protocollo; che infine si facesse tutta quella rappresentazione teatrale così costosa [...], incomoda e [...] inutile»<sup>69</sup>.

Neppure la scuola positiva, però, si esprimeva all'unisono. Enrico Ferri, che pure riportava in *Sociologia* sia le considerazioni di Garofalo (trascritte alla lettera) sia i pronostici di Ferrero, da avvocato di rango ammetteva che «sui giudici togati, sopraccarichi di lavoro, e perciò

---

<sup>68</sup> GAROFALO, Raffaele. *Criminologia*. Studio sul delitto e sulla teoria della repressione [...]. 2ª ed. Torino: Bocca, 1891, p. 411-412.

<sup>69</sup> FERRERO, Guglielmo. *I simboli in rapporto alla storia e filosofia del diritto alla psicologia e alla sociologia*. Torino: Bocca, 1893, p. 67-68.

impossibilitati a fare una critica seria e profonda, il processo scritto», parimenti «abborracciato in fretta» da giudici istruttori non meno oberati, esercitava «troppo spesso un'influenza dannosa ora contro l'accusato, ora contro la società»<sup>70</sup>.

Un approccio positivista altrettanto equilibrato permeava il volumetto di Agostino Berenini (1887) sui *Limiti della prova*. L'Autore, professore pareggiato all'Università di Parma, si dichiarava perplesso dinanzi alla pretesa del c.p.p. 1865 di «cancellare affatto dalla [...] mente» del giudice l'«impressione» procuratagli dalla «lettura del processo scritto». Provando a invertire il punto di vista, Berenini osservava che la fase orale avrebbe dovuto non già azzerare le risultanze istruttorie, bensì confermarle, «dissiparne le incertezze e le ambiguità, svelarne gli errori [...]». La oralità deve essere la prova del fuoco, alla quale si saggiono [*sic*] le risultanze scritte, e, mediante il contraddittorio, si completano»; altrimenti, se si desiderava *obliterare* il processo scritto per mezzo d'una «*finzione legale*», sarebbe stato, paradossalmente, preferibile risparmiare del tutto l'istruttoria e passare a un accusatorio integrale<sup>71</sup>.

Alcuni passaggi del libro di Berenini brillavano per pragmatismo epistemologico. Pretendere che il giudice - rifletteva l'Autore - si pronunciasse solo sulla base di quanto percepito in udienza, «mentre si sa[peva]» che al dibattimento egli non arrivava affatto «ignaro della causa» e, anzi, se n'era già formato un qualche convincimento, significava disconoscere le reali dinamiche della cognizione processuale e affidarsi più «alla pomposità di un nome» che «alla sostanzialità di un principio»<sup>72</sup>.

Accostando l'oralità al concetto di *virtuale* appartenenza del potere giudiziario al popolo, il giurista parmense esortava a guardarla

<sup>70</sup> FERRI, Enrico. *Sociologia criminale*. Terza edizione completamente rifatta dei *Nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*. Torino: Bocca, 1892, p. 654-658 e ivi, p. 657-658, nt. 1 (ove mancava, per ovvi motivi cronologici, il cenno a Ferrero); FERRI, Enrico. *Sociologia criminale*. 4<sup>a</sup> ed. Torino: Bocca, 1900, p. 802-805 e ivi, p. 805, nt. 1.

<sup>71</sup> BERENINI, Agostino. *Limiti della prova in criminale*. Brevi considerazioni con particolare riferimento all'articolo 848 del codice di procedura penale. Parma: Luigi Battei, 1887, p. 37-38.

<sup>72</sup> BERENINI, Agostino. *Limiti della prova in criminale*. Brevi considerazioni con particolare riferimento all'articolo 848 del codice di procedura penale. Parma: Luigi Battei, 1887, p. 39.

come strumento per chiarire, completare, fecondare il «buio del processo scritto». Essa valorizzava il «gesto», la «voce», il «cenno», il «coloramento del viso», le «reticenti interiezioni». Da qui la proposta - la tesi centrale del libro - di lasciare al libero apprezzamento del giudice la scelta sulla lettura di testimonianze, verbali, rapporti o altri documenti ritenuti utili. D'altronde non sussisteva un «divieto assoluto» di lettura: lo provava la regola (uno «strappo [...] davvero irragionevole») che permetteva di leggere in appello il verbale del giudizio di primo grado. L'idea di Berenini, «né rivoluzionari[a] né reazionari[a]» (come d'altronde si evinceva sin dal saluto iniziale al maestro Ferri), si sintetizzava nella seguente formula: «Tutto ciò che, del processo scritto, può essere *oralizzato* [...] lo sia, ma senza abdicare al diritto della conferma, dello schiarimento, del complemento o della contestazione e smentita mediante ciò che è stato scritto, e della esplicita lettura di ciò, che non può essere *oralizzato*». La flessibilità avrebbe evitato che, in nome d'un «principio giusto e liberale», si rinunciasse al «pieno raggiungimento della regina delle prove in criminale: l'intimo convincimento»<sup>73</sup>.

## 9. RESISTENZE DELLA GIURISPRUDENZA

Un circoscritto campione di giurisprudenza di fine Ottocento attesta che la spaccatura tra le scuole si propagava alle corti superiori, per le quali - è il caso di anticiparlo - l'immediatezza non incarnava affatto un dogma.

Nel 1884 Filippo Manduca, sostituto procuratore generale a Cagliari, annotava criticamente un'ordinanza del locale circolo d'assise straordinario che, in un processo per grassazione, aveva acconsentito alla lettura di lettere anonime in dibattimento. Invano Manduca, che in quella causa aveva svolto le funzioni di pubblico ministero, si era opposto al provvedimento, ritenendolo una violazione all'art. 311 c.p.p.

---

<sup>73</sup> BERENINI, Agostino. *Limiti della prova in criminale*. Brevi considerazioni con particolare riferimento all'articolo 848 del codice di procedura penale. Parma: Luigi Battei, 1887, p. 40-42. Nel saluto a Ferri (ivi, p. 5 n.n.) l'Autore si riprometteva di mostrare il riformismo gradualista della «scuola criminale antropologica, ma punto antropofaga».

Nel commentarlo su «Il Filangieri», egli ricopiava quasi alla lettera gli encomi di Borsani e Casorati all'oralità. E riteneva inaccettabile che vi derogassero le lettere anonime, sintomi di «animo vigliacco», come insegnava la massima di Nicolini riportata in epigrafe: «Le nostre leggi non han permesso mai che alcuno attacchi un individuo senza mostrarsi». «Nel sistema dell'intimo convincimento», insisteva Manduca, pesavano «un gesto, un movimento, una parola» del testimone; il «moto degli occhi», l'«azione della pupilla» e delle narici, il «colorito delle guance», l'«incresparsi delle labbra», l'«affrettarsi del respiro», il «gesto delle mani, tutti i cambiamenti insomma [...] rivelatori delle emozioni» e percepiti dall'«occhio vivace del giurato» sul «volto del testimone» riverberavano sul giudice popolare una «luce vivissima». Al contrario, ammettere in giudizio missive non firmate avrebbe moltiplicato gli «errori giudiziari», ridotto la giustizia a «mancipio di un morale assassinio», disorientato i giurati poco «educati al giuridico apprezzamento» delle prove. «Luce, sempre luce. Non è rettorica - ma positivismo»<sup>74</sup>.

Si noti che nel 1905, piú di vent'anni dopo, la seconda sezione penale della Cassazione annullò una condanna per truffa inflitta al conte Emilio d'Ayala dalla corte d'appello di Genova. I giudici supremi contestarono ai colleghi di merito d'aver attinto il proprio convincimento da una «fonte impura», ossia una misteriosa lettera spedita dall'Argentina. Non rilevava che la missiva fosse stata discussa in dibattimento con l'accordo della parte civile e dell'imputato: «Il principio dell'oralità dei giudizi penali [era] d'ordine pubblico» e non derogabile dal consenso delle parti (di cui all'art. 311) allorché il testimone non fosse stato neppure citato; bisognava vigilare affinché testimonianze stragiudiziali non eludessero una «conquista di civile progresso»<sup>75</sup>.

<sup>74</sup> MANDUCA, Filippo. Gli anonimi ed il giudizio penale. *Pensieri. Il Filangieri*, vol. 9, pt. I, 1884, p. 552-556 e 558-562 (ud. 28 luglio 1884, causa Callai Felice e aa., pres. Siotto-Pintor). L'Autore citava ampiamente BORSANI, Giuseppe; CASORATI, Luigi. *Codice di procedura penale italiano commentato [...]. Libro secondo [...]. Volume quarto*. Milano: Giacomo Pirola, 1879, § 1351, p. 96-97 (v. supra, § 6, nt. 55); e NICOLINI, Niccola. *Della procedura penale nel Regno delle Due Sicilie [...]. Parte seconda, vol. II*. Napoli: Dalla Stamperia di M. Criscuolo, 1829, § 379, p. 115-116.

<sup>75</sup> Cass. pen., II sez., 22 dicembre 1905, *ric. D'Ayala Emilio*, pres. Petrella, *rel. Ricco*, p.m. De Francesco. *Rivista Penale*, vol. 63, 1906, p. 287-290. Il conte



Negli anni Novanta la Cassazione mostrava vistosi ondeggiamenti. Nel 1890, ad esempio, la Suprema Corte ritenne violata l'oralità dal giudice di merito che aveva tratto «argomento della reità» da dichiarazioni rese in altro procedimento<sup>76</sup>. Due anni dopo, invece, essa giudicò «corretto» il verbale nel quale si dava atto che, durante l'interrogatorio dibattimentale, l'imputato aveva risposto conformemente a quanto dichiarato negli interrogatori *scritti* precedenti. Una breve nota anonima su «Cassazione Unica», nel registrare il *revirement*, eccepiva: o l'imputato si era semplicemente rimesso all'interrogatorio scritto, ma ciò gli era vietato «dacché egli deve oralmente rispondere sui fatti della causa»; oppure aveva «risposto, come doveva, oralmente», ma in tal caso non si vedeva chi - non certo un cancelliere - potesse verificare la supposta conformità con le pregresse dichiarazioni. «In ogni modo», constatava «con dolore» l'annotatore, «la vecchia giurisprudenza fu mutata»<sup>77</sup>.

Uno dei *leading case* concernenti la violazione dell'oralità (con evidenti implicazioni sull'immediatezza probatoria) fu originato da una truffa ai danni dell'Esattoria delle imposte. Nell'aprile del 1891 la Corte d'assise straordinaria di Roma punì con la reclusione Paride Fioravanti e taluni complici per appropriazione indebita e falsità in atto pubblico. I condannati (Fioravanti era assistito da un blasonato collegio difensivo) presentarono ricorso sostenendo che la Corte d'assise avesse violato il principio di oralità sotto vari aspetti. Anzitutto, essa aveva consentito, contro il dettato dell'art. 311, che il querelante (qualifica peraltro contestata) si limitasse a confermare i suoi «deposti scritti», mentre invece

---

d'Ayala era difeso da De Nicola, Raimondi e Ronchetti.

<sup>76</sup> Cass. Pen., ud. 17 gennaio 1890, *pres. e rel. De Cesare, p.m. Dei Bei, ric. Serafini. Cassazione Unica*, v. 1, 1889, p. 204: la Corte di Cassazione annullò una sentenza della corte d'appello di Lucca, la quale aveva condannato per oltraggio Serafino Serafini desumendone la colpevolezza dall'istruttoria di altro processo contro un falso testimone. Analogamente, cfr. Cass. Pen., Ud. 29 ottobre 1891, *pres. De Cesare, est. Parenti, p.m. Felici, ric. Antonio Romano. Cassazione Unica*, IV (1893), vol. III, coll. 132-133: «Viola la oralità nei giudizi penali la sentenza che si fonda sulle dichiarazioni di testimoni non chiamati né esaminati nel pubblico giudizio».

<sup>77</sup> Cass. Pen., Ud. 23 febbraio 1892, *pres. Nobile, rel. Petrella, p.m. Sacchini, ric. Zappalà e aa., avv. De Benedetti ed Escobedo. Cassazione Unica*, IV (1893), vol. III, col. 614 e ivi, nt. 2.

«il pubblico dibattimento non deve essere una semplice e nuda ratifica della istruzione preparatoria». In secondo luogo, la Corte d'assise non solo aveva esaminato un testimone infermo «in una forma illegale», e cioè «facendogli leggere e confermare le dichiarazioni scritte», ma addirittura, accortasi dell'errore, aveva disposto *ex novo* un secondo esame: il quale però - eccepivano i difensori - era stato reso dall'ammalato sotto la plateale «influenza» della prima deposizione risalente a «*poche ore prima*»<sup>78</sup>.

La Corte di Cassazione respinse, rispetto a queste censure, il ricorso. Essa sostenne che l'oralità doveva considerarsi violata quando in dibattimento si fosse scelto di attingere alle deposizioni scritte nonostante la possibilità di ascoltare la viva voce del teste. Nel caso di specie, invece, tale opportunità non si era data: l'infermità del testimone aveva costretto, in udienza, a leggere il verbale della sua deposizione. E d'altro canto all'ammalato, ispettore dell'esattoria, dunque esperto «di numeri» e di «contabilità», si poteva senz'altro applicare l'art. 304 che concedeva a taluni testimoni, *avuto riguardo* alla loro qualità e alla *natura della causa*, di ricorrere *a note e memorie*. In base alle suddette considerazioni, la Cassazione annullò la sentenza di merito per la sola parte concernente l'entità della pena<sup>79</sup>.

È significativo il plauso riservato a questa pronuncia dal primo numero de «La Scuola positiva», che ne estrapolava, invero con qualche licenza, due massime di segno 'riduzionista'.

La prima: il divieto di lettura dibattimentale valeva solo per le deposizioni scritte dei testimoni, non per le dichiarazioni dei querelanti, per le quali si sarebbe addirittura profilato un *ordine* di leggerle dai verbali. L'anonimo annotatore della rivista spiegava: «Il principio della oralità del dibattimento non va inteso in un modo assoluto né portato agli estremi. Noi crediamo che esso sia già troppo esagerato e quindi non possiamo che plaudire ad ogni pronunziato della giurisprudenza che ne dia una interpretazione restrittiva, quando non si menomano le garanzie di difesa [...]. Ciò che è essenziale, ed è ad un tempo la vera conquista irrevocabile

<sup>78</sup> VILLA, Tommaso; LOPEZ, Filippo; DE BENEDETTI, G. C.; GRIPPO, Pasquale. *Corte di Cassazione penale - Per Paride Fioravanti - Motivi del ricorso - Udienza del 22 giugno 1891*. Roma: Tipografia Cooperativa Operaia, 1891, p. 18-19.

<sup>79</sup> Cass. Roma, ud. 22 giugno 1891, *pres. Ghiglieri, est. Cocchia, ric. Fioravanti ed aa. Foro Italiano*, v. 16, n. 2, 1891, col. 306-311.

della oralità, è la garanzia così del giudicabile come della società giudicante, consiste nel fare in modo che chi deve giudicare possa apprezzare *de visu* (fuori dai preconcetti o dalla malizia possibile dell'autorità inquirente) l'indole, la capacità, il grado di convinzione dei testimoni; tutte cose che, quando non sono accompagnate da esatte nozioni di psicologia, a poco o nulla giovano»<sup>80</sup>.

La seconda massima che la redazione de «La Scuola positiva» astrae dalla sentenza Fioravanti riguardava la possibilità di leggere al testimone, in dibattimento, la sua deposizione scritta prima di raccogliere quella orale. «Però - puntualizzava il redattore - non in senso assoluto»: era vero che alle forze dell'ordine, prima di sentirle in udienza, si permetteva di rileggere le dichiarazioni messe a verbale, ma occorreva evitare che il testimone comune approfittasse della pre-lettura per coprire eventuali «menzogne». Comunque, concludeva l'anonimo commento, «anche qui siamo di fronte alla solita necessità di riformare i nostri sistemi processuali secondo i dati positivi della psicologia e sociologia»<sup>81</sup>.

## 10. LA STAGIONE DI FINOCCHIARO-APRILE

La lunga gestazione del codice Finocchiaro-Aprile, avviata dallo stesso guardasigilli palermitano nel 1898 e culminata nella promulgazione del 1913, fornì l'occasione per un confronto ad ampio spettro sia sulla perdurante valenza del principio di oralità / immediatezza sia sulle soluzioni tecniche più idonee a salvaguardarlo.

Nei primi giorni di gennaio del 1899 la commissione istituita dal ministro discuteva dell'assetto del futuro dibattimento. Pietro Nocito, ordinario all'Università di Roma, penalista 'classico' e parlamentare di lungo corso, stigmatizzò «la consuetudine di costringere i testimoni a deporre sulla falsariga della istruzione scritta»: il «giudizio orale», raccomandava il professore siciliano, non doveva diventare «una seconda edizione del processo scritto». Due giorni dopo, all'unanimità,

---

<sup>80</sup> Massimario critico della giurisprudenza penale. *La Scuola Positiva*, v. 1, 1891, n. 29, p. 308.

<sup>81</sup> Massimario critico della giurisprudenza penale. *La Scuola Positiva*, v. 1, 1891, n. 30, p. 309.

la commissione approvava la mozione Nocito: «Limitare, per quanto è possibile, i casi nei quali si possa ricorrere alla lettura delle deposizioni scritte dei testimoni»<sup>82</sup>.

La sottocommissione incaricata, tra il 1902 e il 1904, di stilare un primo progetto si uniformò alla linea Nocito, nonostante l'opposto parere manifestato dalle magistrature: i sottocommissari spiegarono che «la verità nei giudizi penali non può essere messa in luce dagli atti scritti» perché «il giudice deve vedere il contegno, i gesti, gli scatti, i mutamenti e i turbamenti dei testimoni». Ma la commissione di revisione ribaltò questo indirizzo e tornò ad ammettere la derogabilità al divieto di lettura previo accordo delle parti, con ciò dimostrando di non credere al valore assoluto, o di ordine pubblico, del principio di oralità<sup>83</sup>.

Il primo articolato del futuro codice di rito, predisposto nel 1905 e corredato d'una pregevole relazione di Finocchiaro-Aprile, vietava, in nome dell'oralità, la lettura delle deposizioni scritte (anche di quelle indirette, delle lettere dei congiunti etc.): le immancabili eccezioni (difformità rispetto a precedenti dichiarazioni, consenso delle parti) non consentivano, in ogni caso, la lettura integrale<sup>84</sup>. In un passaggio della *Relazione* dedicato

<sup>82</sup> *Lavori preparatorii del Codice di Procedura Penale per il Regno d'Italia. Atti della Commissione istituita con decreto 3 ottobre 1898 dal Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti (Finocchiaro-Aprile) con l'incarico di studiare e proporre le modificazioni da introdurre nel vigente Codice di procedura penale. Volume primo.* Roma: Tipografia della Camera dei Deputati, 1900, vb. V (5 gennaio 1899), p. 42; ivi, vb. VII (7 gennaio 1899), p. 70. Nello stesso spirito la commissione proponeva di ridurre all'essenziale la lettura, in apertura di dibattimento, della sentenza di rinvio a giudizio (o dell'atto di citazione) e di abolire il riassunto presidenziale: ivi, *Volume secondo.* Roma: Tipografia della Camera dei Deputati, 1900, vb. XL (4 marzo 1900), p. 100-102.

<sup>83</sup> FERRUA, Paolo. *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali.* Milano: Giuffrè, 1981, p. 168-169 (da cui è tratta anche la cit. della sottocommissione), p. 177, 185.

<sup>84</sup> FINOCCHIARO-APRILE, Camillo. *Relazione sul progetto del nuovo codice di procedura penale presentata [...] alla Camera dei Deputati nella seduta del 28 novembre 1905. Legislatura XXII – Sessione 1904-1905. Camera dei Deputati – Stampato num. 266.* In: MORTARA, Lodovico; STOPPATO, Alessandro; VACCA, Guglielmo; SETTI, Augusto; DE NOTARISTEFANI, Raffaele; LONGHI, Silvio (a cura di). *Commento al Codice di procedura penale. Parte Prima - Lavori preparatorii. Volume secondo: I progetti ministeriali del 1905 e del 1911 (Relazioni e Testi).* Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1913, § CXXIV, p. 320-321.

al superamento dell'istruzione segreta il guardasigilli osservava che, mentre il giudice togato, diffidente «d'abitudine dei risultamenti del pubblico dibattimento», s'ingegnava a ridurlo a «copia esatta e fedele dell'istruzione scritta», i giurati sospettavano proprio di quest'ultima: a loro bastava «il piú lieve mutamento nella deposizione di un testimone» o la scoperta d'un errore nel processo scritto per metterne in discussione anche i «risultamenti» apparentemente indubbi. Il diverso atteggiamento, chiosava il ministro senza drammatizzare, era «nella natura delle cose»: da un lato la fiducia dei 'professionisti' nella «prova raccolta nell'ombra», dall'altro lo scetticismo della «coscienza popolare» verso il segreto istruttorio<sup>85</sup>.

Nella *Relazione* di accompagnamento al successivo progetto di codice (1911) il tema dell'oralità trovava piú ampio sviluppo. Occorre premettere che in questo secondo articolato la citazione diretta (istituto che rimpiazzava l'*istruzione sommaria* del c.p.p. 1865) diveniva regola per i giudizi 'minori' (ossia non riservati alla corte d'assise) ed era congegnata in modo che le indagini del pubblico ministero non avessero altro fine che di «preparare l'accusa, e mai» quello di ipotecare il giudizio o la sentenza. «Nell'animo del giudice» - precisava Finocchiaro-Aprile con un fraseggio stentoreo che gli sarebbe stato, piú tardi, rimproverato - la prova avrebbe dovuto «prospettarsi unicamente quale sorge dal dibattimento, sotto l'egida della pubblicità e il controllo delle parti»: grazie all'«attitudine» dei togati a formarsi il convincimento «sull'attrito delle contestazioni», l'istruzione doveva «essere orale»; «il resto, di regola, non d[oveva] esistere per il giudice»<sup>86</sup>.

---

<sup>85</sup> FINOCCHIARO-APRILE, Camillo. *Relazione sul progetto del nuovo codice di procedura penale presentata [...] alla Camera dei Deputati nella seduta del 28 novembre 1905. Legislatura XXII – Sessione 1904-1905. Camera dei Deputati – Stampato num. 266.* In: MORTARA, Lodovico; STOPPATO, Alessandro; VACCA, Guglielmo; SETTI, Augusto; DE NOTARISTEFANI, Raffaele; LONGHI, Silvio (a cura di). *Commento al Codice di procedura penale. Parte Prima - Lavori preparatorii. Volume secondo: I progetti ministeriali del 1905 e del 1911 (Relazioni e Testi)*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1913, § LXIV, p. 155-156. Cfr. FERRUA, Paolo. *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*. Milano: Giuffrè, 1981, p. 115.

<sup>86</sup> FINOCCHIARO-APRILE, Camillo. *Relazione sul progetto del nuovo codice di procedura penale presentata dal ministro di Grazia e Giustizia [...] al Senato del Regno nella seduta del 23 maggio 1911. Legislatura XXIII - Sessione I. Senato del Regno - Stampato n. 544.* In: MORTARA, Lodovico; STOPPATO,

Per conseguire questo obiettivo il ministro non vedeva che una strada: vietare la lettura, in dibattimento, di «qualsiasi atto raccolto senza l'intervento del giudice». Egli era consapevole che una così drastica misura collideva con «le annose nostre consuetudini giudiziarie», per le quali l'istruzione scritta (formale, preliminare del p.m., e ancor più spesso delegata al pretore) «traccia[va] la via al convincimento del giudice». Anzi, deplorava la *Relazione* citando Mittermaier, spesso sia il presidente del dibattimento sia il pubblico ministero si adoperavano per trarre dalla «pubblica discussione la conferma dei risultati del processo scritto»<sup>87</sup>.

Finocchiaro-Aprile si riferiva al breve scritto del 1866 *Il giudizio popolare nella forma del giurí*, che l'ex ministro Giuseppe Vacca aveva fatto tradurre due anni dopo da Carlo Dura. In quel saggio Mittermaier aveva sostenuto che solo la giuria assicurava una piena oralità, ossia che il giudice si pronunciasse sulla base delle risultanze della «pubblica discussione, senza aver letto gli atti provenienti da un giudizio preconcepito sul caso». Per contro, dai togati - secondo il giurista bavarese - vi era sempre da temere che, attraverso la conoscenza degli atti istruttori, andassero «involontariamente» in sessione «con una opinione preconcepita» circa la «reità» dell'imputato; e che, nel contrasto tra la deposizione ascoltata in udienza e quella inserita nel fascicolo, *inclinassero* per quest'ultima<sup>88</sup>.

---

Alessandro; VACCA, Guglielmo; SETTI, Augusto; DE NOTARISTEFANI, Raffaele; LONGHI, Silvio (a cura di). *Commento al Codice di procedura penale. Parte Prima - Lavori preparatorii. Volume secondo: I progetti ministeriali del 1905 e del 1911 (Relazioni e Testi)*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1913, § XVII, p. 619 (cfr. infra, § 11). Criticava questo passaggio del progetto 1911 PETROCELLI, Biagio. Azione – istruzione – accusa. *Rivista Penale*, fsc. 1-2, 1931, p. 237 ss., ora in PETROCELLI, Biagio. *Saggi di diritto penale*. Padova: Cedam, 1952, p. 601.

<sup>87</sup> FINOCCHIARO-APRILE, Camillo. *Relazione sul progetto del nuovo codice di procedura penale presentata dal ministro di Grazia e Giustizia [...] al Senato del Regno nella seduta del 23 maggio 1911. Legislatura XXIII - Sessione I. Senato del Regno - Stampato N. 544*. In: MORTARA, Lodovico; STOPPATO, Alessandro; VACCA, Guglielmo; SETTI, Augusto; DE NOTARISTEFANI, Raffaele; LONGHI, Silvio (a cura di). *Commento al Codice di procedura penale. Parte Prima - Lavori preparatorii. Volume secondo: I progetti ministeriali del 1905 e del 1911 (Relazioni e Testi)*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1913, § XVIII, p. 622-623.

<sup>88</sup> MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Das Volksgericht in Gestalt der Schwur- und Schöffengerichte*, Berlin 1866, tr. it. *Il giudizio popolare nella forma del giurí*

Confortata da questo autorevole *caveat*, la *Relazione* al progetto 1911 constatava che il dibattito italiano era «ridotto dagli attuali nostri costumi giudiziari a niente altro che ad una lettura e ad una ratifica del processo scritto» e che le sentenze si reggevano, per lo più, su elementi di prova pre-dibattimentali. Poiché - notava il ministro - «noi siamo formalisti per natura e per abitudine», l'oralità era degradata a «formale sfilata di testimoni» che si limitavano a «confermare, spesso senza neppure ripetere, qualche volta senza neppure comprendere, la deposizione già fatta»; per salvare nominalmente il principio ci si accontentava di controllare che nella sentenza non fosse rifluita, per una svista, qualche affermazione proveniente da teste non comparso al dibattito<sup>89</sup>.

La soluzione escogitata dal progetto 1911, che recuperava lo spirito della già citata (§ 5) circolare Villa (25 gennaio 1880) sull'istruzione sommaria, consisteva nel distinguere tra atti di *ricerca*, «attribuiti al pubblico ministero», e «atti di *conservazione e accertamento delle prove*, deferiti al giudice in contraddizione delle parti». «Vada pure l'accusatore - scandiva il guardasigilli - con la sua accusa preparata e ordinata all'udienza, ma non il giudice, il quale deve ricevere la sua prima e unica impressione dalla discussione orale delle prove, e su questa soltanto deve fondare la sentenza»<sup>90</sup>. L'art. 469, con formula

---

*e del Tribunale degli scabini secondo le moderne legislazioni*. Recato in italiano dall'Avvocato Carlo Dura e pubblicato per la cura di Giuseppe Vacca [...]. Napoli: Stabilimento Tipografico di Salvatore Marchese, 1868, p. 35-37.

<sup>89</sup> FINOCCHIARO-APRILE, Camillo. *Relazione sul progetto del nuovo codice di procedura penale presentata dal ministro di Grazia e Giustizia [...] al Senato del Regno nella seduta del 23 maggio 1911*. Legislatura XXIII - Sessione I. Senato del Regno - Stampato N. 544. In: MORTARA, Lodovico; STOPPATO, Alessandro; VACCA, Guglielmo; SETTI, Augusto; DE NOTARISTEFANI, Raffaele; LONGHI, Silvio (a cura di). *Commento al Codice di procedura penale. Parte Prima - Lavori preparatorii. Volume secondo: I progetti ministeriali del 1905 e del 1911 (Relazioni e Testi)*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1913, § XVIII, p. 623-624.

<sup>90</sup> FINOCCHIARO-APRILE, Camillo. *Relazione sul progetto del nuovo codice di procedura penale presentata dal ministro di Grazia e Giustizia [...] al Senato del Regno nella seduta del 23 maggio 1911*. Legislatura XXIII - Sessione I. Senato del Regno - Stampato N. 544. In: MORTARA, Lodovico; STOPPATO, Alessandro; VACCA, Guglielmo; SETTI, Augusto; DE NOTARISTEFANI, Raffaele; LONGHI, Silvio (a cura di). *Commento al Codice di procedura penale. Parte Prima - Lavori preparatorii. Volume secondo: I progetti ministeriali*

particolarmente lineare e avanzata<sup>91</sup>, vietava, salvo eccezioni tassative, la lettura di qualsiasi scritto. Come si vedrà, questa scelta sarebbe stata rinnegata dal codice entrato in vigore due anni dopo.

Il progetto 1911 fu sottoposto al vaglio di due commissioni parlamentari. Quella della Camera, in particolare, relatore Alessandro Stoppato, frenava gli slanci in materia di oralità: «Qui non bisogna eccedere. Si deve vietare senza distinzione la lettura di scritti? Crediamo di no», specie ove la deroga avesse riguardato documenti non contestati dalle parti; «dato il sistema del libero convincimento», bastava delimitare il principio in questione «in ragionevoli confini» e «in rapporto agli scopi del moderno diritto processuale»<sup>92</sup>.

Il testo definitivo del c.p.p. 1913 canalizzò in tre gruppi la macchinosa disciplina della lettura delle testimonianze<sup>93</sup>. Rispetto alle

---

*del 1905 e del 1911 (Relazioni e Testi)*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1913, § XVIII, p. 624-625.

<sup>91</sup> FERRUA, Paolo. *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*. Milano: Giuffrè, 1981, p. 200.

<sup>92</sup> STOPPATO, Alessandro. Relazione della Commissione nominata dal presidente della Camera composta dei deputati Grippo presidente, Dari segretario, Barzilai, Daneo, Ferri Enrico, Fulci, Girardi, Muratori e Stoppato relatore sul progetto del codice di procedura penale per il Regno d'Italia e sul disegno di legge che ne autorizza la pubblicazione approvato dal Senato del Regno il 7 marzo 1912 (v. stampato n. 544) presentato dal ministro di grazia e giustizia e dei culti nella tornata dell'8 marzo 1912. In: MORTARA, Lodovico; STOPPATO, Alessandro; VACCA, Guglielmo; SETTI, Augusto; DE NOTARISTEFANI, Raffaele; LONGHI, Silvio (a cura di). *Commento al Codice di procedura penale. Parte Prima - Lavori preparatorii. Volume terzo. Lavori parlamentari (relazioni, discussioni) e redazione definitiva del Codice e delle norme di attuazione e transitorie*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1914, p. 301-302.

<sup>93</sup> I tre gruppi erano così suddivisi. 1) Letture sempre ammesse: deposizioni raccolte nel corso di ispezioni, esperimenti etc. (404<sup>2</sup>); testimonianze a futura memoria o rese da soggetti o in situazioni peculiari. 2) Letture ammesse al verificarsi di specifiche condizioni: testimonianze esaminate da un giudice con le norme dell'istruzione formale, e sulle quali vi fosse consenso delle parti (art. 406 = art. 311 c.p.p. 1865); testimonianze indicate nelle rispettive liste dalle parti; deposizioni di testi morti o assenti; dichiarazioni *difformi* rispetto a quelle istruttorie, con possibilità di «consultare note in aiuto della memoria» (art. 397<sup>3</sup>); dichiarazioni istruttorie necessarie a «far risultare contraddizioni o variazioni nelle deposizioni al dibattimento» (art. 404<sup>2</sup>). 3) Letture vietate a pena di nullità (art. 406): deposizioni non esaminate dal giudice «con le norme dell'istruzione formale»; deposizioni di congiunti o



premesse balenate nei due progetti, la restaurazione era palese: la barriera dell'oralità si rivelava, ancora una volta, ampiamente e forse persino più perforabile, come rilevava il più irriducibile oppositore di quel codice<sup>94</sup> e come conferma una fine disamina storiografica<sup>95</sup>.

Di segno opposto, e decisamente benevolo, era invece il bilancio tracciato da Raffaele De Notaristefani, magistrato napoletano che aveva avuto un ruolo non marginale nel corso dei lavori preparatori. Nel suo commentario lo studioso sgomberava subito il campo dai retro-pensieri: la griglia prevista dal nuovo c.p.p. a proposito di leggibilità degli atti scritti sottintendeva una piena accettazione del principio di oralità, coi suoi «vantaggi diretti», vale a dire la «simultaneità della percezione» e la capacità della «parola» di suscitare attenzione; e con i «vantaggi indiretti», cioè pubblicità, contraddittorio, immediatezza<sup>96</sup>.

Come già s'intuisce da questa *excusatio*, De Notaristefani divaricava la sfera dell'*oralità* da quella dell'*immediatezza*. A suo parere, la nuova disciplina codicistica presentava «una doppia efficacia: implicitamente afferma[va] il

---

interrogatori di prosciolti; «informazioni sulle voci correnti nel pubblico». Cfr. FERRUA, Paolo. *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*. Milano: Giuffrè, 1981, p. 203-206, 206-210, 212-219. Ivi, pp. 221-225 quanto alla lettura dei verbali di polizia giudiziaria. Sulla norma di chiusura (art. 407, anch'esso generoso soprattutto se applicato ai rapporti di polizia), che autorizzava il presidente a dar lettura di qualsiasi documento laddove ne ravvisasse la «pertinenza» e l'«utilità», ivi, pp. 225-229; ivi, p. 134-136 per le corrispondenti regole del c.p.p. 1865.

<sup>94</sup> LUCCHINI, Luigi. *Elementi di procedura penale*. Quarta edizione interamente riveduta e ampliata. Firenze: Barbèra, 1920, n. 285, p. 360-361 denunciava che il c.p.p. 1913, invertendo la logica di quello previgente, poneva come regola la leggibilità delle deposizioni a condizione che le parti vi consentissero. I numerosi casi di letture ammesse inducevano il penalista veneto a ritenere «un po' troppo facilmente compromesse» dalle influenze istruttorie «l'oralità e l'autonomia del dibattimento».

<sup>95</sup> FERRUA, Paolo. *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*. Milano: Giuffrè, 1981, p. 200.

<sup>96</sup> DE NOTARISTEFANI, Raffaele. Del giudizio. In: MORTARA, Lodovico; STOPPATO, Alessandro; VACCA, Guglielmo; SETTI, Augusto; DE NOTARISTEFANI, Raffaele; LONGHI, Silvio (a cura di). *Commento al Codice di procedura penale. VI - Codice di procedura penale. Libro Terzo*. Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1915, p. 585-586. Sul ruolo del De Notaristefani nell'elaborazione del c.p.p. 1913 v. MILETTI, Marco Nicola. *Un processo per la Terza Italia*. Il codice di procedura penale del 1913. I: L'attesa. Milano: Giuffrè, 2003, *ad indicem*.

principio di oralità, esplicitamente regola[va] nel dibattimento il principio di immediatezza delle prove». L'oralità «in senso proprio» riguardava il «momento di comunicazione e di discussione delle prove»: *orale* era il processo in cui le proposte delle parti erano presentate «oralmente», «gli oggetti di ispezione [era]no sottoposti alla visione del giudice nel dibattimento, le altre prove si forma[va]no oralmente o [era]no lette, la discussione di tutte le proposte e di tutte le prove [era] orale e il giudice fonda[va] la propria convinzione esclusivamente sopra elementi di fatto risultanti al dibattimento»<sup>97</sup>.

L'apparato di citazioni con il quale De Notaristefani suffragava queste prime considerazioni denota un sapiente scrutinio della letteratura, anche straniera. Da Julius Glaser egli traeva la distinzione concettuale tra *immediatezza*, riguardante la formazione delle prove, e *oralità*, attinente alla discussione delle medesime. Dal manuale di Adolf von Kries attingeva l'ancor più drastica affermazione secondo cui l'oralità (*Mündlichkeit*) non aveva nulla a che vedere con l'assunzione della prova (*Methode der Beweisaufnahme*)<sup>98</sup>. Dal recentissimo *Trattato* del Manzini, infine, De Notaristefani mutuava l'idea per cui la lettura dibattimentale, se da un lato *oralizzava* gli atti scritti rendendoli «conformi allo spirito del dibattimento», non soddisfaceva però il principio, altrettanto «fondamentale», dell'immediatezza: e perciò andava «limitata tassativamente ai casi preveduti dalla legge, escludendo ogni efficacia derogatoria alla volontà del giudice o al consenso degli altri soggetti processuali»<sup>99</sup>.

<sup>97</sup> DE NOTARISTEFANI, Raffaele. Del giudizio. In: MORTARA, Lodovico; STOPPATO, Alessandro; VACCA, Guglielmo; SETTI, Augusto; DE NOTARISTEFANI, Raffaele; LONGHI, Silvio (a cura di). *Commento al Codice di procedura penale. VI - Codice di procedura penale. Libro Terzo*. Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1915, p. 584 e ivi, nt. 1.

<sup>98</sup> Rispettiv. GLASER, Julius. *Handbuch des Strafprozesses. Erster Band*. In BINDING, Karl (hrsg.), *Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft [...] Neunte Abtheilung, vierter Theil, erster Band*. Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1883, p. 247; VON KRIES, August. *Lehrbuch des Deutschen Strafprozessrechts*. Freiburg: Akademische Verlagsbuchhandlung von J.C.B. Mohr, 1892, p. 251.

<sup>99</sup> MANZINI, Vincenzo. *Trattato di procedura penale italiana secondo il nuovo c.p.p. e le nuove leggi di ord. giud. - Volume II*. Torino: Fratelli Bocca, 1914, n. 425, p. 452. Identica espressione si ritrova in MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo codice*. Con prefazione di Alfredo Rocco Ministro della Giustizia. *Volume quarto*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1932, n. 425, p. 346.

Le fonti assemblate conducevano De Notaristefani a enunciare perentorio: «Nel significato proprio l'oralità si distingue dalla immediatezza». In nota egli contrapponeva i fautori dell'*identificazione* (Planck, Zachariae, Fuchs, Richard Ed. John, Geyer, Borsani-Casorati) alle opere che avevano teorizzato la *distinzione* (primo tra tutti, un saggio di von Kries del 1886, cui aveva fatto séguito il *Lehrbuch* di Ernst Beling e Hans Bennecke, per arrivare infine agli scritti di Chiovenda)<sup>100</sup>.

Dell'*immediatezza* De Notaristefani forniva una definizione criptica («mancanza di interposizione di un mezzo di prova fra un altro mezzo di prova e il giudice»), incentrata sul *rebus* della prova mediata; e una descrizione stereotipata (la fedeltà della parola, del «tono di voce», del contegno, a fronte della «menomazione» della scrittura). A suo avviso, isolarne il concetto consentiva, sul piano ermeneutico, di costruire un'autonoma disciplina della leggibilità degli atti a prescindere dal 'formato', scritto o orale, in cui questi si presentassero<sup>101</sup>.

## 11. CENNO AGLI SVILUPPI NOVECENTESCHI

Forse in polemica con le riluttanze della propria disciplina, Chiovenda avrebbe attribuito al codice del 1913 (da lui collocato entro

---

<sup>100</sup> DE NOTARISTEFANI, Raffaele. Del giudizio. In: MORTARA, Lodovico; STOPPATO, Alessandro; VACCA, Guglielmo; SETTI, Augusto; DE NOTARISTEFANI, Raffaele; LONGHI, Silvio (a cura di). *Commento al Codice di procedura penale. VI - Codice di procedura penale. Libro Terzo*. Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1915, p. 586 e ivi, nt. 2. L'Autore citava, in particolare, BORSANI, Giuseppe; CASORATI, Luigi. *Codice di procedura penale italiano commentato [...]*. Libro secondo [...]. Volume quarto. Milano: Giacomo Pirola, 1879, § 1351, p. 96 (v. *supra*, § 6, nt. 55); VON KRIES, August. Das Prinzip der Unmittelbarkeit im Beweisverfahren der Deutschen Prozessordnung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 6, n. 1-2, 1886, p. 88-203, spec. p. 102; JOHN, Richard Ed. *Das Deutsche Strafprozessrecht*. Mit Rücksicht auf die Justizgesetze des Deutschen Reichs in den Grundzügen systematisch dargestellt. Leipzig: Duncker & Humblot, 1882, § 6.

<sup>101</sup> DE NOTARISTEFANI, Raffaele. Del giudizio. In: MORTARA, Lodovico; STOPPATO, Alessandro; VACCA, Guglielmo; SETTI, Augusto; DE NOTARISTEFANI, Raffaele; LONGHI, Silvio (a cura di). *Commento al Codice di procedura penale. VI - Codice di procedura penale. Libro Terzo*. Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1915, p. 586-588.

una piú generale, propizia congiuntura) il merito d'aver accresciuto «l'importanza del dibattimento» e portato «alle ultime conseguenze l'oralità in materia penale, rendendo insieme sempre piú stridente il contrasto col carattere del nostro processo civile»<sup>102</sup>.

La storiografia si sarebbe incaricata di raffreddare simili entusiasmi<sup>103</sup>. È tuttavia innegabile che un qualche apporto anche simbolico al *tópos* dell'immediatezza il codice giolittiano lo avesse realmente arrecato. Basti pensare che nel 1931 Biagio Petrocelli, anche al fine di enfatizzare il cambio di marcia impresso da Alfredo Rocco, si premurò di rivangare, per denunciarne l'impraticabilità, la promessa formulata dalla *Relazione Finocchiaro-Aprile* al progetto 1911 (peraltro non mantenuta dal testo definitivo del 1913): e cioè che le prove sarebbero dovute emergere esclusivamente dal dibattimento e che qualsiasi elemento probatorio esorbitante da quest'ultimo avrebbe dovuto considerarsi inesistente. Affermazioni così ardite, protestava Petrocelli, si erano nutrite della sfiducia nella giustizia e della retorica dell'«imputato-vittima», ma erano «smentit[e] dalla realtà»: nessun giudice, «pur traendo anche dalle vive e dirette impressioni del dibattimento fondamento per le sue convinzioni», avrebbe potuto prescindere del tutto dall'istruzione, la cui

---

<sup>102</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Relazione sul progetto di riforma del procedimento elaborato dalla Commissione per il dopo guerra*. Napoli: Jovene, 1920; poi in: CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*. Nuova edizione considerevolmente aumentata dei "Saggi" e dei "Nuovi saggi". Volume secondo. Roma: Società Editrice «Foro Italiano», 1931 [rist. anast. Milano: Giuffrè, 1993], p. 19-20. L'Autore si riferiva al r.d. 20 marzo 1913, n. 289 (Ordinamento giudiziario per la Tripolitania e la Cirenaica), la cui *Relazione al Re* aveva rivendicato l'adozione dei criteri del *concentramento* e dell'*immediatezza* del processo; e al r.d. 27 agosto 1913, n. 1015 (funzionamento del giudice unico). Già nel 1913 (ma quando il nuovo c.p.p. non era ancora entrato in vigore) CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile [...]*. 3ª edizione riveduta e notevolmente aumentata. Napoli: Jovene, 1913, § 44, p. 680, nt. 2 aveva osservato che, mentre la dottrina studiava la riforma del codice processuale civile, il recente progetto Finocchiaro-Aprile (1911) di codice penale di rito aveva «rin vigorito il principio e le sanzioni dell'oralità».

<sup>103</sup> FERRUA, Paolo. *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*. Milano: Giuffrè, 1981, p. 198-201 (con particolare riguardo ai *regressi* registrati in materia di oralità e nel dibattimento); MILETTI, Marco Nicola. *Un processo per la Terza Italia*. Il codice di procedura penale del 1913. I: L'attesa. Milano: Giuffrè, 2003, p. 441.

forza, a dispetto delle «teoriche affermazioni di principio», risiedeva nella «*immediata prossimità e aderenza al fatto*». La precipua attività del giudice del dibattimento - proseguiva il giurista napoletano - era «di *controllo*» o, eccezionalmente, «di *integrazione* della prova, non di *creazione* di essa. E ciò - si noti - non soltanto perché nel dibattimento manca quel più vivo e diretto contatto col fatto che può esservi nella istruzione, ma anche perché ufficio vero del giudice è di giudicare *sugli elementi presentati da altri soggetti del processo*, non su quelli che si possa creare egli stesso»<sup>104</sup>.

L'inversione di priorità tra le fasi del processo ricacciava l'*immediatezza* nel limbo delle buone intenzioni, sebbene la dottrina, anche quella più organica al regime, non la ripudiasse in linea di principio<sup>105</sup>. Bisognò attendere la battaglia progressista per il modello *adversary* e per un'effettiva cesura probatoria tra istruzione e dibattimento<sup>106</sup> perché il concetto riacquistasse uno spessore garantista. «Le prove formate» in istruzione, ammoniva Franco Cordero nel 1963, andavano valutate ai fini della decisione sul rinvio a giudizio, ma «non trasmigra[va]-no automaticamente nella fase successiva», dove se ne richiedeva il compimento *ex novo* ovvero la lettura mediante verbale. Tuttavia, rilevava con rammarico lo studioso piemontese, l'assetto del codice del 1930 retrocedeva alla fase istruttoria il centro gravitazionale del processo, «svaluta[va] il dibattimento» e disattendeva la *coralità* della formazione della prova. «Le suggestioni di una tenace tradizione inquisitoria» avevano «soverchiato [...] il principio d'oralità, nel significato caro a Chiovenda»<sup>107</sup>.

---

<sup>104</sup> PETROCELLI, Biagio. Azione – istruzione – accusa. *Rivista Penale*, 1931/II, p. 237 ss., ora in PETROCELLI, Biagio. *Saggi di diritto penale*. Padova: Cedam, 1952, p. 601-602 (csvv. dell'Autore).

<sup>105</sup> MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo codice*. Con prefazione di Alfredo Rocco Ministro della Giustizia. Volume quarto. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1932, n. 425, p. 346.

<sup>106</sup> Per il contesto cfr. ORLANDI, Renzo. Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana. In NEGRI, Daniele; PIFFERI, Michele (a cura di). *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 64-66.

<sup>107</sup> CORDERO, Franco. Scrittura e oralità nel rito probatorio. In: *Studi in onore di Francesco Antolisei*, I. Milano: Giuffrè, 1965, p. 311 ss.; e in CORDERO, Franco. *Tre studi sulle prove penali*. Milano: Giuffrè, 1963, p. 197, ntt. 41-42 (trasmigrazione); ivi, p. 203 (baricentro); ivi, p. 237 (tradizione inquisitoria). La lettura delle deposizioni, lamentava Cordero (ivi, p. 212-213), «spiega[va]

Vàluti il lettore se, dopo oltre mezzo secolo e l'avvento d'un nuovo codice di rito, l'evoluzione della giustizia italiana incoraggi riflessioni meno cupe.

## CONCLUSIONI

Dalla traiettoria sin qui sinteticamente delineata emerge la sensibilità della processual-penalistica italiana per il canone dell'immediatezza. Se, durante la Restaurazione, gli studiosi ne reclamavano fieramente le matrici romanistiche, dopo l'Unità ne misero a profitto il risvolto costituzionale: un giudizio dipanantesi *sotto gli occhi* del giudice avrebbe, infatti, assicurato all'intera comunità la possibilità di verificare in ogni processo il corretto esercizio dei meccanismi probatori.

La realizzazione di questo ambizioso disegno passava attraverso un riequilibrio del processo misto o bifasico. Bisognava, cioè, restituire, o finalmente riconoscere, nel dibattimento pubblico e orale il momento deputato al vaglio *ex novo* delle prove istruttorie o, addirittura, all'acquisizione di ulteriori elementi. Un simile scenario, peraltro intralciato dagli angusti vincoli del codice di procedura penale del 1865, era osteggiato dalla scuola positiva, la quale confidava invece nei progressi della prova scientifica e nella crescente specializzazione dei magistrati e pretendeva perciò che i congegni del convincimento restassero saldamente riposti nel gabinetto dell'istruttore.

Nella pregevole riflessione sull'oralità, che per certi aspetti anticipava le notissime intuizioni chiovendiane, la processual-penalistica italiana riservò all'immediatezza, sin dall'ultimo scorcio del secolo XIX, una specifica attenzione. Non riuscì, tuttavia, a ritagliarne i precisi contorni e a costruire una teorica comparabile all'*Unmittelbarkeit*: lemma, quest'ultimo, che non a caso si rinunciò a tradurre. E così, nelle opere a più larga diffusione, l'*immediatezza* continuò tralatizamente a figurare nella griglia dei 'requisiti' del dibattimento, ma non assurse alla dignità di valore autonomo e indefettibile. Le sospette assonanze

---

la sottile suggestione delle cose scritte»: e rischiava di tramutare «il luogo comune del libero convincimento [...] in una salvaguardia del fatto compiuto».

tra le definizioni disseminate nei trattati e nei manuali denotano, oltre che una certa pigrizia didascalica, l'inclinazione a proclamare principi senza accertarne la coerenza sistematica né la concreta spendibilità nelle aule di giustizia.

## BIBLIOGRAFIA

AIUTI, Valerio. L'immediatezza presa sul serio. *Diritto penale e processo*, v. 1, 2019, p. 109-120.

AJELLO, Raffaele. I *Saggi politici* di Mario Pagano e il loro tempo. *Il Pensiero politico*, v. 28, n. 1, 1995, p. 17-57.

ALIMENA, Bernardino. *Appunti di diritto e procedura penale*, Cagliari: s.t., 1898-99.

BENTHAM, Jeremy. *Traité des preuves judiciaires* (1823), tr. it. *Teoria delle prove giudiziarie [...]*. Prima versione italiana del dottore Barnaba Vincenzo Zambelli. Bruxelles: Tipografia della Società Belgica, 1842.

BERENINI, Agostino. *Limiti della prova in criminale*. Brevi considerazioni con particolare riferimento all'articolo 848 del codice di procedura penale. Parma: Luigi Battei, 1887.

BIROCCHI, Italo. In margine all'opera di Niccola Nicolini. Spunti per un manuale di storia giuridica dell'Ottocento. In: *Tra diritto e storia*. Studi in onore di Luigi Berlinguer promossi dalle Università di Siena e di Sassari. Soveria Mannelli: Rubbettino, 2008, I, p. 111-155.

BORSANI, Giuseppe; CASORATI, Luigi. *Codice di procedura penale italiano commentato [...]. Libro secondo [...]. Volume quarto*. Milano: Giacomo Pirola, 1879.

BRUSA, Emilio. Sul giurì, ad occasione delle recenti discussioni dei giuristi svizzeri [Torino, 20 gennaio 1882]. *Rivista Penale*, vol. 15, fsc. IV-V, 1882, p. 309-329.

CALAMANDREI, Piero. Oralità nel processo. In: *Nuovo Digesto Italiano*, IX. Torino: Utet, 1940, p. 178-180.

CALAMANDREI, Piero. *Opere giuridiche*, a cura di Cappelletti, Mauro. Volume primo. Napoli: Morano, 1965, pp. 450-455.

CAPPELLETTI, Mauro. Le grandi tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato. *Giurisprudenza Italiana*, v. 120, n. 4, 1968, coll. 1-48; ora in CAPPELLETTI, Mauro, *Processo e ideologie*. Bologna: il Mulino, 1969, p. 169-251.

CAPPELLETTI, Mauro. L'oralità nel processo civile italiano: ideale contro realtà. *Politica del diritto*, III, n. 2 (aprile 1972), p. 189-201; nonché in CAPPELLETTI, Mauro. *Giustizia e società*. Milano: Edizioni di Comunità, 1972 [rist. 1977], p. 130-144.

CAPPELLETTI, Mauro. Il processo civile italiano nel quadro della contrapposizione «civil law» - «common law» (Appunti storico-comparativi). *Rivista di diritto civile*, v. 9, n. 1, 1963, p. 31-64; poi in CAPPELLETTI, Mauro. *Processo e ideologie*. Bologna: il Mulino, 1969, p. 287-338.

CAPPELLETTI, Mauro. Processo orale e processo scritto nel mondo contemporaneo (1970). In: CAPPELLETTI, Mauro. *Giustizia e società*. Milano: Edizioni di Comunità, 1972 [rist. 1977], p. 145-219.

CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*. Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile. Parte prima [seconda]. Milano: Giuffrè, 1962.

CARNELUTTI, Francesco. La malattia del processo penale italiano. *Rivista di diritto processuale*, v. 17, 1962, p. 1-8.

CARRARA, Francesco. Il diritto penale e la procedura penale. Prolusione al corso di diritto criminale dell'a.a. 1873-74, nella R. Università di Pisa [Pisa, 12 novembre 1873]. In: CARRARA, Francesco. *Programma del corso di diritto criminale. Del giudizio criminale*. Con una selezione dagli *Opuscoli di diritto criminale*. Bologna: il Mulino, 2004, p. 415-441.

CHINNICI, Daniela. *L'immediatezza nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. L'oralità e la prova. *Rivista di diritto processuale civile*, v. 1, n. 1, 1924, p. 5-32; poi col tit. Sul rapporto tra le forme del procedimento e la funzione della prova (L'oralità e la prova). In: CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*. Nuova edizione considerevolmente aumentata dei "Saggi" e dei "Nuovi saggi". *Volume secondo*. Roma: Società Editrice «Foro Italiano», 1931 [rist. anast. Milano: Giuffrè, 1993], p. 197-225.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile [...]*. 3ª Edizione riveduta e notevolmente aumentata. Napoli: Jovene, 1913.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. Le azioni. Il processo di cognizione [1923]. Ristampa inalterata con prefazione del Prof. Virgilio Andrioli. Napoli: Jovene, 1980.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Relazione sul progetto di riforma del procedimento elaborato dalla Commissione per il dopo guerra*. Napoli: Jovene, 1920; poi in CHIOVENDA,



Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*. Nuova edizione considerevolmente aumentata dei “Saggi” e dei “Nuovi saggi”. *Volume secondo*. Roma: Società Editrice «Foro Italiano», 1931 [rist. anast. Milano: Giuffrè, 1993], p. 1-196.

CHIOVENDA, Giuseppe. Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno [Conferenza al Circolo giuridico di Napoli, 11 marzo 1906], *Rivista giuridica e sociale*, 1907; poi in CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*. Nuova edizione considerevolmente aumentata dei “Saggi” e dei “Nuovi saggi”. *Volume primo*, Roma: Società Editrice «Foro Italiano», 1930 [rist. anast. Milano, Giuffrè 1993], p. 379-394.

CHIOVENDA, Giuseppe. Adolfo Wach. *Rivista di diritto processuale civile*, 1926; poi in CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*. Nuova edizione considerevolmente aumentata dei “Saggi” e dei “Nuovi saggi”. *Volume primo*. Roma: Società Editrice «Foro Italiano», 1930 [rist. anast. Milano: Giuffrè, 1993], p. 263-268.

CLARO, Giulio. *Liber Quintus Receptarum Sententiarum integer* (1568). In: CLARO, Giulio. *Opera omnia; sive Practica civilis, atque criminalis [...]*. Venetiis: Apud Baretium Baretium, 1640.

CORDERO, Franco. *Procedura penale*. 8ª ed. Milano: Giuffrè, 2006.

CORDERO, Franco. Scrittura e oralità nel rito probatorio. In: *Studi in onore di Francesco Antolisei*, I. Milano: Giuffrè, 1965, p. 311 ss.; e in: CORDERO, Franco. *Tre studi sulle prove penali*. Milano: Giuffrè, 1963, p. 173-240.

CORTESE, Paolo. Relazione sul codice di procedura penale. In: *Codice di procedura penale del Regno d'Italia colla Relazione del ministro guardasigilli fatta a S.M. in udienza del 26 novembre 1865 [...]*. Firenze: Stamperia Reale - Torino: Tip. Eredi Botta, 1866, p. III-XXXII.

DE NOTARISTEFANI, Raffaele. Del giudizio. In: MORTARA, Lodovico; STOPPATO, Alessandro; VACCA, Guglielmo; SETTI, Augusto; DE NOTARISTEFANI, Raffaele; LONGHI, Silvio (a cura di). *Commento al Codice di procedura penale. VI - Codice di procedura penale. Libro Terzo*. Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1915.

DENTI, Vittorio. Chiovenda e le riforme del processo civile. *Il Foro Italiano*, v. 111, n. 5, 1988, coll. 347-355.

DEZZA, Ettore. Il primo codice di procedura penale dell'Italia unita (1865). In: *Codici penali*. Padova-Torino: Cedam e Utet giuridica, 2011, p. LI-XCV.

FARINACCI, Prospero. *Praxis et theoricæ criminalis Partis Primæ Tomus Secundus*. Lugduni: Sumptibus Iacobi Cardon, 1634.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*. Teoria del garantismo penale. 9<sup>a</sup> ed. Roma-Bari: Laterza, 2008.

FERRERO, Guglielmo. *I simboli in rapporto alla storia e filosofia del diritto alla psicologia e alla sociologia*. Torino: Bocca, 1893.

FERRI, Enrico. *Sociologia criminale*. Terza edizione completamente rifatta dei *Nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*. Torino: Bocca, 1892.

FERRI, Enrico. *Sociologia criminale*. 4<sup>a</sup> ed. Torino: Bocca, 1900.

FERRUA, Paolo. *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*. Milano: Giuffrè, 1981.

FERRUA, Paolo. Teorie della prova: dialogo con Franco Cordero. *Dis-Crimen*, 16 dicembre 2020, p. 1-19.

FINOCCHIARO-APRILE, Camillo. Relazione sul progetto del nuovo codice di procedura penale presentata [...] alla Camera dei Deputati nella seduta del 28 novembre 1905. Legislatura XXII – Sessione 1904-1905. Camera dei Deputati – Stampato num. 266. In: MORTARA, Lodovico; STOPPATO, Alessandro; VACCA, Guglielmo; SETTI, Augusto; DE NOTARISTEFANI, Raffaele; LONGHI, Silvio (a cura di). *Commento al Codice di procedura penale. Parte Prima - Lavori preparatorii. Volume secondo: I progetti ministeriali del 1905 e del 1911 (Relazioni e Testi)*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1913, p. 1-485.

FINOCCHIARO-APRILE, Camillo. Relazione sul progetto del nuovo codice di procedura penale presentata dal ministro di Grazia e Giustizia [...] al Senato del Regno nella seduta del 23 maggio 1911. Legislatura XXIII - Sessione I. Senato del Regno - Stampato n. 544. In: MORTARA, Lodovico; STOPPATO, Alessandro; VACCA, Guglielmo; SETTI, Augusto; DE NOTARISTEFANI, Raffaele; LONGHI, Silvio (a cura di). *Commento al Codice di procedura penale. Parte Prima - Lavori preparatorii. Volume secondo: I progetti ministeriali del 1905 e del 1911 (Relazioni e Testi)*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1913, p. 579-672.

FOSCHINI, Gaetano. Principio dell'immediatezza e principio della pubblicità. Nota a Cass., 2<sup>a</sup> sez. pen., 21 gennaio 1953. *Rivista italiana di diritto penale*, 1953, p. 374; ora in FOSCHINI, Gaetano. *Il dibattito*. Studi. Milano: Giuffrè, 1956, p. 131-134.

FOSCHINI, Gaetano. *Sistema del diritto processuale penale. II*. 2<sup>a</sup> ed. Milano: Giuffrè, 1968.

GALLUCCIO MEZIO, Gaetano. Il principio di immediatezza è al tramonto? *Casazione Penale*, 2020/1, p. 397-415.

GARLATI, Loredana. Miti inquisitori: la confessione tra ricerca della verità e 'garanzie' processuali. In: LUPÀRIA, Luca; MARAFIOTI, Luca (a cura di). *Confessione, liturgie della verità e macchine sanzionatorie*. Scritti raccolti in occasione del Seminario di studio sulle 'Lezioni di Lovanio' di Michel Foucault. Torino: Giappichelli, 2015, p. 69-93.

GAROFALO, Raffaele. *Criminologia*. Studio sul delitto e sulla teoria della repressione [...]. 2<sup>a</sup> ed. Torino: Bocca, 1891.

GAROFALO, Raffaele. I pericoli sociali di alcune teorie giuridiche. *Archivio di Psichiatria, Scienze penali ed Antropologia criminale*, v. 3, 1882, p. 380-393.

GERMANO, Riccardo. L'immediatezza e le sue contraddizioni: perché i principi non sono dogmi. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, v. 63, n. 1, 2020, p. 151-177.

GLASER, Julius. *Handbuch des Strafprozesses. Erster Band*. In: BINDING, Karl (hrsg.), *Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft [...]. Neunte Abtheilung, vierter Theil, erster Band*. Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1883.

HÉLIE, Faustin, *Traité de l'instruction criminelle ou Théorie du code d'instruction criminelle [...]. Deuxième édition entièrement revue et considérablement augmentée. Tome premier*. Paris: Henri Plon, 1867.

ILLUMINATI, Giulio. Il nuovo dibattito: l'assunzione diretta delle prove. *Il Foro Italiano*, v. 111, n. 5, 1988, coll. 355-366.

JOHN, Richard Ed. *Das Deutsche Strafprozessrecht*. Mit Rücksicht auf die Justizgesetze des Deutschen Reichs in den Grundzügen systematisch dargestellt. Leipzig: Duncker & Humblot, 1882.

JOHNES, Arthur James. *Suggestions for a Reform of the Court of Chancery, by a Union of the Jurisdictions of Equity and Law: with a Plan of a New Tribunal for Cases of Lunacy*. London: Saunders and Benning, 1834.

*Lavori preparatorii del Codice di Procedura Penale per il Regno d'Italia. Atti della Commissione istituita con decreto 3 ottobre 1898 dal Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti (Finocchiaro-Aprile) con l'incarico di studiare e proporre le modificazioni da introdurre nel vigente Codice di procedura penale. Volume primo*. Roma: Tipografia della Camera dei Deputati, 1900.

*Lavori preparatorii del Codice di Procedura Penale per il Regno d'Italia. Atti della Commissione istituita con decreto 3 ottobre 1898 dal Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti (Finocchiaro-Aprile) con l'incarico di studiare e proporre le modificazioni da introdurre nel vigente Codice di procedura penale. Volume secondo*. Roma: Tipografia della Camera dei Deputati, 1900.

LESSONA, Carlo. *Teoria delle prove nel diritto giudiziario civile italiano [...]*. Vol. IV. Seconda edizione interamente riveduta. Firenze: Cammelli, 1908.

LORUSSO, Sergio. Il fascino indiscreto della “mediatezza”. *Sistema penale*, 23 novembre 2020, p. 1-12.

LOZZI, Gilberto. *Lineamenti di procedura penale*. 10<sup>a</sup> ed. Torino: Giappichelli, 2020.

LUCCHINI, Luigi. *Elementi di procedura penale*. Firenze: Barbèra, 1895.

LUCCHINI, Luigi. *Elementi di procedura penale*. Seconda edizione riveduta e ampliata. Firenze: Barbèra, 1899.

LUCCHINI, Luigi. *Elementi di procedura penale*. Terza edizione riveduta e ampliata. Firenze: Barbèra, 1905.

LUCCHINI, Luigi. *Elementi di procedura penale*. Quarta edizione interamente riveduta e ampliata. Firenze: Barbèra, 1920.

LUCCHINI, Luigi. *Pubblicità oralità e contraddittorio della istruttoria del processo penale*. Appunti critici [...]. Estratto dal Giornale Giuridico «La Rivista». Verona: Tipografia M. Dal Ben, 1873.

LUCCHINI, Luigi. *I semplicisti (antropologi, psicologi e sociologi) del diritto penale*. Saggio critico. Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1886.

LUONGO, Dario. La «nuova legislazione» e l'eredità dell'antico regime: percezioni storiografiche nella cultura giuridica meridionale dell'Ottocento. In: MASTROBERTI, Francesco; MASIELLO, Gaia (a cura di). *Il Codice per lo Regno delle Due Sicilie*. Elaborazione, applicazione e dimensione europea del modello codicistico borbonico. Napoli: Editoriale Scientifica, 2020, p. 321-428.

MANDUCA, Filippo. Gli anonimi ed il giudizio penale. *Pensieri. Il Filangieri*, v. 9, n. 1, 1884, p. 552-562.

MANDUCA, Filippo. *La procedura penale e la sua evoluzione scientifica*. Napoli: Ernesto Anfossi, 1888.

MANZINI, Vincenzo. *Trattato di procedura penale italiana secondo il nuovo c.p.p. e le nuove leggi di ord. giud. - Volume II*. Torino: Fratelli Bocca, 1914.

MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo codice*. Con prefazione di Alfredo Rocco Ministro della Giustizia. *Volume terzo*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1932.

MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo codice*. Con prefazione di Alfredo Rocco Ministro della Giustizia. *Volume quarto*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1932.

MASSA, Carlo. Il principio dell'immediatezza processuale. In: *Studi in onore di Biagio Petrocchi. Tomo secondo*. Milano: Giuffrè, 1972, p. 1119-1150.

MASSA, Michele. *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*. Milano: Giuffrè, 1964.

MASSARI, Eduardo. *Il Processo Penale nella nuova Legislazione Italiana. Libro I [...]*. Napoli: Jovene, 1934 [ma 1932].

MAZZA, Oliviero. *Tradimenti di un codice*. La Procedura penale a trent'anni dalla grande riforma. Torino: Giappichelli, 2020.

MILETTI, Marco Nicola. *Un processo per la Terza Italia*. Il codice di procedura penale del 1913. I: L'attesa. Milano: Giuffrè, 2003.

MILETTI, Marco Nicola. Un vestito per Cenerentola. L'identità del diritto processuale penale all'alba della Repubblica. In: NEGRI, Daniele; PIFFERI, Michele (a cura di). *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 363-393.

MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Die Mündlichkeit, das Anklageprincip, die Oeffentlichkeit und das Geschwornengericht*. Stuttgart und Tübingen: Cotta, 1845.

MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Il processo orale accusatorio e per giurati secondo le varie legislazioni [...]*. Versione dal tedesco dell'avv. M.M. con aggiunte. Volume unico. Reggio: Stefano Calderini e Comp. - Modena: Nicola Zanichelli e Comp., 1851.

MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Das Volksgericht in Gestalt der Schwur- und Schöffengerichte*, Berlin 1866, tr. it. *Il giudizio popolare nella forma dei giurati e del Tribunale degli scabini secondo le moderne legislazioni*. Recato in italiano dall'Avvocato Carlo Dura e pubblicato per la cura di Giuseppe Vacca [...]. Napoli: Stabilimento Tipografico di Salvatore Marchese, 1868.

NICOLINI, Niccola. *Della discussione pubblica ne' giudizi penali*. Discorso pronunziato alla Corte Suprema di Giustizia di Napoli a camere riunite [...] nel dí 7 gennaio 1833 giorno solenne del riapimento dell'anno giudiziario. Napoli: Dalla Stamperia Salita Infrascata, 1833.

NICOLINI, Niccola. *Della procedura penale nel Regno delle Due Sicilie [...]. Parte seconda, vol. II*. Napoli: Dalla Stamperia di M. Crisculo, 1829.

NICOLINI, Niccola. *Della procedura penale nel Regno delle Due Sicilie [...]. Parte terza Vol. II*. Napoli: Dalla Stamperia di M. Crisculo, 1831.

NICOLINI, Niccola. *Quistioni di dritto trattate nelle conclusioni, ne' discorsi ed in altri scritti legali [...]. Vol. I.* Napoli: Dalla Tipografia Salita Infrascata, 1835.

ORLANDI, Renzo. Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana. In NEGRI, Daniele; PIFFERI, Michele (a cura di). *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana.* Milano: Giuffrè, 2011, p. 51-83.

PAGANO, Francesco Mario. *Considerazioni sul processo criminale*, a cura di Filippo Maria Paladini. Prefazione di Vincenzo Ferrone. Venezia: Centro di Studi sull'Illuminismo europeo "G. Stiffoni", 2009.

PETROCELLI, Biagio. Azione – istruzione – accusa. *Rivista Penale*, fsc. 1-2, 1931, p. 226 ss., ora in PETROCELLI, Biagio. *Saggi di diritto penale.* Padova: Cedam, 1952, p. 573-607.

RAFARACI, Tommaso. Processo penale tedesco. In: *Enciclopedia del diritto. Annali.* II/1. Milano: Giuffrè, 2008, p. 831-859.

SALA, Erio. Dell'intervento dell'imputato nella istruzione del processo penale. *Rivista Penale*, vol. 5, fsc. ago., 1876, p. 5-31.

SALUTO, Francesco. *Commenti al codice di procedura penale per il Regno d'Italia [...]. Volume III.* 2<sup>a</sup> ed. Torino: Bocca, 1877.

SIRACUSANO, Delfino; GALATI, Antonino; TRANCHINA, Giovanni; ZAPPALÀ, Vincenzo. *Diritto processuale penale*, II. Milano: Giuffrè, 2011.

STOPPATO, Alessandro. Relazione della Commissione nominata dal presidente della Camera composta dei deputati Grippo presidente, Dari segretario, Barzilai, Daneo, Ferri Enrico, Fulci, Girardi, Muratori e Stoppato relatore sul progetto del codice di procedura penale per il Regno d'Italia e sul disegno di legge che ne autorizza la pubblicazione approvato dal Senato del Regno il 7 marzo 1912 (v. stampato n. 544) presentato dal ministro di grazia e giustizia e dei culti nella tornata dell'8 marzo 1912. In: MORTARA, Lodovico; STOPPATO, Alessandro; VACCA, Guglielmo; SETTI, Augusto; DE NOTARISTEFANI, Raffaele; LONGHI, Silvio (a cura di). *Commento al Codice di procedura penale. Parte Prima - Lavori preparatorii. Volume terzo. Lavori parlamentari (relazioni, discussioni) e redazione definitiva del Codice e delle norme di attuazione e transitorie.* Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1914, p. 185-342.

STORTI STORCHI, Claudia. Difetti del sistema e difetti d'uomini. Citazione diretta e logica dell'istruzione dal codice di procedura penale del 1865 alle soglie della pubblicazione del codice del 1913. In: MILETTI, Marco Nicola (a cura di). *Riti, tecniche, interessi. Il processo penale tra Otto e Novecento. Atti del convegno (Foggia, 5-6 maggio 2005).* Milano: Giuffrè, 2006, p. 227-263.

SURACI, Leonardo. La parabola dell'immediatezza nel processo penale. *Penale. Diritto e Procedura*, 18/2/2020, p. 1-15.

UBERTIS, Giulio. Dibattimento (principi del) nel diritto processuale penale. In: *Digesto delle discipline penalistiche*, III. Torino: Utet, 1987, p. 453-466.

VILLA, Tommaso. Circolare (N. 868) del Ministero di Grazia e Giustizia e dei Culti, 25 gennaio 1880. Vantaggi derivanti dalla citazione diretta nei procedimenti penali. In: *Collezione celerifera delle leggi, decreti, istruzioni e circolari dell'anno 1880 ed anteriori*, LIX. Roma: Presso gli Editori, via S. Ufficio 1, 1880, p. 369-373.

VILLA, Tommaso; LOPEZ, Filippo; DE BENEDETTI, G.C.; GRIPPO, Pasquale. *Corte di Cassazione penale - Per Paride Fioravanti - Motivi del ricorso - Udienza del 22 giugno 1891*. Roma: Tipografia Cooperativa Operaia, 1891.

VON KRIES, August. *Lehrbuch des Deutschen Strafprozessrechts*. Freiburg: Akademische Verlagsbuchhandlung von J.C.B. Mohr, 1892.

VON KRIES, August. Das Prinzip der Unmittelbarkeit im Beweisverfahren der Deutschen Prozessordnung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 6, 1886, p. 88-203.

### **Additional information and author's declarations (scientific integrity)**

*Conflict of interest declaration:* the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

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

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

### Editorial process dates

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

- Submission: 30/05/2021
- Desk review and plagiarism check: 05/06/2021
- Review 1: 13/06/2021
- Review 2: 15/06/2021
- Preliminary editorial decision: 17/06/2021
- Correction round return: 02/07/2021
- Final editorial decision: 07/07/2021

### Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 2 (RS e GM)
- Reviewers: 2

### HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

MILETTI Marco Nicola. Le facce d'un diamante. Appunti per una storia dell'immediatezza nella procedura penale italiana. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 7, n. 2, p. 827-882, mai./ago. 2021.  
<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i2.596>



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




# Alle origini della prova scientifica: la scuola di polizia di Salvatore Ottolenghi

*The Origins of Scientific Evidence: Salvatore Ottolenghi's Police School*

**Loredana Garlati<sup>1</sup>**

Università degli Studi Milano Bicocca, Italia

loredana.garlati@unimib.it

 <http://orcid.org/0000-0003-2677-3100>

---

**ABSTRACT:** Il saggio ripercorre le tappe che portarono alla nascita della Scuola di polizia scientifica (poi Scuola superiore a partire dal 1925), grazie all'opera di Salvatore Ottolenghi. La Scuola, istituita a Roma nel 1902, si proponeva di insegnare sia ai funzionari di pubblica sicurezza che a quelli della polizia giudiziaria un metodo scientifico per assolvere al meglio le proprie funzioni: nell'un caso la prevenzione dei reati, nell'altro fornire all'autorità giudiziaria dati "oggettivi" ai fini dell'accertamento della verità processuale. L'analisi è l'occasione per aprire uno squarcio su un periodo culturalmente vivace e di fideistico entusiasmo verso le cd. scienze ausiliarie (l'antropologia, la psicologia, la medicina legale, la statistica etc.), che irrompono sulla scena del processo penale, grazie anche all'impulso della Scuola positiva. Oggetto di attenzione sarà in particolare l'antropometria, messa a punto da Bertillon, e la dattiloscopia, grazie anche agli studi dell'italiano Gasti. Siamo agli albori della prova scientifica, che allora, come oggi, interroga sul ruolo del giudice, sulla legittimità dell'uso di pratiche tacciate di invasività e violazione dei diritti della persona, sul rapporto tra scienza e diritto e tra prova scientifica e discrezionalità (o libero convincimento) del giudice.

**PAROLE CHIAVE:** Scuola di polizia scientifica; Ottolenghi, Salvatore; Antropometria; Dattiloscopia.

---

<sup>1</sup> Professore ordinario di Storia del diritto medievale e moderno, Università degli Studi Milano Bicocca.

**ABSTRACT:** *The essay deals with the steps that led to the birth of the Scientific Police School (Higher School from 1925), thanks to the work of Salvatore Ottolenghi. The School was founded in 1902 in Rome and aimed to teach both police and investigative police officers a scientific method to best perform their tasks: in the former case, the prevention of crimes; in the latter one, providing the judiciary with “objective” data in order to ascertain the procedural truth. The survey gives the chance to focus on a culturally lively period, in which the fideistic enthusiasm towards the so-called auxiliary sciences (anthropology, psychology, forensic medicine, statistics, and so forth) came on the scene of criminal trials, also thanks to the boost given by the Positive School. Particular attention was paid to anthropometry, developed by Bertillon, and dactyloscopy, also thanks to the studies of the Italian Gasti. It was the dawn of the so-called scientific proof, which raised questions – asked even today – about the role of the judge; the legitimacy of practices accused to be invasive and to violate personal rights; the relationship between science and law and between scientific proof and discretionary power (or intime conviction) of the judge.*

**KEYWORDS:** *Scientific Police School; scientific proof; Ottolenghi, Salvatore; Anthropometry; Dactyloscopy.*

**SOMMARIO:** *Introduzione; 1. La polizia tra accusa e difesa; 2. Nuovi metodi per una polizia scientifica; 3. La Scuola di Polizia scientifica: un orgoglio nazionale; Considerazioni conclusive; Bibliografia.*

---

## INTRODUZIONE

«Quando la persona non è nota, si descriverà la sua effigie, statura et habito, dicendo, *quidam homo staturae magnae, vel parvae, vel communis, habens barbam flavam, vel nigram, vel imberbis, et capillos flavos, vel nigros, longos, vel breves, oculos magnos, vel parvos, nigros, vel coesios etc.* e se ha alcun segno nel volto, o nella testa, si descriva, come *habens cicatricem in facie ex parte dextera, vel sinistra, vel in fronte, vel in capite, indutus vestibus longis, vel brevibus, sericeis, vel laneis, colori nigri, viridis, vel rubei etc.* e in somma si descriva al meglio che si può»<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> MASINI, Eliseo. *Sacro arsenale ovvero Pratica dell'ufficio della Santa Inquisizione, Seconda Parte, Del modo di formare i processi, e esaminare Testimoni, e Rei.* Bologna: Baglioni, 1665, p. 51.

L'esigenza di descrivere imputati, arrestati o ricercati, per giungere alla loro identificazione, affonda nella notte dei tempi, ma è solo a partire dall'Ottocento che essa fu elevata a oggetto di studio, alla ricerca di una metodologia che traducesse la vaghezza espressiva, presente nel frammento del manuale di Masini, in criteri incontestabili, capaci di condurre ad esiti certi.

Per raggiungere l'obiettivo occorre mettere a punto un sistema 'scientifico', fondato sui saperi emergenti: la medicina legale, la criminologia, l'antropologia<sup>3</sup>, le scienze sociali e psicologiche, la statistica dovevano divenire supporto imprescindibile alla conoscenza giuridica in generale, e alla penalistica in particolare<sup>4</sup>.

Questo breve saggio si propone di ripercorrere nei passaggi essenziali, e in termini inevitabilmente incompleti, la nascita della *polizia scientifica* in Italia. Essa va collocata nel momento in cui le indagini della magistratura iniziarono stabilmente ad avvalersi delle conquiste delle cosiddette scienze ausiliarie e di strutture di sussidio specializzate. La trasformazione, come vedremo, da *empirica* a *scientifica* riguardava tanto la polizia di pubblica sicurezza (che nel prosieguo del testo sarà indicata anche come P.S.), impiegata nei compiti di prevenzione, quanto quella giudiziaria, cui spettava fornire i tasselli del giudizio istruttorio ed eventualmente dibattimentale.

---

<sup>3</sup> L'antropologia criminale, secondo la Scuola positiva, convergeva con lo scopo prefissato dal diritto penale, ossia quello di conoscere il delitto e difendersi da esso. Ai criminalisti che vi ravvisavano una minaccia per le speculazioni teoriche Ferri rispondeva che «l'antropologia criminale, anziché soppiantare il delitto penale, come da taluno si crede, non farà che porgere ad esso l'aiuto di una base positiva» [FERRI, Enrico. *Diritto penale ed antropologia criminale* (Studi critici sull'Uomo delinquente). *Archivio di psichiatria, antropologia criminale e scienze penali*, Torino e Roma, v. 1, 1880, p. 445]. Cfr. ZERBOLIO, Adolfo. Il rinnovamento scientifico della procedura penale. *La Scuola positiva*, Milano, anno IV, nn. 18-19, 1894, pp. 817-831: nella prolusione al corso libero di diritto e procedura penale svolto all'Università di Pisa, l'autore dimostrava come il processo penale potesse giovare dell'apporto della sociologia, dell'antropologia criminale e della psicologia.

<sup>4</sup> Il merito della scuola positiva era di aver portato nel sinedrio dei criminalisti antropologici, per lo più medici e alienisti, quel criterio distintivo giuridico che mancava per dare veste di scienza alle loro osservazioni «sbracate e dirette un po' a caso» (TURATI, Filippo. *Il delitto e la questione sociale. Appunti sulla questione penale*. Milano, 1883, pp. 70-71).

La polizia, come struttura e come strumento di controllo territoriale e disciplinamento sociale e politico, è stata oggetto di studi approfonditi, soprattutto da parte degli storici delle istituzioni<sup>5</sup>, così come, negli ultimi anni, spiccano gli interessanti volumi che mettono in luce i profili tecnici dell'attività investigativa, senza tralasciare i rapporti con la scuola positiva, colmando una lacuna storiografica<sup>6</sup>.

A fronte di una così corposa letteratura, la lettura storico-giuridica che qui si propone si limita a esaminare un circoscritto campione, aprendo uno squarcio su una stagione culturale vivacissima, attraversata da profondi ripensamenti sullo statuto della scienza penale, stagione che ebbe in Salvatore Ottolenghi un indubbio protagonista<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Dopo lo studio pionieristico di Achille Chiappetti (*L'attività di polizia. Aspetti storici e dogmatici*. Padova, 1973) si ricordano, senza alcuna pretesa di esaustività, *Tra polizie e controllo del territorio: alla ricerca della discontinuità*, a cura di ANTONIELLI, Livio, LEVATI, Stefano. Soveria Mannelli, 2017, in particolare TOSATTI, Giovanna. Dal «segnalamento empirico» alla polizia scientifica, pp. 403-414; TOSATTI, Giovanna. Pericolosi per la sicurezza dello Stato: le schedature della polizia tra periferia e centro. *Percorsi storici*, n. 0, 2011; TOSATTI, Giovanna. La repressione del dissenso politico tra l'età liberale e il fascismo. *L'organizzazione della polizia. Studi Storici*, Roma, n. 38, v. 1, 1997, pp. 217-255; BRUNELLO, Piero. *Storie di anarchici e di spie*. Polizia e politica nell'Italia liberale. Roma, 2009; SBRICCOLI, Mario. Polizia. In: SBRICCOLI, Mario. *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*. t. 1. Milano: Giuffrè, 2009, pp. 373-391; MELIS, Guido. *La macchina imperfetta*. Immagine e realtà dello Stato fascista. Bologna, 2018.

<sup>6</sup> Pregevoli i seguenti volumi: Salvatore Ottolenghi. *Una cultura professionale per la polizia dell'Italia liberale e fascista. Antologia degli scritti (1883-1934)*, a cura di LABANCA, Nicola e DI GIORGIO, Michele. Milano, 2018, di cui si segnalano in particolare DI GIORGIO, Michele. Dalla medicina all'investigazione. Il contributo di Salvatore Ottolenghi per la costruzione di un sapere scientifico di polizia, pp. 37-55 e CAMPOSANO, Raffaele. La polizia scientifica in Italia, pp. 75-95, ma soprattutto pp. 81-90 e *Una cultura professionale per la polizia dell'Italia liberale e fascista. Antologia del "Bollettino della Scuola di polizia scientifica (1910-1939)"*, a cura di LABANCA, Nicola e DI GIORGIO, Michele. Milano, 2020.

<sup>7</sup> Laureatosi in Medicina a Torino nel 1885, dopo una breve parentesi dedicata all'approfondimento dell'oculistica, Salvatore Ottolenghi affiancò Cesare Lombroso, suo vero maestro. Dal 1890 al 1893 fu libero docente di medicina legale nell'ateneo piemontese, che abbandonò a favore di Siena, dove ricoprì l'incarico di professore straordinario, insegnando a Medicina e a Giurisprudenza. La sede toscana non sarebbe stata l'ultima: dopo uno scontro con i vertici universitari, Ottolenghi approdò a Roma, dove ottenne la cattedra di

Se l'età del rito inquisitorio aveva tentato di fondare la certezza della prova su un sistema pseudo-scientifico quale quello delle prove legali (una sorta di rudimentale applicazione di modelli matematici alla logica probatoria), fu la scuola positiva, come è noto, a imprimere un indirizzo scienziato al processo «di cui l'assunto fondamentale consiste nello studiare la genesi naturale del delitto nel delinquente e nell'ambiente in cui vive, per adattare giuridicamente alle varie cause i diversi rimedi»<sup>8</sup>.

Il positivismo si nutriva di una crescente fiducia nei possibili utilizzi delle scienze 'naturali'. Si cominciò a proclamarne il necessario ingresso anche nelle aule dei tribunali per spostare l'attenzione dal reato al delinquente («la frase è vecchia, ma è bene ripeterla»<sup>9</sup>), esaminato nelle sue componenti fisiche e psichiche<sup>10</sup>. L'interesse era rivolto alla possibile

---

Medicina legale. Dall'insegnamento universitario (che passò presto in secondo piano) alla fondazione della Scuola di polizia scientifica (creatura cui si dedicherà con passione e cura costante) il passo fu breve, come vedremo. Insieme a D'Amelio, primo presidente della Corte di Cassazione, e a Sante De Sanctis, professore di Psichiatria e psicologia nell'Ateneo romano, fondò la Società Italiana di Antropologia e Psicologia criminale. Qui il 23 ottobre 1934 Giuseppe Falco, nuovo Direttore della Scuola di Polizia, celebrò il ricordo del collega, scomparso il 28 giugno di quello stesso anno (FALCO, Giuseppe. Salvatore Ottolenghi. *Bollettino della Scuola superiore di polizia e dei servizi tecnici annessi*, Roma, fasc. 22-23, 1935, pp. 3-16). Sulla vita e l'opera di Ottolenghi si veda SCHETTINI, Laura. Ottolenghi Salvatore. In: *Dizionario Biografico degli Italiani*. Roma, v. 79, 2013; MARTINI, Paolo e PIVA, Italo. Salvatore Ottolenghi e la criminologia positivista. In: *Per una storia dell'insegnamento della medicina legale nell'Università di Siena*, a cura di VANNOZZI, Francesca. Siena, 1993, pp. 59-69; BUZZANCA, Salvatore. La figura di Salvatore Ottolenghi. In [http://ssai.interno.it/download/allegati1/instrumenta\\_16\\_14\\_buzzanca.pdf](http://ssai.interno.it/download/allegati1/instrumenta_16_14_buzzanca.pdf); LABANCA, Nicola. Salvatore Ottolenghi e i saperi di polizia. Per una biografia. In *Ottolenghi Salvatore. Una cultura professionale* cit., pp. 17-35. Vedi *infra*, § 3.

<sup>8</sup> FERRI, Enrico. *Sociologia criminale*. Napoli, 1892, p. 4.

<sup>9</sup> «Sarà dunque il delinquente che, in seguito al delitto, verrà giudicato; non il delitto cui venga astrattamente decretata una pena» (FERRI, Enrico. *Sociologia criminale* cit., p. 622).

<sup>10</sup> La contaminazione tra penale e scienze medico-sociali avvenne con cautela: «Una singolare apprensione accompagna i primi criminologi e sociologi positivisti che si avventurano sul terreno del diritto penale. Lì si sente procedere con la trepidazione del pascolatore abusivo», consapevoli della «carica innovativa, anzi sovvertitrice, della prospettiva scientifica che si apprestavano a mettere in campo» (SBRICCOLI, Mario. *La penalistica civile. Teorie e*

classificazione dei delinquenti e all'influenza dei fattori economico-sociali, piuttosto che alla dimensione oggettiva e 'astratta' del reato. Si intendeva investigare soprattutto il movente del fatto illecito per individuarne cause e fattori di origine e giungere così a una individualizzazione della pena<sup>11</sup>. Si osservava «una grave e profonda lacuna nella scienza del diritto penale, consistente nel difetto di una positiva conoscenza del delinquente e del delitto, ed in conseguenza nell'ignoranza dell'ufficio vero del magistero di repressione»: un vuoto colmabile solo abbandonando il metodo deduttivo per adottare quello che «tanti vantaggi ha portato alle scienze naturali»<sup>12</sup>. Erano esiti che pure gli avversari della scuola positiva, pur nella critica aspra, si vedevano costretti a riconoscere<sup>13</sup>.

Dal punto di vista processuale ciò significava una sorta di rivoluzione; «a nuovi orizzonti del diritto, nuovi orizzonti della procedura penale»<sup>14</sup>: innanzitutto il ricorso a periti giudiziari, professionisti e specializzati nelle diverse discipline, da costituire stabilmente presso ogni ufficio di istruzione. Antropologi, psichiatri, alienisti, criminalisti avrebbero dovuto sostituire con la loro competenza il 'buon senso comune' (o, per dirla con Beccaria, «l'ignoranza che giudica per sentimento»<sup>15</sup>)

---

ideologie del diritto penale nell'Italia unita. In: SBRICCOLI, Mario. *Storia del diritto penale* cit., t. I cit., 2009, p. 549).

<sup>11</sup> PIFFERI, Michele. *L'individualizzazione della pena*. Difesa sociale e crisi della legalità penale tra Otto e Novecento. Milano, 2013.

<sup>12</sup> PUGLIA, Ferdinando. *Prolegomeni allo studio del diritto repressivo*. Roma Torino Firenze, 1883, pp. 10-11.

<sup>13</sup> Sia pure a denti stretti, Pessina ammetteva che «i progressi delle scienze naturali hanno potentemente contribuito, e sempre più contribuiranno, a rischiare i terribili problemi della giustizia penale, oltre quelli che si rannodano al bisogno legittimo della prevenzione del delitto» (PESSINA, Enrico. *Il naturalismo e le scienze giuridiche*. Discorso inaugurale letto nella Regia Università di Napoli il 17 dicembre 1878. Napoli, 1879, p. 16). Brusa, critico accanito della scuola positiva, cui non risparmiava invettive feroci, era costretto a convenire, sia pure con qualche riserva, sui vantaggi derivanti dall'applicazione delle scienze al tema dell'imputabilità criminosa (BRUSA, Emilio. *La morale e il diritto criminale al limbo*. Discorso inaugurale letto nella Regia Università di Torino l'8 marzo 1880. Torino, 1880).

<sup>14</sup> BERENINI, Agostino. *Azione ed istruzione penale*. Organi e funzioni. Parma, 1888, p. VII.

<sup>15</sup> BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Edizione Nazionale delle Opere di Cesare Beccaria, I, Milano, 1984, § XIV, p. 59.

di cui i giudici si erano sempre avvalsi per penetrare nella complessa articolazione della mente umana e trarne conseguenze sul piano giuridico. Richiesta ovvia per una corrente che si proponeva piuttosto la riduzione dei delitti che delle pene e per la quale il libero arbitrio individuale cedeva di fronte al condizionamento sociale, così come all'imputabilità morale si sostituiva una responsabilità del contesto ambientale e culturale. La prevenzione e la difesa sociale, e non l'accanimento punitivo e retributivo, erano gli obiettivi perseguiti. La pena pertanto doveva prescindere da una valutazione proporzionalistica legata all'intrinseca gravità del delitto e discendere dal grado di temibilità dell'agente, considerato come l'indice più sicuro per determinare la qualità e il grado della reazione sociale alle azioni antisociali.

Ciò significava disseminare l'intera procedura di competenze scientifiche, nella speranza di «trasformare il processo in una diagnosi nosografica dell'imputato»<sup>16</sup>. La metamorfosi avrebbe dovuto riguardare non solo il magistrato nella fase istruttoria, ma anche la polizia. Era infatti negli uffici di quest'ultima che bisognava cominciare ad operare la distinzione tra galantuomo e briccone. Solo facendo retroagire alla fase della cattura la tassonomia predicata da alcuni esponenti dei 'nuovi orizzonti della scienza' si sarebbe potuto evitare di giungere a sentenze di condanna o di assoluzione basandosi su informazioni spesso vaghe o indagini ispirate più dall'intuito individuale che da un metodo razionale. La creazione di una polizia scientifica si presentava per di più come l'occasione perfetta per dare attuazione alle idee della scuola positiva, principi che invece faticavano ad essere accettati nel *milieu* dei giuristi, timorosi di sconvolgere capisaldi come la responsabilità individuale e il fondamento della pena<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> MILETTI, Marco Nicola. La follia nel processo. Alienisti e procedura penale nell'Italia postunitaria. *Acta Histriae*, Koper, n. 15, v. 1, 2007, p. 326.

<sup>17</sup> «Una organizzazione razionale di un servizio di polizia, oltre ad arrecare un grande vantaggio all'ordine e alla sicurezza pubblica, avrebbe dato modo» agli studi della scuola positiva e alle «verità scientifiche» di elevarsi a sistema, in modo che il loro progresso non fosse più lasciato a ricerche individuali, «meno efficaci, troppo laboriose» (PACINOTTI, Giovanni. Una Scuola di polizia scientifica nell'Università di Ferrara. *Rivista di diritto penale e sociologia criminale*, Pisa, anno V, 1904, p. 311).

## 1. LA POLIZIA TRA ACCUSE E DIFESA

La nascita della polizia *scientifica*<sup>18</sup>, contrapposta a quella *empirica*<sup>19</sup>, quale era stata concepita fino a quel momento<sup>20</sup>, rispondeva all'esigenza di utilizzare il progresso scientifico delle scienze biologiche e fisiche<sup>21</sup>, in modo che i funzionari di Pubblica Sicurezza fossero preparati ad una lotta al delitto in una prospettiva preventiva. Fondamentale poi la formazione di una polizia giudiziaria<sup>22</sup> chiamata non ad apprendere

<sup>18</sup> «La polizia scientifica non è una scienza a sé ma l'applicazione di metodi razionali, scientifici nelle varie funzioni della polizia» (FALCO, Giuseppe. "Identità". Metodo scientifico di segnalamento e di identificazione. Roma, 1922, p. 27).

<sup>19</sup> A fronte di quanti sostenevano che la polizia era empirica per natura e non necessitava né di notizie teoriche né di dati scientifici, si ribatteva che non si poteva ignorare quella messe di progressi che avrebbero potuto consentire alla polizia di condurre al meglio la battaglia quotidiana contro la criminalità (OTTOLENGHI Salvatore. *Polizia empirica e polizia scientifica*. Palermo, 1897, pp. 3-12 [estr. da *Rivista della polizia scientifica*, anno I, fasc. 2]). «L'affratellamento tra gli studi scientifici e le necessità delle applicazioni pratiche è già a buon punto in parecchi campi, soprattutto per ciò che riguarda il mondo fisico, il fisiologico, l'economico. Ma in altri campi è, pur troppo! ancora un pio desiderio; ed in altri ancora ne siamo appena ai primi approcci. Tra questi, la polizia» (ROSSI, Virgilio. *Polizia empirica e polizia scientifica*. Il Tachiantropometro Anfosso applicato ad una centuria di criminali. *Rivista di discipline carcerarie*, Roma, anno XIX, 1889, p. 533).

<sup>20</sup> «La polizia empirica si affida interamente all'intuito istintivo, all'attitudine innata di alcuni; ed all'esperienza che la lunga pratica del servizio ha conferito ai più anziani [...]. La polizia scientifica mira a corredare il giovane funzionario, fin dall'inizio della sua carriera, delle più essenziali cognizioni fornite dalla biologia, dall'antropologia, dalla psicologia e dalla medicina legale [...] per far apprendere al giovane funzionario il metodo razionale di applicazione dei dati scientifici alla pratica» (GASTI, Giovanni. *Il corso di Polizia scientifica*. Roma, 1903, pp. 5-6).

<sup>21</sup> Occorreva «volgarizzare presso tutti i Funzionari il metodo di applicazione delle conoscenze scientifiche nei quotidiani mezzi di lotta contro i delinquenti» (OTTOLENGHI, Salvatore. Ai lettori. *Bollettino della Scuola di polizia scientifica e del servizio di segnalamento*, Roma, fasc. 1, 1910, p. 3).

<sup>22</sup> «Riesce agevole il rilevare che tra la *polizia giudiziaria* e la *polizia amministrativa*, come sono analogie, per il genere comune cui appartengono, sono da altra parte tra esse grandi differenze per il fine che esse si propongono». La seconda cerca di «antivenire con utili espedienti l'apparizione dei fenomeni delittuosi [...], la polizia giudiziaria invece mira alla ricerca dei reati avvenuti, allo scoprimento dei colpevoli e alla preparazione degli elementi di prova che sono necessari per potere le varie magistrature dare un giudizio conforme al



le *forme giuridiche* della propria attività, quanto i criteri razionali che la presiedevano, forniti dalle altre scienze impegnate a studiare il delinquente e il reato nelle diverse sfaccettature possibili.

La mancanza di metodo, il confidare nella perspicacia dei singoli per ottenere brillanti risultati non poteva più rappresentare una strada perseguibile<sup>23</sup>. Grazie all'antropometria, ai dati sfigmografici sulle variazioni del circolo sanguigno atte a rivelare le vere pulsioni ed emozioni a prescindere dal contegno esteriore<sup>24</sup>, financo all'ipnotismo<sup>25</sup>, la polizia doveva essere posta nella condizione di limitare gli inciampi in cui era incorsa fino a quel momento, spesso determinati da una carente speculazione teorico-scientifica.

Era ormai inaccettabile che la polizia fosse fatta «così come si faceva la guerra, nei tempi eroici, tutta a casaccio, ad empirismo, dove il merito individuale di alcuni pochi in astuzia ed in forza muscolare, decideva della sola vittoria»<sup>26</sup>.

In via preliminare, però, era necessario liberare il personale di polizia da pregiudizi, elevandolo al di sopra delle critiche gratuite

---

vero» (CARFORA, Francesco. *Polizia giudiziaria*. In: *Digesto Italiano*, Torino, v. XVIII, parte seconda, 1906-1912, p. 1048).

<sup>23</sup> GASTI Giovanni. *Il corso di Polizia scientifica* cit., p. 5.

<sup>24</sup> Vedi *infra*.

<sup>25</sup> FERRI, Enrico. *Sociologia criminale* cit., pp. 625-627. Alegggiava tuttavia un certo scetticismo sulla possibilità che l'ipnotismo potesse aiutare nello svelamento dei delitti (LOMBROSO, Cesare. *L'ipnotismo applicato alla procedura penale*. *Archivio di psichiatria, scienze penali e antropologia criminale*, Torino e Roma, v. 8, 1887, pp. 243-246; LOMBROSO, Cesare. *Studi sull'ipnotismo*. Roma Torino Firenze, 3<sup>a</sup> ed., 1887; ALGERI, Giovanni. *Alcuni casi di ipnotismo di criminali pazzi*. *Archivio di psichiatria, scienze penali e antropologia criminale*. Torino e Roma, v. 8, 1887, pp. 603-612). Si conveniva, invece, sulla possibilità che esso svelasse fenomeni di autosuggestione e di menzogna, nel caso di deposizione di testimoni o di imputati (LOMBROSO, Cesare-OTTOLENGHI, Salvatore. *Nuovi studi sull'ipnotismo e sulla credulità*. *Archivio di psichiatria, scienze penali e antropologia criminale*. Torino, n. 1, v. 11, 1890, pp. 545-546; OTTOLENGHI, Salvatore. *La suggestione e le facoltà psichiche occulte in rapporto alla pratica legale e medico-forense*. Torino, 1900).

<sup>26</sup> LOMBROSO, Cesare. *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alla psichiatria*. Torino, quinta edizione, v. 3, 1897, p. 321. L'espressione sarà poi ripresa da ROSSI, Virgilio. *Polizia Empirica e Polizia Scientifica (Idee vecchie e fatti nuovi)*. Aquila, 1898, p. 7.

rivolte, in nome di un *sentimentalismo morboso*, dall'opinione pubblica attraverso i media, o mosse dagli avvocati, con le loro arringhe impastate di «ciarlatanismo dottrinale»<sup>27</sup>. Contro la polizia si sbraitava per i pretesi arbitri, per le sospette violenze praticate, evocando gli orrori dell'inquisizione, mistificando, secondo taluni, la realtà, finendo per trasformare i delinquenti in vittime e i loro persecutori in carnefici<sup>28</sup>. La polizia aveva non solo necessità di essere difesa, ma anche di vedersi riconosciuto uno spazio proprio, trascurata com'era dagli studi che la relegavano a poche improvvisate pagine di scarso interesse<sup>29</sup>.

A ciò si aggiungeva un «infiacchimento del servizio di sicurezza pubblica» imputabile all'eccessivo garantismo introdotto dal legislatore nel rito penale: «ogni garanzia di libertà pei cittadini è una limitazione all'opera dei funzionari [...]. Ogni nuova tutela tributata alla presunzione di innocenza dell'imputato restringe il campo all'efficacia dell'indizio ed al valore del sospetto»<sup>30</sup>. Era palese un rigurgito quasi nostalgico verso alcuni profili del sistema inquisitorio<sup>31</sup>. Scorie della scuola positiva

<sup>27</sup> ALONGI, Giuseppe. *Polizia e delinquenza in Italia*. Roma 1887, p. 16.

<sup>28</sup> Si assisteva a una sorta di dicotomia tra la mera disquisizione accademica, pronta a riconoscere l'importanza della Polizia, e l'opinione pubblica, che mostrava un unanime sentimento di avversione (ALONGI, Giuseppe. *Polizia e delinquenza in Italia* cit., pp. 8-19).

<sup>29</sup> «I criminalisti [...] ritengono che la trattazione della materia degli istituti di polizia non è della loro competenza» (PUGLIA, Ferdinando. *Prolegomeni* cit., 1883, p. 73).

<sup>30</sup> GASTI, Giovanni. L'identificazione dei delinquenti e la funzione di polizia nell'attuale momento giuridico e sociale. Prolusione al corso di Segnalamento detta alla Scuola di Polizia Scientifica il 2 maggio 1910. *Bollettino della Scuola di polizia scientifica e del servizio di segnalamento*, Roma, fasc. 1, 1910, pp. 68-69.

<sup>31</sup> «La presunzione di innocenza applicata al recidivo specifico o al delinquente abituale è per me un assurdo pericoloso [...]. Noi pensiamo che si dovrebbero avere due sistemi probatori, uno completamente accusatorio basato sulla più ampia presunzione di innocenza per i delinquenti occasionali e primari; uno inquisitorio basato sulla presunzione di colpa per chi ha fatto del delitto una professione, per istinto o per abitudine» (GASTI, Giovanni. *L'identificazione dei delinquenti* cit., p. 72). L'autore ricalcava qui il pensiero di Ferri (e di buona parte della scuola positiva), che in un sussulto di *ancien régime* escludeva la presunzione di innocenza quando vi fossero prove certe o la confessione o la flagranza di reato o la recidiva di un delinquente abituale, inutile intralcio

impastavano tali riflessioni, ammettendo in via generale garanzie agli imputati (ma nella minima misura possibile)<sup>32</sup> e al tempo stesso accusando il diritto penale di un certo lassismo, con un' «allarmante tendenza alla mitezza che pare talvolta sconfinare con la debolezza e, presso i giudici non togati, anche col sentimentalismo morboso a favore dei rei. Ne conseguono pene brevi, irrazionali, utili forse ancora contro i delinquenti occasionali e primari, ma inefficaci, sterili, deprezzate, irrise, talvolta perfino vagheggiate dal delinquente istintivo e abituale»<sup>33</sup>. La conseguenza era «l'assillante fenomeno della recidiva che prospera come le male erbe rigermoglianti più folte e vigorose dopo la falciatura»<sup>34</sup>; vera ossessione per i positivisti che cercavano di dare risposte convincenti a un tema centrale nel contenimento della criminalità<sup>35</sup>.

Si contrapponeva inoltre l'improbabile fatica della polizia nel consegnare alla giustizia i delinquenti alla debolezza dei magistrati, che svuotavano le prigioni e rimettevano in libertà i detenuti grazie a cavilli<sup>36</sup>.

---

alla speditezza del processo e alla logica (FERRI, Enrico. *Sociologia criminale* cit., pp. 597-599).

<sup>32</sup> Si guardava pertanto con diffidenza a ogni riforma del processo che limitasse le azioni di polizia a favore di agevolazioni riconosciute all'imputato, quale la possibilità di essere assistito da un difensore fin dall'inizio del procedimento: «è da augurarsi che il sistema accusatorio non sia spinto nel procedimento penale ad estremi eccessivi e che non si esageri nella diffidenza contro gli ufficiali di polizia giudiziaria che sono gli alleati più fedeli della giustizia» (GASTI, Giovanni. *L'identificazione dei delinquenti* cit., p. 72).

<sup>33</sup> GASTI, Giovanni. *L'identificazione dei delinquenti* cit., p. 69.

<sup>34</sup> Nello stretto connubio tra penale sostanziale e processuale, si riteneva imprudente riformare la procedura allargandone le maglie senza procedere contemporaneamente a un inasprimento delle pene per «neutralizzare gli impulsi criminosi suggestionati da una maggior speranza di impunità» (GASTI, Giovanni. *L'identificazione dei delinquenti e la funzione di polizia nell'attuale momento giuridico e sociale. Prolusione al corso di Segnalamento detta alla Scuola di Polizia Scientifica il 2 maggio 1910 (continuazione). Bollettino della Scuola di polizia scientifica e del servizio di segnalamento*, Roma, fasc. 2, 1911, p. 65).

<sup>35</sup> BRUNELLI, David. Recidiva e Scuola positiva nella disciplina del Codice Rocco. Spunti di riflessione. *Diritto penale XXI secolo*, Padova, n. 2, 2011, pp. 333-342.

<sup>36</sup> Per Garofalo era come se fosse in atto il tentativo di scoraggiare gli agenti di polizia dal compiere la loro missione, minacciandoli con sanzioni nel caso in cui osassero oltrepassare limiti ben precisi: «Non è uno svago, non è uno

Ad aumentare l'opacità dell'attività di polizia erano inoltre il legame organico che essa aveva con il Ministero dell'Interno, e, a sua volta, quello del pubblico ministero con l'esecutivo di cui era, ai sensi dell'art. 129 dell'ordinamento giudiziario del 1865, *rappresentante presso l'Autorità giudiziaria*: una contaminazione tra poteri che non prometteva garanzia di libertà.

La 'riabilitazione' della polizia passava sì dal reclutamento di persone integerrime e capaci, ma soprattutto da un cambio di metodologia nella ricerca dei delinquenti<sup>37</sup>: essa veniva elevata a oggetto di attenzione come raramente era capitato fino a quel momento<sup>38</sup>, nella convinzione che si stesse prospettando un'epocale *chance* per arginare e prevenire scientificamente la criminalità.

## 2. NUOVI METODI PER UNA POLIZIA SCIENTIFICA

Nel giro di vent'anni quella «scienza bambina, la polizia scientifica, che, come tutte le scienze che muovono i primi passi fu accolta con sorrisi di scetticismo e con qualche barzelletta»<sup>39</sup> si affermò nella pratica. La prima innovazione riguardò le tecniche di riconoscimento<sup>40</sup>: ad essere travolto

---

*sport* la caccia ad un delinquente. Gli agenti rischiano spesso la loro vita per fare ciò che sanno essere un loro dovere» e un legislatore, più incline a tutelare i delinquenti che le forze dell'ordine, sembrava quasi disconoscere questa realtà (GAROFALO, Raffaele. *Il codice per i galantuomini*. Roma 1902 [estr. da *Nuova antologia*, fasc. 16, febbraio 1902], p. 9).

<sup>37</sup> Per garantire una maggiore sicurezza pubblica non bastava aumentare il numero di guardie o di carabinieri; occorreva invece «dare alle guardie di P.S. un prestigio che pur troppo non hanno, e forse non meritano» (LOMBROSO, Cesare. *Sull'incremento del delitto in Italia e sui mezzi per arrestarlo*. Torino, 1879, p. 134).

<sup>38</sup> «La polizia è quella fra le amministrazioni dello Stato, che tutti pretendono di conoscere e di giudicare, ma che in realtà è la meno conosciuta, e la più difficile ad essere giudicata spassionatamente e con retto criterio» (LOCATELLI, Paolo. *Sorveglianti e sorvegliati. Appunti di fisiologia sociali presi dal vero*. Milano, 1876, p. 11).

<sup>39</sup> D'AMELIO, Mariano. I progressi della polizia scientifica. *Bollettino della Scuola superiore di polizia e dei servizi tecnici annessi*, Roma, fasc. 21, 1933, p. 259.

<sup>40</sup> «Stabilire l'identità della persona è condizione necessaria per l'esatta applicazione della giustizia; per quanto però la soluzione di tale quesito possa

dalle critiche fu l'apparentemente innocuo cartellino giudiziario (che andava a confluire nel casellario giudiziario) e il modo della sua redazione<sup>41</sup>.

Ferri aveva rapsodicamente passato in rassegna i possibili «nuovi e più sicuri mezzi per la ricerca dei colpevoli», quali «le note del tatuaggio, i lineamenti della fisionomia, e del cranio, i dati sulle condizioni fisiopsicologiche [...]. le nuove ricerche sulla sensibilità riflessa, sulle reazioni vasali ne' delinquenti». Tali strumenti, ad avviso del penalista mantovano, avrebbero reso più facile e completa la serie «delle prove di identità personale e indizii della capacità a delinquere», in grado di «far desistere da vie false gli agenti di polizia giudiziaria ed i giudici istruttori od a rendere meno dubbio il responso di assoluzione e di condanna»<sup>42</sup>: suggerimenti destinati a divenire nel tempo materia di specifici approfondimenti.

Un fatto era assodato: fotografie<sup>43</sup>, cartellini giudiziari incompleti, documenti identificativi (come passaporti, licenze per il porto d'armi o per

---

sembrare a prima vista molto facile, spesso invece essa è difficilissima [...]. E' compito dunque di una buona amministrazione giudiziaria di adoperarsi affinché la identità della persona possa effettuarsi su basi meno infide delle attuali» (GIANNELLI, Augusto-PARDO, Giorgio. I sistemi di segnalazione antropometrica. Osservazioni e proposte. *Rivista di discipline carcerarie, parte prima*, Roma, anno XXIII, n. 10, 1898, p. 453).

<sup>41</sup> L'art. 33 del regio decreto 1° dicembre 1899 n. 6509, che riformava la materia riguardante il casellario giudiziale come disciplinato dall'art. 1 del regio decreto del 6 dicembre 1865, n. 2144, prevedeva che un casellario giudiziale fosse istituito in ogni tribunale penale (oggetto poi di ulteriori interventi nel 1902 e nel 1906). Con circolare del 12 aprile 1866, il Ministero di Grazia e Giustizia aveva sollecitato il rispetto del *Regolamento per la esecuzione del Reale Decreto 6 dicembre 1865*. In quest'ultimo testo si definivano modi e tempi per la compilazione del cartellino (ossia l'estratto della sentenza), che doveva essere redatto entro 15 giorni dalla pronuncia di una sentenza divenuta irrevocabile (art. 10 del suddetto Regolamento), e inoltrato al Procuratore del re presso il tribunale del territorio di nascita della persona oggetto della annotazione (art. 13). Spettava poi al Procuratore annotarlo e inviarlo al cancelliere per la collocazione nel casellario, non prima che il cancelliere lo avesse a sua volta registrato in un repertorio in ordine alfabetico e posto nella "cassetta" della relativa lettera; in caso di recidiva il cartellino si aggiungeva agli altri con numerazione progressiva (artt. 14-15). Si vedano i rilievi mossi da COSENZA Vincenzo. *Il casellario giudiziale*. Roma, 1895, pp. 1-6.

<sup>42</sup> FERRI, Enrico. *Sociologia criminale* cit., p. 624.

<sup>43</sup> L'identificazione mediante fotografia era nel tempo divenuta oggetto di numerose critiche: «Durant ces dix dernières années la police parisienne a réuni plus de 100.000 photographies. Croyez-vius qu'il soit possible de comparer

la caccia forniti dagli uffici di P.S.), compilati da cancellieri o da autorità di P.S., si presentavano carenti di dati validi e ricchi di imprecisioni<sup>44</sup>. Colore degli occhi, dei capelli, statura, forma del viso e altri tratti della fisionomia risultavano riportati in modo così generico da non risultare di alcuna utilità<sup>45</sup>. Di solito la descrizione si sintetizzava in *naso, viso,*

---

successivement chacune de ces 100.000 photographies ace chacun des 100 individus que l'on arrête quotidiennement à Paris?» (BERTILLON, Alphonse. *Identification anthropométrique Instructions signalétiques*. Melun, 1893, p. XIV. Ma si veda anche dello stesso autore *La photographie judiciaire avec un appendice sur la classification et l'identification anthropométriques*. Paris, 1890). Faceva eco per l'Italia Cosenza, il quale sottolineava l'inefficacia di una ricerca compiuta attraverso le fotografie, non solo per l'inconveniente causato dal dover esaminare migliaia di fotografie, ma per l'abilità messa in atto da chi non voleva farsi identificare. Vi è «un mezzo semplicissimo per non farsi riconoscere dagli agenti che possiedono la fotografia, ed è di alterare la forma della barba o di mutare l'acconciatura dei capelli, o di procurarsi magari qualche cicatrice sul viso». Altri accorgimenti venivano messi in atto dagli arrestati già al momento stesso della rilevazione fotografica: smorfie, alterazione della postura, espressioni insolite finivano per rendere l'immagine non corrispondente al reale (COSENZA, Vincenzo. *Il casellario giudiziale* cit., pp. 20-21). Lo stesso si rileva in DE NOTARISTEFANI, Raffaele. *L'identificazione del delinquente (bertillonage)*. Napoli, 1898, pp. 11-12. Non mancavano ostacoli di carattere tecnico, quali il doversi affidare alla perizia del fotografo (non sempre all'altezza del compito). L'insieme di questi inconvenienti rendeva il ricorso alla fotografia, come metodo di riconoscimento, un debole sussidio per la polizia (ROSSI, Virgilio. *Polizia Empirica* cit., pp. 10-11).

<sup>44</sup> Non manca chi definiva umoristiche e grottesche le informazioni così raccolte, ma soprattutto il loro uso, che impediva ai giudizi di essere «quello che devono essere e, cioè, non, come sono ora, un giuoco di sorte, ma un esame completo e sperimentabile del giudicabile» (OLIVIERI, Vittorio. *Un delinquente per passione. La Scuola positiva*, Milano, n. 2, 1895, p. 128). I cartellini del casellario giudiziario mostravano la loro insufficienza nel momento in cui da questura a questura si inviavano le informazioni sui connotati di pregiudicati o sospettati ricercati dalle autorità: l'approssimazione descrittiva vanificava ogni possibilità di individuazione (OTTOLENGHI, Salvatore. *Il segnalamento del delinquente in servizio della polizia giudiziaria*. Palermo, 1898, p. 15 (estr. da *Rivista di Polizia Scientifica*, n. 1, vol. 6).

<sup>45</sup> Si trattava di un difetto difficile da eliminare, dal momento che ancora nel 1912, a circa dieci anni dalla fondazione della Scuola di Polizia (v. *infra*, § 3), Ottolenghi constatava con amarezza e disappunto come continuassero a impiegarsi espressioni quali: colorito naturale, naso arricciato o regolare, barba rasa, bocca giusta o media. «Più doloroso ancora è notare come più di una volta accade che persino da qualche Questura vengano emanate apposite circolari di ricerca di pregiudicati con un segnalamento assolutamente

mento, bocca regolari, colorito naturale, statura media, oppure soggetto alto, magro, tozzo<sup>46</sup>, come se il tempo si fosse fermato al *Sacro arsenale* di Masini. Neppure soccorrevano quei segni particolari di riconoscimento che avrebbero dovuto quasi marchiare a fuoco l'identità di un soggetto: era, ad esempio, provato che una cicatrice sulla guancia era così diffusa nel mondo criminale da connotare 300 su 500 delinquenti<sup>47</sup>. Ne conseguiva che da quei documenti emergeva una sorta di 'normotipo' così anonimo da incarnarsi in "uno nessuno e centomila".

Nemmeno il nome con il quale i fuggiaschi venivano registrati era affidabile, dal momento che con facilità era possibile fornire generalità diverse da quelle reali<sup>48</sup>. Analoghe considerazioni valevano per un'inflessione dialettale o un accento, non sempre utili a ricostruire il luogo di provenienza, vista l'abilità simulatoria dei criminali. Anche altri elementi, come barba, baffi, corporatura, portamento, erano facilmente alterabili e quindi poco attendibili ai fini di provare l'identità<sup>49</sup>. Diveniva

---

incompleto. Quando si pensa che nell'Amministrazione della pubblica sicurezza vi sono circa 730 funzionari che frequentano la Scuola, 260 guardie di città preparate al segnalamento, che allievi ufficiali carabinieri vennero istruiti sui nuovi metodi bisogna riconoscere che l'immenso lavoro non ha ancora dato buon frutto», a dimostrazione di come l'apprendimento di tali tecniche così come il cambio di mentalità richiedessero tempo per attecchire (OTTOLENGHI, Salvatore. Il segnalamento descrittivo e le funzioni della polizia. *Bollettino della Scuola di polizia scientifica e dei servizi tecnici annessi*, Roma, fasc. 3, 1912, p. 79).

<sup>46</sup> «Dove cessa la statura bassa per dar luogo alla statura media, ove è tracciato il confine tra il naso piccolo ed il medio?» (ANFOSSO, Luigi. *Il casellario giudiziale centrale*. Studio sulla identificazione dei delinquenti e designazione dei loro contrassegni personali. Torino, 1895, p. 7).

<sup>47</sup> OTTOLENGHI, Salvatore. *Il segnalamento del delinquente cit.*, p. 15; OTTOLENGHI, Salvatore. Il colore e la forma delle cicatrici antiche in rapporto alla medicina forense (comunicazione fatta alla R. Accademia di Medicina di Torino nella seduta del 20 dicembre 1889). *Giornale della R. Accademia di Medicina di Torino*, Torino, v. 37, 1889, pp. 599-617.

<sup>48</sup> Sui modi escogitati dai recidivi (in particolare) per falsificare le proprie generalità o addirittura impossessarsi dell'identità altrui, anche attraverso una sorta di commercio dei dati cui non restavano estranee le infiltrazioni della malavita organizzata, cfr. ANFOSSO, Luigi. *Il casellario giudiziale centrale cit.*, pp. 1-6; COSENZA, Vincenzo. *Il casellario giudiziale cit.*, pp. 7-16.

<sup>49</sup> «Basta avere la più breve pratica giudiziaria per sapere qual conto facciano i giudici di un indizio quasi sempre messo innanzi dagli agenti di polizia, ossia

pertanto indispensabile mettere a punto strumenti che consentissero di procedere all'accertamento dei delinquenti in modo sicuro, perché la lotta alla criminalità e la difesa sociale passava necessariamente dalla conoscenza del "nemico"<sup>50</sup>. Partendo dal presupposto che la natura non crea stereotipi, ma "pezzi unici irripetibili", era necessario dotarsi delle competenze necessarie per individuare i tratti distintivi di ogni essere umano.

La colpa di tanta confusione o, peggio ancora, dell'inutilizzabilità di simili dati non poteva ricadere esclusivamente sui compilatori<sup>51</sup>, ma doveva rinvenirsi nell'idea strisciante che ci si potesse affidare alla mera percezione visiva e istintiva di ognuno, tanto fallace quanto diversamente declinabile<sup>52</sup>: «la faccia umana si può ben dire è la pagina di un libro che non si lascia leggere che da chi ne ha appreso l'alfabeto»<sup>53</sup>.

Occorreva formare il personale di polizia per cominciare a fissare in una scheda la natura dell'arrestato, così che «la sua *personalità* rimarrà

---

la corrispondenza dei connotati» (DE NOTARISTEFANI, Raffaele. *L'identificazione del delinquente* cit., p. 11).

<sup>50</sup> ANFOSSO, Luigi. *La lotta contro i delinquenti*. Conferenza tenuta nella società filotecnica di Torino 27 maggio 1892. Borgo San Dalmazzo, 1892, in cui si amplificava la concezione dei delinquenti come nemici interni: un esercito continuamente all'assalto, che mieteva più vittime di quanto facessero le guerre e contro il quale era necessario adottare ogni forma di difesa, in particolare di carattere preventivo, affidata proprio alla polizia.

<sup>51</sup> Qualche responsabilità tuttavia coinvolgeva anche gli autori materiali della redazione dei cartellini, se è vero che l'80% risultava completamente privo delle pur minime indicazioni relative ai connotati degli arrestati o ricercati (ANFOSSO, Luigi. *Il casellario giudiziale centrale* cit., pp. 6 e 10), mentre in altri prevaleva una certa sciatteria. Così di un tal Giuseppe l'altezza, nei cinque cartellini compilati per altrettante procedure, variava di 13 cm.; analoga incertezza riguardava il colore dei capelli che passava dal biondo al castano scuro, mentre il naso da piccolo, via via, era divenuto grosso o il sesso era mutato, trasformandosi un tale da *Mario* a *Maria*; un ammogliato con prole era divenuto, in altro cartellino, celibe (ROSSI, Virgilio. *Polizia Empirica* cit., pp. 10-13).

<sup>52</sup> «Nel descrivere e qualificare i connotati ha grandissima parte l'impressione soggettiva di chi li prende; un individuo che ha visto il delinquente potrà assai facilmente riconoscerlo, quando lo vede, ma se deve ad altri con mezzo di descrizioni farlo riconoscere, a meno che non esistano speciali segni caratteristici, riuscirà assai difficilmente nel suo intento» (DE NOTARISTEFANI, Raffaele. *L'identificazione del delinquente* cit., p.11).

<sup>53</sup> OTTOLENGHI, Salvatore. *Il segnalamento del delinquente* cit., p. 16.



nell'ufficio e checchè avvenga lo si potrà facilmente rintracciare»<sup>54</sup>. La sua *personalità*, si afferma, non solo la sua fisionomia: una precisazione rilevante, come si vedrà nel prosieguo del lavoro.

La trasformazione dell'approccio al processo di identificazione prese le mosse dal francese Alphonse Bertillon<sup>55</sup>. Questi aveva respirato fin dalla più tenera età gli originali metodi che il padre Louis Adolphe e il nonno, Achille Guillard, stavano mettendo a punto, con lo studio e la catalogazione degli individui in base ai tratti fisici<sup>56</sup>.

Alphonse si era reso conto dell'arretratezza delle conoscenze a disposizione della polizia quando, nell'ufficio di registrazione di una prefettura di polizia, si era trovato a compilare le schede che accompagnavano i singoli arrestati. L'inadeguatezza di quelle cartelle gli parve palese. Sicché, ispirandosi ora ai lavori paterni (vòlti soprattutto alla misurazione dei crani<sup>57</sup>) ora alle intuizioni dello statistico belga Lambert Adolphe Quetelet<sup>58</sup>, egli si convinse che occorreva sostituire la descrizione dei connotati con degli indicatori (o meglio misure) più

---

<sup>54</sup> OTTOLENGHI, Salvatore. *Il segnalamento del delinquente* cit., p. 23.

<sup>55</sup> «Alfonso Bertillon rimarrà incontestabilmente l'iniziatore della identificazione scientifica dei delinquenti che ha segnato il primo capitolo del rinnovamento completo della nostra polizia. La sua opera potrà essere perfezionata, rinnovata, ma rimarrà sempre a lui improntato il metodo scientifico delle ricerche» (OTTOLENGHI, Salvatore. *Alfonso Bertillon. Bollettino della Scuola di polizia scientifica e del servizio di segnalamento*, Roma, fasc. 4, 1914, p. 253).

<sup>56</sup> BERTILLON, Suzanne. *Vie d'Alphonse Bertillon*. Paris 1941; LACASSAGNE, Alexandre. *Alphonse Bertillon. L'homme. Le savant. La pensée philosophique*. *Archives de l'Anthropologie Criminelle*. Lyon, t. 29, 1914, pp. 161- 166.

<sup>57</sup> Non manca una rivendicazione italiana sulla cd. craniologia da parte di MORSELLI, Enrico. *Critica e riforma del metodo in antropologia fondate sulle leggi statistiche e biologiche dei valori seriali*. Roma 1880.

<sup>58</sup> L'attenzione si rivolse in particolare verso due opere della sterminata produzione di Quetelet: *Physique sociale ou essai sur le développement des facultés de l'homme*. Bruxelles, Paris, Saint-Petersbourg, t. I, 1869 e *Sur la statistique morale et les principes qui doivent en former la base. Mémoires de l'Académie Royale des Sciences, des Lettres et des Beaux-Arts de Belgique*. Bruxelles, v. 21, 1848, pp. 1-68. Le teorie di Quetelet avevano suscitato ampio dibattito sullo spazio lasciato al libero arbitrio, dal momento che si sosteneva che le azioni degli uomini (comprese quelle criminali) fossero governate da leggi fisse e generali, al pari dei fenomeni della natura fisica.

stabili, impossibili da falsare e non esposti alle oscillazioni derivanti da impressioni individuali<sup>59</sup>.

Per procedere all'identificazione degli imputati, egli unì alla capacità descrittiva i criteri dell'antropometria, ossia la misurazione delle diverse parti del corpo. L'intuizione nasceva dall'urgenza di fronteggiare una situazione che stava assumendo dimensioni allarmanti, da quando in Francia, per sfuggire all'inasprimento di sanzioni previste dalla legge 5 maggio 1885 nei confronti dei recidivi, questi ultimi avevano cominciato ad assumere con sempre più frequenza generalità diverse, senza con questo integrare gli estremi di reato<sup>60</sup>. Bertillon mise quindi a punto un metodo per l'identificazione fisica, somatica e funzionale, di una persona<sup>61</sup>.

<sup>59</sup> BERTILLON, Alphonse. *Notice sur le fonctionnement du Service d'Identification de la Préfecture de Police de Paris*. Paris, 1889.

<sup>60</sup> GIRI, Emilio. L'applicazione del metodo segnaletico descrittivo e le comuni prove sperimentali nella indagine giudiziaria. *Bollettino della Scuola superiore di polizia e dei servizi tecnici annessi*, Roma, fasc. 22-23, 1935, p. 141. In Italia la situazione non era molto diversa, dal momento che chi dichiarava false generalità incorreva in un'ammenda da cinquanta a trecento lire ai sensi dell'art. 436 del Codice penale del 1889. Non solo. L'art. 231 del Codice di procedura penale del 1865 si limitava a richiedere all'imputato di declinare le proprie generalità, senza imporre al giudice istruttore (che si guardava bene dal farlo) di accertarne la veridicità. Se per esercizio del diritto di difesa si riteneva ammissibile che l'imputato potesse mentire sulla propria colpevolezza, altrettanto non poteva dirsi per l'identità. Per Cosenza l'ipotesi integrava reato di falso, nonostante una giurisprudenza contraria che aveva finito per consentire ai delinquenti di «trarre il maggior vantaggio possibile da questa generosa aberrazione dei magistrati» (COSENZA, Vincenzo. Relazione sul casellario presentata alla Commissione per la statistica giudiziaria nella sessione del maggio 1895. *Giurisprudenza italiana*, Torino, v. 47, parte quarta, 1895, pp. 205-207).

<sup>61</sup> Si evidenziò, tuttavia, in un impeto di orgoglio nazionalistico, che la primogenitura di tali intuizioni andava fatta risalire a Lombroso e ad Alongi. Si trattava infatti di un metodo da tempo invocato dagli antropologi italiani: cfr. LOMBROSO, Cesare. *Sull'incremento del delitto in Italia* cit., e ALONGI, Giuseppe. *Polizia e delinquenza in Italia* cit. Per Lombroso la nascita dell'antropologia criminale andava fatta risalire al 1870, quando, esaminando il teschio di un brigante, scoprì quelle anomalie che lo avrebbero condotto a elaborare il suo metodo scientifico (LOMBROSO, Cesare. Discours d'ouverture au VI Congrès d'Anthropologie criminelle. *Archives d'Anthropologie criminelle, de Criminologie et de Psychologie normale et pathologique*. Lyon-Paris, t. 21, 1906, pp. 665-671). Fondamentale tuttavia restava *L'uomo delinquente*, risalente al 1876, continuamente modificato fino al 1900, operazione proseguita anche

Il sistema consisteva nel prendere un determinato numero di misure del corpo umano (undici, per la precisione), procedere alla descrizione della persona ed evidenziare gli eventuali segni particolari<sup>62</sup>. Il processo si ultimava con la fotografia del soggetto in questione (e anche su questa tecnica Bertillon non mancò di far sentire la propria voce).

L'antropometria faceva ufficialmente il proprio ingresso sulla scena dei metodi di investigazione<sup>63</sup>. Il cd. segnalamento antropometrico<sup>64</sup> nella sola Parigi aveva consentito tra il 1883 e il 1892 di identificare circa 4.000 imputati che si videro costretti a confessare la loro vera identità (dopo aver fornito informazioni non veritiere) grazie proprio

---

dopo la morte di Lombroso fino al 1924. Cfr. anche BONOMI, Giuseppe. *Project of an Instrument for the Identification of Persons for Use in Military Establishments, Police Offices etc.* London 1872. Si trattava di uno scritto breve (dodici pagine in tutto) ma incisivo in cui veniva enunciata l'idea, poi perfezionata da Bertillon, che le misure del corpo umano fossero in grado di restituire l'unicità di ciascuno in ragione della non ripetibilità delle stesse. Se Bertillon aveva avuto il merito di avviare la polizia all'applicazione dei dati della scienza, non andava trascurato o negato che la strada era stata indicata dai nostri studiosi, come rivendicato da OTTOLENGHI, Salvatore. *Il segnalamento del delinquente cit.*, p. 22.

<sup>62</sup> Il metodo procedeva dalla misurazione del torso (altezza, ampiezza delle braccia, misurazione del tronco) a quella della testa (ampiezza e lunghezza) e dell'orecchio destro. Seguiva poi la misurazione degli arti e la descrizione del volto (orecchio, naso, fronte, occhio), delle mani e del corpo, annotando malformazioni, segni come tatuaggi, cicatrici, deformazioni: un dettaglio minuzioso e accurato, al limite del cavilloso. Si muoveva dall'assunto che, se anche una sola di tali misure si fosse rivelata identica in due individui, sarebbe stato tuttavia quasi impossibile che fossero tutte concomitanti simultaneamente in due soggetti diversi (COSENZA, Vincenzo. *Il casellario giudiziale cit.*, p. 22). Per una sintesi accurata cfr. DE NOTARISTEFANI, Raffaele. *L'identificazione del delinquente cit.*, pp. 13-27; ANFOSSO, Luigi. *Il casellario giudiziale cit.*, pp. 22-24.

<sup>63</sup> DARMON, Pierre. Bertillon, le fondateur de la police scientifique, in *L'Histoire*, novembre 1987, n° 105, pp. 43-48.

<sup>64</sup> BERTILLON, Alphonse. Sur le fonctionnement du service des signalements anthropométriques. *Archives de l'anthropométrie criminel*, Paris, t. 3, 1888, pp. 138- 157. Il metodo venne presentato personalmente dall'autore per la prima volta al Congresso penitenziario internazionale di Roma del 1885 e pubblicato nel *Bulletin de la Société générale des prisons*, Paris, t. 11, n. 3, 1887, pp. 272-297.

alle misurazioni effettuate<sup>65</sup>. Il *bertillonage* (stilema coniato dal giornalista francese Pierre Brullard nel 1888 ed entrato a pieno diritto nel gergo criminologico) era applicabile essenzialmente per riconoscere eventuali recidivi<sup>66</sup>. Per quanto complesso<sup>67</sup>, dopo un'iniziale diffidenza, venne adottato quasi ovunque<sup>68</sup>.

Secondo Bertillon, tuttavia, non ci si doveva limitare a misurare il corpo umano: come anticipato, occorreva perfezionare anche la tecnica

<sup>65</sup> BERTILLON, Alphonse. Résultats obtenus par l'anthropométrie au point de vue de la criminalité. Rapport au Congrès international de Genève. *Archives de l'anthropologie criminelle*, Paris, t. 11, 1896, pp. 592-596. I dati dimostrativi della validità del metodo di Bertillon sono riprodotti in DE NOTARISTEFANI, Raffaele. L'identificazione del delinquente cit., pp. 27-28 e GIANNELLI, Augusto -PARDO, Giorgio. I sistemi di segnalazione antropometrica cit., p. 463. Si sosteneva che il successo del *bertillonage* fu tale da indurre i delinquenti (i quali ne erano consapevoli) ad abbandonare i paesi che lo adottavano e a trasferirsi altrove.

<sup>66</sup> Non si trattava però soltanto di raccogliere dati attraverso queste misure, ma anche di esprimerle attraverso un preciso lessico teminologico elaborato sempre da Bertillon e via via raffinato introducendo un sistema di abbreviazione delle misurazioni effettuate. Il ricorso ad abbreviazioni rendeva più celere l'annotazione sotto dettatura. «C'est ainsi, par exemple, que le mot *cicatrice* est représenté par les lettres *cic*, et le mot *oblique* par un simple *b*; *c* signifie *courbe*, et la lettre *r*, *rectiligne*; *a* se lit *antérieur* et  $\rho$  (le rho grec), *postérieur*; *e*, *externe*, et *i* *interne*; *f* se lit *phalange*; chaque doigt de la main est indiqué par son initiale en majuscule etc. Supponos une marque libellées ains: *cicatrice rectiligne d'une dimension de 1 centimètre, oblique externe, sur le milieu de la deuxième phalange du médus gauche, face postérieure*; elle se réduira en ligne suivante: *cic. r. de l. b. e, ml. 2 f. M. g.  $\rho$* . On comprend que l'usage journalier de ces signes sténographiques donne à l'écriture une rapidité égale et même supérieure à la parole. Les agents qui s'en servent cont même jusqu'à déclarer que la lecture en est plus rapide et l'interprétation plus facile que celle de l'écriture ordinaire. Un apprentissage de quelques jour suffit pour arriver au maximum de vitesse» (BERTILLON, Alphonse. *Identification anthropométrique* cit., p. LXIII).

<sup>67</sup> Si era tuttavia convinti che il *bertillonage* fosse di immediata recezione e applicazione: «basta qualche ora per apprender[lo] e meno di una settimana per rendersi padrone di tutte le conoscenze necessarie», così da arrivare a misurare da 100 a 150 persone al giorno, ciascuna delle quali non avrebbe richiesto più di sette minuti (DE NOTARISTEFANI, Raffaele. *L'identificazione del delinquente* cit., p. 27).

<sup>68</sup> Sulla diffusione del sistema antropometrico nelle diverse aree geo politiche si veda DE NOTARISTEFANI, Raffaele. *L'identificazione del delinquente* cit., pp. 30-44.

fotografica, perché quelle istantanee allegate alle schede identificative sapessero contribuire a migliorare la capacità di riconoscimento degli arrestati. Si suggeriva pertanto di riprendere il sospettato, oltre che di fronte, anche di profilo<sup>69</sup>, per imprimere al meglio sulla pellicola ogni tratto del volto, procedendo poi ad annotarlo evitando ogni approssimazione: occhi, orecchie, bocca, naso, forma del viso, guance dovevano essere descritti in modo preciso<sup>70</sup>, fino a fornire un *portrait parlè*<sup>71</sup>. Solo così il casellario, costituito (lo si ricorda) dalla somma dei cartellini, avrebbe potuto rappresentare la vera e precisa biografia penale di un individuo<sup>72</sup>.

Qualche contributo provenne anche dagli studiosi italiani. A Luigi Anfosso, ad esempio, si devono l'antropometro, il craniografo e

---

<sup>69</sup> Cfr. ELLERO, Umberto. *La fotografia nelle funzioni di polizia e processuali*. Milano 1908. A lui si deve l'invenzione delle cd. *gemelle Ellero*, ossia di un apparecchio fotografico costituito da due macchine poste in sincrono il modo da immortalare il criminale contemporaneamente di fronte e di profilo, come richiesto da Bertillon, ma con un unico scatto e in un'unica posa, rendendo quindi la foto segnaletica la più precisa possibile. Le *gemelle* vennero ben presto adottate in sostituzione dei ritrovati di Bertillon. Si veda MUZZARELLI, Federica. *Formato tessera*. Storia, arte, e idee in photomatic. Milano, 2003, pp. 26-27; GILARDI, Ando. *Wanted! Storia, tecnica ed estetica della fotografia criminale, segnaletica e giudiziaria*. Milano, 2003.

<sup>70</sup> Il colore degli occhi, ad esempio, poteva essere codificato con 50 espressioni diverse, mentre era addirittura monumentale la descrizione delle orecchie. Per Bertillon infatti era possibile distinguere quattro 'zone' dell'orecchio (bordo, lobo, antitrigo e pieghe) ciascuna delle quali suddivisibile a sua volta in quattro sottocategorie; le sedici sottocategorie erano ulteriormente scomponibili in tre o cinque 'elementi' (BERTILLON, Alphonse. *Identification anthropométrique* cit., pp. 66-79). A titolo di esempio, per studi particolari e curiosi, cfr. GRADENIGO, Giuseppe. L'orecchio nei delinquenti. *Giornale della Regia Accademia di medicina di Torino*, Torino, v. 37, 1889, pp. 223-229; GRADENIGO, Giuseppe. La conformazione del padiglione dell'orecchio nei normali, negli alienati e nei delinquenti. *Giornale della Regia Accademia di medicina di Torino*, Torino, v. 38, 1890, pp. 495-502; DE BLASIO, Abele. L'orecchio dei Napoletani normali e criminali. *Archivio di psichiatria, neuropatologia, antropologia criminale e medicina legale*, Milano-Torino-Roma, v. 26 (2 della serie 3), 1905, pp. 385-411.

<sup>71</sup> BERTILLON, Alphonse. *Identification anthropométrique* cit., p. 77.

<sup>72</sup> Così auspicava avvenisse COSENZA, Vincenzo. *Il casellario giudiziale* cit., p. 1.

il tachiantropometro<sup>73</sup>, mezzi apprezzati in Italia ma poco all'estero<sup>74</sup> e concepiti per raggruppare le misure del corpo e del cranio in modo più agevole<sup>75</sup>. Luigi Frigerio introduceva l'otometro, una sorta di compasso unito a un goniometro, utile per misurare i diametri dell'orecchio e l'angolo auricolo-temporale<sup>76</sup>. Il pletismografo, ideato da Angelo Mosso, era invece capace di «scendere nella coscienza dell'uomo più dissimulatore con esattezza matematica», senza dolore, registrando i movimenti dei vasi sanguigni: esso veniva paragonato, per la precisione dei risultati<sup>77</sup>, a

<sup>73</sup> ANFOSSO, Luigi. Il segnalamento dei delinquenti e il nuovo antropometro popolare. *Archivio di Psichiatria, Scienze penale ed antropologia criminale*, Torino, v. 9, fasc. 4, 1888, pp. 363-374. Se ne veda l'esaltazione in LOMBROSO, Cesare. *L'uomo delinquente* cit., pp. 324-27, dove l'autore rivendica con orgoglio il merito di aver dato il nome di *Tachi antropometro* allo strumento ideato da Anfosso, ritenuto un perfezionamento dei sistemi di Bertillon.

<sup>74</sup> ROSSI, Virgilio. *Polizia Empirica* cit., pp. 29-51. Brusa attestava che l'uso del tachiantropometro rimase limitato alle carceri delle principali città del Regno ma senza fortuna negli altri paesi, dove il metodo Bertillon, tra entusiasmi e ravvedimenti, continuava a riscuotere maggior successo delle sperimentazioni italiane (BRUSA, Emilio, *Legislazione, dottrina e giurisprudenza penale italiana negli anni 1890-91. Annuario di dottrina, legislazione e di giurisprudenza*, Milano, v. 3, 1891, pp. 250-251, nt. 1).

<sup>75</sup> ANFOSSO, Luigi. *Il casellario giudiziale centrale* cit., pp. 25-37 con relative illustrazioni e spiegazioni delle modalità d'uso.

<sup>76</sup> FRIGERIO, Luigi. L'oreille externe. Étude d'anthropologie criminelle, Parys et Lion, 1888, pubblicato anche in *Archives de l'anthropologie criminelle*, Paris, v. 3, 1888, pp. 438-481.

<sup>77</sup> L'uso della pletismografia fu ad esempio centrale nel famoso caso del cocchiere Carlo Tosetti, ingiustamente accusato dell'uccisione di Veronica Zucca, una bambina di soli 5 anni. Lombroso infatti ne proclamò l'innocenza in fase istruttoria grazie anche al ricorso allo pletismografo. L'esame rivelò infatti la mancanza di reazioni vasomotorie di fronte all'immagine di crani, figure di bambine con numerose ferite o in stato di putrefazione e foto della stessa Veronica. Al contrario una reazione fu osservata alla vista di un temperino munito di lama che il Tosetti riteneva la causa del suo arresto. Inoltre, secondo Lombroso, si doveva escludere la responsabilità dell'accusato in quanto si trattava di un tipo di reato che poteva essere commesso solo da sadici o degenerati, rispondenti a precise caratteristiche psico-fisiche, assenti invece nel Tosetti. «Si vede qui, come l'antropologia criminale, se giova a scoprire il delinquente, è utile pure per riconoscere l'innocenza» (LOMBROSO, Cesare, BONELLI, Angelo. *Innocenza di gravissima imputazione dimostrata dall'Antropologia criminale. Archivio di psichiatria, scienze penali ed antropologia criminale*, Torino, v. 23 (v. 7 della serie 2), 1902, pp. 539-545. La citazione si trova a p. 545). Vi fu un ricorso al medesimo strumento nel caso Olivo. Pur se reo confesso di aver ucciso

quelli ottenuti con la tortura<sup>78</sup>, e già quest'ultima equiparazione basta a intuire l'invasività del metodo pur incruento, la sua attitudine a penetrare la mente senza possibilità alcuna di opporre resistenza<sup>79</sup>.

Come ogni nuova scoperta che si basava su dati scientifici o presunti tali, l'antropometria generò un'esaltazione forse eccessiva e si assicurò seguaci ovunque.

Ma non mancarono le critiche. Si evidenziò, ad esempio, come il sistema antropometrico consentisse solo in parte di raggiungere gli scopi desiderati: seppur utile per l'identificazione di soggetti che avevano già subito una condanna, esso non impediva che quanti venivano arrestati per la prima volta potessero fornire false generalità, innescando quindi una catena di errori<sup>80</sup>.

Soprattutto la metodologia che aveva avuto ferventi adepti si rivelò ben presto farraginoso (oltre che non così infallibile come era stata contrabbandata). I cartellini assumevano dimensioni abnormi, ingestibili: la ricchezza dei dati finiva per trasformarsi in un disvalore anziché in un pregio.

---

la moglie, Ernestina Beccaro, e di averne smembrato il cadavere, fu assolto per mancanza di prove per ben due volte (prima dalla corte di Assise Milano, sentenza annullata dalla Cassazione, poi da quella di Bergamo). L'Olivo fu condannato a soli 12 giorni di carcere e 135 lire di multa per mero occultamento di cadavere. Lombroso fu ascoltato come perito nel secondo processo e in quella circostanza non mancò di riferire che l'Olivo, stimolato con il pletismografo, aveva reagito più al ricordo del preside del suo Istituto che alla vista della fotografia dei resti della moglie, a riprova dell'estraneità dell'uomo (LOMBROSO Cesare, BIANCHI, Augusto Guido. *Il caso Olivo*. Milano, 1905, figg. 8 e 10).

<sup>78</sup> ROSSI, Virgilio. *Polizia Empirica* cit., p. 16.

<sup>79</sup> A proposito di tali misurazioni si cercò di superare l'obiezione, mossa da taluni, di una possibile violazione della riservatezza dell'arrestato, sottoposto a una serie di rilevamenti che potevano avere il vago sapore di ingerenza nella sfera personale ed intima. La preoccupazione venne aggirata osservando che, come vi era l'obbligo di declinare le proprie generalità, parimenti si era tenuti a rispondere alle altre richieste atte a giungere alla verità. Di questi interventi si sosteneva che nulla avrebbe avuto da temere l'innocente erroneamente caduto nelle maglie della giustizia: una precisazione che mirava ad impedire eventuali limitazioni normative alla libertà di azione della polizia in nome di una presunta difesa di diritti individuali.

<sup>80</sup> COMPAGNONE, Luigi. *Il casellario giudiziario ed il metodo Bertillon per accertare l'identità dei recidivi*: studio e proposte. Napoli 1888.

Così, al segnalamento antropometrico si affiancò, fin quasi a soppiantarlo, quello dattiloscopico, il quale, nato quasi in sordina (e sempre in collegamento con le scienze naturali), aveva finito per risultare maggiormente attendibile<sup>81</sup>.

Fu uno spiacevole episodio a determinare la crisi del sistema di Bertillon. Nel 1903, nello Stato di Washington, la polizia del penitenziario federale di Leavenworth, mentre stava procedendo all'identificazione di un prigioniero, rilevò una perfetta identità con le misure e le foto di un altro detenuto schedato tempo prima<sup>82</sup>.

Una falla si apriva dunque nella segnalazione antropometrica: la possibilità che due individui potessero presentare le stesse misure, pur se remota, non era da escludere del tutto. Solo la dattiloscopia permise, nel caso di specie, di dimostrare che i due arrestati erano soggetti diversi e ciò determinò un progressivo accreditamento delle rilevazioni delle impronte digitali. L'episodio aveva finito per mettere in discussione contemporaneamente sia il sistema di Bertillon che il ricorso alle foto segnaletiche<sup>83</sup>. L'entusiasmo mostrato verso il *bertillonage* fu dirottato

---

<sup>81</sup> GIULIANO, Andrea. *Salvatore Ottolenghi. Le impronte digitali in polizia scientifica e medicina legale*. Torino, 2018.

<sup>82</sup> LOCARD, Edmond. *La preuve judiciaire par les empreintes digitales*. *Archives de l'anthropologie criminelle*, Paris, t. 29, 1914, pp. 321-348.

<sup>83</sup> GASTI, Giovanni. *La missione attuale dell'antropometria nelle funzioni di polizia*. *Bollettino della Scuola di polizia scientifica e del servizio di segnalamento*, Roma, fasc. 3, 1912, pp. 112-113. Un colpo mortale venne assestato in occasione del famoso furto della Gioconda al Louvre, divenuto di dominio pubblico il 23 agosto 1911 (la sottrazione del celebre quadro di Leonardo era avvenuto due giorni prima). Sulla cornice abbandonata al museo era impressa un'impronta digitale, che sembrava agevolare la ricerca del colpevole da parte della Sûreté, ma gli archivi creati con il *bertillonage*, per quanto all'avanguardia, non consentirono di risalire al colpevole, scoperto poi essere il lombardo Vincenzo Perrugia. Il sistema fu ufficialmente abbandonato con il congresso di Polizia scientifica di Monaco nel 1914, anche se, di fronte alla nutrita schiera di detrattori, una difesa del valore del metodo e del suo ruolo innovativo provenne proprio dagli scienziati italiani. In una comunicazione presentata al Congresso annuale dell'Associazione dei Capi di Polizia svoltosi in America nel luglio 1911, Giovanni Gasti riconosceva la «superiorità della dattiloscopia sull'antropometria per il servizio di identificazione dei delinquenti», sostenuta «fin dall'epoca in cui pochi si attentavano di affermare che potesse esservi al mondo qualche cosa di meglio del Bertillonage, imperante in tutte le polizie d'Europa e di America». Tuttavia, Gasti metteva in guardia



verso la dattiloscopia, esaltata quasi con le stesse parole con cui si erano decantati solo pochi anni prima i risultati conseguiti con l'antropometria<sup>84</sup>: le impronte digitali, in quanto immutabili e uniche (di nuovo il valore aggiunto era individuato nell'irripetibilità), offrivano migliori garanzie circa l'identità di un soggetto e risultavano proficuamente utilizzabili in ambito giuridico.

Fu nel 1896 che un ufficiale di polizia argentino, Juan Vucetich, propose un metodo di classificazione delle impronte digitali<sup>85</sup>. Questi sviluppò gli studi di Francis Galton (che avevano dato esiti poco soddisfacenti)<sup>86</sup>. Tali ricerche furono riprese da Giovanni Gasti, che

---

dalle critiche rivolte all'antropometria, «esagerate più ancora di quanto lo erano state le lodi precedenti» e dettate, a suo dire, dal desiderio di svalutare il sistema «per mettere maggiormente in evidenza la importanza del metodo delle impronte digitali, il quale non aveva certo bisogno di abbattere o di deprimere per mettersi in auge; essendo i suoi pregi così intrinseci, così assoluti, così alti, da non poter in alcun modo essere offuscati dai meriti di altri sistemi». Il sistema antropometrico restava, a detta del Gasti, un ottimo metodo di identificazione, semplicemente superato dai progressi della scienza.

<sup>84</sup> Lo stesso Ottolenghi non esitava a collocare il segnalamento dattiloscopico «sopra tutti gli altri segnalamenti», dal momento che permetteva «la classificazione più perfetta e più ampia [...] e la identificazione delle persone segnalate sempre e dovunque si trovino» (OTTOLENGHI, Salvatore. Relazione degli anni 1919, 1920 e 1921. *Bollettino della Scuola di polizia scientifica e dei servizi tecnici annessi*, Roma, fasc. 9-11, 1923, p. 19).

<sup>85</sup> VUCETICH, Juan. *Dactiloscopia comparada*. El nuevo sistema argentino. La Plata, 1904. Il Vucetich aveva trovato sterile e di scarsa applicabilità pratica il metodo Galton (vedi nota successiva) e per questo lo modificò configurandone uno nuovo: l'icnofalangometria, ossia la fotografia dei polpastrelli delle dita. Se nelle prime due parti del volume l'autore evidenziava gli errori generati dal sistema antropometrico, rispetto al quale la rilevazione delle impronte digitali si prestava a un'identificazione certa, nella terza si sottolineava la superiorità del sistema dattiloscopico argentino rispetto al primitivo metodo Galton, in ragione della semplicità e della chiarezza dei 'tipi' posti a base della classificazione delle impronte stesse.

<sup>86</sup> Francis Galton studiò le impronte digitali ritenendole un possibile ausilio per ricostruire la storia genetica di un individuo e per comprendere l'ereditarietà razziale (a lui, cugino di Charles Darwin, si deve l'eugenetica), ma seppure lo scopo prefissato non fu raggiunto, la sua classificazione delle impronte rimase una base importante di studio (GALTON, Francis. *Finger prints*. London, 1892), ripresa poi da Edward Richard Henry, commissario capo della polizia metropolitana di Londra (*Classification and uses of finger prints*. London, 1900). Proprio a Londra, una commissione, istituita nel 1893, dopo aver

dal 1903 si dedicò a una classificazione, adottata dall'anno successivo, grazie all'approvazione dell'Ottolenghi, per l'archiviazione dei cartellini segnaletici nel casellario dattiloscopico della neonata Scuola di polizia scientifica<sup>87</sup>. La diffusione di questa tecnica determinò un lento, quanto progressivo e inesorabile declino del sistema antropometrico<sup>88</sup>.

### 3. LA SCUOLA DI POLIZIA SCIENTIFICA: UN ORGOGLIO NAZIONALE

I metodi fin qui esposti costituirono la base per un'operazione rivoluzionaria: la creazione di una polizia scientifica in Italia<sup>89</sup>. Si trattava di intervenire su un'istituzione da sempre restia a mutamenti e innovazioni, a cui si chiedeva di affrancarsi da una mentalità ciecamente burocratica per abbracciare nuovi metodi ma soprattutto una nuova mentalità. Dopo un'iniziale cautela - al confronto con altri contesti - nell'impiego dei metodi

---

preso in esame il metodo Bertillon e quello Galton, propose l'applicazione riunita dei due sistemi, presentando di entrambi vantaggi e svantaggi: se il secondo si rivelava così semplice da poter essere eseguito dopo un breve tirocinio, il primo richiedeva maggiore competenza ed esperienza (DE NOTARI-STEFANI, Raffaele. *L'identificazione del delinquente* cit., p. 30).

<sup>87</sup> Sulla Scuola di polizia, v. *infra*, § 3.

<sup>88</sup> Va rilevato che a fronte degli studi che sostenevano l'unicità e l'immutabilità delle 'figure' dei polpastrelli delle dita, i tribunali non cessarono di mostrare una certa titubanza. Si veda ad esempio la sentenza del tribunale di Pisa del 15 febbraio 1918, confermata dalla Corte d'Appello di Lucca, in cui si giunse all'assoluzione dell'imputato, chiamato in giudizio a seguito del confronto tra le impronte digitali, con la motivazione che esse non bastavano a costituire una prova convincente: se configuravano un aiuto nelle investigazioni giudiziarie, le impronte non avrebbero potuto assurgere a prova, data la *intuitiva defettibilità* del sistema. Il dispositivo della sentenza è riprodotto in FALCO, Giuseppe, *Polizia scientifica e giurisprudenza. Bollettino della Scuola di polizia scientifica e del servizio di segnalamento*, Roma, fasc. 7-8, 1921, p. 161. La diffidenza fu nel tempo superata in ragione dei risultati conseguiti, tanto che dal 1911 al 1933 si registrarono solo cinque assoluzioni nonostante la prova dattiloscopica (SORRENTINO, Ugo. *La prova dattiloscopica dinanzi ai magistrati italiani. Bollettino della Scuola superiore di polizia e dei servizi tecnici annessi*, Roma, fasc. 22-23, 1935, p. 135).

<sup>89</sup> Quando Bertillon «ideò i suoi metodi di identificazione non pensò neppure a una Polizia Scientifica anche se aveva intuito nuove applicazioni ai fini della polizia» (OTTOLENGHI, Salvatore. Una "polizia scientifica" antiscientifica. *La Scuola Positiva*, Milano, v. 1 dell'anno 21, 1911, p. 517).

scientifici di identificazione dei recidivi<sup>90</sup>, esitazione che potrebbe forse ricondursi alla tradizionale predilezione del mondo giuridico italiano per un approccio formalistico o comunque teorico, era giunto per la Penisola il momento del riscatto: dalla mera importazione di tecniche elaborate altrove a una funzione di guida e di modello di riferimento per le altre nazioni, come sostenevano i fautori del nuovo approccio<sup>91</sup>. Ciò avvenne grazie soprattutto alla Scuola, sorta a Roma nel 1902 per volontà di Salvatore Ottolenghi, il quale tradusse sul campo gli insegnamenti del maestro Lombroso, rendendo realtà l'intuizione del criminologo veronese (che da tempo anelava alla formazione scientifica della polizia)<sup>92</sup>. Sebbene non vi fu un accoglimento acritico delle sue posizioni, è indubbio che la ricerca, a volte esasperata, di un collegamento tra caratteri antropologici e predittività criminale connotarono l'impostazione metodologica di Ottolenghi<sup>93</sup>, in cui si avverte una volontà classificatoria su basi bio-

---

<sup>90</sup> OTTOLENGHI, Salvatore. *Trattato di polizia scientifica*. Milano, v. I, 1910, p. III.

<sup>91</sup> Tuttavia l'esaltazione 'partigiana' dei fondatori della Scuola merita qualche riflessione, dal momento che la Scuola di polizia poté giovare sia delle scoperte messe a punto dai vari Bertillon, Galton e Vucetich (qui in sintesi ricordate), sia dei loro errori. Fu quello infatti un periodo connotato da una intensa circolazione di idee ed esperienze a livello internazionale: una condivisione di saperi che mirava non solo a una formazione 'teorica' comune (nei metodi e nel linguaggio) ma anche a una cooperazione sovranazionale nel perseguimento della criminalità.

<sup>92</sup> Una chiara testimonianza e un'interessante chiave di lettura del rapporto tra Lombroso, Ottolenghi e l'origine della polizia scientifica è fornita dallo stesso Ottolenghi nel saggio *L'opera di Cesare Lombroso e la polizia scientifica*. In: *L'opera di Cesare Lombroso nella scienza e nelle sue applicazioni*. Milano-Torino-Roma, 1908, pp. 220-237. Dai semi gettati dal maestro sarebbe quindi sorta la Scuola di polizia scientifica, che funse da modello per altre esperienze simili. Nel 1904, ad esempio, all'Università di Ferrara si tentò di seguire l'esempio di Roma e dare vita a una Scuola di Polizia scientifica, con insegnamenti simili a quelli impartiti nella capitale (Antropologia criminale e psicologia, Polizia giudiziaria scientifica, Polizia amministrativa e di sicurezza). La Scuola si rivolgeva per lo più ai laureati in Giurisprudenza e, in modo sporadico, agli ufficiali di pubblica sicurezza, ma l'attività venne sospesa nel 1906-1907 a seguito della destinazione dei diversi direttori che si erano nel tempo succeduti a più alti incarichi (MARTINELLI, Giovanni. *Cenni storici su l'Università di Ferrara*. Ferrara, 1908, pp. 76-77). Cfr. PACINOTTI, Giovanni. *Una Scuola di polizia scientifica* cit., pp. 309- 316.

<sup>93</sup> DI GIORGIO, Michele. *Dalla medicina all'investigazione* cit., pp. 38-40. La classificazione dei detenuti operata da Ottolenghi riproduceva la nota

psicologiche, al fine di creare categorie di delinquenti cui far discendere la tipologia di sanzione. La ricerca quasi maniacale della diversità morfologica di orecchie, naso, occhi, cranio o viso finivano per creare anche una sorta di gerarchia antropologia cui non era estraneo un vago sentore razziale<sup>94</sup>.

In Ottolenghi si percepisce l'eco del portato della scuola positiva, sia nell'approccio di antropologia criminale alla Lombroso sia nelle sensibilità sociologiche à la Ferri, entrambe destinate a tradursi in un certo determinismo<sup>95</sup>: si era propensi alla criminalità per nascita, per natura, per influenza di fattori economico-sociali-familiari-ambientali la cui combinazione dava luogo a un processo estraneo e ignoto anche al soggetto che lo subiva<sup>96</sup>. Lombroso aveva invocato a suo tempo l'utilizzo da parte della polizia di tutte le conoscenze messe a disposizione dalle scienze naturali<sup>97</sup> e non mancò Ottolenghi di riconoscere al maestro una sorta di felice illuminazione nell'occuparsi «dell'applicazione pratica nella Polizia in ispecie delle nuove scoperte scientifiche», riconducendo al breve saggio *Sull'incremento del delitto in Italia e sui mezzi per arrestarlo*, edito nel 1879, l'origine della trasformazione della polizia in scientifica<sup>98</sup>.

---

partizione, portato della scuola positiva, tra delinquenti nati, abituali, per passione o per occasione.

<sup>94</sup> Si rinvia all'ormai noto studio di GIBSON, Mary. *Nati per il crimine*. Cesare Lombroso e le origini della criminologia biologica. Milano, 2002.

<sup>95</sup> Per Ferri il determinismo sostenuto dai positivisti si risolveva in un concetto di dipendenza intesa «nel senso di necessità naturale e non di fatalismo o predestinazione dei fenomeni umani, e quindi anche dei criminosi, dalle cause naturali» (FERRI, Enrico. *Sociologia criminale*. Torino, 1900, p. 350).

<sup>96</sup> Da 'lombrosiano' Ottolenghi non disdegnò di collaborare con Ferri, a sua volta fondatore della Scuola di applicazione giuridico-criminale, mentre ormai il mito di Lombroso e di una criminologia a base prevalentemente biologica stava conoscendo un certo appannamento.

<sup>97</sup> «Dobbiamo fare nella polizia quel passo che Sadowa ci insegnò a fare nell'armata, renderla uno strumento scientifico e non *routinier*, che ponga in opera la fotografia, il telegrafo d'allarme, gli annunci nei giornali, e soprattutto la conoscenza dell'uomo delinquente» (LOMBROSO, Cesare. *Sull'incremento del delitto* cit., p. 135).

<sup>98</sup> OTTOLENGHI, Salvatore. *L'opera di Cesare Lombroso* cit., pp. 220-221. Lombroso «per primo propose ed effettuò l'applicazione di quei metodi scientifici che erano rimasti fino allora riserbati alle pure ricerche di laboratorio, negli interrogatori facendo intravedere tutto un nuovo sistema di tortura...scientifica, che doveva dare un carattere ben più rigoroso alle inchieste giudiziarie»

Guardando all'esperienza inglese, Lombroso invocava per la polizia italiana dei funzionari *detectives* e l'uso dei mezzi offerti dal progresso della civiltà<sup>99</sup>, ma in più essa avrebbe dovuto possedere gli strumenti per saper riconoscere non solo i tratti fisici ma anche psichici del delinquente. Era questo il passo ulteriore che in Italia si voleva compiere: considerare il *bertillonage* un capitolo di polizia scientifica, ma ampliare le indagini alle personalità del soggetto, non limitandosi alla mera identificazione fisica<sup>100</sup>. Proprio la conoscenza dell'uomo delinquente costituiva la base di una riforma che doveva prendere le mosse dai pionieristici studi lombrosiani per evitare di forgiare una polizia forse più agguerrita, ma pur sempre empirica<sup>101</sup>.

Se il *bertillonage* si rivelava utile soprattutto per i guardiani delle carceri<sup>102</sup>, la polizia scientifica, concepita da Ottolenghi, doveva rivolgersi

---

(OTTOLENGHI, Salvatore. *L'opera di Cesare Lombroso* cit., p. 227). Il laboratorio diveniva un campo ben più vasto rispetto ad angusti locali di studio: era la criminalità, o sarebbe forse più corretto dire erano i delinquenti le cavie su cui sperimentare i ritrovati della biologia e della psichiatria per garantire una maggior sicurezza sociale. Sul legame tra Lombroso, Ottolenghi e la polizia scientifica si veda da ultimo, D'ANTONIO, Emanuele. Lombroso, Ottolenghi e le origini della polizia scientifica italiana. In: *Una cultura professionale* cit., pp. 23-44.

<sup>99</sup> «Abbiamo dei questori che sono abili, come lo erano Ulisse ed Achille; ma non ne abbiamo nessuno, però, che si serva per le sue indagini delle risorse scientifiche offerte dagli studi di statistica, di antropologia criminale, che moltiplichi, insomma il proprio ingegno, colle forze enormi, e quel che è più esattamente governabili, dalla scienza» (LOMBROSO, Cesare. *L'uomo delinquente* cit., p. 321).

<sup>100</sup> La scuola mirava ad assumere una connotazione tutta 'italiana', interpretando il 'segnalamento' «non come fine a se stesso per l'accertamento dell'identità, ma come introduzione necessaria alla conoscenza della personalità del delinquente e in special modo della individuale pericolosità e correggibilità» (OTTOLENGHI, Salvatore. Prefazione a FALCO Giuseppe. «*Identità*». Metodo scientifico di segnalamento e di identificazione. Roma, 1922). Cfr. anche GASTI, Giovanni. *Il corso di Polizia scientifica* cit., pp. 6-8).

<sup>101</sup> Così OTTOLENGHI, Salvatore. *L'opera di Cesare Lombroso* cit., p. 223.

<sup>102</sup> Proprio riferendosi alle guardie carcerarie «*surveillant de prison* qui passe son existence en tête à tête avec des êtres humains et qui, à proprement parler, est un *gardien d'hommes*», Bertillon scriveva che esse «doit tendre à devenir *anthropologiste*» (BERTILLON, Alphonse. *Identification anthropométrique* cit., p. III).

a tutti i funzionari di polizia dello Stato (sia di pubblica sicurezza che giudiziaria) e pervadere tutti gli uffici dell'amministrazione di P.S., fino all'arma dei Carabinieri, perché, qualunque fosse l'ufficio cui erano preposti, i funzionari potessero avvalersi delle scienze nell'esecuzione dei loro molteplici servizi<sup>103</sup>. Prendeva corpo l'idea di un'indagine giudiziaria non più basata sull'empirismo, ma sullo studio antro-psicologico dell'individuo<sup>104</sup> e del suo ambiente<sup>105</sup>: la personalità del soggetto e l'individuazione delle diverse specie dell'uomo delinquente dovevano essere al centro degli obiettivi perseguiti<sup>106</sup>.

Gli studi compiuti da Lombroso furono invocati per marcare la differenza tra gli orientamenti nostrani e quelli d'Oltre'Alpe<sup>107</sup>. All'insigne padre della criminologia andava riconosciuto il merito di aver reso possibile la conoscenza pratica del delinquente non ricorrendo alla mera osservazione intuitiva, riservata a pochi, ma mediante ricerche metodiche e sperimentalmente ripetibili. Non si trattava di basarsi sulle

---

<sup>103</sup> «La conoscenza antropopsicologica del delinquente si impone al funzionario di P.S., perché egli possa coll'esempio e colla parola inculcare agli agenti quei principii che devono trasformare radicalmente i mezzi di lotta contro i prodotti della degenerazione, dell'intossicazione, del proletariato, onde assumano quella forma che il progresso della scienza e dello spirito filantropico impongono, e servano anziché ad aizzare ad ammansire le più feroci belve umane, i così detti bruti del codice penale» (OTTOLENGHI, Salvatore. *Trattato di polizia scientifica* (1910) cit., pp. IX-X).

<sup>104</sup> L'antropopsicologia avrebbe consentito tanto al magistrato quanto al magistrato di interpretare la psiche dell'imputato, «per saper procedere con metodi meno infidi negli interrogatori, per poter valutare giustamente la temibilità, la capacità a delinquere» (OTTOLENGHI, Salvatore. *Trattato di polizia scientifica* (1910) cit., p. IX).

<sup>105</sup> OTTOLENGHI, Salvatore. Seconda conferenza internazionale di Polizia – New York 12-16 maggio 1925. *Bollettino della Scuola superiore di polizia e dei servizi tecnici annessi*, Roma, fasc. 14-15, 1926, pp. 182-184.

<sup>106</sup> Lo scopo della Scuola di Polizia era quello di «diffondere in tutte le funzioni della polizia il metodo scientifico di indagini e di porre come base di ogni funzione di prevenzione e repressione la profonda conoscenza dell'uomo normale e dell'uomo delinquente in specie» (OTTOLENGHI, Salvatore. *Polizia scientifica biologia e antropologia criminale. Bollettino della Scuola di polizia scientifica e del servizio di segnalamento*, Roma, fasc. 3, 1912, p. 74).

<sup>107</sup> DI TULLIO, Benigno. La profilassi criminale nella polizia. *Bollettino della Scuola superiore di Polizia e dei servizi tecnici annessi*, Roma, fasc. 14-16, 1937, pp. 88-101.

sole misurazioni proposte da Bertillon (metodo che non fu mai rinnegato perché a suo modo contribuiva alla conoscenza somatica costituzionale del soggetto), ma di avvalersi di un approccio filogenetico nello studio del delinquente, indagando sulla sua ‘discendenza’, sulla adattabilità al contesto sociale, sulla sua psiche.

L’istituzione della Scuola di Polizia scientifica prendeva le mosse da lontano, dal laboratorio medico-legale istituito da Ottolenghi nell’università di Siena<sup>108</sup> (dove deteneva la cattedra di Medicina legale quale professore straordinario e che abbandonò per la mancata promozione a professore ordinario) e dai corsi di formazione promossi in quell’Ateneo già nel 1895<sup>109</sup>. Nel 1902 Ottolenghi si trasferì a Roma<sup>110</sup> e qui poté realizzare il suo più ambizioso disegno: fondare una Scuola per la Pubblica Sicurezza. A tale scuola, come anticipato, egli conferì un indirizzo antropo-biologico<sup>111</sup>; vi collegò, l’anno successivo, la *Rivista di Polizia Scientifica*, fondata con Giuseppe Alongi, questore a Palermo, e nel 1910 pubblicò il primo numero

---

<sup>108</sup> FRANCHI, Bruno, Il principio individualizzatore nell’istruttoria penale. *La Scuola Positiva*, Milano, n. 11, v. 10, 1900, p. 658.

<sup>109</sup> OTTOLENGHI, Salvatore. *L’insegnamento universitario della polizia giudiziaria scientifica*. Torino, 1897, *passim*. Sul punto si veda BASSI, Gabriele. Salvatore Ottolenghi a Siena. In: *Salvatore Ottolenghi. Una cultura professionale* cit., pp. 57-74.

<sup>110</sup> Dalla cattedra romana di Medicina legale Ottolenghi poteva unire all’impegno universitario (sempre meno di suo interesse) la creazione della scuola. All’inizio forse gli esiti non furono quelli sperati, se dobbiamo dar credito a Giuseppe Falco, il quale, in occasione della commemorazione dell’amico scomparso, ricordava che il primo corso «fu frequentato da un certo numero di funzionari già in carriera: di questi la gran parte ne uscì indifferente e diffidente, ma qualcuno ne uscì convinto ed entusiasta», a dimostrazione della difficoltà di superare il misonismo che circondava sia il fondatore sia la Scuola stessa (FALCO, Giuseppe. *Salvatore Ottolenghi* cit., p. 5).

<sup>111</sup> La Scuola non si proponeva solo di formare, con lezioni teoriche e attività pratiche, i funzionari della P.S., ma anche di indirizzare le decisioni politiche. Essa rivendicava infatti d’aver sollecitato Vincenzo Quaranta (reggente, per il breve arco temporale di undici mesi, della Direzione generale della pubblica Sicurezza sotto l’egida del Ministero dell’Interno guidato da Francesco Saverio Nitti) ad emanare una circolare datata 23 marzo 1920 con la quale si imponeva il segnalamento sistematico dei “giudicandi” per i reati più gravi (OTTOLENGHI, Salvatore. *Relazione degli anni 1919, 1920 e 1921* cit., pp. 20-21).

del *Bollettino della Scuola di polizia scientifica*<sup>112</sup> che ebbe il merito, al pari della rivista (vissuta, però, per appena sei numeri), di divulgare i nuovi metodi dell'antropologia, della psicologia, della sociologia, della medicina legale, delle scienze fisiche e naturali<sup>113</sup>.

I corsi, per volere del Ministro Zanardelli, divennero obbligatori per tutti i funzionari di pubblica sicurezza tirocinanti a partire dal 1903<sup>114</sup>: costoro avrebbero appreso il metodo pratico per le osservazioni

<sup>112</sup> Nel *Bollettino* si dava volta per volta conto del numero dei partecipanti ai diversi indirizzi in cui la scuola era articolata, dei corsi e dei programmi, dei risultati raggiunti dagli allievi, delle conferenze svolte nei periodi di riferimento. Si riportavano i principali casi esaminati, i dati relativi ai cartellini segnaletici giunti, il numero di interventi compiuti, delle indagini svolte e dei successi, da valutare «non solamente dal numero di casi in cui si venne alla identificazione del colpevole, ma ben più dal numero rilevante dei casi in cui si procedette a rilievi» (OTTOLENGHI, Salvatore. *Diffusione e risultati del Servizio d'investigazione giudiziaria nel quadriennio 1915-1918. Bollettino della Scuola di polizia scientifica e del servizio di segnalamento*, Roma, fasc. 7-8, 1921, p. 40). Si veda per maggiori dettagli DI GIORGIO, Michele. *Un laboratorio per la costruzione e la diffusione dei saperi. La scuola di polizia scientifica e il "bollettino" (1910-1939)*. In: *Una cultura professionale* cit., pp. 47-92.

<sup>113</sup> «La Scuola di Polizia Scientifica ha apportato, nei metodi di lotta contro il delitto, una vera e profonda trasformazione [...]. Non solo reprimere, ma più ancora poter prevenire i reati: ecco, dunque, il compito della Scuola. Compito buono e nobile che va "segnalato" alla pubblica opinione e sinceramente elogiato» (BISCEGLIA, Roberto. *La Scuola di Polizia Scientifica. Noi e il mondo. Rivista mensile de La Tribuna*, anno 13, n. 1, 1923, p. 838).

<sup>114</sup> Il corso venne all'inizio svolto in un piccolo locale nelle carceri di via Giulia a Roma (precisamente nella sala dei riconoscimenti di *Regina Coeli*, grazie anche all'interessamento di Francesco Leonardi, senatore nonché Direttore generale della P.S., e all'autorizzazione di Giolitti), messo a disposizione dal Direttore generale delle carceri Antonio Doria. Esso comprendeva tre insegnamenti: Antropologia e psicologia applicata, Investigazioni giudiziarie, Segnalamento e fotografia giudiziaria; vi si aggiunsero due corsi complementari di Polizia amministrativa e di Diritto e procedura penale applicati. Fu proprio Ottolenghi a chiedere che la Scuola sorgesse in un carcere perché «lo studio del delinquente costituiva la base essenziale della Scuola» (FALCO, Giuseppe. *Salvatore Ottolenghi* cit., p. 6). Dal 1904 la Scuola assunse il Servizio di segnalamento dei pregiudicati della Questura di Roma, primo passo per l'istituzione di uffici di segnalamento e fotografia giudiziaria nelle principali questure: il compito che essa si prefiggeva era di inviare i cartellini segnalatori proprio alla Scuola romana, dove, in questo modo, si formò il casellario centrale d'identità. Nel 1907 la Scuola, di nuovo per intervento di Giolitti, fu trasferita nel vicolo delle Mantellate, in un locale apposito. Nel 1909 la



psicologiche e per interpretare le reazioni, la mimica facciale, i movimenti incoscienti, utili nel caso di interrogatori tanto di un teste, quanto di un imputato o di un pregiudicato; la polizia giudiziaria veniva invece posta nella condizione migliore per collaborare efficacemente con il magistrato.

Nel giro di circa trent'anni la Scuola si dotò di un servizio di segnalamento (di pregiudicati e imputati, a richiesta della questura di Roma e dell'autorità giudiziaria<sup>115</sup>) e di uno antropologico-biografico, diretto a far conoscere, con obiettivi criteri scientifici, il delinquente e la sua pericolosità. Nel 1925, dopo circa vent'anni di elaborazione, fu messa a punto anche la cosiddetta "cartella biografica del pregiudicato"<sup>116</sup>. Era

---

frequenza divenne obbligatoria nel «primo periodo dell'alunnato, stabilendo la durata non inferiore a tre mesi, rendendo obbligatorio l'esame finale e stabilendo che l'approvazione all'esame è indispensabile condizione per la nomina a funzionario effettivo» (OTTOLENGHI, Salvatore. *La Scuola di Polizia scientifica e il servizio di segnalamento in Italia 1902-1910*. Cenni storici. *Bollettino della Scuola di polizia scientifica e del servizio di segnalamento*, Roma, fasc. 1, 1910, pp. 5-6). Si trattava di un'evidente contraddizione tra l'obbligatorietà imposta e la mancata istituzione ufficiale, che avvenne solo con regio decreto 7 dicembre 1919 n. 2504, quando alla Scuola fu riconosciuto un regolare e stabile assetto giuridico, con la previsione al proprio interno di tre servizi tecnici: servizio centrale di segnalamento e identificazione con la formazione di un casellario centrale di identità; servizio di investigazioni tecniche di polizia giudiziaria; servizio antropologico-biografico per i delinquenti pregiudicati e sospetti. Nel 1925 la Scuola assunse il nome di Scuola superiore di Polizia, una denominazione che evidenziava il suo importante ruolo didattico (FALCO, Giuseppe. "Identità" cit., pp. 3-5. Il decreto istitutivo e il relativo regolamento si trovano riprodotti in *Bollettino della Scuola di polizia scientifica e del servizio di segnalamento*, Roma, fasc. 7-8, 1921, pp. 204-211). Sul punto SCHETTINI, Laura. Per lo studio della personalità del delinquente. La polizia scientifica e il servizio di identità. In: *Una cultura professionale* cit., pp. 93-107.

<sup>115</sup> FALCO Giuseppe. "Identità" cit., p. 6. Per l'importanza, in generale, di questo servizio cfr. OTTOLENGHI, Salvatore. *Il segnalamento del delinquente* cit., pp. 3-25.

<sup>116</sup> OTTOLENGHI, Salvatore. La nuova "cartella biografica dei pregiudicati". *Bollettino della Scuola di polizia scientifica e del servizio di segnalamento*, Roma fasc. 5-6, 1916, p. 159; FALCO, Giuseppe. Evoluzione della "cartella biografica" e pericolosità. *Bollettino della Scuola superiore di polizia e del servizio di segnalamento*, Roma, fasc. 14-15, 1926, pp. 126-151; OTTOLENGHI, Salvatore. La personalità del delinquente e la "cartella italiana biografica del pregiudicato" alla IV riunione della commissione internazionale di polizia criminale (6-8 luglio 1927) ad Amsterdam. *Bollettino della Scuola superiore di polizia e*

la più decisa azione dell'«orientazione delle indagini ai caratteri delle personalità; riforma tutta italiana che gli stranieri non hanno ancora compresa»<sup>117</sup>. La cartella non avrebbe dovuto costituire un arido elenco di reati, ma mirava a riassumere tutto ciò che poteva servire per conoscere il sospettato, dalla sua condizione di vita, alle sue degenerazioni ereditarie o somatiche, oltre a contenere un'esposizione sistematica e razionale dei suoi precedenti.

Oltre alla cartella biografica, l'altra novità fu rappresentata dall'ideazione, da parte di Ottolenghi, del «ritratto parlante del sopralluogo» [*sic*]<sup>118</sup> (sulla falsariga del “porta ritratto parlante” ideato da Bertillon), applicato per la prima volta nella Scuola di Polizia Scientifica nel 1917<sup>119</sup>. La stessa accortezza che la polizia di Pubblica Sicurezza doveva riservare alla descrizione degli arrestati andava impiegata dalla polizia giudiziaria per descrivere il luogo del reato, sempre secondo rigorosi criteri scientifici<sup>120</sup>.

---

*del servizio di segnalamento*, Roma, fasc. 16-17, 1928, pp. 131-133. Il modulo si componeva di quattro parti, in cui si riassumeva la carriera criminale del soggetto, gli avvenimenti più importanti della sua vita (a cominciare dall'ereditarietà e dal contegno tenuto nelle diverse circostanze dell'esistenza) e i caratteri psichici e fisici più spiccati per consentire al funzionario di acquisire cronologicamente e oggettivamente i dati sufficienti per un giudizio sulla specialità criminosa e la pericolosità dell'iscritto. La soddisfazione maggiore fu il riconoscimento a livello internazionale di tale strumento, adottato o imitato ovunque.

<sup>117</sup> RUSTICUCCI, Luigi. *Nel regno dei ladri*. Come si ruba e come si falsificano le monete. Bologna, 1919, p. 140.

<sup>118</sup> OTTOLENGHI, Salvatore. *Relazione degli anni 1919, 1920 e 1921 cit.*, p. 37; GIRI, Emilio. “Il ritratto parlato del sopralluogo”. *La Giustizia penale (parte prima: I presupposti del diritto e della procedura penale)*, Roma, v. 40 (10 della 4ª serie), 1934, pp. 205-210; GIRI, Emilio. Evoluzione del ritratto parlato “Ottolenghi” del sopralluogo. *Bollettino della Scuola di polizia scientifica e dei servizi tecnici annessi*, Roma, fasc. 12-13, 1925, pp. 188-196; GIRI, Emilio. Il “ritratto parlato” del sopralluogo e l'art. 233 del codice di procedura penale. *Bollettino della Scuola superiore di polizia e dei servizi tecnici annessi*, Roma, fasc. 21, 1933, pp. 168-176; GIRI, Emilio. Il “ritratto parlato” del sopralluogo nella pratica. *Bollettino della Scuola superiore di polizia e dei servizi tecnici annessi*, Roma, fasc. 21, 1933, pp. 177-210.

<sup>119</sup> OTTOLENGHI, Salvatore. *Trattato di polizia scientifica*. Milano, v. II, 1932, p. 447.

<sup>120</sup> OTTOLENGHI, Salvatore. Diffusione e risultati del Servizio d'investigazione giudiziaria nel quadriennio 1915-1918. *Bollettino della Scuola di polizia*

I rilievi descrittivi permettevano a chi ne prendeva visione di formarsi un'idea precisa sullo stato degli ambienti, sulla disposizione dei mobili e degli arredi nonché degli eventuali cadaveri rinvenuti<sup>121</sup> (ossia del contenente e del contenuto), grazie ad una capacità di osservazione analitica. Il *ritratto parlato del sopralluogo* doveva costituire il documento più importante del procedimento istruttorio, capace di superare la staticità di un'immagine fotografica e utile ai fini di comprendere sia la dinamica del delitto che la personalità del delinquente<sup>122</sup>.

Non meno importante fu il contributo per la messa a punto di un metodo grafonomico, che consentiva l'applicazione dei criteri del segnalamento descrittivo-antropometrico alle indagini sulla grafia, un metodo che si affermò definitivamente come ulteriore elemento di accertamento della verità dopo il celeberrimo caso Dreyfus<sup>123</sup>.

---

*scientifica e del servizio di segnalamento*, Roma, fasc. 7-8, 1921, pp. 37-47; OTTOLENGHI, Salvatore. Introduzione alle indagini tecniche di polizia giudiziaria. *Bollettino della Scuola di polizia scientifica e dei servizi tecnici annessi*, Roma, fasc. 21, 1933, pp. 165-167.

<sup>121</sup> Non ci si poteva esimere dal possedere nozioni base di medicina legale «sui fenomeni cadaverici» per comprendere l'importanza di certi reperti (posizione del cadavere, macchie di sangue) e accertare così le cause della morte o sciogliere i dubbi nei casi di omicidio-suicidio (OTTOLENGHI, Salvatore. Insegnamento di investigazioni giudiziarie. *Bollettino della Scuola di polizia scientifica e del servizio di segnalamento*, Roma, fasc. 1, 1910, p. 9).

<sup>122</sup> Per una ricostruzione dettagliata si rinvia a DI GIORGIO, Michele. *Un laboratorio* cit., pp. 75-80.

<sup>123</sup> Fu proprio grazie a un'attenta perizia calligrafica che venne risolto il caso. Secondo Ottolenghi sarebbe stato possibile evitare uno dei più gravi errori giudiziari della storia se l'esame del manoscritto attribuito a Dreyfus (il quale, sulla base di esso, era stato accusato di spionaggio, dal momento che la lettera anonima indirizzata all'*attaché* militare tedesco Maximilian von Schwarzkoppe rivelava, a giudizio degli accusatori, informazioni segrete relative alla strumentazione bellica francese) fosse stato accompagnato dallo studio delle personalità dei soggetti coinvolti, per comprenderne la capacità a delinquere (OTTOLENGHI, Salvatore. La perizia di scrittura e la identificazione grafica. *Bollettino della Scuola di polizia scientifica e dei servizi tecnici annessi*, Roma, fasc. 9-11, 1923, p. 142). La curiosità risiede nel fatto che fu proprio il 'mitico' Bertillon a ingannarsi sulla paternità del *bordereau* e a determinare la condanna di Dreyfus. Ci si era rivolti a Bertillon in ragione della fama sua personale e del suo laboratorio. Forse anche per effetto di pressioni politiche, dopo affermazioni caute, egli non aveva tardato a sostenere che il documento incriminato fosse un'autofalsificazione, tesi abilmente ribadita durante le

Gli sforzi per formare una polizia scientifica ottennero una sorta di riconoscimento ufficiale con il Codice di procedura penale (d'ora in poi c.p.p.) del 1913, art. 166, dove si dava facoltà, anche agli ufficiali di polizia giudiziaria, oltre che ai periti, di poter eseguire i rilievi descrittivi, elevati in tal modo a metodo ordinario di indagine<sup>124</sup>. Tale disposizione non aveva precedenti nel codice del 1865, anche se la relativa "giovinezza" dei criteri adottati, in auge da circa un decennio, aveva reso il legislatore del 1913 timido e guardingo: quel *possono procedere, se del caso, anche a rilievi tecnici e fotografici*, locuzione contenuta nel capoverso dell'articolo, era la simbolica rappresentazione di un'evidente cautela. Si trattava comunque di un sicuro passo in avanti, cui non era estranea l'opera di persuasione di Ottolenghi e dei suoi collaboratori, che seguivano attentamente l'evoluzione legislativa in atto, sia in ambito processuale che penale<sup>125</sup>. Il confronto tra

---

udienze del primo processo. Il capitano Dreyfus fu descritto come un accorto contraffattore, capace di alterare volontariamente la grafia per poter poi dimostrare, in caso di sospetto, la propria estraneità, esibendo una scrittura diversa da quella impressa sul famigerato documento recuperato nel cestino della carta dall'addetta alle pulizie Madame Bastian, impiegata presso l'Ambasciata tedesca a Parigi. Fu Jules Crépiux-Jamin, perito di parte di Dreyfus, insieme ad altri colleghi di fama internazionale, ad accertare dapprima la non appartenenza del documento a Dreyfus e poi a ricondurlo al vero autore, ossia Esterhazy (CRÉPIEUX-JAMIN, Jules. *L'expertise en écritures et les leçons de l'affaire Dreyfus. Année psychologique*, Paris, v. 13, 1906, pp. 187-229. Si veda anche LOCARD, Edmond. *L'affaire Dreyfus et l'expertise des documents écrits. La Giustizia penale*, Roma, v. 44, 1938, pp. 159-192).

<sup>124</sup> Art. 166 del c.p.c del 1913: «Gli ufficiali di polizia giudiziaria sequestrano le cose che servirono o furono destinate a commettere il reato, quelle che ne sono il prodotto, e tutto ciò che possa essere utile all'accertamento della verità. Nelle loro operazioni possono procedere, se sia il caso, anche a rilievi tecnici e fotografici». Una certa preoccupazione aveva accompagnato l'elaborazione del codice Finocchiaro Aprile dal momento che nella stesura originaria conteneva limitazioni nelle funzioni di polizia giudiziaria ai funzionari di P.S.: «Siamo pratici, è possibile fare la polizia giudiziaria senza il contributo efficace, pronto della pubblica sicurezza? Potremo avere specialmente col tempo dei magistrati i quali avranno la più completa cultura ma non potranno agire senza il concorso di capaci funzionari di P.S.» (OTTOLENGHI, Salvatore. Il nuovo progetto del Codice di procedura penale e le funzioni della P.S. nella polizia giudiziaria. *Bollettino della Scuola di polizia scientifica e del servizio di segnalamento*, Roma, fasc. 3, 1912, p. 85, ma si veda in generale pp. 83-92).

<sup>125</sup> Alle spalle del c.p.p del 1913 vi era una circolare del 24 luglio 1910 dell'allora Ministro di Grazia e Giustizia del governo Luzzati, Cesare Fani, favorevole a

le impronte rilevate sul luogo o sul corpo del reato e quelle di individui indiziati o sospettati ed il relativo giudizio sull'identità non costituivano più un'esclusiva funzione peritale ma potevano esser svolti dagli ufficiali di polizia giudiziaria a ciò istruiti. La novità, apparentemente tecnica, aveva tuttavia conseguenze importanti, dal momento che consentiva ai sensi degli articoli 162 e del già citato 166 del c.p.p. del 1913 che l'attività in questione fosse fatta «di propria iniziativa dall'ufficiale di polizia giudiziaria», allo scopo di «fornire all'autorità giudiziaria le cognizioni che possono condurre alla identificazione dei colpevoli».

Si trattava anche di una chiara indicazione rivolta ai magistrati: essi dovevano, per primi, conoscere quali fossero e in che cosa consistessero tali indagini scientifiche per coglierne la portata ed essere pertanto in grado di richiedere e utilizzare l'opera di funzionari ben addestrati. Il cambio di passo richiesto alla polizia finiva inevitabilmente per coinvolgere l'autorità giudiziaria, sia nella fase istruttoria che giudicante. Si sarebbe dovuto perseguire un allineamento di competenze, tanto con riguardo ad aspetti meramente formali (limiti e compiti della polizia giudiziaria e di pubblica sicurezza in generale) che di contenuto. Se compito della Scuola era preparare i funzionari, spettava ai magistrati evitare che tale patrimonio di conoscenze rimanesse inutilizzato.

Fu tuttavia l'art. 223 del c.p.p. del 1930 (in ragione anche di una coerente evoluzione teorica ma soprattutto di un'accertata valenza pratica, derivata da continua sperimentazione<sup>126</sup>) a prevedere in maniera esplicita che «agli accertamenti, ai rilievi segnaletici, descrittivi o fotografici e ad

---

una diffusione del tecnicismo scientifico nelle indagini giudiziarie, segnando una riforma metodologica di primaria importanza. La circolare è consultabile in *Bollettino della Scuola di polizia scientifica e del servizio di segnalamento*. Roma, fasc. 2, 1911, pp. 15-18. Ma si attribuiva a Silvio Longhi, primo insegnante di diritto e procedura penale della Scuola nel 1907, il merito di avere, di fatto, attraverso il contributo alla redazione di tale norma, riconosciuto ufficialmente il lavoro svolto dalla Scuola, avendo sperimentato con mano l'efficacia pratica dei metodi in essa insegnati (FALCO, Giuseppe. *Salvatore Ottolenghi* cit., p. 6).

<sup>126</sup> La tecnica era così diffusa che si ricorda che dai 26 gabinetti di Polizia scientifica del Regno presenti sul territorio nazionale al momento dell'entrata in vigore del c.p.p. del 1913 si era passati a 62.

ogni altra operazione tecnica relativa alla loro funzione, gli ufficiali di Polizia Giudiziaria procedono direttamente»<sup>127</sup>.

L'art. 233 non ricorreva più a quella impacciata facoltà concessa dall'abrogato art. 166, ma in modo inequivocabile ammetteva l'importanza delle prove tecnico-scientifiche, attribuendone l'assolvimento alla polizia<sup>128</sup>. Il metodo scientifico introdotto per formare un nuovo corpo polizia aveva alla fine prodotto un'estensione dell'attività inquirente e una compenetrazione, più che interazione, tra magistratura e polizia stessa<sup>129</sup>.

Il cerchio si era chiuso. Il sogno vagheggiato a partire dal 1902 aveva trovato finalmente piena cittadinanza nell'ordinamento. E non può tacersi che ciò fosse avvenuto a vantaggio della polizia d'un regime nient'affatto democratico. Le tecniche della scuola divennero infatti l'alibi per utilizzare a fini politici i dati sulla pericolosità dei singoli individui e controllare (per ridurre al silenzio) possibili avversari e nemici del

---

<sup>127</sup> Le indagini da compiersi durante un sopralluogo erano regolate dagli artt. 219, 222, 223 del c.p.p del 1930. Al contempo, l'art. 133 del codice penale fascista in qualche modo faceva propri gli insegnamenti della Scuola positiva e di quelli impartiti nella Scuola di polizia scientifica, laddove il giudice, per determinare la pena, doveva tenere conto della capacità a delinquere del colpevole, desunta da criteri che ricalcavano un approccio fisico-antro-sociologico. Le aule dei tribunali si erano dunque, con atto imperativo, aperte all'antropologia e alla psicologia criminale, sul presupposto che il magistrato sapesse studiare un delinquente e diagnosticarne la natura e la pericolosità, esaminandone la vita e il delitto commesso. Tanto entusiastico ardore verso il codice del 1930 forse trova una spiegazione anche in un episodio della vita di Ottolenghi, riportato da Falco: «nell'ottobre del 1922 il camerata Salvatore Ottolenghi, genio rivoluzionario, con giovanile baldanza, marciava indrappellato coi Fascisti della Marcia su Roma e cantava con loro gli inni della giovinezza fascista» (FALCO, Giuseppe. *Salvatore Ottolenghi* cit., p. 14). Ottolenghi guardò con favore all'ascesa del fascismo, anche se questo «avrebbe mandato in frantumi quell'Italia liberale che egli si era così impegnato a riformare» (LABANCA, Nicola. *Salvatore Ottolenghi* cit., p. 21).

<sup>128</sup> «Queste nuove armi, che la scienza ha offerto alla Polizia, di indiscutibile valore per la difesa della Società dai delinquenti e che la rigenerata legislazione fascista ha accolto e valorizzato, non possono rimanere inoperose in un Regime la cui opera di difesa sociale non ha avuto e non ha l'eguale per efficacia e vastità» (GIRI, Emilio. Il "ritratto parlato" del sopralluogo cit., p. 176).

<sup>129</sup> RONDINI, Paolo. Polizia giudiziaria e magistratura nell'Italia liberale. *Historia et ius*, n. 11, giugno 2017, paper n. 16, pp. 1-42 (<http://www.historiaetius.eu>).

regime<sup>130</sup>, finendo per tradire lo spirito con cui la scuola era nata. Si può sostenere in fondo che Ottolenghi operò in equilibrio funambolico tra spinte scientifiche eterogenee e climi politici contraddittori, attraversando la transizione dall'Italia liberale a quella fascista, alla perpetua ricerca di sostenitori della creatura di cui andava più fiero: la sua Scuola<sup>131</sup>.

## CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

La creazione della polizia scientifica in Italia rappresenta un frammento, sottovalutato per un certo tempo dalla storiografia e solo recentemente divenuto oggetto di specifici studi, ma tutt'altro che marginale nella prassi giudiziaria, di quella vera e propria invasione di studi, tecniche e metodologie che, nell'età del positivismo imperante, dalle scienze naturali trasmigrò nel penale tra entusiasmi e resistenze. Siamo agli albori, come ognuno sa, della criminologia, della psicologia, delle scienze sociali che promettevano, o minacciavano, di trasformare il giudice in un clinico e la polizia, fosse di pubblica sicurezza o giudiziaria, in un organo specializzato che sempre più avrebbe dovuto affinare competenze tecniche e sperimentali<sup>132</sup>. Affonda qui le sue radici la cd. prova scientifica, dal cui contributo ci si attendevano passi decisivi verso la certezza processuale o, almeno, la drastica riduzione dei margini d'errore.

L'irruzione della scienza nel processo finiva per ridimensionarne la dimensione integralmente giuridica. Non era nuova, d'altronde, l'ambizione di incanalare l'arbitrio del giudice (poi 'edulcorato' come libero convincimento) entro perimetri prestabiliti. Come, ai tempi dell'aristotelismo scolastico, la prova legale aveva assicurato un meccanismo calcolabile e controllabile di ricerca del *verum*, così tra Otto e Novecento

---

<sup>130</sup> GIBSON, Mary. *Nati per il crimine* cit., *passim*; LABANCA, Nicola. Complessità della storia di polizia (compresa quella scientifica). In: *Una cultura professionale* cit., pp. 13-22.

<sup>131</sup> Sul punto si veda la riflessione di LABANCA, Nicola. *Salvatore Ottolenghi* cit., pp. 28-32.

<sup>132</sup> MILETTI, Marco. Ritorno all'inquisizione. Scuola positiva e pulsioni autoritarie nel processo penale italiano. *Diritto penale XXI secolo*, Padova, n. 10, v. 2, 2011, pp. 455-492.

si sperava che la scienza, grazie alla sua oggettività, avrebbe condotto anche la giustizia ad approdi certi e incontrovertibili.

La storia e l'esperienza hanno ridimensionato simili atti di fede. L'epistemologia del Novecento ha messo in seria discussione ogni pretesa di 'oggettività' assoluta dei meccanismi cognitivi. Nella storia del processo penale il sogno d'un giudice *bocca della scienza* è tramontato come era accaduto al montesquieviano giudice *bocca della legge*. La gran parte del contenzioso giudiziario resta incardinato su elementi indiziari, che implicano la libera valutazione del giudice: in mancanza di prove 'piene' tradizionali (confessioni o testimonianze), i riscontri scientifici (la disposizione delle gocce di sangue, la posizione del cadavere, la descrizione degli oggetti rinvenuti durante il sopralluogo, l'indagine psicologica del sospettato, via discorrendo) richiedono una ricomposizione sintetica che non può che affidarsi alla *prudencia* dell'interprete, quasi a riproporre l'antico adagio *quae singula non prosunt collecta iuvant*<sup>133</sup>.

Vi è forse un uso e un abuso del termine 'scientifico' nell'ambito del processo penale, sull'onda entusiastica d'un progresso che, in certe fasi come quella qui esaminata, ha indotto ad attribuire al risultato investigativo una patente di verità assoluta, oltre che una deresponsabilizzazione delle singole scelte e decisioni. L'insistenza con cui, al tempo di Ottolenghi e dei suoi allievi, si richiedeva un'adeguata preparazione ai funzionari di polizia e ai magistrati dimostrava un cambiamento di prospettiva nell'acquisizione e nella valutazione delle prove. Il *iudex peritus peritorum* non era più il magistrato onnisciente pensato in età medievale, bensì un funzionario di Stato di estrazione pur sempre giuridica, ma sufficientemente attrezzato per esercitare un controllo sulle prove scientifiche; per valutare, respingere, criticare le perizie tecniche; per non restare recettore passivo del verbo degli scienziati ma proporsi credibilmente come decisore ultimo della regolarità formale e sostanziale di tutte le acquisizioni probatorie.

Da un'idea di scienzizzazione del processo, che sostituiva nuove prove e ne accontonava altre apparentemente usurate dal tempo (prima

---

<sup>133</sup> Se infatti i dati offerte dalle "scienze ausiliarie" «non possono offrire prove dirette, valgono però come indizi efficaci, che congiunti ad altri, possono mettere la giustizia penale sulla via del vero» [RIGHINI, (*studente in legge*). I procedimenti indiziari e l'antropologia criminale. *Archivio di psichiatria, scienze penali ed antropologia criminale*, Torino, v. 2, 1881, p. 169].



tra tutte, la testimonianza), la seconda metà del Novecento si è mossa in direzione d'una processualizzazione del metodo scientifico. I timori circa l'invasività degli strumenti di indagine tecnica si sono intensificati man mano che si è rafforzata l'esigenza di tutela dei diritti fondamentali e della sfera individuale. Il dibattito non si è sopito ed anzi ha trovato in anni recenti nuova linfa tra i processualpenalisti con riguardo al rapporto tra perito e consulente e tra consulente dell'accusa e della difesa<sup>134</sup>. Si avverte la preoccupazione di esorcizzare i residui dell'impianto autoritario costruito dal codice Rocco<sup>135</sup> e di affrancarsi da quell'inconscio inquisitorio<sup>136</sup> tuttora incombente sul rito penale italiano.

## BIBLIOGRAFIA

ALGERI, Giovanni. Alcuni casi di ipnotismo di criminali pazzi. *Archivio di psichiatria, scienze penali e antropologia criminale*, Torino e Roma, v. 8, 1887.

ALONGI, Giuseppe. *Polizia e delinquenza in Italia*. Roma: Soriano nel Cimino, 1887.

ANFOSSO, Luigi. *Il casellario giudiziale centrale*. Studio sulla identificazione dei delinquenti e designazione dei loro contrassegni personali. Torino: Fratelli Bocca, 1895.

ANFOSSO, Luigi. Il segnalamento dei delinquenti e il nuovo antropometro popolare. *Archivio di Psichiatria, Scienze penale ed antropologia criminale*, Torino, n. 4, v. 9, 1888.

---

<sup>134</sup> Per tutti cfr. CANZIO, Giovanni e LUPÀRIA, Luca. *Prova scientifica e processo penale*. Padova, 2018; KOSTORIS, Roberto. Una grave mistificazione inquisitoria: la pretesa fede privilegiata del responso del consulente tecnico dell'accusa. *Sistema penale*, 28 settembre 2020 (<https://www.sistema-penale.it/it/scheda/kostoris-cassazione-16458-2020-fede-privilegiata-consulente-tecnico-pm>); CONTI, Carlotta. La prova scientifica alle soglie dei vent'anni dalla sentenza Franzese: vette e vertigini in epoca di pandemia. *Sistema penale*, 9 febbraio 2021 (<https://www.sistemapenale.it/it/articolo/conti-prova-scientifica-venti-anni-sentenza-franzese>).

<sup>135</sup> GARLATI, Loredana. Contro il sentimentalismo. L'impianto inquisitorio del sistema delle prove nel c.p.p. del 1930. *Criminalia*, Pisa, 2012, pp. 181-227

<sup>136</sup> Mi permetto di riprendere il titolo di un volume da me curato, *L'inconscio inquisitorio*. L'eredità del Codice Rocco nella processualpenalistica italiana. Milano, 2010.

ANFOSSO, Luigi. *La lotta contro i delinquenti*. Conferenza tenuta nella società filotecnica di Torino 27 maggio 1892. Borgo San Dalmazzo, 1892.

BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Edizione Nazionale delle Opere di Cesare Beccaria, I, Milano, 1984.

BERENINI, Agostino. *Azione ed istruzione penale*. Organi e funzioni. Parma, 1888.

BERTILLON, Alphonse. Sur le fonctionnement du service des signalements anthropométriques. *Archives de l'anthropométrie criminel*, Paris, t. 3, 1888.

BERTILLON, Alphonse. *La photographie judiciaire avec un appendice sur la classification et l'identification anthropométriques*. Paris, 1890.

BERTILLON, Alphonse. Identification anthropométrique Instructions signalétiques. Melun, 1893.

BERTILLON, Alphonse. *Notice sur le fonctionnement du Service d'Identification de la Préfecture de Police de Paris*. Paris, 1889.

BERTILLON, Alphonse. Resultats obtenus par l'antropometrie au point de vue de la criminalité. Rapport au Congrès international de Geneve. *Archives de l'anthropologie criminelle*. Paris, t. 11, 1896.

BERTILLON, Suzanne. *Vie d'Alphonse Bertillon*. Paris, 1941.

BISCEGLIA, Roberto. La Scuola di Polizia Scientifica. *Noi e il mondo. Rivista mensile de La Tribuna*, anno 13, n. 1, 1923.

BONOMI, Giuseppe. *Project of an Instrument for the Identification of Persons for use in military establishments, police offices etc..* London, 1872.

BRUNELLI, David. Recidiva e Scuola positiva nella disciplina del Codice Rocco. Spunti di riflessione. *Diritto penale XXI secolo*, Padova, n. 2, 2011.

BRUNELLO, Piero. *Storie di anarchici e di spie*. Polizia e politica nell'Italia liberale. Roma, 2009.

BRUSA, Emilio. *La morale e il diritto criminale al limbo*. Discorso inaugurale letto nella Regia Università di Torino l'8 marzo 1880. Torino, 1880.

BRUSA, Emilio, Legislazione, dottrina e giurisprudenza penale italiana negli anni 1890-91. *Annuario di dottrina, legislazione e di giurisprudenza*, Milano, v. 3, 1891

BUZZANCA, Salvatore. La figura di Salvatore Ottolenghi. In: [http://ssaistorico.interno.gov.it/download/allegati1/instrumenta\\_16\\_14\\_buzzanca.pdf](http://ssaistorico.interno.gov.it/download/allegati1/instrumenta_16_14_buzzanca.pdf)

CAMPOSANO, Raffaele. La polizia scientifica in Italia. In: LABANCA, Nicola e DI GIORGIO, Michele (a cura di). *Salvatore Ottolenghi. Una cultura professionale per la polizia dell'Italia liberale e fascista. Antologia degli scritti (1883-1934)*. Milano, 2018.

CANZIO, Giovanni e LUPÀRIA, Luca. *Prova scientifica e processo penale*. Padova, 2018.

CARFORA, Francesco. Polizia giudiziaria. In: *Digesto Italiano*. Torino, v. XVIII, parte seconda, 1906-1912.

COMPAGNONE, Luigi. *Il casellario giudiziario ed il metodo Bertillon per accertare l'identità dei recidivi: studio e proposte*. Napoli 1888.

CONTI, Carlotta. La prova scientifica alle soglie dei vent'anni dalla sentenza Franzese: vette e vertigini in epoca di pandemia. *Sistema penale*, 9 febbraio 2021 (<https://www.sistemapenale.it/it/articolo/conti-prova-scientifica-venti-anni-sentenza-franzese>).

COSENZA, Vincenzo. *Il casellario giudiziale*. Roma, 1895.

COSENZA, Vincenzo. Relazione sul casellario presentata alla Commissione per la statistica giudiziaria nella sessione del maggio 1895. *Giurisprudenza italiana*, Torino, v. 47, parte quarta, 1895.

CRÉPIEUX-JAMIN, Jules, L'expertise en écritures et les leçons de l'affaire Dreyfus. *Année psychologique*, Paris, v. 13, 1906.

D'AMELIO, Mariano. I progressi della polizia scientifica. *Bollettino della Scuola superiore di polizia e dei servizi tecnici annessi*, Roma, fasc. 21, 1933.

D'ANTONIO, Emanuele. Lombroso, Ottolenghi e le origini della polizia scientifica italiana. In: LABANCA, Nicola e DI GIORGIO, Michele (a cura di). *Una cultura professionale per la polizia dell'Italia liberale e fascista. Antologia del "Bollettino della Scuola di polizia scientifica (1910-1939)"*. Milano, 2020.

DARMON, Pierre. Bertillon, le fondateur de la police scientifique. *L'Histoire*, n. 105, novembre 1987.

DE BLASIO, Abele. L'orecchio dei Napoletani normali e criminali. *Archivio di psichiatria, neuropatologia, antropologia criminale e medicina legale*, Milano-Torino, v. 26 (v. 2 della Serie 3), 1905.

DE NOTARISTEFANI, Raffaele. *L'identificazione del delinquente (bertillonage)*. Napoli, 1898.

DI GIORGIO, Michele. Dalla medicina all'investigazione. Il contributo di Salvatore Ottolenghi per la costruzione di un sapere scientifico di polizia. In: LABANCA,

Nicola e DI GIORGIO, Michele (a cura di). *Salvatore Ottolenghi. Una cultura professionale per la polizia dell'Italia liberale e fascista. Antologia degli scritti (1883-1934)*. Milano, 2018.

DI GIORGIO, Michele. Un laboratorio per la costruzione e la diffusione dei saperi. La scuola di polizia scientifica e il “bollettino” (1910-1939). In: LABANCA, Nicola e DI GIORGIO, Michele (a cura di). *Una cultura professionale per la polizia dell'Italia liberale e fascista. Antologia del “Bollettino della Scuola di polizia scientifica (1910-1939)”*. Milano, 2020.

DI TULLIO, Benigno. La profilassi criminale nella polizia. *Bollettino della Scuola superiore di Polizia e dei servizi tecnici annessi*, Roma, fasc. 14-16, 1937.

ELLERO, Umberto. *La fotografia nelle funzioni di polizia e processuali*. Milano, 1908.

FALCO, Giuseppe, Polizia scientifica e giurisprudenza. *Bollettino della Scuola di polizia scientifica e del servizio di segnalamento*, Roma, fasc. 7-8, 1921.

FALCO, Giuseppe. “Identità”. Metodo scientifico di segnalamento e di identificazione. Roma, 1922.

FALCO, Giuseppe. Evoluzione della “cartella biografica” e pericolosità. *Bollettino della Scuola superiore di polizia e del servizio di segnalamento*, Roma, fasc. 14-15, 1926.

FALCO, Giuseppe. Salvatore Ottolenghi. *Bollettino della Scuola superiore di polizia e dei servizi tecnici annessi*, Roma, fasc. 22-23, 1935, pp. 3-16.

FERRI, Enrico. Diritto penale ed antropologia criminale (Studi critici sull'Uomo delinquente). *Archivio di psichiatria, antropologia criminale e scienze penali*, Torino e Roma, v. 1, 1880.

FERRI, Enrico. *Sociologia criminale*. Napoli, 1892.

FRANCHI, Bruno, Il principio individualizzatore nell'istruttoria penale. *La Scuola Positiva*, Milano, n. 11, v. 10, 1900.

FRIGERIO, Luigi. *L'oreille externe. Étude d'anthropologie criminelle*. Parys et Lion, 1888. Pubblicato anche in *Archives de l'anthropologie criminelle*, Paris, v. 3, 1888.

GALTON, Francis. *Finger prints*. London, 1892.

GARLATI, Loredana (a cura di). *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del Codice Rocco nella processualpenalistica italiana*. Milano, 2010.

GARLATI, Loredana. Contro il sentimentalismo. L'impianto inquisitorio del sistema delle prove nel c.p.p. del 1930. *Criminalia*, Pisa, 2012.

GAROFALO, Raffale. *Il codice per i galantuomini*. Roma, 1902.

GASTI, Giovanni. *Il corso di Polizia scientifica*. Roma, 1903.

GASTI, Giovanni. L'identificazione dei delinquenti e la funzione di polizia nell'attuale momento giuridico e sociale. Prolusione al corso di Segnalamento detta alla Scuola di Polizia Scientifica il 2 maggio 1910. *Bollettino della Scuola di polizia scientifica e del servizio di segnalamento*, Roma, fasc. 1, 1910.

GASTI, Giovanni. L'identificazione dei delinquenti e la funzione di polizia nell'attuale momento giuridico e sociale. Prolusione al corso di Segnalamento detta alla Scuola di Polizia Scientifica il 2 maggio 1910 (continuazione). *Bollettino della Scuola di polizia scientifica e del servizio di segnalamento*, Roma, fasc. 2, 1911.

GASTI, Giovanni. La missione attuale dell'antropometria nelle funzioni di polizia. *Bollettino della Scuola di polizia scientifica e del servizio di segnalamento*, Roma, fasc. 3, 1912.

GIANNELLI, Augusto; PARDO, Giorgio. I sistemi di segnalazione antropometrica. Osservazioni e proposte. *Rivista di discipline carcerarie, parte prima*, Roma, anno 23, n. 10, 1898.

GIBSON, Mary. *Nati per il crimine*. Cesare Lombroso e le origini della criminologia biologica. Milano, 2002.

GILARDI, Ando. *Wanted! Storia, tecnica ed estetica della fotografia criminale, segnaletica e giudiziaria*. Milano, 2003.

GIRI, Emilio. "Il ritratto parlato del sopralluogo". *La Giustizia penale (parte prima: I presupposti del diritto e della procedura penale)*, Roma, v. 40 (10 della 4ª serie), 1934.

GIRI, Emilio. Evoluzione del ritratto parlato "Ottolenghi" del sopralluogo. *Bollettino della Scuola di polizia scientifica e dei servizi tecnici annessi*, Roma, fasc. 12-13, 1925.

GIRI, Emilio. Il "ritratto parlato" del sopralluogo e l'art. 233 del codice di procedura penale. *Bollettino della Scuola superiore di polizia e dei servizi tecnici annessi*, Roma, fasc. 21, 1933.

GIRI, Emilio. Il "ritratto parlato" del sopralluogo nella pratica. *Bollettino della Scuola superiore di polizia e dei servizi tecnici annessi*, Roma, fasc. 21, 1933.

GIRI, Emilio. L'applicazione del metodo segnaletico descrittivo e le comuni prove sperimentali nella indagine giudiziaria. *Bollettino della Scuola superiore di polizia e dei servizi tecnici annessi*, Roma, fasc. 22-23, 1935.

GIULIANO, Andrea. *Salvatore Ottolenghi*. Le impronte digitali in polizia scientifica e medicina legale. Torino, 2018.

GRADENIGO, Giuseppe. L'orecchio nei delinquenti. *Giornale della Regia Accademia di medicina di Torino*, Torino, v. 37, 1889.

GRADENIGO, Giuseppe. La conformazione del padiglione dell'orecchio nei normali, negli alienati e nei delinquenti. *Giornale della Regia Accademia di medicina di Torino*, Torino, v. 38, 1890.

KOSTORIS, Roberto. Una grave mistificazione inquisitoria: la pretesa fede privilegiata del responso del consulente tecnico dell'accusa. *Sistema penale*, 28 settembre 2020 (<https://www.sistemapenale.it/it/scheda/kostoris-cassazione-16458-2020-fede-privilegiata-consulente-tecnico-pm>).

LABANCA, Nicola. Salvatore Ottolenghi e i saperi di polizia. Per una biografia. In: LABANCA, Nicola e DI GIORGIO, Michele (a cura di). *Ottolenghi Salvatore. Una cultura professionale per la polizia dell'Italia liberale e fascista*. Antologia degli scritti (1883-1934). Milano, 2018.

LABANCA, Nicola. Complessità della storia di polizia (compresa quella scientifica). In: LABANCA, Nicola e DI GIORGIO, Michele (a cura di). *Una cultura professionale per la polizia dell'Italia liberale e fascista*. Antologia del "Bollettino della Scuola di polizia scientifica (1910-1939)". Milano, 2020.

LACASSAGNE, Alexandre. Alphonse Bertillon. L'homme. Le savant. La pensée philosophique. *Archives de l'Anthropologie Criminelle*, Lyon, t. 29, 1914.

LOCARD, Edmond. L'affaire Dreyfus et l'expertise des documents écrits. *La Giustizia penale*, Roma, v. 44, 1938.

LOCARD, Edmond. La preuve judiciaire par les empreintes digitales. *Archives de l'anthropologie criminelle*, Paris, t. 29, 1914.

LOCATELLI, Paolo. *Sorveglianti e sorvegliati*. Appunti di fisiologia sociali presi dal vero. Milano, 1876.

LOMBROSO, Cesare. Discours d'ouverture au VI Congrès d'Anthropologie criminelle. *Archives d'Anthropologie criminelle, de Criminologie et de Psychologie normale et pathologique*, Lyon-Paris, t. 21, 1906.

LOMBROSO, Cesare. Innocenza di gravissima imputazione dimostrata dalla Antropologia criminale. *Archivio di psichiatria, scienze penali e antropologia criminale*, Torino e Roma, v. 23 (v. 7 della serie 2), 1902.

LOMBROSO, Cesare. L'ipnotismo applicato alla procedura penale. *Archivio di psichiatria, scienze penali e antropologia criminale*, Torino, v. 8, 1887.

LOMBROSO, Cesare. *Studi sull'ipnotismo*. Roma Torino Firenze, 3ª ed., 1887.

LOMBROSO, Cesare. *Sull'incremento del delitto in Italia e sui mezzi per arrestarlo*. Torino, 1879.

LOMBROSO, Cesare. *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alla psichiatria*. Torino, quinta edizione, v. 3, 1897.

LOMBROSO, Cesare; OTTOLENGHI, Salvatore. Nuovi studi sull'ipnotismo e sulla credulità. *Archivio di psichiatria, scienze penali e antropologia criminale*, Torino, n. 1, v. 11, 1890.

LOMBROSO Cesare; BIANCHI, Augusto Guido. *Il caso Olivo*. Milano, 1905.

MARTINELLI, Giovanni. *Cenni storici su l'Università di Ferrara*. Ferrara, 1908.

MARTINI, Paolo; PIVA, Italo. Salvatore Ottolenghi e la criminologia positivista. In: *Per una storia dell'insegnamento della medicina legale nell'Università di Siena*. Siena, 1993.

MASINI, Eliseo. *Sacro arsenale ovvero Pratica dell'ufficio della Santa Inquisizione, Seconda Parte, Del modo di formare i processi, e esaminare Testimoni, e Rei*. Bologna, 1665.

MELIS, Guido. *La macchina imperfetta*. Immagine e realtà dello Stato fascista. Bologna, 2018.

MILETTI, Marco Nicola. La follia nel processo. Alienisti e procedura penale nell'Italia postunitaria. *Acta Histriae*, Koper, n. 15, vol. 1, 2007.

MILETTI, Marco. Ritorno all'inquisizione. Scuola positiva e pulsioni autoritarie nel processo penale italiano. *Diritto penale XXI secolo*, Padova, n. 10, vol. 2, 2011.

MORSELLI, Enrico. *Critica e riforma del metodo in antropologia fondate sulle leggi statistiche e biologiche dei valori seriali*. Roma, 1880.

MUZZARELLI, Federica. *Formato tessera*. Storia, arte, e idee in photomatic. Milano, 2003.

OLIVIERI, Vittorio. Un delinquente per passione. *La Scuola positiva*, Milano, n. 2, 1895.

OTTOLENGHI Salvatore. *Polizia empirica e polizia scientifica*. Palermo, 1897.

OTTOLENGHI, Salvatore. Il nuovo progetto del Codice di procedura penale e le funzioni della P.S. nella polizia giudiziaria. *Bollettino della Scuola di polizia scientifica e del servizio di segnalamento*, Roma, fasc. 3, 1912.

OTTOLENGHI, Salvatore. Ai lettori. *Bollettino della Scuola di polizia scientifica e del servizio di segnalamento*, Roma, fasc. 1, 1910.

OTTOLENGHI, Salvatore. Alfonso Bertillon. *Bollettino della Scuola di polizia scientifica e del servizio di segnalamento*, Roma, fasc. 4, 1914.

OTTOLENGHI, Salvatore. Diffusione e risultati del Servizio d'investigazione giudiziaria nel quadriennio 1915-1918. *Bollettino della Scuola di polizia scientifica e del servizio di segnalamento*, Roma, fasc. 7-8, 1921.

OTTOLENGHI, Salvatore. *Il segnalamento del delinquente in servizio della polizia giudiziaria*. Palermo, 1898.

OTTOLENGHI, Salvatore. Il segnalamento descrittivo e le funzioni della polizia. *Bollettino della Scuola di polizia scientifica e dei servizi tecnici annessi*, Roma, fasc. 3, 1912.

OTTOLENGHI, Salvatore. Insegnamento di investigazioni giudiziarie. *Bollettino della Scuola di polizia scientifica e del servizio di segnalamento*, Roma, fasc. 1, 1910.

OTTOLENGHI, Salvatore. Introduzione alle indagini tecniche di polizia giudiziaria. *Bollettino della Scuola di polizia scientifica e dei servizi tecnici annessi*, Roma, fasc. 21, 1933.

OTTOLENGHI, Salvatore. *L'insegnamento universitario della polizia giudiziaria scientifica*. Torino, 1897.

OTTOLENGHI, Salvatore. La nuova "cartella biografica dei pregiudicati". *Bollettino della Scuola di polizia scientifica e del servizio di segnalamento*, Roma fasc. 5-6, 1916.

OTTOLENGHI, Salvatore. La perizia di scrittura e la identificazione grafica. *Bollettino della Scuola di polizia scientifica e dei servizi tecnici annessi*, Roma, fasc. 9-11, 1923.

OTTOLENGHI, Salvatore. La personalità del delinquente e la "cartella italiana biografica del pregiudicato" alla IV riunione della commissione internazionale di polizia criminale (6-8 luglio 1927) ad Amsterdam. *Bollettino della Scuola superiore di polizia e del servizio di segnalamento*, Roma, fasc. 16-17, 1928.

OTTOLENGHI, Salvatore. La Scuola di Polizia scientifica e il servizio di segnalamento in Italia 1902-1910. Cenni storici. *Bollettino della Scuola di polizia scientifica e del servizio di segnalamento*. Roma, fasc. 1, 1910.

OTTOLENGHI, Salvatore. *La suggestione e le facoltà psichiche occulte in rapporto alla pratica legale e medico-forense*. Torino, 1900.



OTTOLENGHI, Salvatore. Polizia scientifica biologia e antropologia criminale. *Bollettino della Scuola di polizia scientifica e del servizio di segnalamento*, Roma, fasc. 3, 1912.

OTTOLENGHI, Salvatore. Prefazione a FALCO Giuseppe. “Identità”. Metodo scientifico di segnalamento e di identificazione. Roma, 1922.

OTTOLENGHI, Salvatore. Relazione degli anni 1919, 1920 e 1921. *Bollettino della Scuola di polizia scientifica e dei servizi tecnici annessi*, Roma, fasc. 9-11, 1923.

OTTOLENGHI, Salvatore. *Trattato di polizia scientifica*. Milano, v. I, 1910.

OTTOLENGHI, Salvatore. *Trattato di polizia scientifica*. Milano, v. II, 1932.

OTTOLENGHI, Salvatore. Una “polizia scientifica” antiscientifica. *La Scuola Positiva*, Milano, v. 1 dell’anno 21, 1911.

OTTOLENGHI, Salvatore. Il colore e la forma delle cicatrici antiche in rapporto alla medicina forense (comunicazione fatta alla R. Accademia di Medicina di Torino nella seduta del 20 dicembre 1889). *Giornale della R. Accademia di Medicina di Torino*, Torino, v. 37, 1889.

OTTOLENGHI, Salvatore. Seconda conferenza internazionale di Polizia – New York 12-16 maggio 1925. *Bollettino della Scuola superiore di polizia e dei servizi tecnici annessi*, Roma, fasc. 14-15, 1926.

OTTOLENGHI, Salvatore. L’opera di Cesare Lombroso e la polizia scientifica. In: *L’opera di Cesare Lombroso nella scienza e nelle sue applicazioni*. Milano-Torino-Roma, 1908.

PACINOTTI, Giovanni. Una Scuola di polizia scientifica nell’Università di Ferrara. *Rivista di diritto penale e sociologia criminale*, Pisa, anno V, 1904.

PESSINA, Enrico. *Il naturalismo e le scienze giuridiche*. Discorso inaugurale letto nella Regia Università di Napoli il 17 dicembre 1878. Napoli, 1879.

PIFFERI, Michele. *L’individualizzazione della pena*. Difesa sociale e crisi della legalità penale tra Otto e Novecento. Milano, 2013.

PUGLIA, Ferdinando. *Prolegomeni allo studio del diritto repressivo*. Roma Torino Firenze, 1883.

QUETELET, Adolphe. *Physique sociale ou essai sur le développement des facultés de l’homme*. Bruxelles, Paris, Saint-Petersbourg, t. I, 1869.

QUETELET, Adolphe. Sur la statistique morale et les principes qui doivent en former la base. *Mémoires de l’Académie Royale des Sciences, des Lettres et des Beaux-Arts de Belgique*, Bruxelles, v. 21, 1848.

RIGHINI, (studente in legge). I procedimenti indiziari e l'antropologia criminale. *Archivio di psichiatria, scienze penali ed antropologia criminale*, Torino, v. 2, Torino, 1881.

RONDINI, Paolo. Polizia giudiziaria e magistratura nell'Italia liberale. *Historia et ius*, n. 11, giugno 2017, paper n. 16, pp. 1-42 (<http://www.historiaetius.eu>).

RUISTIUCCI, Luigi. *Nel regno dei ladri*. Come si ruba e come si falsificano le monete. Bologna, 1919.

ROSSI, Virgilio. *Polizia Empirica e Polizia Scientifica* (Idee vecchie e fatti nuovi). Aquila, 1898.

ROSSI, Virgilio. Polizia empirica e polizia scientifica. Il Tachiantropometro Anfosso applicato ad una centuria di criminali. *Rivista di discipline carcerarie*, Roma, anno 19, 1889.

SBRICCOLI, Mario. La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita. In: SBRICCOLI, Mario. *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*. Milano, t. I, 2009.

SBRICCOLI, Mario. Polizia. In: SBRICCOLI, Mario. *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*. Milano, t. I, 2009.

SCHETTINI, Laura. Ottolenghi Salvatore. In: *Dizionario Biografico degli Italiani*. Roma, v. 79, 2013.

SCHETTINI, Laura. Per lo studio della personalità del delinquente. La polizia scientifica e il servizio di identità. In: LABANCA, Nicola e DI GIORGIO, Michele (a cura di). *Una cultura professionale per la polizia dell'Italia liberale e fascista*. Antologia del "Bollettino della Scuola di polizia scientifica (1910-1939)". Milano, 2020.

SORRENTINO, Ugo. La prova dattiloscopica dinanzi ai magistrati italiani. *Bollettino della Scuola superiore di polizia e dei servizi tecnici annessi*, Roma, fasc. 22-23, 1935.

TOSATTI, Giovanna. Pericolosi per la sicurezza dello Stato: le schedature della polizia tra periferia e centro. *Percorsi storici*, n. 0, 2011.

TOSATTI, Giovanna. La repressione del dissenso politico tra l'età liberale e il fascismo. L'organizzazione della polizia. *Studi Storici*, Roma, n. 38, v. 1, 1997.

TOSATTI, Giovanna. Dal «segnalamento empirico» alla polizia scientifica. In: ANTONIELLI, Livio e LEVATI, Stefano (a cura di). *Tra polizie e controllo del territorio: alla ricerca delle discontinuità*. Soveria Mannelli, 2017.

TURATI, Filippo. *Il delitto e la questione sociale*. Appunti sulla questione penale. Milano, 1883.

VUCETICH, Juan. *Dactiloscopia comparada*. El nuevo sistema argentino. La Plata, 1904.

ZERBOGLIO, Adolfo. Il rinnovamento scientifico della procedura penale. *La Scuola positiva*, Milano, anno 4, nn. 18-19, 1894, pp. 817-.

### **Additional information and author's declarations (scientific integrity)**

*Conflict of interest declaration:* the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

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

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

### Editorial process dates

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

- Submission: 15/05/2021
- Desk review and plagiarism check: 21/05/2021
- Review 1: 07/06/2021
- Review 2: 09/06/2021
- Review 3: 21/06/2021
- Preliminary editorial decision: 23/06/2021
- Correction round return: 08/07/2021
- Final editorial decision: 16/07/2021

### Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 1 (RS e GM)
- Reviewers: 3

### HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

GARLATI, Loredana. Alle origini della prova scientifica: la scuola di polizia di Salvatore Ottolenghi. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 7, n. 2, p. 883-934, mai./ago. 2021.  
<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i2.597>



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


# Investigative Judges as a Legal Transplant: Finnish Nineteenth-Century Criminal Procedure in Comparative Perspective

*Juiz instrutor como transplante jurídico: o processo penal  
finlandês do século XIX em perspectiva comparada*

**Heikki Pihlajamäki<sup>1</sup>**

University of Helsinki, Finland

heikki.pihlajamaki@helsinki.fi

 <http://orcid.org/0000-0003-2240-3858>

---

**ABSTRACT:** After spreading widely in both Europe and Latin America in the early nineteenth century, the institution of the investigative judge began to gradually lose significance during the second half of the nineteenth century. This was the case both in France and in Germany. The main reason for the loss of significance was the development of criminalistics, professional criminal police and prosecutorial services. The investigative function that, following the old inquisitorial tradition, had fallen on the investigative judge at the beginning of the century, was no longer suited to the role of a judge. Instead, it made more sense to entrust criminal investigation to specialized professionals. When Finnish experts on criminal procedure set out to modernize the criminal law of the country in the 1890s, the investigative magistrate no longer seemed an interesting idea, and it did not seem reasonable to invest scarce professional resources in an institution that was losing significance. Instead, the legal resources would be better allocated to a professional corps of public prosecutors.

**KEYWORDS:** *Investigative judge; Criminal prosecution; Comparative legal history.*

---

<sup>1</sup> Heikki Pihlajamäki is Professor of Comparative Legal History at the University of Helsinki. He writes on the comparative history of procedural, commercial and colonial law. Pihlajamäki was recently appointed Academy Professor (Academy of Finland) for the period 2021-2026.

**RESUMO:** *Depois de se difundir amplamente tanto na Europa quanto na América Latina no início do século XIX, a instituição do juiz instrutor começou gradualmente a perder importância durante a segunda metade do século XIX. Foi o que aconteceu tanto na França quanto na Alemanha. A principal razão para a perda de importância foi o desenvolvimento da criminalística, e a profissionalização da polícia criminal profissional e dos serviços de persecução. A função investigativa que, na esteira de uma antiga tradição inquisitorial, incumbia ao juiz instrutor no começo do século já não se encaixava no papel de um juiz. Em vez disso, fazia mais sentido confiar a investigação criminal a profissionais especializados. Quando os especialistas finlandeses em processo penal se empenharam na modernização do direito penal do país nos anos 1890, o juiz instrutor já não parecia uma boa ideia, de modo que não parecia razoável investir escassos recursos profissionais em uma instituição que estava perdendo importância. Em vez disso, os recursos seriam mais bem alocados em um corpo profissional de promotores públicos.*

**PALAVRAS-CHAVE:** Juiz de instrução; Processo criminal; História do direito comparada.

**SUMÁRIO:** Introduction; 1. From the *ancien régime* to the nineteenth century; 2. The late nineteenth century: scientific criminal investigations and the modern police; 3. Finland; Conclusions; References.

## INTRODUCTION

The investigative judge<sup>2</sup> was, according to Honoré Balzac, the most powerful man in France.<sup>3</sup> Whether this was true or an exaggeration, the French author's claim nevertheless makes it clear that the examining magistrate was a central figure in French nineteenth-century criminal

<sup>2</sup> This is the translation of *juge d'instruction* used in this article, "examining" or "investigating magistrate" would be equally acceptable.

<sup>3</sup> "Aucune puissance humaine, ni le roi, ni le garde des sceaux, ni le premier ministre ne peuvent empiéter sur le pouvoir d'un juge d'instruction, rien ne l'arrête, rien ne le commande. C'est un souverain soumis uniquement à sa conscience et à la loi." BALZAC, Honoré. *Splendeur et misères des courtisanes*. In: *Oeuvres complètes*. Paris: Plon Frères, 1846. p. 21.

procedure. As a result of the Napoleonic wars and the authority of French legal culture, many other countries adopted the institution of the investigative judge. These included countries with deep roots in the inquisitorial criminal procedure such as Belgium, the Netherlands, Luxemburg, Italy, Spain, and the entire area of the former German Empire.<sup>4</sup> As part of Alexander II's judicial reform of the 1860s, the investigative judge (under the title of "judicial investigator," *sudebnyi sledovatel*) was introduced in Russia as well.<sup>5</sup> Although the functions and powers of the investigative judge changed over the years, the institution remained in these regions, including Russia, where it has persisted through Soviet times until the present. Other countries with less or no tradition in inquisitorial procedure usually did not adopt the use of investigative judges. Examples include England and the other common law countries which had no history in the continental inquisitorial procedure, as well as the Nordic countries, which shared some features of the inquisitorial procedure but had never fully incorporated its principles into their criminal procedures.

Whether or not a country adopted the use of the investigative judge, however, cannot be fully explained by path-dependence or tradition alone. During the nineteenth century, many legal transplantations migrated across Europe, which makes it difficult to understand the investigative judge only in terms of legal traditions or modes of criminal procedure. Criminal procedure is always a combination of many factors, which make themselves understandable only in relation to each other. The

---

<sup>4</sup> See ESMEIN, Adhémar. *A History of Continental Criminal Procedure, with Special Reference to France*. Boston: Little, Brown & Company, 1913. p.570-606. Later, the investigative magistrate was maintained in national codes, such as the German Codes of Judicial Organization and Criminal Procedure (1877), the Italian Code of Criminal Procedure (1865), and the Spanish Criminal Procedure Acts (1872 and 1882). See also JUNG, Heike; LEBLOIS-HAPPE; WITZ Claude Witz (eds.). *200 Jahre Code d'instruction criminelle - Le Bicentenaire du Code d'instruction criminelle*. Baden-Baden: Nomos, 2010; MASFERRER, Aniceto (ed.). *The Western Codification of Criminal Law: Revision of the Myth of its Predominant French Influence*. Cham: Springer, 2018.

<sup>5</sup> On the Russian reform, see BHAT, Girish N. The Consensual Dimension of Late Imperial Russian Criminal Procedure: The Example of Trial by Jury. In: SOLOMON, Peter H. Jr. (ed.). *Reforming Justice in Russia (1864-1996)*. New York: Routledge, 2015. p. 63. A better-known part of the reform was the introduction of the trial jury.

investigative judge needs to be viewed as part of a package that includes the trial court and the prosecutor. The emerging police force, which was on its way to professionalization in the nineteenth century, is also a key part of the same machinery.

The question that I will ask in this paper is why the investigative judge never became part of the Finnish procedure. The problem, as I will claim, cannot be solved without looking at the Finnish nineteenth-century situation in a European context. In other words, to work out an explanation we need comparative legal history. This is often – I would almost dare to say always – the case when trying to understand why legal institutions are adopted or not adopted.<sup>6</sup> Before we turn to that, however, a few general remarks on the way I understand the history of criminal justice would be appropriate. Criminal justice, first and self-evidently, tends to connect to politics and social history. Second, professionalization affects criminal justice. Third, as always when social and legal institutions are involved, criminal justice is path-dependent: past solutions and legal traditions limit the extent to which a particular legal order or institution can change. Path-dependence also sets limits on the transferences from other legal systems that are likely to be rejected or adopted, and how they change if adopted. And fourth, criminal justice systems consist of functions which necessarily affect each other: a change in one of them is likely to cause changes in the others. Criminal justice systems typically include functions of pretrial investigation, prosecution, and adjudication. The responsibility for these functions may or may not belong to separate institutions.

In short, the argument is as follows. In 1808, the Napoleonic Code of Criminal Procedure introduced the investigative judge in France. The French procedure thus became a combination of the continental inquisitorial tradition, which the investigative judge continued, and the English adversarial procedure, which the jury, transplanted from English

---

<sup>6</sup> On comparative legal history, see MORÉTEAU, Olivier; MASFERRER, Aniceto; MODÉER, Kjell Å. (eds.). *Comparative Legal History*. London: Edward Elgar Publishing, 2019; PIHLAJAMÄKI, Heikki. Merging Comparative Law and Legal History: Towards an Integrated Discipline. *American Journal of Comparative Law*, v. 66, n. 4, 2018, p. 733-750, <https://doi.org/10.1093/ajcl/avy045>.



law, represented.<sup>7</sup> After spreading widely in both Europe and Latin America, the institution of the investigative judge began to gradually lose significance during the second half of the nineteenth century. This was the case both in France and in Germany, which is particularly important for this article because of the influence that the German *Rechtswissenschaft* exerted globally, and not the least in the Nordic countries. The main reason for this loss of significance was, as I hope to show, the development of criminalistics, professional criminal police and prosecutorial services. The investigative function that, following the old inquisitorial tradition, had naturally fallen on the investigative judge at the beginning of the century, was no longer suited to the role of a judge. Instead, it made more sense to entrust criminal investigation to specialized professionals. When Finnish experts on criminal procedure set out to modernize the criminal law of the country in the 1890s, the investigative magistrate no longer seemed an interesting idea. Also, the criminal police had already started taking charge of the field in Finland. Although part of the continental tradition, albeit rather loosely, and under German legal-cultural influence for centuries, Sweden (which Finland had been part of until 1809) and the other Nordic countries had never fully implemented the inquisitorial criminal procedure. These were countries with a heavy lay dominance and few legal professionals in their judiciary. In these circumstances, it did not seem reasonable to invest scarce professional resources in an institution that was losing significance. Instead, the legal resources would be better allocated to a professional corps of public prosecutors.

The article first establishes a comparative context in which some of the main features of the French, English, and German histories of criminal procedure are sketched (Paragraph 1). I will then move to the establishment of modern police forces in the nineteenth century (Paragraph 2), and finally to the Finnish late-nineteenth century discussions on the investigative judge (Paragraph 3).

---

<sup>7</sup> See PLOSCOWE, Morris. The Development of Present-Day Criminal Procedures in Europe and America. *Harvard Law Review*, v. 48, 1935, p. 460; JIMENO-BULNES, Mar. American Criminal Procedure in a European Context. *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, v. 21, 2013, p. 424.

## 1. FROM THE ANCIEN RÉGIME TO THE NINETEENTH CENTURY

According to the French Ordonnance of 1670, the investigation of crime (*instruction*) was entrusted to a *lieutenant criminel*, who was also a judge in criminal affairs. The examining phase thus belonged to the responsibilities of the same judge that also adjudicated the case. This was one of the hallmarks of the *ancien régime* inquisitorial procedure, and became one of the main objects of revolutionary critique.<sup>8</sup>

In search of alternative models, the critics turned to the adversarial model of the common law countries, which had become known through William Blackstone's writings in France, and to the idea of justices of the peace, already adopted in the United Provinces.<sup>9</sup> After the Revolution, the criminal procedure largely followed the same principles as adversarial procedure in England and the United States. Both the jury of accusation and trial jury were introduced. The examining phase - public, oral, and contradictory - took place in front of the jury of accusation. However, in practice either justices of the peace or the directors of the jury of accusation often conducted their own investigations before the trial.<sup>10</sup>

After the revolutionary decade (1789-1799) and the Consulate, the tide turned back from the adversarial to the inquisitorial procedure, in that the office of *juge d'instruction* was created in the *Code d'instruction criminelle* of 1808. The French investigative judge now functionally replaced the jury of accusation, and his tasks were clearly inquisitorial by nature. Investigations were not conducted publicly. The investigative judge decided what witnesses or experts were to be heard, and also conducted

---

<sup>8</sup> MOUSNIER, Roland. *The Institutions of France under the Absolute Monarchy, 1598-1789*: Vol II, The Organs of State and Society. Chicago: The University of Chicago Press, 1984. p. 319; BLOT-MACCAGNAN, Stephanie. CALLEMEIN, Gwenaëlle (eds.). *Du lieutenant criminel au juge d'instruction*. Rennes: Presses Universitaires de Rennes, 2018; GARNOT, Benoît. Le lieutenant criminel au XVIIIe siècle, ancêtre du juge d'instruction. In CLÈRE, Jean-Jacques; FARCY, Jean-Claude (eds.). *Le juge d'instruction: Approches historiques*. Dijon: Éditions Universitaires de Dijon, 2010. p. 13-20.

<sup>9</sup> BERGER, Emmanuel Berger. Les origines du juge d'instruction sous la Révolution, le Consulat et l'Empire. In: CLÈRE, Jean-Jacques; FARCY, Jean-Claude (eds.). *Le juge d'instruction: Approches historiques*. Dijon: Éditions Universitaires de Dijon, 2010. p. 21.

<sup>10</sup> BERGER. *Les origines (op. cit.)*, p. 40-41.

the hearing. The investigation produced the key written document, the file (*dossier*), which formed the basis for the subsequent trial. The investigation was also not contradictory, in the sense that the parties or their lawyers would have had the chance for cross-examination.<sup>11</sup>

Napoleon's *Code d'instruction criminelle* (1808) created not only the investigative judge, but also the public prosecutor (*procureur*) in its modern form.<sup>12</sup> At first, the *procureur* was clearly subordinate to the investigative judge. With some minor exceptions excluded, the prosecutor could not investigate, nor could he decide who was to be the prosecutor for a case – the investigative magistrate made these decisions. With the French conquests and the reception of French legal scholarship the Napoleonic Code spread to Belgium, the Netherlands, Luxemburg, Switzerland, Italy, Germany, and Spain. The various systems remained more or less similar even after these regions regained their independence. From the mid-nineteenth century, however, the powers of the investigative judge began to slowly diminish. In practice, the use of police forces formally supervised by public prosecutors led to an increase in direct summoning proceedings following a preliminary investigation (*enquête préliminaire*). The prosecutor still needed the investigative judge to decide on pretrial coercive measures such as search warrants and pretrial detentions. In 1863 the police were given powers to decide on search warrants, and the prosecutor to decide on short pre-trial detentions in flagrant situations (*flagrant délit*). From that moment on, the amount of cases remitted to investigative judges has been steadily declining.<sup>13</sup>

Similarly in Germany, the public prosecutor (*Staatsanwalt*) in its modern form was created in the mid-nineteenth century. In the

---

<sup>11</sup> See FARCY, Jean-Claude. Quel juge d'instruction? In : CLÈRE, Jean-Jacques; FARCY, Jean-Claude (eds.). *Le juge d'instruction: Approches historiques*. Dijon: Éditions Universitaires de Dijon, 2010, p. 199-204. This, however, is not strange given the fact that cross-examination was only just at that time finding its way into the English criminal procedure.

<sup>12</sup> Both institutions had old roots, but space does not permit discussing them here.

<sup>13</sup> GILLIÉRON, Gwladys. *Public Prosecutors in the United States and Europe: A Comparative Analysis with Special Focus on Switzerland, France, and Germany*. Cham: Springer, 2014. p. 52-53; ELSNER, Beatrix; AUBUSSON DE CAVARLAY, Bruno; SMIT, Paul. The Examining Magistrate's Function and Involvement in Examining Matters. *Journal of Criminal Policy*, v. 14, 2008, p. 230-231.

inquisitorial procedure, the local court officials (*Schöffen*) had carried out the investigation, while the judges in the nearest central court took care of the prosecution (insofar as we can talk of this phase separately in the inquisitorial procedure) and adjudication. While investigations now increasingly became the domain of police, prosecutions were entrusted to the public prosecutor. However, the separation of powers between the prosecutor and the “German version of the *juge d’instruction* (*Untersuchungsrichter*) remained incomplete throughout the 19<sup>th</sup> and the greater part of the 20<sup>th</sup> century,” as Thomas Weigand puts it. The abolition of the investigative judge in 1974 finally made the public prosecutor “the undisputed master of the pretrial process”.<sup>14</sup>

In English, important changes occurred in the sixteenth century. According to the Marian Committal Statutes (1555), the local Justice of the Peace (JP) played a key role in criminal investigations. He had the power to issue search and arrest warrants, which local constables then executed. When the accuser brought the accused to the JP, he also had the right to jail the accused. The JP was required to question the parties about the charges before jailing the accused, but the JP was not required to examine the case any further, for instance to look for witnesses and hear them, although some JPs would carry out more thorough investigations than the law required. It was the JP’s duty to record the statements of the accused, the accuser, and any witnesses, and these documents (the pretrial depositions) were then used at the trial, first at the grand jury (which functioned to filter out the most outrageous or unfounded private accusations) and then at the petty jury. The JP was required, furthermore, to bind the victim and the accusing witness to appear in court, as well as witnesses against the accused, and the JP could also testify himself.<sup>15</sup>

The JPs gathered evidence only against the accused, not for him, and thus thoroughly lacked any objectivity. Although the system was devised to offer public assistance to private accusers (who had no

---

<sup>14</sup> WEIGAND, Thomas. The Prosecution Service in the German Administration of Criminal Justice. In: TAK, P.J.P. (ed). *Tasks and Powers of the Prosecution Services in the EU Member States, vol 1*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2005. p. 203-222.

<sup>15</sup> LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 40-43.

choice but to prosecute in serious criminal cases), it was not particularly favourable for them either. The prosecuting party was compelled to avail himself of the secretarial services of the JP or the trial court to have a bill of indictment drafted, and was charged for this. Compared to the continental system of public prosecution, a heavy prosecutorial bias characterized the English system, which remained this way until the transformation of the eighteenth and early nineteenth century.<sup>16</sup>

From a comparative point of view, it is interesting to see how England steered through the challenges of a modernizing society. Despite the JP's role, criminal prosecution in eighteenth-century England remained almost entirely in private hands. The victim or their representative had to take their case to court and bear the costs of the trial. It was the victim's responsibility to bring the witnesses to the trial and to demonstrate his case. Towards the end of the eighteenth century some prosecuting witnesses started to hire lawyers to assist them with the prosecution, but prosecution remained primarily the victim's responsibility. This was not changed by the fact that justices of the peace existed as a mediating organ between the parties and the trial court. The justice of the peace took the depositions of the parties and their witnesses and made sure that the prosecuting party and the accused appeared at a suitable court session. However, the justice of the peace usually remained passive, and left the criminal investigation entirely to the prosecuting party.<sup>17</sup>

At trial, the judge routinely questioned the accused, who appeared without legal counsel. This "accused speaks" trial, or the altercation process, in which the accuser and the accused took turns speaking before the case was left for the jury to decide, started to change in the 1730s. The fundamental changes took place through judicial practice, and they started with the lawyerisation of the prosecution. Unlike the defence, the prosecution had never been denied the use of counsel, although this was practically never done. The only exception were treason trials, which were rare. According to Langbein, the prosecution process first started to change in the London area, where solicitors began to conduct

---

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 43-44.

<sup>17</sup> BEATTIE, J.M. *Crime and the Courts in England, 1660-1800*. Oxford: Oxford University Press, 1986, p. 35-36.

investigations themselves, to organize prosecutions on behalf of both public agencies (such as the Mint) and individuals, and to hire legal counsel for important trials. Gradually, judges began to allow counsel on the prosecutorial side, and then also to assist the accused.<sup>18</sup>

The pretrial process, with its increasingly effective evidence-gathering, was now also increasingly in the hands of lawyers, and this entailed risks that the judges soon addressed. They became neutral umpires, applying rules of evidence that were developed to safeguard the jury from undue influence by legal counsel. Evidence rules served as a filter between legal counsel and the jury, and determined which evidence was admissible. These huge changes in English criminal procedure, however, had little impact on the way crimes were investigated. The evaluation of evidence had always been free in English law. Circumstantial evidence, the main product of modern criminalistics, had always been admissible and continued to be so. The examining role of the JP, thus, was first replaced functionally by that of legal counsel, as lawyers now assumed an active role in examining criminal cases as counsel to both the prosecution and the accused. Gradually, lawyers could also expect help from professional police forces. These were established, first in London and then elsewhere, from the 1820s onwards.<sup>19</sup> It is probably reasonable to call this the beginnings of a modern criminal justice system in England.

## 2. THE LATE NINETEENTH CENTURY: SCIENTIFIC CRIMINAL INVESTIGATIONS AND THE MODERN POLICE

When did police forces emerge in Europe? Italian medieval city-states already had functionaries in charge of pursuing and apprehending criminal suspects, and since the seventeenth century police officials called *sbirri*, ill-reputed for their corruption and brutality, patrolled the countryside.<sup>20</sup> In the eighteenth century, German territories began to establish bodies of police officers. A *Polizei-Hofkommission* (Police Head

<sup>18</sup> LANGBEIN. *The Origins (op. cit.)*, p. 111-147, 167-177.

<sup>19</sup> BEATTIE. *Crime and the Courts (op. cit.)*, p. 72.

<sup>20</sup> See HUGHES, Steven C. Fear and Loathing in Bologna and Rome: The Papal Police in Perspective. *Journal of Social History*, v. 21, n. 1, 1987, p. 97-116.

Commission) under the Austrian central government and the *Kommission für Sicherheits-, Armen-, Verpflegs- und Schubsachen* (Commission for Security, Poor Relief, Provisions and Deportations) were, amongst other newly erected administrative bodies, in charge of supervising the observance of police regulations.<sup>21</sup> As for France, the scholarly consensus is roughly as follows. In the sixteenth century, the first police forces were created to supervise beggars and other marginalized groups. Together with the rest of the French state, its police forces were reorganized and centralized during 1660-1680 through the reforms carried out by Colbert. The Colbertian reforms did not, however, modernize the working methods of the police, but only their organization. Instead of patrolling the streets, policemen continued spending most of their working hours on the more lucrative “civil” tasks, such as the redaction of official documents and signing off after deceased persons.<sup>22</sup>

In early modern Europe, the term “police” referred not to the body in charge of supervising order but to the large body of rules and regulations that practically all European lawgivers had issued as a matter of routine in order to administer and develop the modern state, and at the same time to maintain the estate society, both in the Old Continent as well as globally in the colonies.<sup>23</sup> Logically, early modern European police forces were mainly in charge of keeping public order and holding up the myriad different kinds of police regulations. Criminal investigations did not belong to their functions. Instead, on the European continent judicial authorities operating under the principles of inquisitorial procedure conducted the criminal investigations. In fact, as A.E. Anton phrased it, “when the procedure took its present form in 1808, it would have been thought absurd to allow it to have been conducted by the *gendarmérie*. [They] often lacked the independence,

---

<sup>21</sup> EMSLEY, Clive. *Crime, Police and Penal Policy: European Experiences 1750-1940*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 62; BERNHARD, Paul P. *From the Enlightenment to the Police State: The Public Life of Johann Anton Pergen*. Chicago: University of Illinois Press, 1991, p. 120.

<sup>22</sup> VIDONI, Nicolas. *La Police des Lumières: XVIIe – XVIIIe siècle*. Paris: Perrin, 2018, p. 62-83.

<sup>23</sup> In recent decades, the literature on European police regulations has grown too large to mention even the most important works here.

impartiality, knowledge of the law, and sometimes even the intelligence necessary for the conduct of an *information*”.<sup>24</sup>

In the nineteenth century, the functions of police started to change.<sup>25</sup> Already during the first half of the nineteenth century, the Paris police was generally regarded as the world’s best in criminal investigation. The mythical Eugène-François Vidocq, an ex-convict, founded the criminal police, the *Sûreté*, in 1812. Vidocq’s crime-fighting organization, specialized in undercover operations, was widely regarded the world’s best organization for criminal investigations in its time. After the initial period under Vidocq’s leadership (which ended in 1827) and the July Revolution of 1830, the *Sûreté* was fully professionalized.<sup>26</sup>

The *Sûreté*, however, was only a beginning. From the time of the Second Republic, the French police grew both in number and degree of professionalization. The Ministry of the Interior now hired police superintendents (*commissaires de police*), in charge of gathering proof of crimes and misdemeanours and reporting them to the prosecutor (*procureur*), on the basis of their professional abilities, whereas during the Restoration political considerations had ruled paramount. The number of these police superintendents in towns as well that of the rural *gendarmes* increased. The *gendarmes* were considered the most professional police force in France, especially when compared to the less competent *gardes champêtres*.<sup>27</sup>

The English JPs, who in conjunction with the accusing party were mainly responsible for the investigations in early modern England, lost their leading role to the lawyers who emerged on both sides as counsel during the late eighteenth and early nineteenth centuries. Criminal police,

<sup>24</sup> ANTON, A.E. L’instruction criminelle. *American Journal of Comparative Law*, v. 9, n. 1, 1960, p. 442.

<sup>25</sup> On the social and professional history of the French police officials, see the articles in KALIFA, Dominique; KARILA-COHEN, Pierre (eds.). *Le commissaire de police au XIX siècle*. Paris: Éditions de la Sorbonne, 2008.

<sup>26</sup> STEAD, Philip John. *The Police of France*. New York: MacMillan, 1983, p. 60-62; EMSLEY. *Crime (op. cit.)*, p. 111.

<sup>27</sup> DONOVAN, James M. *Juries and the Transformation of Criminal Justice in France in the Nineteenth and Twentieth Centuries*. Chapel Hill: University of North Carolina Press, 2010, p. 97-98.



although emerging almost simultaneously first in London, and then in other big cities and the countryside, developed somewhat later.<sup>28</sup>

Similarly, modern police emerged in Germany. In Berlin, for instance, the beginnings of criminal police in its modern form date to the early nineteenth century. It took, however, until the last quarter of the century before criminal police became a clearly separate part of the police organization.<sup>29</sup>

Professionalization was one of the main trends of nineteenth-century criminal procedure. Whether based on a true rise in crime or not, crime was nevertheless perceived as a true threat to the industrial, increasingly urban societies of the West. To explain the phenomenon of rising crime and to offer a scientific means of controlling it, a new scholarship of criminology developed to meet the need to “fight against criminality”.<sup>30</sup>

Criminalistics, the science of criminal investigation, is another key term here. Although Vidocq is sometimes regarded as the “father” of criminalistics, the Austrian criminalist Hans Gross (1847-1915) coined the original (German) term. Although crimes have always been investigated, in the middle of the nineteenth century scientific principles began to be systematically applied to the field. Gross’s fundamental work *Handbuch für Untersuchungsrichter als System der Kriminalistik* (1899) [Manual for Investigative Judges as a System of Criminalistics] laid the basis for criminalistics as a recognized field of science. Although based

---

<sup>28</sup> See, for instance STEEDMAN, Carolyn. *Policing in the Victorian Community: the Formation of English Provincial Police Forces, 1856-1880*. London: Routledge, 1984; EMSLEY, Clive. *The English Police: A Political and Social History*. London: Routledge, 1996.

<sup>29</sup> See GLORIUS, Dominik. *Im Kampf mit dem Verbrechen: eine Entwicklung der Berliner Kriminalpolizei von 1811 bis 1925 - eine rechtshistorische Betrachtung*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2016.

<sup>30</sup> For the history of criminology, see BECKER, Peter; WETZELL, Richard F. (eds.). *Criminals and their Scientists: The History of Criminology in International Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. Imprisonment, now meticulously planned with the help of scientific expertise, took the leading role in the punishment system. This article will not, however, concern itself with the growth of criminology or the prison system. Instead, my emphasis will be on the ways with which the courts proceedings were planned to maximize effective criminal investigation.

on criminology, criminalistics thus became an independent branch of science. As Peter Becker has shown, Hans Gross skilfully utilized the latest findings of psychology and anthropometry to develop the art of examining crimes. Whereas earlier, before the second half of the nineteenth century, investigators had depended primarily on written documents and witnesses as evidence, with the help of modern science the range of possible evidence exploded.<sup>31</sup>

Thus, building on existing knowledge and new scientific methods, the process of criminalistics was now systematically used to identify and classify offenders. By the 1870s and 1880s the police were already steadily taking over criminal investigations in many European countries. In the 1870s, European police organizations started to routinely photograph offenders.<sup>32</sup> Anthropometric methods of measuring offenders' body parts were experimented with,<sup>33</sup> and although these experiments had no lasting effect on the detection and identification of criminal offenders, the use of fingerprints did. In 1901 Scotland Yard founded a fingerprint bureau, and in 1902 fingerprints were used for the first time as evidence in a criminal trial.<sup>34</sup> Graphology also became part of crime investigations, not to mention forensic medicine, which by the mid-nineteenth century had established itself firmly as an academic discipline.<sup>35</sup>

---

<sup>31</sup> See BECKER, Peter. Objective Distance and Intimate Knowledge: On the Structure of Criminalistic Observation and Description. In: BECKER, Peter; CLARK, W. (eds.). *Little Tools of Knowledge*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2001; BECKER, Peter. Zwischen Tradition und Neubeginn: Hans Gross und die Kriminologie und Kriminalistik der Jahrhundertwende. In: HEUER, G.; GÖTZ VON OLENHUSEN, A. (eds.). *Die Gesetze des Vaters*. Marburg: Literatur Wissenschaft, 2003; BECKER, Peter. Criminological language and prose. In: LEVY, R.; SREBNICK, A.G. (eds.). *Crime and Culture: An Historical Perspective*. Aldershot: Ashgate, 2005, p. 23-36; BECKER, Peter. The Criminologists' Gaze at the Underworld: Toward an Archaeology of Criminological Writing. In: BECKER, Peter; WETZELL, R.F. (eds.). *Criminals and their scientists*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 105-133.

<sup>32</sup> JÄGER, Jens. Photography: A Means of Surveillance? Judicial Photography, 1850-1900. *Crime, History & Society*, v. 5, n. 1, 2001, p. 27-51.

<sup>33</sup> EMSLEY, *Crime (op. cit.)*, p. 186-187.

<sup>34</sup> See BEAVAN, Colin. *Fingerprints: Murder and the Race to Uncover the Science of Identity*. London: Fourth Estate, 2001.

<sup>35</sup> THORNTON, John. Criminalistics – Past, Present, and Future. *Lex and Scientia*, v. 11, 1975, p. 10, 13.

It is worth noting that the development of forensic methods was by no means a solely European enterprise. The best-known example is the Argentine Juan Vucevich, who invented a new method of fingerprinting in the 1890s. The influence of Italian criminological positivism (Cesare Lombroso, Raffaele Garofalo, Luigi Anfosso) arrived early in Argentina, and Vucevich was able to establish contacts with Italian criminologists, and a bit later with other Europeans. By the early years of the twentieth century, Vucevich's fingerprinting system was generally acknowledged to surpass earlier methods.<sup>36</sup>

The progress in the forensic sciences would have been much less useful without the simultaneous changes in continental laws concerning evidence. In pre-nineteenth century evidence law, or the statutory theory of proof (the so-called Roman canon or *ius commune* law of evidence), criminal convictions depended on "full proof", which consisted of two eyewitnesses or a confession. In practice, the system had not been quite as rigid as this rule suggests for centuries. In the legal practice of most countries, the rule of full proof was only valid for serious crimes, whereas petty crimes could result in convictions even with lesser proof. In the absence of full proof, if the evidence was otherwise sufficient to convince the judge, an "extraordinary" punishment could nevertheless follow. This meant that the accused could be sentenced to a punishment less severe than capital punishment, such as forced labour or extradition. In this way, the statutory theory of proof had been losing importance for centuries, but the final blow was yet to come.<sup>37</sup>

In the nineteenth century, the statutory theory of proof (which had never been observed in common law) was finally abandoned everywhere in the countries of the continental legal system, and was replaced by the so-called free evaluation of proof (*intime conviction*, *Freie Beweiswürdigung*). In France, it resulted logically from the adoption of the English-inspired jury after the Revolution. During the early nineteenth century, German territories followed suit. With the freer evaluation of evidence, no rigid

---

<sup>36</sup> See GARCÍA FERRARI, Mercedes. El rol de Juan Vucevich en el surgimiento transnacional de tecnologías de identificación biométricas a principios del siglo XX. *Nuevo mundo, mundos nuevos*, 2014.

<sup>37</sup> See LANGBEIN, John. *Torture and the Law of Proof: Europe and England in the Ancien Régime*. Chicago: The University of Chicago Press, 1974.

rules applied. The logic here was that jury members lacking legal training were not capable of mastering the rules of evidence. On the other hand, they were jury members precisely because the unspoiled, lay opinion was thought to be equal to – or perhaps even more worthy than – that of a legal professional. Any evidence – regardless of whether it consisted of witness statements, written documents, confessions, or just circumstantial evidence – thus could now amount to proof sufficient for condemnation. The most important result was, of course, that circumstantial evidence alone could now suffice. Because circumstantial evidence now became more important, the methods for obtaining it also developed.<sup>38</sup>

The modern criminal investigation thus consisted of three elements that went logically together. The modern sciences of criminology, psychology, and anthropometry provided explanations for criminal behaviour, which served as a background for criminal investigators. The new techniques of fingerprinting and photography offered efficient methods of identification and cataloguing offenders, and also for the purposes of examining crimes. The disappearance of the last vestiges of the statutory theory of proof helped to make full use of the new scientific examination methods. On the institutional side, the new system of gathering evidence required specialized personnel, which led to the founding of criminal police agencies all over Europe. In the *ancien régime* system of inquisitorial criminal law, it was fully possible for the court to take care of criminal investigations, gathering the necessary evidentiary documents, summoning the witnesses, and questioning the accused. This worked equally well when the investigative judge stepped into the picture. However, it was no longer thinkable that the judge alone could bear the main responsibility for the investigation when the range of and techniques for evidence gathering multiplied during the latter part of the nineteenth century. Gradually, the modern criminal police took over criminal investigations. In the countries with an investigative judge, interestingly, two independent criminal investigations could take place: one carried out by the investigative judge and the other by the police.<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup> See HIETANIEMI, Tuija. *Totuuden jäljillä: suomalaisen rikospoliisin taival*. Vantaa: Keskusrikospoliisi, 1995, p. 15.

<sup>39</sup> JIMENO-BULNES. *American Criminal Procedure (op. cit.)*, p. 426.

### 3. FINLAND

The question of investigative judges was discussed in Finland as well, when the so-called Wrede Committee was planning a wholesale reform of the procedural system at the turn of the century. At that time Finland was part of the Russian Empire, but had kept its own separate legal system from the pre-1809 Swedish period. The committee, led by Professor R.A. Wrede, published a large and thorough reform plan in three volumes in 1901. However, mainly because of a lack of finances, the reform came to nothing, as did all the ensuing reforms in the twentieth century, until many of Wrede's main ideas – a liberal system based on the principles of adversarial procedure – were finally realized in the 1990s.

The idea of modernizing the criminal procedure, following international models, was nevertheless in the air at the turn of the century. In 1895, a group of experts in procedural matters convened in Helsinki to discuss questions posed by Wrede's committee. One of the questions was whether criminal investigation should be entrusted solely to prosecutors (provided they were "competent civil servants"; far from reality at that time) or whether investigations should at least partly be carried out by members of the judiciary – in other words, an investigative judge. Wrede opened the discussion himself with comparative remarks on how prosecutors and judges conducted investigations together in some countries. In some of them (Germany, Austria, and Norway) the prosecutor investigated first, and the judge then continued the process, while in other countries the prosecutor and judge each conducted their own investigations simultaneously (France and Italy). The prosecutor, as described by Wrede, should decide how the investigation would proceed in the big picture, while the investigative judge made decisions on the use of pretrial coercive measures and led the investigation in practical terms. Here, practical concerns and realism took over. Wrede thought that the system was just too complicated for Finland. One would need to have access to, at the same time, prosecutors, investigative judges, and ordinary judges, all with a legal education.<sup>40</sup> This seemed redundant and over-organized in a country that was only beginning the process of

---

<sup>40</sup> *Tidskrift utgifven af Juridiska Föreningen i Finland (JFT)*, 1895, p. 278-279.

organizing a corps of professional advocates, and in which the main bulk of prosecutors would remain non-professionals for decades. According to Wrede, and he was correct here, an important difference between Finland and continental countries was that the Finnish system had never been as inquisitorial as theirs. The professor thought that the rights of the accused did not depend on which officials oversaw them, but rather on the procedures themselves.<sup>41</sup>

Wrede's leading idea in the committee work was that the whole procedure should be turned into an adversarial process. He was therefore critical of the fact that continental investigative judges conducted their work inquisitorially. According to Wrede, the only way that investigations could be impartial was if they were adversarial – in which case a separate investigative judge would not be needed at all. His conclusion was, thus, that prosecutors should lead criminal investigations.<sup>42</sup>

Professor Jaakko Forsman – the leading criminal law expert at the time – also held suspicions about the inquisitorial procedure, and had a clear preference for adversarial procedures. Forsman understood the logic of having an investigative judge, in that the judge would supposedly seem impartial in their dealings with the investigations and the use of coercive measures. However, since he would naturally concentrate mainly on convicting evidence, this would not work in practice in the way some hoped. On the contrary, the accused and the public could easily identify the investigative judge with the prosecutors.<sup>43</sup>

Two other committee participants, Nybergh and Serlachius, were clearly in favour of installing investigative judges. They were worried that if the committee's idea of not allowing appeals in questions of evidence would be accepted, the fate of the accused would depend on one trial session alone. Therefore, it would be much better to at least ensure that pretrial investigations were handled by a judge.<sup>44</sup> Nybergh and Serlachius, however, remained in minority.

---

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 279.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 279.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 299-300.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 300-301.

Most of the experts thus thought that investigative judges were not needed in Finland. Professor Wrede explained that although “most civilized countries” had now introduced some form of investigative judge, “in our country the circumstances are in many respects so different than those in the big cultural nations, that these institutions cannot be transferred to us without further ado, but must be accommodated to our circumstances.” These circumstances consisted, more than anything, of the lack of legal professionals. Wrede’s committee was already planning to increase the amount of judges in the lower courts, in order to make them collegial courts (instead of the one-judge courts that they were). While at the same time the prosecutors were mostly unlearned in law, and learned advocates were rare, it was thoroughly unrealistic to allocate professional resources to staffing examining judgeships.<sup>45</sup>

In Finnish trials, local juries consisting of laymen (*nämnd*) continued to act as an active source of information, just as they had done for centuries. In addition, however, the broader nineteenth-century social changes brought pressure to modernize the police force, as well and to create a specialized criminal police. Finland’s first police station (“police chamber”) was founded in 1816 in Turku (the old capital during the Swedish period, and until 1812 under Russian rule, when Helsinki became the new capital), and then other towns followed suit. Following the Swedish model, the police chambers organized preparative or police trials, which in minor cases, after the accused was heard, could lead to punishments. The police chief acted as the chairperson, while one of the police officers assumed the role of the prosecutor. In more severe cases, a police trial could end in remitting the case to an ordinary court of law; in such cases, the dossier of the police trial in fact served as the preliminary investigation.<sup>46</sup>

In the 1850s, the discussions on converting the police force into a professional investigative agency started. Professor of criminal law Karl Gustaf Ehrström was particularly active in demanding that the models of London and Stockholm be followed, and that part of the police force should

---

<sup>45</sup> WREDE, R.A. Några synpunkter i frågan om ny rättegångsordning i Finland. *Tidskrift utgifven af Juridiska Föreningen i Finland*, 1895, p. 310.

<sup>46</sup> HIETANIEMI. *Totuuden jäljillä (op. cit.)*, p. 17-18.

devote its time to criminal investigations, not just preventing crimes. By the 1860s, the detectives of the Helsinki police station already in practice formed a department of its own. In 1877 the “detective department” was formally established by imperial decree: the department now consisted of seven policemen. Gradually, other larger towns followed suit: Turku in 1882, Tampere in 1891, and Viipuri in 1897.<sup>47</sup>

The prosecutors were also beginning to take direct charge of leading investigations, as the police chambers’ judicial powers were continuously criticized. The real problem was, however, that Finnish prosecutors were not particularly qualified. In the countryside, police chiefs (*nimismies, länsman*) were also at the same time prosecutors, and although in larger towns prosecutors (*kaupunginviskaali, stadsfiskal*) focused full time on their prosecutions, their legal knowledge was often thin. Already in 1866, Professor Karl Gustaf Ehström ruthlessly criticized the Finnish prosecutors. They were “poorly prepared” for trials, the police investigations that prosecutors helped conduct were “meagre”, and they often had not collected the evidence necessary to convict.<sup>48</sup> A committee in charge of developing policing in towns, in a memorandum of 1889, argued that prosecutorial services were in urgent need of improvement. In principle, the committee reasoned that the prosecution process should be kept separate from the police, as the adversarial principle was gaining ground. However, for practical reasons that separation was not yet possible.<sup>49</sup> A wholesale revision of prosecutorial services, then, had to wait until the comprehensive reform of criminal procedure, which entered in force in 1993.

The international trend towards adversarial procedure, with strong public prosecutors and weak investigative judges, is apparent in the background of these discussions, although nothing yet came of the desire for change. In the 1890s, the spirit of the time favoured strengthening the public prosecution services, which were notoriously unprofessional

---

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 29-30.

<sup>48</sup> EHRSTRÖM, Karl Gustaf. Anmärkningar rörande Finlands rättegångsordning i brottmål. *Tidskrift utgifven af Juridiska Föreningen i Finland*, 1866, p. 48-50.

<sup>49</sup> *Komiteanmietintö 2/1889* [Committee on Improvement of Policing in Towns], p. 38; HIETANIEMI. *Totuuden jäljillä (op. cit.)*, p. 35-38.



and weak in Finland. Although investigative judges had played a central part in continental systems for a long time, their star was rather on the decline. The experts in the other Nordic countries – Denmark, Norway, and Sweden – had weighed the possibility of change as well, but decided against it. The fact that Finnish legal tradition had never been dogmatically inquisitorial, only more or less so, did not speak for adopting the institution of the investigative judge, which was a clear product of the inquisitorial tradition. By this time, Finland had also joined the international trend of establishing professional police forces and placing them in charge of criminal investigations. Along with the chronic lack of trained legal professionals, this made the case clear: investigative judges were not needed.

## CONCLUSIONS

I hope that I have shown how the emergence of the investigative judge in Continental Europe was intimately linked to fundamental changes in the whole system of criminal procedure. Criminal procedures tend to form systems in which every part – pretrial investigation, prosecution, and trial – is linked to every other part. One of the parts cannot be changed radically without affecting the other components of the system.

As for how the early modern trials in England and on the continent compared, many things were similar. A defence counsel was not allowed in criminal trials on either side of the English Channel. Criminal police did not yet exist anywhere. Instead, criminal investigations into minor matters were solely in hands of the individual victim, who had to take the case to court and manage the prosecution. In cases involving serious crimes in England, the victim was assisted by a justice of the peace (as well as in victimless crimes), while in the continental inquisitorial procedure the judge with his staff bore the main burden of the investigation. However, great regional differences existed between the different continental systems. Whereas the adversarial procedure practically disappeared in most parts of the Continent by the sixteenth century, in Scandinavia the victim and the accused could still settle even homicide cases as late as the seventeenth century, which shows that they were often in charge of deciding whether and how criminal cases ought to proceed.

Compared to the continental system, both similarities and differences are clear. In both systems, the prosecution of serious crimes was organized rather effectively, and the victim or other potential accuser could not prevent the case from going to court. In England, he or she was required to bring forth charges himself, with the help of the Justice of the Peace, while on the continent the public prosecutor did so regardless of whether the accused wished or not, and, after the case reached the court, the judge started managing the case as an inquisitor – in principle, objectively. Again, the Nordic countries were different. There, public prosecution was still underdeveloped in the early modern period, and the prosecutor's resources were largely concentrated on protecting the crown's financial interests, while the potential accuser's power over cases involving private people's interests remained considerable until the nineteenth century.

The investigative judge was an innovation of the early nineteenth century, when European criminal procedure was in a formative phase. Juries, the symbol of bourgeois liberty, were an English legal transfer that was adopted first in revolutionary France and then in many other continental countries. Such legal transfers almost always underwent change when they were adopted, and so did the jury. The idea of the jury came together with the liberal procedural principle of trial publicity, because juries composed of laymen could not function in secrecy. This did not mean, however, that in continental countries the whole procedure became public. The investigative judge, the new innovation of the Napoleonic procedural code, followed the old secrecy principle of the inquisitorial tradition. The role of the investigative judge was thought necessary to secure an impartial investigation, which in the old system the judge had – despite the problems of the old system – represented. To entrust criminal investigations to the police was unthinkable at that time, because criminal police did not yet exist.

In Scandinavian countries, little happened on this front before the late nineteenth century. In the northernmost part of Europe, the court organization remained based on local juries, whose lay members (much like the German *Schöffen*), aided by the representative of the crown (*länsman*), took care of the initial criminal investigations as well. It was only towards the end of the century that criminal police was organized.

At the same time, the first major efforts to reform Finnish criminal justice, by the Wrede Committee, began. By this time, the international attraction of the investigative judge was already waning. The other Nordic countries, despite some discussions, had not adopted the institution. Germany, the other major international reference point for Finland, had investigative judges, but they were already losing their power to another major procedural actor, the public prosecutor.

During the second half of the century, police forces gradually took over criminal investigations in France, Germany, England, and Finland. When this happened, the *raison d'être* of the investigative judge becomes dubious in the countries that had introduced the institution. The general trend of the recent decades towards a common law-inspired adversarial procedure has, indeed, caused many Western countries to completely remove the office of the investigative judge (France) or to replace it with a judicial office with lesser powers. Thus, in Germany, the 1975 reform replaced the investigative judge with the prosecutor as the leading actor in criminal investigations in serious cases. A new pre-trial judge, *Ermittlungsrichter*, no longer led investigations but only decided on the use of pre-trial measures of constraint such as detention. In 1988, a similar reform followed in Italy. In France as well, the investigative judge has lost their dominance in criminal procedure in favour of the prosecutor, who now leads the investigation in most cases and decides when a serious case is remitted to the investigative judge. In practice, the investigative judge rarely becomes involved; however, the cases they oversee are often the most complicated ones, dealing with delicate issues such as political corruption, drug trafficking, and terrorism. Since the 1980s, abolition of the *juge d'instruction* has been proposed several times, but without success. Defenders of the institution prefer to have a politically independent judge in control of these cases instead of a prosecutor who is accountable to the executive branch.<sup>50</sup> The *juge d'instruction* is often seen as an impartial administrator of laws and, therefore, legitimate. Here, we are at the heart of French legal culture.

---

<sup>50</sup> See ELSNER *et al.* *The Examining Magistrate's Function (op. cit.)*; HODGSON Jacqueline S. The French Prosecutor in Question. *Washington and Lee Law Review*, v. 67, n. 4, 2010, p. 1363.

## REFERENCES

ANTON, A.E. L'instruction criminelle. *American Journal of Comparative Law*, v. 9, 1960, p. 441-457.

BALZAC, Honoré. *Splendeur et misères des courtisanes*. In: *Oeuvres complètes*. Paris: Plon Frères, 1846.

BEATTIE, J.M. *Crime and the Courts in England, 1660-1800*. Oxford: Oxford University Press, 1986.

BEAVAN, Colin. *Fingerprints: Murder and the Race to Uncover the Science of Identity*. London: Fourth Estate, 2001.

BECKER, Peter. Objective Distance and Intimate Knowledge: On the Structure of Criminological Observation and Description. In: BECKER, Peter; CLARK, W. (eds.). *Little Tools of Knowledge*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2001.

BECKER, Peter. Zwischen Tradition und Neubeginn: Hans Gross und die Kriminologie und Kriminalistik der Jahrhundertwende. In: HEUER, G.; GÖTZ VON OLENHUSEN, A. (eds.). *Die Gesetze des Vaters*. Marburg: Literatur Wissenschaft, 2003.

BECKER Peter. Criminological Language and Prose. In: LEVY, R.; SREBNICK, A.G. (eds.). *Crime and Culture: An Historical Perspective*. Ashgate: Aldershot, 2005.

BECKER, Peter. The Criminologists' Gaze at the Underworld: Toward an Archaeology of Criminological Writing. In: BECKER, Peter; WETZELL, R.F. (eds.). *Criminals and their scientists*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. <https://doi.org/10.1017/cbo9781139052405.006>

BECKER, Peter; WETZELL, Richard F. (eds.). *Criminals and their Scientists: The History of Criminology in International Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

BERGER, Emmanuel. Les origines du juge d'instruction sous la Révolution, le Consulat et l'Empire. In: CLÈRE, Jean-Jacques; FARCY, Jean-Claude (eds.). *Le juge d'instruction: Approches historiques*. Dijon: Éditions Universitaires de Dijon, 2010. p. 21-41.

BERNHARD, Paul P. *From the Enlightenment to the Police State: The Public Life of Johann Anton Pergen*. Chicago: University of Illinois Press, 1991.

BHAT, Girish N. The Consensual Dimension of Late Imperial Russian Criminal Procedure: The Example of Trial by Jury. In: SOLOMON, Peter H. Jr. (ed.), *Reforming Justice in Russia (1864-1996)*. New York: Routledge, 2015.

BLOT-MACCAGNAN, Stephanie; CALLEMEIN, Gwenaëlle (eds.). *Du lieutenant criminel au juge d'instruction*. Rennes: Presses Universitaires de Rennes, 2018.

DONOVAN, James M. *Juries and the Transformation of Criminal Justice in France in the Nineteenth and Twentieth Centuries*. Chapel Hill: University of North Carolina Press, 2010.

EHRSTRÖM, Karl Gustaf. Anmärkningar rörande Finlands rättegångsordning i brottmål. *Tidskrift utgifven af Juridiska Föreningen i Finland*, 1866, p. 48-50.

ELSNER, Beatrix; AUBUSSON DE CAVARLAY, Bruno; SMIT, Paul. The Examining Magistrate's Function and Involvement in Examining Matters. *Journal of Criminal Policy*, v. 14, 2008, p. 225-235. <https://doi.org/10.1007/s10610-008-9063-x>

EMSLEY, Clive. *Crime, Police and Penal Policy: European Experiences 1750-1940*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

EMSLEY, Clive. *The English Police: A Political and Social History*. London: Routledge, 1996.

ESMEIN, Adhémar. *A History of Continental Criminal Procedure, with Special Reference to France*. Boston: Little, Brown & Company, 1913.

GARCÍA FERRARI, Mercedes. El rol de Juan Vucevich en el surgimiento transnacional de tecnologías de identificación biométricas a principios del siglo XX. *Nuevo mundo, mundos nuevos*, 2014. <https://doi.org/10.4000/nuevomundo.66277>

GARNOT, Benoît. Le lieutenant criminel au XVIIIe siècle, ancêtre du juge d'instruction. In: CLÈRE, Jean-Jacques (eds.). *Le juge d'instruction: Approches historiques*. Dijon: Éditions Universitaires de Dijon, 2010. p. 13-20.

GILLIÉRON, Gwladys. *Public Prosecutors in the United States and Europe: A Comparative Analysis with Special Focus on Switzerland, France, and Germany*. Cham: Springer, 2014.

GLORIUS Dominik. *Im Kampf mit dem Verbrechen: eine Entwicklung der Berliner Kriminalpolizei von 1811 bis 1925 - eine rechtshistorische Betrachtung*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2016.

HJETANIEMI, Tuija. *Totuuden jäljillä: suomalaisen rikospoliisin taival*. Vantaa: Keskusrikospoliisi, 1995.

HUGHES, Steven C. Fear and Loathing in Bologna and Rome: The Papal Police in Perspective. *Journal of Social History*, v. 21, n. 1987, p. 97-116. <https://doi.org/10.1353/jsh/21.1.97>

JÄGER, Jens. *Photography: A Means of Surveillance? Judicial Photography, 1850-1900*. *CHS*, v. 5, n. 1, 2001, p. 27-51. <https://doi.org/10.4000/chs.1056>

JIMENO-BULNES, Mar. *American Criminal Procedure in a European Context*. *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, v. 21, 2013, p. 409-459.

JUNG, Heike; LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne; WITZ, Claude (eds.). *200 Jahre Code d'instruction criminelle - Le Bicentenaire du Code d'instruction criminelle*. Baden-Baden: Nomos, 2010. <https://doi.org/10.5771/9783845222455-247>

KALIFA, Dominique; KARILA-COHEN, Pierre (eds.). *Le commissaire de police au XIX siècle*. Paris: Éditions de la Sorbonne, 2008. <https://doi.org/10.4000/books.pSORBONNE.59232>

*Komiteanmietintö 2/1889* [Committee on Improvement of Policing in Towns].

LANGBEIN, John. *Torture and the Law of Proof: Europe and England in the Ancien Régime*. Chicago: The University of Chicago Press, 1974. <https://doi.org/10.1086/ahr/83.3.709>

LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

MASFERRER, Aniceto (ed.). *The Western Codification of Criminal Law: Revision of the Myth of its Predominant French Influence*. Springer: Cham, 2018.

MORÉTEAU, Olivier; MASFERRER, Aniceto; MODÉER, Kjell Å. (eds.). *Comparative Legal History*. London: Edward Elgar Publishing, 2019.

MOUSNIER, Roland. *The Institutions of France under the Absolute Monarchy, 1598-1789: Vol II, The Organs of State and Society*. Chicago: The University of Chicago Press, 1984.

PIHLAJAMÄKI, Heikki. *Merging Comparative Law and Legal History: Towards an Integrated Discipline*. *American Journal of Comparative Law*, v. 66, n. 4, 2018, p. 733-750. <https://doi.org/10.1093/ajcl/avy045>

PLOSCOWE, Morris. *The Development of Present-Day Criminal Procedures in Europe and America*. *Harvard Law Review*, v. 48, 1935, p. 433-462. <https://doi.org/10.2307/1332766>

STEAD, Philip John. *The Police of France*. New York: MacMillan, 1983.

STEEDMAN, Carolyn. *Policing in the Victorian Community: The Formation of English Provincial Police Forces, 1856-1880*. London: Routledge, 1984. <https://doi.org/10.4324/9781315672243>

THORNTON, John. Criminalistics – Past, Present, and Future. *Lex and Scientia*, v. 11, 975, p. 1-44.

VIDONI, Nicolas. *La Police des Lumières: XVIIIe – XVIIIe siècle*. Paris: Perrin, 2018.

WEIGAND, Thomas. The Prosecution Service in the German Administration of Criminal Justice. In: TAK, P.J.P. (ed). *Tasks and Powers of the Prosecution Services in the EU Member States, vol 1*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2005, p. 203–222.

WREDE, R.A. Några synpunkter i frågan om ny rättegångsordning i Finland. *Tidskrift utgifven af Juridiska Föreningen i Finland*, 1895, p. 308-326.

### **Additional information and author's declarations (scientific integrity)**

*Acknowledgement:* The author wishes to thank the two anonymous referees and the editors for their helpful comments. Naturally, the remaining errors are his sole responsibility.

*Conflict of interest declaration:* The author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

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

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

### Editorial process dates

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

- Submission: 30/05/2021
- Desk review and plagiarism check: 01/06/2021
- Review 1: 22/06/2021
- Review 2: 24/06/2021
- Review 3: 24/06/2021
- Preliminary editorial decision: 29/06/2021
- Correction round return: 01/07/2021
- Final editorial decision: 10/07/2021

### Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 1 (RS e MG)
- Reviewers: 2

### HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

PIHLAJAMÄKI, Heikki. Investigative Judges as a Legal Transplant: Finnish Nineteenth-Century Criminal Procedure in Comparative Perspective. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 7, n. 2, p. 935-962, mai./ago. 2021. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i2.614>



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




# The French Heritage Put to the Test of Time: History of Criminal Procedure in Belgium (1814-2020)<sup>1</sup>

*A herança francesa posta à prova do tempo: história do processo penal na Bélgica (1814-2020)*

**Édouard Delrée<sup>2</sup>**

Université libre de Bruxelles, Belgium

Edouard.Delree@ulb.be

 <https://orcid.org/0000-0001-8289-8755>

---

**ABSTRACT:** The history of Belgium's criminal procedure is deeply related to its French heritage through its *Code d'instruction criminelle* of 1808 still in force nowadays. In order to portray the modern history of Belgium's criminal procedure, this paper aims at emphasizing the evolution of the reform initiatives regarding the most symbolic aspects inherited from the French procedure: the *Code* of 1808 itself, the pretrial investigation focused on the *juge d'instruction's* person and the emblematic popular justice of the *cour d'assises*. Divided into six periods from 1814 to 2020, this historical research will address and contextualize issues such as the replacement or the maintaining of the French Code, the improvement of the *instruction* according to its Napoleonic main features or its transformation into another type of pretrial investigation as well as the limitation or even the abolition of popular justice.

**KEYWORDS:** *Belgium; modern and contemporary history; Code d'instruction criminelle; pretrial investigations; popular justice.*

**RESUMO:** *A história do processo penal da Bélgica está profundamente relacionada à sua herança francesa por meio de seu Code d'instruction criminelle de 1808, ainda em vigor atualmente. A fim de retratar a história moderna do*

---

<sup>1</sup> This paper is part of a more general doctoral research focusing on the production of criminal procedure law in Belgium between the 19<sup>th</sup> and the 20<sup>th</sup> centuries, with special attention to the actors and results of reform initiatives.

<sup>2</sup> PhD student at the Center for Legal History and Legal Anthropology (Université libre de Bruxelles).

*processo penal belga, este artigo visa a enfatizar a evolução das iniciativas de reforma em relação aos aspectos mais simbólicos herdados do processo francês: o próprio Código de 1808, a investigação preliminar focalizada na pessoa do juge d'instruction e a emblemática justiça popular da cour d'assises. Dividida em seis períodos de 1814 a 2020, esta pesquisa histórica abordará e contextualizará questões como a substituição ou a manutenção do Código francês, a melhoria da instruction de acordo com suas principais características napoleônicas ou sua transformação em outro tipo de investigação pré-julgamento, bem como a limitação ou mesmo a abolição da justiça popular.*

**PALAVRAS-CHAVE:** *Bélgica; História moderna e contemporânea; Code d'instruction criminelle; investigação preliminar; justiça popular.*

**SUMÁRIO:** Introduction; I. Reforming in regard to France and the revolutionary heritage: criminal procedure under the United Kingdom of the Netherlands (1814-1830); II. A new legislation for a new nation (1831-1879); III. The pretrial stage between failures and diversity (1879-1914); IV. The interwar period between stagnation and transformation (1918-1939); V. The calm before the storm (1945-1998); VI. An era of unprecedented reforms (1998-2020); Conclusion; Bibliography.

---

## INTRODUCTION

Looking over Belgium's criminal procedure, one might be surprised to note that its main body of rules is still the "*Code d'instruction criminelle*" ("*C.I.Cr./Wetboek van strafvordering*"<sup>3</sup>) of 1808<sup>4</sup>, dating from Belgium's occupation by France between 1795 and 1814. This occupation left many marks on Belgium's history and the imperial legislation was no exception, having deeply permeated the Belgian legal

<sup>3</sup> Due to the linguistic differences between Dutch speaking and French speaking regions in Belgium, the main vocabulary of criminal procedure will also be translated in Dutch whenever possible.

<sup>4</sup> *Code d'instruction criminelle* : édition conforme à l'édition originale du Bulletin des lois. Paris: Imprimerie De Mame Frères, 1810.

culture<sup>5</sup>. As an historic synthesis between the justice of the *Ancien Régime* and of the French Revolution<sup>6</sup>, the *Code d'instruction criminelle* was therefore used as the main infrastructure upon which further historic reforms of Belgium's criminal procedure could be implemented.

As a consequence, an interesting way of portraying Belgium's criminal procedure history over nearly two centuries could be to analyze how its French heritage has been addressed over time. Accordingly, this paper aims at emphasizing this evolution through a study of the reform initiatives regarding the most symbolic aspects inherited from the French criminal procedure: the *Code d'instruction criminelle* as a national body of rules, the pretrial investigation focused on the *juge d'instruction's* person and the emblematic popular justice of the *cour d'assises*. The main issues addressed by these reform initiatives can be summarized as the replacement or the maintaining of the French Code, the improvement of the *instruction* according to its Napoleonic main features or its transformation into another type of pretrial investigation as well as the limitation or even the abolition of popular justice. For the sake of completeness, minor themes such as pretrial detention, police regulations, accelerated procedures and linguistic discrimination will also be addressed as far as possible.

To do so, this paper will essentially rely upon sources such as enacted laws, bills, legislative drafts and law journals (especially the *Journal des Tribunaux* and the *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*). Since reform initiatives took different forms and addressed different procedural matters over time, the content of these various sources will be analyzed, contextualized and linked in an historical perspective.

---

<sup>5</sup> On the history of Belgium's criminal procedure before 1814, see: MONBAL-LYU, Jos. *Zes eeuwen strafrecht: de geschiedenis van het Belgische strafrecht (1400-2000)*. Leuven: Acco, 2006.

<sup>6</sup> On the criminal procedure of the *Ancien Régime*, see: CARBASSE, Jean-Marie. *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*. 3<sup>rd</sup> ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2014, p. 188-235. On the criminal procedure of the French Revolution, see: ALLEN, Robert. *Les tribunaux criminels sous la Révolution et l'Empire (1792-1811)*. Rennes: Presses universitaires de Rennes, 2005 and BERGER, Emmanuel, *La justice pénale sous la Révolution : les enjeux d'un modèle judiciaire libéral*. Rennes: Presses universitaires de Rennes, 2008.

Accordingly, this paper will be structured in six sections representing six historical periods from 1814 to 2020. Beginning with the period of the United Kingdom of the Netherlands (1814-1830), rich in lessons concerning Belgium's attachment to the Code of 1808 and to popular justice<sup>7</sup>, and ending with the 21<sup>st</sup> century period (1998-2020), interesting regarding the questioning of this attachment, the paper will treat each of the covered periods as a particular moment in the history of Belgium's criminal procedure. Furthermore, when appropriate, the analysis of these periods will be structured in subsections. These subdivisions will either be based on the content of the reform initiatives, especially regarding pretrial and trial stages<sup>8</sup>, or on their chronological arrangement when specific historical events deeply influenced these initiatives within the same period. As for the basic material of the reforms, the content of the *Code d'instruction criminelle* will be divided and explained in a functional way as an introduction to Belgian reforms<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> The choice to begin the periodization in 1814 instead of 1808 is justified by the specific importance of the 1814-1830 period. It must be noted that, while the periods covering the years 1830 to 2020 constitute the main sections of this paper on Belgian legal history, the Dutch period represents a "prologue" and has been added in order to provide a meaningful contextualization of the constitutional and legal choices of 1830 regarding criminal procedure. On the contrary, the period between 1808 and 1814 does not provide a similar explanatory potential and consequently seems of rather secondary importance.

<sup>8</sup> However, despite the choice to separate the two stages deriving from the specific character of the reforms themselves, it must be kept in mind that the pretrial stage can have significant effects on the trial stage, especially in the case of reforms enabling the prosecution to conduct pretrial investigations.

<sup>9</sup> Another possibility would have been to dedicate an introductory section to the description of the original French criminal procedure deriving from the *Code d'instruction criminelle*. Nonetheless, despite the inherent logic of this potential structure, a more functional one was preferred due to its clarity and synthetical potential. Accordingly, by dividing the explanation of the Code on the basis of the reform in question (pretrial investigations, popular justice, pretrial detention, etc.), the reader will directly note the significant and precise changes brought by Belgian reforms, instead of the less practical solution of having to systematically check an introductory section.

## I. REFORMING IN REGARD TO FRANCE AND THE REVOLUTIONARY HERITAGE: CRIMINAL PROCEDURE UNDER THE UNITED KINGDOM OF THE NETHERLANDS (1814-1830)

As a consequence of Napoleon's defeat against the sixth Coalition, the Southern (Belgian) provinces were first subjugated to the Northern Netherlands provinces in 1814 and then united with them by the Congress of Vienna in 1815. Even if the future King William of Orange maintained the *Code d'instruction criminelle* on a provisional basis, he decreed the removal of the military judges from the Napoleonic special courts on August 31, 1814<sup>10</sup>, and especially the abolition of both publicity of criminal proceedings and trial by jury on November 6, 1814<sup>11</sup>. Another decree of September 9, 1814, introduced the use of mitigating circumstances in order to reduce the severity of criminal sentences<sup>12</sup>. Afterwards, debates on criminal justice reforms were essentially focused on a national codification and the fate of the jury as a product of the French Revolution<sup>13</sup>.

### I.1. THE CODIFICATION PROCESS BETWEEN SECRECY AND PUBLICITY

First of all, the Constitution of the kingdom required new codes in order to provide a set of laws better adapted to the habits and customs of its

---

<sup>10</sup> NYPELS, Jean Servais Guillaume. *Commentaire du Code de procédure pénale*. Brussels: Bruylant-Christophe & C<sup>ie</sup>, 1878, p. xiv. These special courts had been created to try specific offenders (soldiers, vagrants and felonious recidivists) as well as specific offences such as armed rebellion against the military (Art. 553 and 554 C.I.Cr.). See: CARBASSE, Jean-Marie. *Op. cit.*, p. 462.

<sup>11</sup> These measures had already been applied to the Northern provinces since December 11, 1813: *ibid*; VOORDUIN, Justinus Cornelius. *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche wetboeken*. 6<sup>th</sup> vol. Utrecht: Robert Natan, 1839, p. 520. On a minor note, the decree also entrusted the prosecution to ask questions of guilt, aggravating and mitigating circumstances instead of the presiding magistrate of the criminal court: *Journal officiel du gouvernement de la Belgique*, 3<sup>rd</sup> vol. Brussels: Weissenbach, 1814, n° 120, p. 489-491.

<sup>12</sup> *Ibid.*, n° 36, p. 92-93.

<sup>13</sup> Due to the particular jurisdiction of the jury over felonies, political offences and press offences, minor offences tried by professional judges such as misdemeanors and infractions will not be treated.

citizens<sup>14</sup>. Drafts of the new codes were prepared and submitted early 1815 by a legislative commission appointed by the king in 1814 and composed only of Northern (Dutch) members. As for the Code of criminal procedure, its first draft was a clear continuation of the king's policy, characterized by an anti-French feeling<sup>15</sup> and the will to depart from the revolutionary legacy, as it confirmed the suppression of both jury and public trials<sup>16</sup>. However, the suppression of the latter was strongly criticized by the Southern members of the commission in charge of reviewing the draft, since they perceived it as a return to the secret procedure of the *Ancien Régime*<sup>17</sup>. As a consequence of their advocacy in favor of the public and oral procedure, which they had applied since the French occupation in 1795, the draft was eventually withdrawn. Years went by before another draft eventually made it to the Second Chamber of the Dutch Parliament on October 23, 1828. This new attempt of a national codification was imbued with a growing admiration for the logic and clarity of the French legislation in the Northern Provinces and led accordingly to a reformative approach based on the *Code d'instruction criminelle*. One of its key features was precisely a partial opening to the publicity of criminal proceedings which was later widened by the Parliament<sup>18</sup>.

Nonetheless, even if the 1828 draft could please the Southerners on the publicity issue, the drafters' choice not to restore jury trial in the most serious matters contributed to irritate the Southern opposition to the Orangist regime, since jury trial had gradually become a key political claim in the Southern provinces.

---

<sup>14</sup> GILISSEN, John. Codifications et projets de codification en Belgique au 19<sup>ème</sup> siècle (1804-1914). *Belgisch Tijdschrift voor Nieuwste Geschiedenis*, 1-2, p. 203-285, 1983, p. 210 and 213-214 (quoting VOORDUIN, Justinus Cornelius. *Op. cit.*, 1<sup>st</sup> vol., p. 73).

<sup>15</sup> This could only be a source of conflict between the Northern and the Southern provinces since the latter were imbued with a French legal culture. On the origins of this culture, see: MARTYN, Georges. O juiz e as fontes formais do direito: de "servo" a "senhor"? A experiência belga (séculos XIX-XXI). *Revista da faculdade de direito da universidade de Lisboa*, vol. LXI, n<sup>o</sup> 2, p. 317-346, 2020, p. 323.

<sup>16</sup> BRANTS, Chrisje. Legal Culture and Legal Transplants. *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 14.3, 72 p., December 2010, p. 25.

<sup>17</sup> VOORDUIN, Justinus Cornelius. *Op. cit.*, 7<sup>th</sup> vol., p. 4.

<sup>18</sup> BRANTS, Chrisje. *Op. cit.*, p. 26.

## 1.2. A DIVIDED KINGDOM: POPULAR JUSTICE AT STAKE

Deeply entwined with the freedom of the press, the participation of laymen in the administration of justice fully became a political issue around 1819 when a Flemish merchant, Ferdinand Van der Straeten, was put in pretrial detention twice and was convicted by professional judges for a book in which he criticized the kingdom's economic policy while depicting the Dutch regime as despotic<sup>19</sup>. Adding to the fact that Van der Straeten literally died because of the expression of his ideas, since he did not survive his second detention, the injustice felt by the Southerners was aggravated by the fact that his lawyers were prosecuted and temporarily suspended from the bar for defending him<sup>20</sup>.

The growing discontent in the Southern provinces became fiercer during the 1820's, especially when the two main southern political wings, Catholics and Liberals, formed the so called « Monstrous Alliance » in 1828 in order to gain weight in their opposition to the Dutch regime. Trial by jury and the freedom of the press had both a very special status in their political program, since all their other claims<sup>21</sup> would remain unheeded if they could not share them with the public opinion, on the one hand, and especially if they could be convicted for doing so by a professional judge, dependent on the criticized government, and not by the public opinion itself as the « true interpreter of the feelings and opinions of the country », on the other hand<sup>22</sup>. Accordingly, since the heart of the southern opposition, formed by the intellectual middle class and especially lawyers, used influential political journals, newspapers and

---

<sup>19</sup> DELBECKE, Bram. "Le fruit du terroir ?". The Debate on Trial by Jury in the United Kingdom of the Netherlands (1814-1831). In DELIVRÉ, Emilie; BERGER, Emmanuel (org.). *Popular Justice in Europe (18<sup>th</sup>-19<sup>th</sup> Centuries)*. Bologna/Berlin: Il mulino/Duncker & Humblot, 2014, p. 100-101. See also: BERGMANS, Paul. Straeten (Ferdinand Van der). *Biographie nationale de Belgique*, 24<sup>th</sup> vol. Brussels: Bruylant, 1926-1929, p. 121-123.

<sup>20</sup> VANDER MEERSCH, Auguste. Doncker (Philippe-François-Joseph). *Biographie nationale de Belgique*, 6<sup>th</sup> vol. Brussels: Bruylant, 1878, p. 120-121.

<sup>21</sup> Including direct election, ministerial responsibility, language freedom and educational freedom connected with religious freedom: MABILLE, Xavier. *Nouvelle histoire politique de la Belgique*. Brussels: CRISP, 2011, p. 75-76.

<sup>22</sup> DELBECKE, Bram. *Op. cit.*, p. 106-108.

petitions to the Parliament, several leading journalists were convicted by professional judges during the late 1820's, including prominent figures of the future Belgian revolution such as Louis de Potter<sup>23</sup>.

More fundamentally, jury trial debates derived from a deep controversy over the ideal administration of justice in a constitutional monarchy. On the Southern provinces' side, influenced by its French revolutionary heritage, there was a strong belief that the jury could be implemented "*ex nihilo*" and develop itself harmoniously in the country's institutional framework, since popular justice for criminal matters and also press and political offences was "perfectly compatible with its long-standing traditions of rights and liberties"<sup>24</sup>. On the Northern provinces' side, despite a briefer French occupation and some support for the jury restoration, the jury was perceived as a "*fruit du terroir*" that could only grow if it was part of the customs and habits of a nation. On the contrary, in the case of the Netherlands' context, the justice administration did not experience similar absolutism and judicial arbitrary excesses as in France. Professional judges were then perceived as well connected to society and much more trustworthy than laymen, thanks to their experience, knowledge and rational approach. Hence, jury trial was conceived as a "foreign body" unfit for implementation in the Dutch judicial system<sup>25</sup>.

In time, the question arose in Parliament between 1828 and 1829 due to the submission of the aforementioned draft of a new criminal procedure Code. On April 13, 1829, all forms of laymen justice, regarding both grand and petty jury<sup>26</sup>, in criminal matters and press offences were

---

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 106-107, 111 and 113. On the intellectual middle class leading the southern opposition, see: WITTE, Els; CRAEYBECKX, Jan. *La Belgique politique de 1830 à nos jours: les tensions d'une démocratie bourgeoise*. French translation by Serge GOVAERT. Brussels: Labor, 1987, p. 6-8.

<sup>24</sup> DELBECKE, Bram. *Op. cit.*, p. 114.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 101-106 and 113-114.

<sup>26</sup> The difference between these two types of juries in Belgian history lies in the two phases of criminal procedure. On the one hand, the grand jury's function is to examine charges against offenders suspected of the most serious crimes at the end of the pretrial investigations and to formally accuse them through an indictment procedure. Better known as the "*jury d'accusation*" in the Belgian territories, this jury had already been abolished by the *Code d'instruction criminelle* of 1808 as a product of the French revolutionary



rejected by a large majority. This rejection not only meant a division among the Southern representatives but also displayed the gap between both regions' mentalities since all but one Northern representative voted against the principle of the jury<sup>27</sup>. Eventually, the *Code d'instruction criminelle* was abrogated on May 16, 1829. Both Chambers of the Parliament finally approved the new national Code and its promulgation followed on June 5, 1830<sup>28</sup>.

### **I.3. THE BELGIAN REVOLUTION AND THE RESTORATION OF THE FRENCH HERITAGE**

However, the growing process of protest and repression during the 1830 Summer finally led to the Belgian Revolution and the declaration of independence of the new State on October 4, 1830. Two major consequences quickly followed regarding criminal procedure.

On the one hand, Belgium's Provisional Government repealed on January 14, 1831, the law of May 16, 1829, that abrogated the French Codes and the royal order of July 5, 1830, that set the Dutch Codes' entry into force<sup>29</sup>. The Belgian rules of criminal procedure were thus once again provided by the Napoleonic Code of 1808, which especially provided the publicity of criminal proceedings.

On the other hand, trial by jury was restored by Article 98 of the Belgian Constitution<sup>30</sup> on February 7, 1831, and its procedural aspects were based for the most part on the French *Code d'instruction criminelle*

---

legislation. On the other hand, the petty jury, also known as "petit jury" or "trial jury", is involved in the trial stage and tries offenders charged with the most serious crimes.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 111 and GILISSEN, John. *Op. cit.*, p. 224.

<sup>28</sup> Its entry into force was planned on February 1, 1831; see: GILISSEN, John. *Op. cit.*, p. 228.

<sup>29</sup> On the dubious lawfulness of such a repealing and the restoration of the French Codes by the Executive power, see: VAN DE VOORDE, Johan. *Zijn de Belgen Napoleons trouwste onderdanen? Een onderzoek naar de mogelijke opheffing van de Code Napoléon in België en zijn vervanging door het Burgerlijk Wetboek van het Verenigd Koninkrijk der Nederlanden. Pro Memoria*, p. 233-266, 2017, p. 233-266.

<sup>30</sup> Current Article 150. On a minor note, another constitutional provision prohibited any form of special courts in the Kingdom; thus, officially abolishing

by a National Congress decree of July 19, 1831<sup>31</sup>. Provided for political and press offences and eventually for criminal matters<sup>32</sup>, trial by jury in Belgium<sup>33</sup> was imbued with a political vision inherited from the French revolution. This political aspect of the judiciary, deriving from popular sovereignty, involved both a political right for the citizens to be part of the jury and a subjective right for the accused to be judged by his peers<sup>34</sup>.

## II. A NEW LEGISLATION FOR A NEW NATION (1831-1879)

Despite its affinity for the French criminal procedure, the new Belgian State needed to adapt, improve or even transform its legal heritage in the matter. Thus, the first decades since the 1830 independence were dedicated to a reform process which can be categorized in two ways. On the one hand, concerning the material aspect of the reforms, both main stages of the criminal process in Belgium (pretrial and trial stages) were addressed by lawmakers. On the other hand, regarding the formal aspect of the reforms, the legislative process involved a codification attempt as well as specific laws.

---

Articles 553-600 *C.I.Cr.* as well as the Napoleonic special courts that they provided (Article 94 of the original Constitution and current Article 146).

<sup>31</sup> Another consequence of the reintroduction of this Code was the return of the presiding magistrate's responsibility to ask questions over the guilt and circumstances to the jury instead of the prosecution (Art. 336-340 *C.I.Cr.*).

<sup>32</sup> Since the Constitution's draft only provided that "the institution of the jury [would] be restored", members of the National Congress still had to decide in which cases jury trial had to be implemented. If its application to political and press offences seemed to be generally accepted, popular justice as an ordinary jurisdiction for felonies required more debates before being officially written in the Constitution. See: HUYTTENS, Émile. *Discussions du Congrès national de Belgique (1830-1831)*. 2<sup>nd</sup> vol. Brussels: Société typographique belge, 1844, p. 229-236.

<sup>33</sup> Only the petty jury (trial stage) was restored and not the grand jury (pretrial stage): *ibid.*, p. 236. The latter, better known as *jury d'accusation* in the Belgian territories, was a product of the French revolutionary legislation and had already been abolished by the *Code d'instruction criminelle* of 1808.

<sup>34</sup> BEHRENDT, Christian *et al.* *La notion de "jury" en droit constitutionnel belge*. Brussels: Belgian House of Representatives, 20 p., 2018, p. 4-7.

## II.1. CODIFICATION PROCESS AND PRETRIAL STAGE: TOWARDS A BALANCED SEARCH FOR THE TRUTH?

Just like the Dutch regime before, the new kingdom's Constitution required a set of new codes to be provided to the nation<sup>35</sup>. In the matter of criminal procedure especially, a reform of the pretrial stage was strongly recommended because of its excessive inquisitorial character.

Indeed, the drafters of the *Code d'instruction criminelle* conceived a mixed criminal trial in a conciliation of the procedural benefits of the *Ancien Régime* and the French Revolution<sup>36</sup>. On the one hand, the trial stage corresponds to the adversarial revolutionary reforms, in which the truth is supposed to result from the debates between the prosecution, led by the "*ministère public*" ("*openbaar ministerie*"), and the defense, in front of a rather passive judge. On the other hand, the pretrial stage, focused on the preliminary investigation, was a faithful application of the inquisitorial procedure *d'Ancien Régime* deprived of its most radical aspects, like torture. Secret, written and unilateral, the preliminary investigation was devised around the person of the examining magistrate ("*juge d'instruction/onderzoeksrechter*"), and not around the public prosecutor<sup>37</sup>, as an active seeker of the judicial truth. Furthermore, far from being strictly separated from each other, the trial stage depends on the pretrial stage since the inquisitorial character of the latter implies that the main sources for the trial findings would come from the *juge d'instruction's* investigations. Accordingly, the original Code provides that the indictment ("*acte d'accusation/akte van beschuldiging*"), resulting from the double degree of jurisdiction exercised by the "*chambre du conseil*" ("*raadkamer*") and the "*chambre*

---

<sup>35</sup> Former Article 139, 11° of the Constitution.

<sup>36</sup> CARBASSE, Jean-Marie. *Op. cit.*, p. 461-462.

<sup>37</sup> During the discussions about the *Code d'instruction criminelle*, the French lawmakers debated on the strict separation of functions between the prosecution and the *juge d'instruction*. Their compromise was to deprive the *ministère public* from any investigative powers, except in the case of a *flagrante delicto*. See: HÉLIE, Faustin. *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du Code d'instruction criminelle*, 1<sup>st</sup> vol. Brussels: Bruylant-Christophe & Cie, 1863, p. 215-217, n° 640-643.

*des mises en accusation*” (“*kamer van inbeschuldigingstelling*”), shall be the starting point of the procedure before the jury<sup>38</sup>.

However, this fundamental role of the *juge d’instruction* was also the biggest flaw in the Napoleonic criminal procedure. Acting as the “prosecution’s agent”, by looking for the evidence supporting the prosecution and not the judgment<sup>39</sup>, his function provided no sufficient guarantee that the judicial truth ascertained from his investigations would not only be one-sided and in favor of the prosecution. Furthermore, besides the truth-seeking finality of the *instruction*, the means of investigation suffered few limitations from the law regarding their effects on the charged person’s liberties. In general, these two characteristics of an unbalanced procedure were caused by the proximity of the *juge d’instruction* to the prosecution, the lack of limitations, control and sanctions to the means of investigation and the exclusion of the defense from all the steps of the pretrial stage<sup>40</sup>. More specifically, the concrete procedural aspects which needed to be addressed in Belgium were the pretrial detention abuses, and especially the incommunicado measure, as well as the lack of contradiction in the pretrial investigations<sup>41</sup>.

In order to address this issue, two general types of reform were devised in regard of the original choices made by the French lawmakers in 1808. On the one hand, a “continuity pattern” can be identified in reforms aiming at improving the pretrial stage in its current form. Their main purpose is to come closer to an ideal inquisitorial procedure, objectively led by the *juge d’instruction*, and where the truth-seeking process would be facilitated by the confrontation of the prosecution’s

<sup>38</sup> Former Articles 313 and 314 of the *C.I.Cr.* On the indictment process, see its former Art. 133, 231 and 241.

<sup>39</sup> HÉLIE, Faustin. *Traité de l’instruction criminelle ou théorie du Code d’instruction criminelle*, 2<sup>nd</sup> vol. Brussels: Bruylant-Christophe & Cie, 1865, p. 193, n° 1975.

<sup>40</sup> DELRÉE, Édouard. En quête de vérité : l’instruction pénale entre rupture et continuité (1830-2020). *Revue de la Faculté de droit de l’Université de Liège*, n° 2020/2, p. 287-341, 2020, p. 296, n° 11.

<sup>41</sup> DE LARUWIÈRE, Julien. La réforme et l’instruction préparatoire au point de vue de la défense, *Revue de droit pénal et de criminologie*, p. 527-572, 1912, p. 531.

and the defense's points of view<sup>42</sup>. On the other hand, other reforms can rather be categorized in a “rupture pattern” and happen to be more influenced by English institutions than by a French heritage. These reforms tend to transform the pretrial stage into an adversarial process with the removal of the hybrid figure of the *juge d'instruction* and with new functions allocated to its participants: secret inquiries by the police and the *ministère public* in order to support the prosecution, a general right of the defense to ask for complementary investigations and a judge whose main role would be to guarantee the legality of each party's means of truth-seeking<sup>43</sup>.

Nevertheless, the first reform initiatives were long awaited, especially the most fundamental ones. Despite being mentioned by the liberal Minister of Justice Joseph Lebeau in 1833, the first steps towards the revision of the Code were truly taken in 1850, right after parliamentary pressure was put on the government in the matter of pretrial detention, with the establishment of a special commission in charge of the revision<sup>44</sup>. Initially composed of four high magistrates and two university professors, its rapporteur was the Liège university professor Jean Servais Guillaume Nypels (1803-1886).

As a result, the members of the commission began their work by drafting a bill reducing the most authoritarian and discretionary aspects of pretrial detention. Indeed, the original version of the Code provided that pretrial detention was mandatory for both felonies and misdemeanors and that a bail was only possible in the case of the latter, as long as the offender was no vagrant or recidivist and if he could pay a minimal amount of 500 *francs*. Furthermore, the incommunicado measure was completely left to the discretion of the judge<sup>45</sup>. As a consequence, the bill introduced in Parliament in 1851 and enacted in 1852 stated that pretrial

---

<sup>42</sup> DELRÉE, Édouard. *Op. cit.*, p. 302, n° 26.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 309-310, n° 35. See also: SASSERATH, Simon. Procédure pénale. Troisième partie: exposé critique. In : *Les Nouvelles (procédure pénale)*. Vol. I.2. Brussels: Larcier, 1946, p. 849-856.

<sup>44</sup> In the meantime, another commission was set up in 1848 in order to revise Belgium's criminal Code: GILISSEN, John. *Op. cit.*, p. 229, 243 and 252.

<sup>45</sup> Former Articles 93 (pretrial detention principle), 113-115 and 119 (bail) and also 613 (incommunicado) of the *C.I.Cr.*

detention was only mandatory in the case of felonies and could be applied to misdemeanors only in serious and exceptional circumstances and with a judicial confirmation within five days. The bailing measure was also eased by removing its pecuniary mandatory character and by adapting its amount to the misdemeanor at stake. As for the incommunicado measure, it was provided with a legal framework involving a time-limit of ten days and a legal remedy in the case of its renewal<sup>46</sup>. Afterwards, another law was passed in 1874 in order to provide more guarantees to the detainee<sup>47</sup>. Deepening the principle of personal freedom, this law abolished the mandatory character of the pretrial detention in any case and extended the motives added in 1852 to all offences with a special focus on the interest of public security. Far from only extending the judicial confirmation within five days to felonies, it also provided a monthly judicial review of the detention. Finally, the detainee's communication with its counsel was now the rule after his first interrogation; an incommunicado measure being only possible for an unrenovable three-days period if the investigation required it<sup>48</sup>.

As for the new code of criminal procedure, the executive commission's works were nearly completed when its first part was introduced as a bill in Parliament in 1877. Focused on jurisdiction matters and actions, which were considered as a distinct part of criminal procedure justifying a separate submission<sup>49</sup>, this introductory part to the code was quickly adopted in 1878 and is still in force nowadays<sup>50</sup>.

---

<sup>46</sup> Loi du 18 février 1852 sur la détention préventive, *Moniteur belge (M.B.)*, February 20, 1852. See Articles 2 (pretrial detention for a misdemeanor), 9 and 12 (bailing possibility) and also 29-31 (incommunicado).

<sup>47</sup> Even if this law did not come from the executive commission in charge of drafting a new code of criminal procedure, its content was mostly in accordance with the commission's plans: *Pasinomie*, 4<sup>th</sup> series, 9<sup>th</sup> vol. Brussels: Bruylant Christophe & Cie, 1874, p. 108, 2<sup>nd</sup> note.

<sup>48</sup> Loi du 20 avril 1874 relative à la détention préventive, *M.B.*, April 22, 1874. See Articles 1-2 (pretrial detention principle), 3 (communication with the counsel) and 4-5 (judicial review).

<sup>49</sup> Code de procédure pénale (titre préliminaire), exposé des motifs, *Doc.*, Ch., 1876-1877, n° 70, p. 1.

<sup>50</sup> Loi du 17 avril 1878 contenant le titre préliminaire du Code de procédure pénale, *M.B.*, April 25, 1878.

The body of the commissioners' work, which we will refer to as the "Nypels draft", was eventually submitted to Parliament during the year 1879 in the form of three books respectively concerning the pretrial stage, the trial stage and particular procedures<sup>51</sup>. The main achievements were especially to be looked for in the pretrial matter, since Nypels considered that the main flaw of the *Code d'instruction criminelle* was its "utmost denial of the defense rights" during the pretrial stage<sup>52</sup>. Recognizable because of its "continuity pattern" features, the draft aimed at resolving this inequity by providing an inquisitorial procedure built upon a stronger examining magistrate, acting more objectively, and new rights for the defense. Firstly, these new rights ensured more contradiction and publicity during the investigation of the *juge d'instruction*, allowing the defense to request forensic examinations, witness examinations and confrontation with a witness for the prosecution<sup>53</sup>. After the investigation, the defense could also submit a brief and be informed of the evidence before the indictment hearing in front of the *chambre du conseil* and the *chambre des mises en accusation*<sup>54</sup>. Secondly, the draft addressed the proximity between the prosecution and the examining magistrate on two grounds. On the one hand, his impartiality was legally provided with an obligation to conduct the investigation for both the prosecution and the defense. On the other hand, his independence from the prosecution was reinforced thanks to the legal recognition of his liberty not to follow the prosecution's requests<sup>55</sup>. Finally, the secrecy of the investigation was maintained

---

<sup>51</sup> Code de procédure pénale, livres I et II du 5 mars 1879 ainsi que le livre III du 24 juillet 1879, exposé des motifs, *Doc.*, Ch., 1878-1879, n<sup>os</sup> 88 and 238.

<sup>52</sup> NYPELS, Jean Servais Guillaume. *Op. cit.*, p. xvii.

<sup>53</sup> Art. 69, 95, 98 and 106 of the first book of the draft. A legal remedy was also provided if the defense's requests had to be rejected (Art. 70 and 74).

<sup>54</sup> Art. 184-185 and 198 of the draft.

<sup>55</sup> Art. 64 and 65 of the draft. However, his obligation of impartiality during the investigation lacked a proper sanction which could be reviewed by a court. Furthermore, his independence from the prosecution was not complete since the *juge d'instruction* was under the surveillance of the *procureur général* who could set a punishment in motion if the examining magistrate improperly conducted his investigation (Art. 6, 7 and 8 of the draft). This surveillance was already provided by former Articles 279-282 of the *C.I.Cr.*

and even reinforced in the interest of its objectivity. Its maintaining concerned the defense counsel who was still excluded from his client's interrogation and also the charged individual who could suffer from a renewable ten-day incommunicado measure and was also excluded from the witness examination. However, its reinforcement also concerned the prosecution which was therefore excluded from the interrogation and the witness examination<sup>56</sup>. Altogether, this objective but rather authoritarian investigation built upon the person of the *juge d'instruction* allowed this reform to be called a "moderate opening to the defense"<sup>57</sup>.

## II.2. SPECIFIC REFORMS AND TRIAL STAGE: EARLY LIMITATIONS TO POPULAR JUSTICE

In spite of the craze for popular justice during the revolutionary process occurring under the Dutch occupation, the first reforms addressing the trial stage aimed at, or had the effect of, limiting popular justice extent in criminal matters. Indeed, once the principle of popular sovereignty in the most important judicial matters had been recognized by the Constitution, the next step was to set some limits to it in order to provide an efficient justice system.

First and foremost, a brief overview of the criminal courts' system in early Belgium seems necessary to fully understand the extent of such limits. The judiciary structure provided by the *Code d'instruction criminelle* involved, and still involves, two types of trial procedure depending on the offence at stake.

On the one hand, most common offences are to be tried by professional judges in the *tribunal de police* (*politie rechtbank*), regarding infractions, and in the *tribunal correctionnel* (*correctie rechtbank*), regarding misdemeanors<sup>58</sup>.

On the other hand, the highest first instance criminal court (*cour d'assises/hof van assisen*), which has a general jurisdiction over

<sup>56</sup> Articles 106, 127, 139 and 142 *et seq.* of the draft concerning the defense, and Articles 106 and 127 concerning the prosecution.

<sup>57</sup> DELRÉE, Édouard. *Op. cit.*, p. 338, n° 71. See also: *ibid.*, n°s 27-29.

<sup>58</sup> See Articles 137 and 179 of the *C.I.Cr.*



felonies and a special jurisdiction over political and press offences<sup>59</sup>, is composed of twelve jurors and three professional judges<sup>60</sup>. Perceived as the “highest expression of the criminal system” and as involving “all the guarantees that can protect the justice system against its errors”<sup>61</sup>, this court is also characterized by the subordination of the professional judges to the lay jurors. Indeed, the judging process is symbolically divided between the judgment over the offender’s guilt (fact), reserved for the jury, and the judgment over the sentence to be inflicted (law), reserved for the magistrates<sup>62</sup>. This division is directly derived from the French revolutionary ideals, consisting of a people’s justice representing the sovereign Nation and judging only in their intimate conviction (Art. 342 original *C.I.Cr.*). On the contrary, the role of professional judges is reduced to be a “*bouche de la loi*”, strictly limited to a formal deduction according to the law (Art. 357 *et seq.* original *C.I.Cr.*)<sup>63</sup>. On the procedural aspect, this criminal court is conceived as the most complete application

---

<sup>59</sup> See the aforementioned former Article 98 of the Constitution and Article 231 *C.I.Cr.*

<sup>60</sup> The original Articles 252 and 253 *C.I.Cr.* provided that five judges would compose the seat of the *cour d’assises*. This number was reduced to three by the first Article of a statute of May 15, 1849 (*M.B.*, June 21, 1849).

<sup>61</sup> HÉLIE, Faustin. *Traité de l’instruction criminelle ou théorie du Code d’instruction criminelle*, 3<sup>rd</sup> vol. Brussels: Bruylant-Christophe et compagnie, 1869, p. 330, n° 4557.

<sup>62</sup> This distribution of functions is characteristic of this court’s original type of decision-making. The clear separation between factual and legal questions is quite typical of the traditional role of the jurors, which can be distinguished from the lay judges system (‘*échevinat*’) in which citizens and professional judges decide together on factual issues and, in some countries, on legal issues. See: HELM, Rebecca K.; HANS Valerie P. Procedural Roles: Professional Judges, Lay Judges and Lay Jurors. In: BROWN, Darryl K.; TURNER, Jenia Iontcheva; WEISSER, Bettina (org.). *The Oxford Handbook of Criminal Process*. New York: Oxford University Press, 2019, p. 212-216.

<sup>63</sup> See: SALAS, Denis (org.). *La cour d’assises : actualité d’un héritage démocratique*. Paris: La Documentation française, 2016, p. 13. However, two important exceptions were provided by the Napoleonic Code in order to avoid the excesses of such a strict separation of functions: participation of the judges to the deliberation of the jury in the case of a simple majority among the jurors (Art. 351) and retrial of the case if the judges unanimously consider that the jury was mistaken about the conviction of the accused (art. 352).

of the adversarial system through its orality, publicity and contradiction<sup>64</sup>. Finally, the presence of the jury and the oral procedure of the *cour d'assises* were historically deemed sufficient enough as guarantees, making it unnecessary to provide a proper appeal procedure<sup>65</sup>. The main remedy against this court's judgments is to be exercised before the *Cour de cassation*, the highest judicial authority in Belgium, and can only concern legal questions<sup>66</sup>.

The first limit set to popular justice aimed at improving the efficiency of the administration of justice in general. Indeed, the heaviness as well as the financial, human and time costs of the proceedings involved in such a judicial institution are a major obstacle to a swift and proper justice. Accordingly, a useful way of relieving the *cour d'assises* of a part of its jurisdiction was to convert the characterization of felonies to misdemeanors by a process of "correctionnalisation" ("correctionnalisering").

The application of this limit occurred in 1838<sup>67</sup> with the enactment of an important law, primarily focused on a new organization for the jury, which provided the *correctionnalisation* in an incidental way in its 26<sup>th</sup>

---

<sup>64</sup> The lower courts (*tribunal de police/tribunal correctionnel*) are also characterized by adversarial features, but the obligation for the parties to convince a seat of twelve laymen in the *cour d'assises* particularly accentuates these features. Besides, this relation between the jury and procedural forms has sometimes led scholars to consider the institution of the jury to be a core element of the adversarial system in itself. See: LANGER, Maximo. *The Long Shadow of the Adversarial and Inquisitorial Categories*. In DUBBER, Markus D.; HÖRNLE, Tatjana (org.). *The Oxford Handbook of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 893-895 and 899-900.

<sup>65</sup> The purpose of the second examination of a criminal case was strictly considered by some as a means of compensation for the professional judges' imperfection: HÉLIE, Faustin. *Op. cit.*, 1869, p. 281, n° 4371. See also: VON SAVIGNY, Friedrich Carl. *Die Prinzipienfragen in Beziehung auf eine neue Strafprozessordnung*. Berlin : 1846, p. 23, quoted in PRINS, Adolphe. *De l'appel dans l'organisation judiciaire répressive : étude historique et critique*. Brussels: Muquardt, 1875, p. 100.

<sup>66</sup> See Articles 408 to 412 of the original *C.I.Cr.* It must be noted that, even if factual questions are reserved to the sovereignty of the lay jurors, an exceptional remedy is provided in the case of a miscarriage of justice: the revision procedure (Art. 443 *et seq.* *C.I.Cr.*).

<sup>67</sup> Even if it was mainly inspired by the royal decree of September 19, 1814, enacted during the Dutch regime, and the following judicial practice (see Art. 26 of the law of May 15, 1838).

Article<sup>68</sup>. The legal mechanism consists in a unanimous recognition of mitigating circumstances by the pretrial judges, in the case of a formal judicial investigation (*instruction*) and that the felony at stake could be punished with a sentence normally applicable to misdemeanors<sup>69</sup>. Thus, this recognition allows to refer the indicted to the lower *tribunal correctionnel* and its professional judges instead of the *cour d'assises* and its jury. Thereafter, besides a law of 1849 which instituted the same mechanism for misdemeanors to be treated as infractions<sup>70</sup>, the law of October 4, 1867, confirmed this limit to popular justice and even extended the power of professional judges by excluding the jury from any appreciation over mitigating circumstances<sup>71</sup>.

Concerning the *ratio legis* of this mechanism, its primary aim is the efficiency of the procedure in two ways. On the one hand, the deprivation of popular jurisdiction allows to avoid the jury's commiseration with a person who does not seem to deserve a highly severe felonious punishment. On the other hand, an economy made over judicial expenses was also expressly mentioned by the lawmakers. However, it must be noted that a secondary preoccupation was related to the guarantees offered to the defense, since the process of *correctionnalisation* could prevent cases of pretrial detention, the application of sentences too severe in regard of a less serious offence *in casu* and also the damage to the reputation resulting from the highly public hearings before the *cour*

---

<sup>68</sup> Loi du 15 mai 1838 sur le jury, *Bulletin officiel*, XVI, n° 57, p. 216 *et seq.* One of its other accomplishments was to enact the secrecy of the jury's deliberations (Art. 18).

<sup>69</sup> The lawmakers originally intended to apply this mechanism only in the case of felonies against property, but an amendment made it also applicable to all felonies, thus including offences against persons. See: *Pasinomie*, 3<sup>rd</sup> series, 8<sup>th</sup> vol. Brussels: Société typographique belge, 1838, p. 73.

<sup>70</sup> Loi du 1<sup>er</sup> mai 1849 sur les tribunaux de police simple et correctionnelle, 4<sup>th</sup> Art., *M.B.*, June 21, 1849.

<sup>71</sup> Loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes, 1<sup>st</sup> Art., *M.B.*, October 5, 1867. It was considered that, despite their effects on the guilt, mitigating circumstances have more to do with the sentence in itself, since their application could reduce it. See: projet de loi relatif à l'attribution aux cours et tribunaux de l'appréciation des circonstances atténuantes, exposé des motifs, *Doc.*, Ch., 1866-1867, n° 161, p. 1-2.

*d'assises*<sup>72</sup>. Nonetheless, this preoccupation would not be long-standing in regard of the future use of mitigating circumstances.

The second limit to popular justice aimed at improving the justice of the *cour d'assises* by changing the nature of the jury. As opposed to the former alternative between popular jury and professional judges in which the first one was favored, a new alternative arose between a popular jury and an elitist jury, either tax-based and capable<sup>73</sup>, in which the latter prevailed.

It should be noted that the popular jury reintroduced by the Belgian revolutionaries, according to the *Code d'instruction criminelle*, was popular only in theory. Regarding its French imperial origins, the right to be a juror was essentially reserved to the best taxpayers, very educated people, members of the political bodies, and willing citizens chosen by the emperor's officials (former Art. 381 and 386 *C.I.Cr*)<sup>74</sup>. After the Belgian Revolution, the decree of July 19, 1831, extended the composition of the jury list in regard of the voters' list, even if Belgium's electoral system was based on *census suffrage*<sup>75</sup>. However, the aforementioned law of 1838 raised the *census* value in the matter of the jury in a significant way; thus, reducing its popular character<sup>76</sup>. Accordingly, the small number of jurors

<sup>72</sup> Projet de loi relatif au jury, rapport, *Doc.*, Ch., 1836-1837, n° 119, p. 5 ; *Pasinomie*, 3<sup>rd</sup> series, 8<sup>th</sup> vol. Brussels: Société typographique belge, 1838, p. 73.

<sup>73</sup> 'Jury capacitaire', see: TROUSSE, Paul-Émile. Rapport. In: *Le jury face au droit pénal moderne : travaux de la troisième journée d'études juridiques Jean Dabin (19-20 mai 1967)*. Brussels: Bruylant, 1967, p. 54.

<sup>74</sup> This lack of popular sovereignty in judicial matters, also noticeable in the legislative bodies, was due to the significant importance of administrative arbitrariness in jury composition. See: SCHNAPPER, Bernard. Le jury français aux XIX et XX siècles. In: Antonio PADOA-SCHIOPPA (org.), *The trial Jury in England, France, Germany 1700-1900*. Berlin: Duncker & Humblot, 1987, p. 176-177 and also SANTUCCI, Marie-Renée. Être ou ne pas être juré au XIX-ème siècle. In: MARTINAGE, Renée; ROYER, Jean-Paul. *Les destinées du Jury criminel*. Lille: l'Espace juridique, Hellemes, Ester, 1990, p.140-142.

<sup>75</sup> This decree also entrusted elected officers and judges with the formation of the jurors' list (Art. 4) instead of entrusting executive authorities with it, like the prefects in former Article 387 *C.I.Cr*.

<sup>76</sup> 1<sup>st</sup> article of this law. By comparison, the electoral *census* amount in 1848 was 20 *francs* in the whole country while the *census* to be a juror oscillated between 110 *francs* in the poorer provinces and 250 *francs* in Brussels and Ghent. Then, if only 2% of the Belgian population was able to vote from 1848

were to be chosen either on a high *census* basis or on an occupation basis, including members of some political bodies and of certain high-standing professions. Eventually, a law of 1869 confirmed these principles and even raised the minimum age to be a juror to 30 years<sup>77</sup>.

Considered a burden rather than a right, the juror's function was to be distinguished from the elector's function<sup>78</sup>. So, the capacity of the juror was the primary purpose of these laws which emphasized two criteria according to the *census* principle: the instruction and the independence of the juror<sup>79</sup>. Such an independence aimed at improving the efficiency of the *cour d'assises*, by assuring that the fate of an accused citizen would be in the hands of the country's most capable men and by relieving the people for whom this function would involve personal sacrifices<sup>80</sup>.

As for the codification draft of 1879, no substantial changes were made concerning the composition of the jury nor its jurisdiction<sup>81</sup>.

### III. THE PRETRIAL STAGE BETWEEN FAILURES AND DIVERSITY (1879-1914)

If the first decades of the young State revealed themselves to be fruitful regarding the criminal procedure reforms, the next decades,

---

to 1893, the potential jurors were even less numerous. See: STENGERS, Jean. Histoire de la législation électorale en Belgique. *Revue belge de philologie et d'histoire*, 82<sup>nd</sup> vol., n° 1-2, p. 247-270, 2004, p. 248-249.

<sup>77</sup> On a minor note, the minimal *census* was reduced to 90 *francs* in the poorer provinces: Loi du 18 juin 1869 sur l'organisation judiciaire, Art. 97-98, *M.B.*, June 26, 1869.

<sup>78</sup> *Pasinomie*, 3<sup>rd</sup> series, 8<sup>th</sup> vol. Brussels: Société typographique belge, 1838, p. 63-64.

<sup>79</sup> SCHNAPPER, Bernard. *Op. cit.*, p. 176; projet de loi relatif au jury, exposé des motifs, *Doc.*, Ch., 1833-1834, n° 171, p. 1-2.

<sup>80</sup> *Pasinomie*, 3<sup>rd</sup> series, 8<sup>th</sup> vol. Brussels: Société typographique belge, 1838, p. 64. Unfortunately, the jury's history in Belgium lacks a study about the effects of the jury's composition on its judgments. For an illustration of this issue in France, see: DONOVAN, James M. Justice Unblind: The Juries and the Criminal Classes in France, 1825-1914. *Journal of Social History*, 15<sup>th</sup> vol., n° 1, p. 89-107, Autumn 1981.

<sup>81</sup> Code de procédure pénale, livres I et II du 5 mars 1879, exposé des motifs, *Doc.*, Ch., 1878-1879, n° 88, p. 47-64 and 415-445.

until the First World War, can be considered as a period of failures but also as a display of the most diverse opinions on the reformation patterns regarding the pretrial stage. On the one hand, the failures began with the unfulfillment of the “Nypels draft” and its legislative process, which lasted for approximately twenty years, and continued with the non-completion of every other reform initiative that occurred afterwards. On the other hand, the advent of new actors in the debates and the will for in-depth transformations of the procedure led to a great diversity among these initiatives, promoting both continuity and rupture patterns in different ways.

First of all, it must be noted that the trial stage was also criticized during this period regarding the inequities and inequalities that it involved. Firstly, the procedure before the *cour d’assises* was questioned from a fair trial perspective regarding the advantageous position of the prosecution and the excessive discretionary power of its presiding judge. These inequities could especially be observed in the prominence of the indictment used as an exclusive basis for the proceedings, the sometimes-biased interrogation of the accused by the presiding judge and the unbalanced use of the evidence favoring the prosecution<sup>82</sup>. Nonetheless, no concrete reform emerged from these criticisms<sup>83</sup>. Secondly, the composition of the jury was also questioned<sup>84</sup> in the continuation of the constitutional revision of 1893, which introduced the universal male suffrage tempered by plural

---

<sup>82</sup> See: DE BURCHGRAEVE, Amandine. *Le crime de sang à la cour d’assises de Brabant (1893-1913) : une histoire judiciaire, politique et médiatique* (prom: Xavier ROUSSEAU). Université catholique de Louvain, 2018, p. 115-168. For a contemporary criticism of these inequities, see: SPEYER, Henri. *Les vices de notre procédure en cours d’assises : étude de législation comparée*. Brussels: Bruylant-Christophe, 1898.

<sup>83</sup> A Private Member’s bill introduced in 1911 eventually addressed these issues but was never properly discussed and voted: proposition de loi du 21 novembre 1911 modifiant certains articles du Code d’instruction criminelle du 27 novembre 1808 (...), développements, *Doc.*, Ch., 1911-1912, n° 10.

<sup>84</sup> It is interesting to note that Belgium did not experience the anti-jury movement which spread across other European countries like Germany, France and Italy at the end of the nineteenth century. See: KUCHEROV, Samuel. The Jury as Part of the Russian Judicial Reform of 1864. *The American Slavic and East European Review*, 9<sup>th</sup> vol., n° 2, p. 77-90, 1950, p. 85.

voting<sup>85</sup>. As a consequence, progressive liberal lawyers and politicians, such as the socialists Edmond Picard and Henri La Fontaine<sup>86</sup> as well as the progressive liberal Paul Janson, promoted a truly popular jury in the Senate in 1896 as well as in the *Fédération des Avocats Belges* in 1899<sup>87</sup>. Their goal was the “democratization” of the jury by bypassing or abolishing the *census* and, hence, the admittance of the working class in the jury. However, these reform attempts turned out to be unsuccessful before the War since no complete legislative initiatives were taken to enact this reform<sup>88</sup>. Finally, a linguistic inequality also had to be addressed since the linguistic freedom provided by former Article 23 of the Constitution granted the discretionary power of choosing the trial language to the judges themselves. This situation led to significant cases of unfair trial in some provinces where Dutch speaking accused were prosecuted, defended and tried in French, especially before the *cour d’assises* of Brussels<sup>89</sup>. As a result, several laws were adopted and gradually the issue was solved. The first one imposed the use of the Dutch language in criminal trials held in Flemish provinces, unless the accused asked for a procedure in French, and in the lower criminal courts in Brussels if the accused did not speak French (1873)<sup>90</sup>. Afterwards, these measures were applied to

---

<sup>85</sup> STENGERS, Jean. *Op. cit.*, p. 252-254.

<sup>86</sup> See: ARON, Paul; VANDERPELEN-DIAGRE, Cécile. *Edmond Picard (1836-1924): un bourgeois socialiste belge à la fin du dix-neuvième siècle. Essai d’histoire culturelle*. Brussels: Musées royaux des Beaux-Arts de Belgique, 2013, p. 96 and 98-101.

<sup>87</sup> Proposition de loi du 25 mars 1896 modifiant le recrutement des jurys des cours d’assises : mise en harmonie du corps des jurés et du corps électoral ; admission des ouvriers aux fonctions de juré, *Doc., Sén., 1895-1896*, n° 41; GHEUDE, Charles. *La réforme du jury. Journal des tribunaux*, p. 545-553 and 561-567, 1899.

<sup>88</sup> The lack of support of the Minister of Justice Victor Begerem (Parti catholique) to the idea of admitting the working class in the jury, which he firmly disapproved, undoubtedly contributed to the unsuccessfulness of the reform. See: Discussion du budget du ministère de la Justice pour l’exercice 1895, *Ann. Parl., Sén., 1894-1895, séance du 19 février 1895*, n° 12, p. 145.

<sup>89</sup> WILS, Lode. L’emploi des langues en matières judiciaires et administratives dans le royaume de Belgique. *Revue du Nord*, 73<sup>rd</sup> vol., n° 289, p. 51-71, January-March 1991, p. 54-56.

<sup>90</sup> *Ibid.*, p. 59, 7<sup>th</sup> note. See: loi du 17 août 1873 sur l’emploi de la langue flamande en matière répressive, *M.B.*, August 26, 1873.

the written evidence, the pretrial stage and the pleadings (1889), and were also extended to the courts of appeal of Brussels and Liège (1891) and finally to the *cour d'assises* of Brussels (1908)<sup>91</sup>.

Concerning the pretrial stage reform, the “continuity pattern” continued to be supported after 1879 and came to be differently represented depending on the extent of the counsel’s role during the investigation. The “moderate opening to the defense” had remained the only institutional reform option for many years before the eventual abandoning of the “Nypels draft” in 1900 due to the lack of parliamentary activity on this matter<sup>92</sup>. Nevertheless, in the meantime, new solutions were discussed outside of Parliament by lawyers who sought a better recognition of

---

<sup>91</sup> Loi du 3 mai 1889 concernant l’emploi de la langue flamande en matière répressive, *M.B.*, May 11, 1899 ; loi du 4 septembre 1891 étendant aux cours d’appel de Bruxelles et de Liège la loi du 3 mai 1899 sur l’usage de la langue flamande en matière répressive (...), *M.B.*, September 20, 1891 ; loi du 22 février 1908 sur l’emploi de la langue flamande en matière répressive dans l’arrondissement de Bruxelles, *M.B.*, March 1, 1908. These laws were coordinated in 1935 by the law of June 15, 1935, which provided that each linguistic region would use its own language in judicial procedure, except in Brussels where the language of the procedure would depend on the accused’s language: loi du 15 juin 1935 concernant l’emploi des langues en matière judiciaire, Art 11-23, *M.B.*, June 22, 1935. As for the German language, which progressively became an issue after the annexation of the German linguistic region in 1919, a legal adaptation in 1985 aimed at preventing discriminations against German speaking accused: loi du 23 septembre 1985 relative à l’emploi de la langue allemande en matière judiciaire et à l’organisation judiciaire, *M.B.*, November 5, 1985.

<sup>92</sup> Parts of the draft were voted in 1887 and 1890 by the House of representatives and/or by the Senate, but the dissolution of the Parliament in 1892 invalidated the process. Introduced again in 1894, the draft was never examined: J. GILISSEN, *op. cit.*, p. 254. Even if the reasons presiding the failure of the Nypels draft are still unclear, the legal historian John Gilissen partially explained it due to the slowness of the legislative process and the lack of parliamentary interest caused by other pressing matters, parliamentary dissolutions as well as a potential feeling of inadvisability regarding the codification process itself; thus, preferring to enact specific complementary laws such as the introductory part of the Code in 1878: *ibid.*, p. 276-277. Furthermore, it must be noted that the specific part of the draft concerning the revision of wrongful convictions was mostly modified by another draft submitted by the Minister of Justice Jules Le Jeune (Parti Catholique) and was adopted in 1894: loi du 18 juin 1894 contenant le titre IX du livre III du Code de procédure pénale, *M.B.*, June 24, 1894.



their role during the investigations and a strong extension of the defense rights. The *Fédération des Avocats Belges* especially distinguished itself in 1899 by voting a pretrial stage draft providing a “complete opening to the defense”. Inspired by a French law of 1897 which strengthened the defense by allowing the counsel to be present during the interrogation of his client<sup>93</sup>, this draft aimed at making the lawyer a counter-power to the *juge d’instruction* by systematically proposing another interpretation of the facts<sup>94</sup>. Therefore, the main reforms provided by the draft were the mandatory presence of the defense counsel at all the main steps of the investigation including the interrogation, the mandatory communication of the investigation documents, the possibility of a legal review concerning the *juge d’instruction*’s orders and a contradictory indictment hearing<sup>95</sup>. “Continuity pattern” drafts were eventually brought again in Parliament with the introduction of a Private Member’s bill providing a complete opening of the investigation to the defense in 1901 as well as a bill providing a moderate one similar to the Nypels draft in 1902<sup>96</sup>. However, none of them were discussed before the War.

As for the “rupture pattern”, this reform type began to be publicly supported in 1871 in a book written by two lawyers<sup>97</sup> and was later advocated for in another professional organization of lawyers called the *Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles*. In response to the *Fédération*’s support to the “opened investigation”, members of the *Conférence*

---

<sup>93</sup> This law also abolished the incommunicado measure in the case of the defense counsel: loi du 8 décembre 1897 ayant pour objet de modifier certaines règles de l’instruction préalable en matière de crimes et délits, Art. 8-9, *Journal officiel de la République française*, December 10, 1897.

<sup>94</sup> BODDAERT, Henri; HIRSCH, Arthur. Projet de loi substituant le principe de la contradiction au principe du secret en matière pénale. *Journal des tribunaux*, p. 405-411, 1899, p. 406 ; DELRÉE, Édouard. *Op. cit.*, p. 306-307, n<sup>os</sup> 32-33.

<sup>95</sup> Articles 2, 4, 9, 12, 13, 14, 15 and 19 of the draft.

<sup>96</sup> Proposition de loi du 29 mars 1901 sur l’instruction criminelle contradictoire, développements, *Doc., Ch.*, 1900-1901, n<sup>o</sup> 143 ; projet de loi du 26 février 1902 comprenant les titres II et III du Livre 1<sup>er</sup> du Code de procédure pénale, exposé des motifs, *Doc., Ch.*, 1901-1902, n<sup>o</sup> 71.

<sup>97</sup> One of them would later be famous for his works relating to social defense: PRINS, Adolphe; PERGAMENI, Hermann. *Instruction criminelle. Réforme de l’instruction préparatoire en Belgique*. Paris-Brussels: Durand et Pedone Lauriel-Claassen, 1871.

promoted a “contradictory investigation” embedded in an adversarial structure<sup>98</sup>, thus abolishing the *juge d’instruction*’s office. One of its members’ draft from 1898 clearly shapes the characteristics of this rupture with the Napoleonic Code<sup>99</sup>. The draft divides the hybrid role of the *juge d’instruction* between the prosecution regarding the investigative function and the new *juge de l’instruction*<sup>100</sup> regarding the judicial function. Therefore, the prosecution can secretly conduct its investigation unless it could impair fundamental freedoms. In that case, the more serious parts of the prosecution’s investigation must be authorized by the *juge de l’instruction*. Furthermore, the defense is well reinforced thanks to the extended publicity of the procedure and the possibility to ask the new judge for inquiries. The logic of this system is eventually provided by the separation of functions between the *juge de l’instruction* in charge of reviewing the legality of the investigation and the pretrial courts in charge of reviewing the investigated facts regarding the indictment<sup>101</sup>.

Such a rupture with the *Code d’instruction criminelle* came to be supported in a different way by the government itself just before the War. An executive commission, composed among others of the Brussels university professor Adolphe Prins and the magistrate Jean Servais as its rapporteur, drafted a reform similar to the *Conférence*’s draft regarding the adversarial features but with a quite different approach regarding the importance of the prosecution<sup>102</sup>. Introduced in Parliament in 1914 by the Minister of Justice Henry Carton de Wiart (Parti Catholique), the “Servais

---

<sup>98</sup> SPEYER, Henri; HENNEBICQ, Léon. Réforme de l’instruction préparatoire: note présentée au nom de la Commission d’études du Jeune Barreau de Bruxelles. *Journal des Tribunaux*, p. 419-424, 1899, p. 424.

<sup>99</sup> HENNEBICQ, Léon. La contradiction dans l’instruction criminelle. *Journal des tribunaux*, p. 1169-1180 and 1185-1196, 1912.

<sup>100</sup> The French nuance between “*juge d’instruction*” and “*juge de l’instruction*” could be translated in English by using the terms “examining magistrate/investigating judge” as opposed to the expression “judge of the investigation”; the latter expressing that the judge examines the lawfulness of the investigation rather than conducting it.

<sup>101</sup> See: DELRÉE, Édouard. *Op. cit.*, p. 312-313, n° 39.

<sup>102</sup> *Ibid.*, p. 314-318, n°s 41-47. For a former analysis, see: VERSELE, Severin. Het niet te verwaarlozen 1914-Ontwerp over de Hervorming van het Vooronderzoek. *Rechtskundig Weekblad*, p. 641-651, 1948-1949.

draft” provided a full recognition of the prosecution’s secret investigative function as a remedy for the flaws of the “opened investigation” provided by the French law of 1897, consisting of illegal police investigations appointed by the *juge d’instruction*<sup>103</sup>. The functions of the defense and of the *juge de l’instruction* during the investigation were essentially the same as in the *Conférence’s* draft. However, the importance of the judicial counter-power to the prosecution depended on the seriousness of the case. On the one hand, in the case of felonies, press and political offences as well as pretrial detentions of more than five weeks, a public and contradictory indictment hearing had to be held before the *juge de l’instruction*. On the other hand, in the case of less serious offences, the prosecution could directly charge the suspect with no indictment hearing nor any legal remedy. This important difference between the two rupture drafts allowed them to be categorized as an “idealistic rupture” in the case of the *Conférence’s* draft and as a “pragmatic rupture” in the case of Servais’s<sup>104</sup>. Nonetheless, these reforms were never debated in Parliament since the War began a few months later.

#### **IV. THE INTERWAR PERIOD BETWEEN STAGNATION AND TRANSFORMATION (1918-1939)**

After the War, the reform process of criminal procedure resumed thanks to the initiatives of the new Minister of Justice Emile Vandervelde (Parti Ouvrier Belge). However, the reforms until the Second World War appear to be contrasted. On the one hand, the pretrial stage underwent some improvements but no reform comparable to the drafts of the previous period would emerge during the interwar period. On the other hand, the trial stage was deeply transformed regarding the jury and the decision-making process of the *cour d’assises*.

---

<sup>103</sup> Projet de loi du 24 avril 1914 comprenant le livre premier du Code de procédure pénale, exposé des motifs, *Doc.*, Ch., 1913-1914, n° 237, p. 47-48. On illegal police investigations in France at that time, see: FARCY, Jean-Claude. L’enquête pénale dans la France du XIX<sup>e</sup> siècle. In: FARCY, Jean-Claude; KALIFA, Dominique; LUC, Jean-Noël (org.), *L’enquête judiciaire en Europe au XIX<sup>e</sup> siècle*. Paris: Creaphis, 2007, p. 35-36.

<sup>104</sup> DELRÉE, Édouard. *Op. cit.*, p. 339, n° 71.

#### IV.1. THE STAGNANT PRETRIAL STAGE: IMPROVEMENTS WITHOUT OFFICIAL RUPTURE

The year 1919 revealed itself to be one of the most important years in Belgian criminal procedure regarding the number of reforms carried out. The pretrial stage underwent some significant changes concerning both the effectiveness of the procedure and its guarantees for the defense and the victim. Firstly, with regard to the effectiveness, the law of April 7, 1919<sup>105</sup>, created a proper judicial police (“*police judiciaire/gerechtelijke politie*”) in charge of conducting judicial investigations under the authority of the public prosecutor. This new police force was a long awaited solution regarding the inefficiency of the municipal police and the *gendarmérie* due to their own functions and limited territorial jurisdiction, on the one hand<sup>106</sup>, and regarding the specific context of the War which resulted in an increased criminality to be investigated and prosecuted, on the other hand<sup>107</sup>. Secondly, with regard to guarantees, the law of October 25, 1919, improved the impartiality of the *chambre du conseil* thanks to the removal of the *juge d’instruction* from its seat, reducing it to one judge instead of three as provided by former Article 127 of the C.I.Cr. Furthermore, this law provided a contradictory indictment hearing and a better publicity before this court in favor of the defense<sup>108</sup>. It is interesting to note that unlike

<sup>105</sup> Loi du 7 avril 1919 portant certaines dispositions statutaires relatives aux officiers et agents judiciaires près les parquets, *M.B.*, April 12, 1919.

<sup>106</sup> WELTER, François. Quand l’intérêt public se heurte aux obstacles institutionnels et matériels : une police judiciaire près les parquets, solution aux défis de la police judiciaire en Belgique (1830-1922) ? *Cahiers d’histoire du temps présent*, n° 24, p. 35-63, 2011, especially p. 38.

<sup>107</sup> Projet de loi instituant des commissaires, des commissaires adjoints et des agents de police judiciaire, discussion générale et vote par appel nominal, *Ann. Parl.*, Ch., 1918-1919, séance du 26 février 1919, p. 390.

<sup>108</sup> Loi du 25 octobre 1919 modifiant temporairement l’organisation judiciaire et la procédure devant les cours et tribunaux, Art. XV, *M.B.*, November 9, 1919. These guarantees were also provided for the victim by a law of July 22, 1927. Furthermore, the monthly review regarding the pretrial detention performed by the *chambre du conseil* was also improved: loi du 23 août 1919 sur la détention préventive, les circonstances atténuantes et la participation du jury à l’application des peines, Art. 1, *M.B.*, August 25-26, 1919. Finally, these improvements were also provided for the *chambre des mises en accusation* in favor of the defense and the victim: loi du 19 août 1920 modifiant l’article 223 du Code d’instruction criminelle, *M.B.*, August 26, 1920.

these improvements brought to the *chambre du conseil* in order to make it a proper counter-power to the *juge d'instruction*'s investigation, the French lawmakers abolished this pretrial court in 1856; thus, granting more power to the examining magistrate as the first and potentially sole judge of the facts of his own investigation and the legality of the pretrial detention<sup>109</sup>.

Afterwards, no significant reform initiatives occurred until the end of the 1930's. However, as the years went by, the criminal procedure tended to become more customary than legal due to the inappropriate character of the old-fashioned *Code d'instruction criminelle*, leading to illegal and unofficial investigation practices<sup>110</sup>. Indeed, the investigation had not been improved and was still conceived around the single person of the *juge d'instruction* by a Code adopted in the early 19<sup>th</sup> century for a mainly rural society with an embryonic and local police force<sup>111</sup>. This investigation was thus unsuited regarding the importance of urban crime, new technologies and potential offenders' mobility across jurisdictions. Thus, unofficial investigations, unhampered by the gaps or the old limitations of the Napoleonic Code, were a pragmatic solution to improve the effectiveness of criminal justice.

As for the general reform of the investigation, despite an unsuccessful review of the "Servais draft" in 1924<sup>112</sup>, three private initiatives led to the abandonment of the "rupture pattern" between 1936 and 1939<sup>113</sup>. Firstly, both "opened investigation" and "contradictory investigation" drafts were discussed among the members of the *Union belge de droit pénal* between 1936 and 1937<sup>114</sup>. They eventually ruled out the suppression of the examining magistrate and favored a moderate opening

---

<sup>109</sup> ESMEIN, Adhémar. *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII<sup>e</sup> siècle jusqu'à nos jours*. Paris: Larose et Forcel, 1882, p. 574-575.

<sup>110</sup> CORNIL, Léon. De la nécessité de rendre à l'instruction préparatoire, en matière pénale, le caractère légal qu'elle a perdu. *Revue de droit pénal et de criminologie*, p. 809-827, 1931, especially p. 810 and 816.

<sup>111</sup> SALAS, Denis. *Du procès pénal*. Paris: Quadrige-Presses Universitaires de France, 2010, p. 196.

<sup>112</sup> GILISSEN, John. *Op. cit.*, p. 269.

<sup>113</sup> DELRÉE, Édouard. *Op. cit.*, p. 319-321, n° 50. See also: BUCH, Henri. *La réforme de l'instruction pénale*. Brussels: Bruylant, 1950, p. 53-58.

<sup>114</sup> The *Union* was an important think tank aiming at improving criminal law in its various aspects. This private organization was composed of lawyers, law and

of the investigation to the defense “taking into account the needs of social defense”<sup>115</sup>. Secondly, the annual assembly of the *Fédération des Avocats Belges* in 1938 gave the opportunity to its members to reject the “rupture pattern” by fear of autonomous police investigations<sup>116</sup> and to unanimously favor a complete opening of the investigation to the defense<sup>117</sup>. Finally, another think tank called *Centre d’études pour la réforme de l’État (C.E.R.E.)* addressed the same issue and stood for a greater opening to the defense than in the “Nypels draft”<sup>118</sup>, especially thanks to the presence of the counsel during the interrogation of his client, but still moderate due to the absence of legal remedy for the defense if its inquiry requests were to be dismissed by the *juge d’instruction*<sup>119</sup>.

Nonetheless, these drafts were never introduced in Parliament before the Second World War. Thus, a clear contradiction can be noticed between the official forced continuity of the Napoleonic investigation, due to the inability to reform it, and the unofficial rupture caused by the customary police investigations led on behalf of the prosecution.

#### **IV.2. THE TRANSFORMED TRIAL STAGE: TOWARDS A TRULY POPULAR JURY WITH MORE RESPONSIBILITIES**

Another reform enacted during the year 1919 deeply changed the decision-making process within the *cour d’assises* by involving the

---

high-ranking magistrates, university professors and former ministers such as Henry Carton de Wiart (Parti Catholique) and Henri Jaspar (Parti Catholique).

<sup>115</sup> LUI, S. Union belge de droit pénal. *Revue de droit pénal et de criminologie*, p. 312-318, 1937, p. 314 and 318.

<sup>116</sup> SASSERATH, Simon. Réforme de l’instruction préparatoire. Rapport présenté à l’assemblée générale de la Fédération des Avocats, le 25 juin 1938 (section française). *Revue de droit pénal et de criminologie*, p. 779-796, 1938, p. 782.

<sup>117</sup> *Ibid.*, p. 795-796 and WYNEN, M. Traduction du rapport présenté à la section flamande par M<sup>e</sup> Wynen, avocat au barreau d’Anvers. *Revue de droit pénal et de criminologie*, p. 797-812, 1938, p. 810-812.

<sup>118</sup> SCHUIND, Gaston. Centre d’études pour la réforme de l’État. Réforme de l’instruction criminelle : I. L’organisation de la défense au cours de l’instruction préparatoire. *Revue de droit pénal et de criminologie*, p. 1069-1113, 1939, p. 1074-1075.

<sup>119</sup> *Ibid.*, p. 1102 (Art. 2) and p. 1105-1106 (Art. 10, 11 and 13).

jury in the judgment over the sentence through an absolute majority vote including the twelve jurors and the three professional judges<sup>120</sup>. This partial infringement to the symbolic division between fact and law was referred to as an attenuated lay judges system (“*échevinage atténué*”)<sup>121</sup> and aimed at empowering the jury regarding the consequences of its verdict on the accused’s guilt. Such a responsibility was needed due to the practice of jurors who acquitted guilty offenders because of the severity of the sentence on which they had no influence<sup>122</sup>. Even if one might say that this law formally extended the jurisdiction of the jury<sup>123</sup>, it is difficult to say in essence whether it reinforced or diminished the principle of popular justice. Indeed, even if the jury was henceforth empowered regarding the whole judgment and represented an overwhelming majority of the court concerning the sentencing vote, on the one hand, the involvement of experienced professional judges guiding the jurors in the sentencing vote could potentially be seen as a subjection of the latter, on the other hand.

Nonetheless, popular justice was symbolically reinforced through another reform occurring after the First World War and its consequences on the Belgian electoral system. Since the universal male suffrage without plural voting had been enacted in 1919<sup>124</sup>, the former initiatives to democratize the jury were revived by Belgium’s first socialist Minister of Justice. Through a bill introduced in Parliament on September 18, 1919, Emile Vandervelde intended to align jury legislation with electoral legislation by suppressing the *census* condition and allowing any literate

---

<sup>120</sup> Loi du 23 août 1919 sur la détention préventive, les circonstances atténuantes et la participation du jury à l’application des peines, Art. 4, *M.B.*, August 25-26, 1919.

<sup>121</sup> TROUSSE, Paul-Émile. Rapport. In: *Le jury face au droit pénal moderne*. *Op. cit.*, p. 58.

<sup>122</sup> Projet de loi du 9 juillet 1919 sur la détention préventive, les circonstances atténuantes et la participation du jury à l’application des peines, exposé des motifs, *Doc.*, Ch., 1918-1919, n° 225, p. 1 and 4.

<sup>123</sup> BEHRENDT, Christian *et al.* *La notion de “jury” en droit constitutionnel belge*. *Op. cit.*, p. 13, n° 25.

<sup>124</sup> STENGERS, Jean. *Histoire de la législation électorale en Belgique*. *Op. cit.*, p. 254-255.

elector to be part of the jury<sup>125</sup>. Even if the legislative process lasted for a decade, the bill eventually became the law of December 21, 1930<sup>126</sup> and led to two consequences regarding equality among Belgian citizens. Firstly, the jury could therefore be composed of members of the working class thanks to the abolition of the tax-based criterion<sup>127</sup>. Secondly, even if a majority of Belgian women could not be jurors due to their exclusion of the national elections<sup>128</sup>, the law was neutral enough to not necessitate any further reform if women's right to vote were to be recognized. Since Belgium's electoral system became a truly universal suffrage in 1948<sup>129</sup>, women could therefore enter the jury<sup>130</sup>.

## V. THE CALM BEFORE THE STORM (1945-1998)

After the Second World War, a period of calm characterized the criminal procedure reform process, marked by new codification failures and a discrete continuation of limitations brought to popular justice. However, between the 1980's and the 1990's, police practices, a series of criminal attacks on the population and the police as well as a famous criminal case would soon bring criminal procedure ineffectiveness to light and show the urgent need for a major reform.

---

<sup>125</sup> Projet de loi du 18 septembre 1919 démocratisant le jury, exposé des motifs, *Doc.*, Ch., 1918-1919, n° 359, p. 2.

<sup>126</sup> Loi du 21 décembre 1930 modifiant certaines dispositions de la loi sur l'organisation judiciaire, du Code d'instruction criminelle et de la loi du 3 mai 1889, Art. 2-3, *M.B.*, March 18, 1931.

<sup>127</sup> It must also be noted that the capacity criterion, maintained in 1930, would eventually be abandoned in 1967: loi du 10 octobre 1967 contenant le Code judiciaire, Art. 217, *M.B.*, October 31, 1967.

<sup>128</sup> Only war widows and female war heroes were allowed to vote in general elections and could be jurors as a consequence: projet de loi modifiant certaines dispositions de la loi sur l'organisation judiciaire (...), rapport fait au nom de la Commission de la Justice et de la Législation civile et criminelle par M. Sinzot, *Doc.*, Ch., 1929-1930, n° 252, p. 3.

<sup>129</sup> Loi du 27 mars 1948 attribuant le droit de vote aux femmes pour les Chambres législatives, *M.B.*, April 22, 1948.

<sup>130</sup> As for other professions within the justice system, women were recognized the right to be lawyers in 1922 (law of April 7, 1922) and to be magistrates in 1948 (law of February 21, 1948).



## V.1. THE CALM: CODIFICATION FAILURES AND A SLOWLY VANISHING POPULAR JUSTICE (1945-1970's)

The first decades of the post-war period were once again dedicated to a new criminal procedure codification with no concrete results. Firstly, an executive commission was appointed by the Minister of Justice Albert Lilar (Parti Libéral) in 1946 with the high-ranking magistrate and Brussels university professor Léon Cornil acting as its president<sup>131</sup>. As a well-known critic of customary police investigations validated by case law<sup>132</sup>, Cornil was a fervent supporter of the “rupture pattern” by praising the “Servais draft” and contemporary reform initiatives in France which tended to grant the investigation to the prosecution and to change the *juge d’instruction* into a *juge de l’instruction*<sup>133</sup>. According to him, this reform was justified by the need of an effective criminal justice able to deal with the increased criminality caused by the repercussions of the War<sup>134</sup>. Nonetheless, the commission abandoned its general reform projects and concentrated itself on specific reforms of more immediate interest, such as introducing probation in Belgian criminal law<sup>135</sup>.

Later on, another executive commission was appointed in 1962 by the Minister of Justice Piet Vermeylen (Parti Socialiste Belge) with another high-ranking magistrate and Brussels university professor, Hermann Bekaert, acting as royal commissioner<sup>136</sup>. His works brought

---

<sup>131</sup> Commission pour l’Étude de la Révision du Droit Pénal et de la Procédure Pénale. *Revue de droit pénal et de criminologie*, p. 535-537, 1946, p. 535.

<sup>132</sup> CORNIL, Léon. De la nécessité de rendre à l’instruction préparatoire, en matière pénale, le caractère légal qu’elle a perdu. *Op. cit.*

<sup>133</sup> CORNIL, Léon. Propos sur le droit criminel. *Revue de droit pénal et de criminologie*, p. 1-32, 1946, p. 31-32.

<sup>134</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>135</sup> BEKAERT, Hermann. Cinquante années de procédure pénale en Belgique et à l’étranger. *Revue de droit pénal et de criminologie*, p. 67-116, jubilee publication 1907-1957, p. 71-72. A bill introduced in Parliament in 1948 seems similar to Cornil’s previous works about probation, especially regarding English and American influences. See: *ibid.*, p. 100; Projet de loi du 18 mai 1948 établissant le régime de probation dans le système pénal, exposé des motifs, *Doc., Ch., 1947-1948, n° 469*. Nonetheless, probation in criminal law would only be adopted in 1964.

<sup>136</sup> BEKAERT, Hermann. *La manifestation de la vérité dans le procès pénal*. Brussels: Bruylant, 1972, p. 41-42.

to light a new pattern of reform by dividing the pretrial stage into two types of investigations. On the one hand, the commissioner noted that the prosecution's investigation had been generalized to the point of representing nine out of ten criminal investigations. As a consequence, Bekaert stood for the legalization of these secret and unilateral investigations with a special attention given to their limits regarding other interests at stake. On the other hand, the commissioner was also in favor of maintaining the traditional investigation led by the *juge d'instruction*, as long as improvements were to be provided regarding defense rights, publicity and legal remedies<sup>137</sup>. Eventually, despite its submission to the Minister of Justice Herman Vanderpoorten (Partij voor Vrijheid en Vooruitgang) in 1976, Bekaert's works were not pursued in Parliament<sup>138</sup>.

As for the trial stage, the procedure before the *cour d'assises* was improved in 1949 thanks to the prohibition of the prosecution's presence during jury deliberations<sup>139</sup>. However, despite the Belgian fondness for popular justice still noticeable in 1955<sup>140</sup> and its improvements, reforms and judicial practice were progressively leading to a clear deprivation of the *cour d'assises*'s jurisdiction. Initiated in 1919<sup>141</sup>, this deprivation movement took the form of a reinforcement of the *correctionnalisation* introduced in 1838. Initially provided for less important felonies depending on the maximal sentence applicable, the *correctionnalisation* progressively became more and more applicable by providing exceptions to this maximum regarding some offences which needed to be addressed quickly and by generally raising the maximal sentence from fifteen years of imprisonment to twenty years in 1977<sup>142</sup>. According to some, this use of mitigating

---

<sup>137</sup> BEKAERT, Hermann. La réforme de la procédure pénale. Note sur l'état des études entreprises par le commissaire royal à la réforme de la procédure pénale, *Journal des tribunaux*, p. 141-143, 1964, p. 141-142.

<sup>138</sup> TULKENS, Françoise. *Les limites du secret de l'instruction (document de travail n° 9-1985 du Département de Criminologie et de Droit Pénal de l'Université catholique de Louvain)*, p. 9.

<sup>139</sup> X. La chronique judiciaire. *Journal des tribunaux*, p. 332-333, 1949.

<sup>140</sup> BEKAERT, Hermann. Cinquante années de procédure pénale en Belgique et à l'étranger. *Op. cit.*, p. 96.

<sup>141</sup> Loi du 23 août 1919 (...), Art. 3, *M.B.*, August 25-26, 1919.

<sup>142</sup> Loi du 1<sup>er</sup> février 1977 modifiant la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes et le Code pénal, Art. 2, *M.B.*, February 19, 1977. In a similar

circumstances had evolved to become a way to slowly abolish the *cour d'assises* without offending public opinion<sup>143</sup>. As a consequence, eighteen common felonies could only be tried before the *cour d'assises* under the law of 1977<sup>144</sup> and most felonies subject to *correctionnalisation* were tried *in casu* by the *tribunaux correctionnels*<sup>145</sup>.

## V.2. THE STORM: CRISIS, EFFICIENCY AND COMPROMISE (1970's-1998)

The last decades of the 20<sup>th</sup> century saw the criminal procedure, and especially the pretrial stage, enter a period of deep crisis. On the one hand, police investigations had gained an unprecedented autonomy without legal approval since the 1970's and had developed new means of investigation, especially under American influence against drug-related organized crime<sup>146</sup>. Furthermore, the various police forces of the kingdom were involved in a competition for case solving ("*guerre des polices*"), thus leading unofficial parallel investigations, withholding evidence and compromising the general effectiveness of investigations<sup>147</sup>. On the other hand, a need for security as well as a loss of public confidence in police investigations and in criminal justice were caused by a series of crimes occurring between 1980 and 1996. Firstly, attacks on the *gendarmerie*

---

way, a draft elaborated within the C.E.R.E. in 1937 provided that less important felonies should become misdemeanors in order to be tried by the lower criminal courts: VAN DER MEERSCH, Ganshof. Un projet de réforme de la compétence de la cour d'assises en matière d'infractions de droit commun. *Revue de droit pénal et de criminologie*, p. 1377-1430, 1939, p. 1425.

<sup>143</sup> SASSERATH, Simon. Procédure pénale. Troisième partie: exposé critique. *Op. cit.*, p. 914, n° 306.

<sup>144</sup> BEKAERT, Hermann. Le législateur a-t-il voulu supprimer la cour d'assises ?. *Journal des tribunaux*, p. 253-256, 1978, p. 253.

<sup>145</sup> DE LE COURT, Étienne. Considérations historiques et d'actualité sur les circonstances atténuantes et la correctionnalisation en Belgique. *Revue de droit pénal et de criminologie*, p. 127-162, 1959-1960, p. 127-128.

<sup>146</sup> CAPELLE, Jan; KAMINSKI, Dan. *L'enquête judiciaire en Belgique : réflexions sur un dysfonctionnement* (document de travail n° 27-1989 du Département de Criminologie et de Droit Pénal de l'Université catholique de Louvain), p. 6-7 and 10-12.

<sup>147</sup> *Ibid.*, p. 7-8.

itself in the year 1980, which could only happen with an inside help, were never solved. Secondly, organized criminals spread terror in the country and increased a need for national security. The “*Cellules communistes combattantes*” (Fighting Communist Cells) orchestrated terrorist attacks between 1984 and 1985, and the “*Tueurs du Brabant*” (Brabant killers) conducted hold-ups between 1982 and 1985, killing twenty-eight people in doing so and hurting dozens of others, and were never arrested<sup>148</sup>. Finally, the shocking unveiling of the world-famous “*Affaire Dutroux*” in 1996, involving child abductions, pedophilic practices and assassinations, aggravated by the lack of police cooperation on the case, marked a point of no return for Belgian justice.

At first, particular reforms aimed at addressing specific issues related to the slowness of criminal justice and to the pre-1996 wave of crimes. Firstly, the *correctionnalisation* mechanism was extended in 1985 to felonies connected to the Fighting Communist Cells and the Brabant killers such as hostage taking, armed robberies and property damage in order to accelerate their judicial processing<sup>149</sup>. Secondly, pretrial detention was reformed in 1990 in order to make it more exceptional, to improve the defense rights notably by setting a time limit of twenty-four hours to issue an arrest warrant in case of effective deprivation of liberty and, as a consequence, to address prison overcrowding which was a flagrant indication of a slow justice in that matter<sup>150</sup>. Thirdly, the acceleration of justice administration was the main purpose of the laws of 1994, empowering the prosecution to directly indict traffic offenders and urban

---

<sup>148</sup> *Ibid.*, p. 12-13.

<sup>149</sup> Loi du 6 février 1985 modifiant la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes, *M.B.*, February 19, 1985.

<sup>150</sup> Loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive, *M.B.*, August 14, 1990. See: projet de loi relatif à la détention préventive, rapport, *Doc.*, Sén., 1988-1989, n° 658-2, p. 4-6. A law of 1973 had previously introduced a few modifications to pretrial detention in order to reduce its use and to provide a compensation in case of wrongful detention: loi du 13 mars 1973 modifiant la loi du 20 avril 1874 relative à la détention préventive (...), *M.B.*, April 10, 1973. On these laws, see : DEJEMEPPE Benoît; TULKENS Françoise. Chapitre premier : l'esprit de justice, histoire et actualité de la détention préventive. In: DEJEMEPPE Benoît (org.). *La détention préventive*. Brussels: Larcier, 1992, p. 32-40.

offenders and creating criminal mediation<sup>151</sup>. For the same purpose, the criminal settlement possibility was extended in 1984 to more serious misdemeanors punishable by five years of imprisonment<sup>152</sup>. Fourthly, the legalization of wiretapping in 1994 in judicial investigations aimed at fighting organized crime and terrorism<sup>153</sup>. Finally, the need for a more efficient police function and a better cooperation between the police forces provoked the enactment of a law of 1992. However, since the police war was pointed out in the mismanagement of the Dutroux case, another law of 1998 suppressed the former police forces and created a single integrated police service structured on a federal and a local level<sup>154</sup>.

Furthermore, the dramatic chain of criminal events also led to the first general reform of pretrial investigations in Belgium's history. Resulting from the works of an executive commission appointed in 1991 and presided by the lawyer and Liège university professor Michel Franchimont, as an answer to the Brabant killings, this reform was introduced as a bill in Parliament in 1996 due to the pressure resulting from the Dutroux case and was quickly enacted as the "Franchimont law" of March 12, 1998<sup>155</sup>. Pursuing Bekaert's work, this law brought to light a new reform

---

<sup>151</sup> Loi du 11 juillet 1994 (...) portant certaines dispositions relatives à l'accélération et à la modernisation de la justice pénale, *M.B.*, July 27, 1994 and loi du 10 février 1994 organisant une procédure de médiation pénale, *M.B.*, April 27, 1994.

<sup>152</sup> Loi du 28 juin 1984 étendant, pour certaines infractions, le champ d'application de l'extinction de l'action publique, moyennant le paiement d'une somme d'argent, *M.B.*, August 22, 1984. The criminal settlement had previously been established in 1935 for infractions and extended in 1949 to minor misdemeanors, see: FERNANDEZ-BERTIER, Michaël; LECOCQ, Arnaud. L'extension de la transaction pénale en droit belge : une évolution en demi-teinte. *Droit pénal de l'entreprise*, n° 2011/3, p. 219-238, 2011, p. 222.

<sup>153</sup> Loi du 30 juin 1994 relative à la protection de la vie privée contre les écoutes (...), Art. 3-4, *M.B.*, January 1, 1995.

<sup>154</sup> Loi du 5 août 1992 sur la fonction de police, *M.B.*, December 22, 1992 and loi du 7 décembre 1998 organisant un service de police intégré, structuré à deux niveaux, *M.B.*, January 5, 1999.

<sup>155</sup> Loi du 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction, *M.B.*, April 2, 1998. See: VAN DE KERCHOVE, Michel. Les réactions législatives aux disparitions d'enfants. "L'affaire Dutroux", paradigme de l'accélération du temps juridique ?. In: GÉRARD, Philippe; OST, François; VAN DE KERCHOVE, Michel (org.).

pattern characterized by a compromise between continuity and rupture patterns and by a division of the pretrial stage into two phases: the judicial investigation (“*instruction/gerechtelijk onderzoek*”) and the preliminary investigation (“*information/opsporingsonderzoek*”)<sup>156</sup>. On the one hand, the “continuity pattern” elements can be found in the traditional *instruction*, improved thanks to extended rights for the defense and the victim, including contradictory additional inquiries and investigation file disclosure requests, and to a more independent and impartial examining magistrate. The pretrial courts’ review was another important improvement of the judicial investigation, despite its procedural slowdowns and complications. Next to its factual review regarding the indictment, the *chambre du conseil* could therefore exercise a legal review of the *instruction* and annul any illegal inquiry. The *chambre des mises en accusation* became an appeal court regarding the latter’s orders, next to its original indictment role improved with a second-degree legal review regarding felonies and to a new general jurisdiction to control judicial investigations in progress. Finally, the *Cour de cassation* could also exercise a legal review of the latter’s judgments. On the other hand, the influence of the “rupture pattern” can be found in the legalized investigations of the prosecution (*information*), conducted by the public prosecutor who became responsible for the opportunity to prosecute. These secret and unilateral investigations were limited to inquiries without any constraint or impairment of fundamental freedoms, except for some inquiries which could be authorized by the *juge d’instruction* (*mini-instruction*). Furthermore, the prosecution had no obligation to conduct an objective investigation and suffered no control from the pretrial courts, as long as the offence was not formally characterized as a felony and if no serious inquiries were necessary, by being able to directly indict the offender before the lower criminal courts. In brief, this “compromise pattern” had the paradoxical effect of greatly improving the fairness of the traditional *instruction* regarding the most serious offences while transferring its former flaws to a new investigation applicable to the vast majority of cases in practice.

---

*L'accélération du temps juridique*. Brussels : Presses de l'Université Saint-Louis, 2000, n° 26.

<sup>156</sup> For an analysis of this law, see: DELRÉE, Édouard. *Op. cit.*, p. 323-327, n°s 53-57.

## VI. AN ERA OF UNPRECEDENTED REFORMS (1998-2020)

The year 1998 marked the beginning of an era of unprecedented reforms regarding Belgian justice<sup>157</sup>. On the one hand, the years 1998 to 2015 were filled with reforms addressing both guarantees and efficiency of criminal procedure. On the other hand, the last years saw a rebirth of codification as well as an explicit attempt to step away from the greatest symbols inherited from the Napoleonic legislation.

### VI.1. WEAVING HARLEQUIN'S SUIT: A MULTITUDE OF REFORMS (1998-2015)

To quote Bekaert who referred to the *Code d'instruction criminelle* as an "Harlequin's suit" due to the increasing number of complementary laws which changed its provisions in a scattered manner<sup>158</sup>, this trend would only be amplified after 1998 with reforms affecting every aspect of the procedure.

Firstly, the scope of the *information* continued to be extended in the post-9/11 period<sup>159</sup>. New means of investigation exercised by the police under a nearly exclusive supervision of the prosecution were provided by an important law of 2003 and improved in 2005<sup>160</sup>. These measures, especially provided for investigations related to terrorist and other criminal organizations, included police surveillance, undercover

---

<sup>157</sup> MULLER, Françoise; ROUSSEAU, Xavier. Politiques et pratiques pénales à l'aune des transformations de l'État belge (1830-2012). In: DE KOSTER, Margo; HEIRBAUT, Dirk; ROUSSEAU, Xavier (org.). *Tweehonderd jaar justitie : historische encyclopedie van de Belgische justitie*. Bruges: Die Keure, 2015, p. 204.

<sup>158</sup> BEKAERT, Hermann. *La manifestation de la vérité dans le procès pénal*. *Op. cit.*, p. 62.

<sup>159</sup> COOLSAET, Rik; STRUYE DE SWIELANDE, Tanguy. Belgium and Counterterrorism Policy in the Jihadi Era (1986-2007). *Egmont Papers*, n° 15, 27 p., 2007, p. 13.

<sup>160</sup> Loi du 6 janvier 2003 concernant les méthodes particulières de recherche (...), *M.B.*, May 12, 2003 and loi du 27 décembre 2005 portant des modifications diverses (...) en vue d'améliorer les modes d'investigation dans la lutte contre le terrorisme et la criminalité grave et organisée, *M.B.*, December 30, 2005.

operations and informants use. It must be noted that these laws contributed to reinforce the prosecution's investigations at the expense of the examining magistrate's investigation who had no control over these new procedures<sup>161</sup>. Furthermore, the use of illegally obtained evidence became admissible in principle following the important case law *Antigoon* of the *Cour de cassation* in 2003. The former rigorous exclusion of these evidence, tempered between the years 1990 and 2003, was finally rejected due to new forms of criminality, "the social need for an efficient repression" and European influences<sup>162</sup>. Thereafter, the teachings of this case law were passed as a law and added to the Napoleonic Code in 2013, providing the principle and three general exceptions<sup>163</sup>.

Secondly, the pretrial investigations and especially the *information* were improved by providing more rights to the defense and the victim. First and foremost, another codification attempt was introduced in Parliament in 2002 aiming at improving the contradiction and publicity of the information<sup>164</sup>. However, like the "Nypels draft", its legislative process was not completed and the bill was thus abandoned in 2007 at the end of the legislature. Then, in response to the *Salduz* case law of the European Court of Human Rights<sup>165</sup>, Belgian lawmakers eventually provided a legal framework for the intervention of the defense lawyer at the beginning of the procedure and authorized their presence during the interrogations of their client in 2011<sup>166</sup>. Finally, the publicity of the

---

<sup>161</sup> DELRÉE, Édouard. *Op. cit.*, pp. 329-330, n° 61.

<sup>162</sup> Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 14 octobre 2003, *Pas.* 2003, pp. 1609 and 1611, concl. Av. Gén. De Swaef. See also: KUTY, Franklin. Le droit de la preuve à l'épreuve des juges. *Journal des tribunaux*, p. 349-355, 2015, p. 349-352.

<sup>163</sup> Loi du 24 octobre 2013 modifiant le titre préliminaire du Code de procédure pénale en ce qui concerne les nullités, Art. 3, *M.B.*, November 12, 2013.

<sup>164</sup> Avant-projet de Code de procédure pénale du 1<sup>er</sup> octobre 2002, exposé des motifs, *Doc.*, Ch., 2001-2002, n° 2043/001.

<sup>165</sup> *Salduz v. Turkey*, [GC], n° 36391/02, § 55, ECHR, 2008.

<sup>166</sup> Loi du 13 août 2011 modifiant le Code d'instruction criminelle (...) afin de conférer des droits, dont ceux de consulter un avocat et d'être assisté par lui, à toute personne auditionnée et à toute personne privée de liberté, Art. 2-9, *M.B.*, September 5, 2011. These provisions were clarified and improved in 2016: loi du 21 novembre 2016 relative à certains droits des personnes soumises à un interrogatoire, *M.B.*, November 24, 2016.



information was addressed in 2012 by granting the defense and the victim a new right of requesting access to the current investigation file<sup>167</sup>.

Thirdly, the efficiency of the trial stage was also improved due to a drastic extension of criminal settlements and accelerated procedures. On the one hand, thanks to a law of 2011 aiming at addressing the slowness of justice concerning white-collar crimes, the prosecution could henceforth propose a criminal settlement at any moment of the procedure for much more serious offences including “correctionnalized” felonies<sup>168</sup>. On the other hand, next to this parallel treatment of judicial matters, a law of 2000 addressed the judgment of common urban delinquency by creating an immediate hearing procedure for simple offences involving an offender in custody<sup>169</sup>. Furthermore, the deprivation of jurisdiction affecting the *cour d’assises* was reinforced concerning press offences as one of its most symbolic functions. Indeed, a constitutional amendment deprived the *cour d’assises* of jurisdiction over press offences inspired by racism or xenophobia because of the publicity that this court provided for these opinions and because of the general inefficiency of their prosecution<sup>170</sup>.

Finally, guarantees and efficiency were also improved in the case of the *cour d’assises*. These modifications began in 2000 with a reform

---

<sup>167</sup> Loi du 27 décembre 2012 portant des dispositions diverses en matière de justice, Art. 24 *M.B.*, January 31, 2013. A legal remedy in case of prosecution’s refusal was later provided by a law of 2018: loi du 18 mars 2018 (...), Art. 3, *M.B.*, May 2, 2018.

<sup>168</sup> Loi du 14 avril 2011 portant des dispositions diverses, Art. 84, *M.B.*, May 6, 2011. See: FERNANDEZ-BERTIER, Michaël; LECOCQ, Arnaud. L’extension de la transaction pénale en droit belge : une évolution en demi-teinte. *Op. cit.*, p. 237.

<sup>169</sup> Loi du 28 mars 2000 insérant une procédure de comparution immédiate en matière pénale, Art. 6-7, *M.B.*, April 1, 2000. See: projet de loi du 3 décembre 1999 insérant une procédure de comparution immédiate (...), exposé des motifs, *Doc.*, Ch., 1999-2000, n° 306/1, p. 4-5. It must be noted that this law was partially annulled by Belgium’s Constitutional Court due to its excessive impairments of defense rights and the potential procedural discriminations among offenders caused by the important discretionary power granted to the prosecution: C. arb., March 28, 2002, n° 56/2002, B.5.1.-B.5.14 and B.9.1.-B.9.11.

<sup>170</sup> Proposition de révision de l’article 150 de la Constitution, développements, *Doc.*, Sén., 1998-1999, n° 1231/1, p. 3.

aiming at improving the efficiency of this court's procedure but legalizing in the meantime the reading of an "Acte de défense" ("akte van verdediging") in response to the indictment at the beginning of the trial<sup>171</sup>. Afterwards, an important law of December 21, 2009, brought many changes to the *cour d'assises*, without questioning popular justice, by modernizing its procedure and ensuring to reduce its number of trials due to their expensive nature<sup>172</sup>. One of its key reforms was the eventual justification of the jury's verdict on the accused's guilt which indirectly extended the legal review of the *Cour de cassation*. This important improvement was caused by Belgium's conviction by the European Court of Human Rights in 2009 regarding the absence of justification to the jury's verdict in the trial regarding the assassination of the former minister André Cools (Parti Socialiste) in 1991<sup>173</sup>.

## **VI.2. THE TWILIGHT OF NAPOLEONIC SYMBOLS: TOWARDS A LONG-AWAITED NEW CODE? (2015-2020)**

The next legislature which began in 2015 marked the greatest criminal procedure upheaval in Belgium's history. The new Minister of Justice at that time, Leuven university professor Koen Geens (Christen-Democratisch en Vlaams), intended to generally improve the efficiency of the Belgian justice system and to support a new codification in many legal fields, including criminal procedure<sup>174</sup>. Accordingly, his policies tended to abolish the Napoleonic *instruction* and the *cour d'assises* as the last vestiges of Belgium's French heritage which had gradually been erased in practice and especially since the end of the 20<sup>th</sup> century. As a result, the draft of the new Code of criminal procedure was introduced

---

<sup>171</sup> Loi du 30 juin 2000 (...) visant à rationaliser la procédure devant la cour d'assises, Art. 18, *M.B.*, March 17, 2001.

<sup>172</sup> Loi du 21 décembre 2009 relative à la cour d'assises, *M.B.*, January 11, 2010. See: projet de loi relatif à la réforme de la cour d'assises (...), rapport, *Doc.*, Ch., 2009-2010, n° 2127/008, p. 2-3 and 8.

<sup>173</sup> *Ibid.*, pp. 5-6. See: *Taxquet v. Belgium*, n° 926/05, §§ 61-69, ECHR, 2009.

<sup>174</sup> GEENS, Koen. *La Justice en transition*. État des lieux après quatre ans et demi de politique de réforme, p. 1-2.

in Parliament as a Private Member's bill in May 2020<sup>175</sup>. Since then, the bill has not yet been properly discussed.

Concerning the pretrial stage, the draft can be categorized within the “rupture pattern” but goes beyond any previous propositions due to its authors' explicit confidence in an independent and impartial prosecution, making it the “*alpha and omega*” of the pretrial investigation<sup>176</sup>. Explicitly aiming at making criminal procedure more effective and abolishing the inequalities among offenders subject to the *information* compared to those subject to the *instruction*<sup>177</sup>, its authors conceived a single investigation led by the prosecution in an objective manner but still tempered by requests of the defense and the victim, regarding publicity and contradictory inquiry issues, and by a judge of the investigation (“*juge de l'enquête/rechter van het onderzoek*”) whose role would be to arbitrate each party's requests and to authorize the most serious inquiries. However, the prosecution is the most empowered judicial actor since indictment hearings are abolished by the draft, leaving the prosecution free to directly indict any offender regardless of the felony at stake. To temper this great power, the defense and the victim must be informed of the investigation termination and may ask for complementary inquiries, with a legal remedy provided before the judge of the investigation in case of prosecution's refusal. Nonetheless, this public and contradictory procedure can be bypassed by the prosecution in the case of less serious offences involving short investigations (less than six months) with a secret and unilateral inquiry leading to a direct indictment by the prosecution. Conceived in this way, the intention to accelerate investigations could not be clearer<sup>178</sup>.

---

<sup>175</sup> Proposition de loi du 11 mai 2020 contenant le Code de procédure pénale, exposé des motifs, *Doc.*, Ch., 2019-2020, n° 1239/001.

<sup>176</sup> For a more complete overview, see: DELRÉE, Édouard. *Op. cit.*, pp. 330-337, n<sup>os</sup> 62-68.

<sup>177</sup> BEERNAERT Marie-Aude; KENNES Laurent. Du juge d'instruction vers le juge de l'enquête: le projet de réforme. In: KENNES, Laurent; SCALIA, Damien (org.). *Du juge d'instruction vers le juge de l'enquête : analyse critique et de droit comparé*. Limal: Anthemis, 2017, p. 25-29.

<sup>178</sup> It must be noted that a sanction is provided by the draft in the case of an abusive use of this accelerated inquisitorial procedure, consisting of the inadmissibility of the proceedings. The application of this sanction would be decided by the judge of the trial stage in the case of an obviously incomplete

Concerning the trial stage, lawmakers and the government explicitly attempted to abolish popular justice. On the one hand, an important law of 2016 radically extended the *correctionnalisation* by making it applicable to all felonies, thus allowing professional judges to try felonies likely to be sentenced to life imprisonment<sup>179</sup>. Due to executive orders and judicial practice, this reform led to deprive the *cour d'assises* of the few offences it could still exclusively try and thus aimed at the unofficial abolition of popular justice. However, Belgium's Constitutional Court struck down this part of the law because this unofficial abolition violated the Constitution which still enshrines popular justice<sup>180</sup>. Furthermore, this law also empowered professional judges regarding the jury's verdict on the guilt. Indeed, the strict separation between factual and legal judgments was mainly ignored by the lawmakers who allowed the three professional judges to deliberate on the guilt with the jury. It must be noted that the magistrates are not involved in the vote, except in the already provided situations of a simple majority or an obvious mistake made by the jury<sup>181</sup>. Even if their participation in the deliberations cannot be formally characterized as a lay judges system<sup>182</sup>, this "attenuated *échevinage* system"<sup>183</sup> is nonetheless a clear step towards this solution considering the

---

investigation which could not be tried without complementary inquiries normally requested in the main adversarial procedure: see Art. 230 of the draft. However, the lack of legal criteria provided for this judicial review and the absence of a legal remedy against it make this guarantee rather uncertain for the defense.

<sup>179</sup> Loi du 5 février 2016 modifiant le droit pénal et la procédure pénale, Art. 6, *M.B.*, February 19, 2016. This law also created a plea-bargaining procedure for minor offences (Art. 97). Later on, new bargain possibilities were provided to the prosecution in its investigations on organized crime and terrorism with promises which can be made to an offender regarding legal proceedings: loi du 22 juillet 2018 (...) en ce qui concerne les promesses relatives à l'action publique, à l'exécution des peines ou à la détention (...), *M.B.*, August 7, 2018.

<sup>180</sup> C. const., December 21, 2017, n° 148/2017, B.10-B.15.2.

<sup>181</sup> See Article 102 *et seq.* of the law of February 5, 2016. On the intervention of the magistrates in the vote, see *supra*, p. 12, s.n. n° 54.

<sup>182</sup> BEHRENDT, Christian *et al.* *La notion de "jury" en droit constitutionnel belge.* *Op. cit.*, p. 15-16.

<sup>183</sup> MAES, Christophe; VANTHIENEN, Stephanie. *Het hof van assisen 2.0. Succesvolle reboot or herhaalde system crash?* Enkele kritische overwegingen

potential influence that professional judges may have on lay jurors and considering the government's general perspectives on criminal procedure reform. On the other hand, going even further than a lay judges system, the draft of a new Code of criminal procedure officially abolishes popular justice in Belgium and replaces the *cour d'assises* with a high criminal court composed of three professional judges with a jurisdiction over felonies sentenced to more than twenty years of imprisonment and over political offenses<sup>184</sup>. As for press offences, its authors justified their treatment by professional judges with the difference of context between Belgium's early years and the current difficulty to prosecute such offenses<sup>185</sup>. Thus, nearly two hundred years after the Belgian revolutionaries' struggle to reinstate popular justice, the kingdom eventually faces the very possibility of losing it again.

## CONCLUSION

After this long-term analysis of criminal procedure reforms in Belgium, one might say that the kingdom's French heritage has been both reduced and respected, except for the last few years. On the one hand, the utmost majority of procedural aspects inherited from the *Code d'instruction criminelle* was reformed in order to provide more guarantees to the parties and to improve the efficiency of criminal procedure. To say the least, Belgium's current criminal justice looks nearly nothing like its Napoleonic basis. On the other hand, symbols of the Napoleonic criminal procedure like the *juge d'instruction*, the *cour d'assises* and the *Code d'instruction criminelle* itself have not been formally abolished yet. As a result of these numerous reforms and the respect for these symbols, Belgium's procedural institutions may seem strange in their current form: an ancient Code with a great historical aura changed in an Harlequin's suit over time, a janusian pretrial investigation and a popular justice

---

inzake de Assisenhervorming. *Chroniques de droit public/Publicrechtelijke Kronieken*, p. 232-256, 2018, p. 253, n° 57.

<sup>184</sup> Proposition de loi du 11 mai 2020 contenant le Code de procédure pénale, *cit.*, Art. 334, p. 46-57 and 574. A legal remedy is also eventually provided regarding both factual and legal questions (Art. 353).

<sup>185</sup> *Ibid.*, p. 51-54.

constitutionally valued but to which justice of professional judges is preferred in practice.

Concerning the Belgian codification, the reinstatement of the *Code d'instruction criminelle* of 1808 with the other Napoleonic codes was a major response to the previous Dutch regime by rejecting its new Code of criminal procedure. Afterwards, executive initiatives for a Belgian Code of criminal procedure were taken in 1850 and their result was introduced in Parliament in 1879. However, approximately twenty years later, the “Nypels draft” was eventually abandoned. By that time, partial revisions of the Code were proposed through private initiatives coming from lawyers' professional organizations, as well as by members of Parliament and another executive commission in 1914. Without any success before the First World War, private initiatives continued to explore potential revisions between 1936 and 1939, especially in the case of the pretrial stage. After the Second World War, new executive initiatives occurred in 1946 and also between 1962 and 1976, still without concrete results. Eventually, the crisis context during the 1990's pushed an important reform forward concerning the pretrial stage which changed many provisions of the *Code d'instruction criminelle*. Finally, following a failed new codification in the early 20<sup>th</sup> century and numerous modifications brought to the Napoleonic Code, a new Code of criminal procedure was introduced in Parliament in 2020 and has not been adopted nor rejected yet; symbolically maintaining in force a Code elaborated in regard of the 18<sup>th</sup> century society while France itself paradoxically adopted a new Code of criminal procedure in 1958.

Concerning the pretrial stage originally focused on the *juge d'instruction*, its authoritarian aspects and utmost denial of the defense rights led to early reforms of the pretrial detention in 1852 and 1874 and were among the main motives for a Belgian codification. As a response, two reform patterns were conceived between the second half of the 19<sup>th</sup> century and the beginning of the 20<sup>th</sup> century. On the one hand, reform initiatives were conceived in a “continuity pattern” with the main Napoleonic choices, either providing a more objective investigation by the examining magistrate in its moderate form or providing a complete opening of the investigation to the defense through more publicity and contradiction. On the other hand, other reform initiatives can be

categorized in a “rupture pattern” with the main choices made in 1808. These reforms tend to abolish the hybrid figure of the *juge d’instruction* and to provide new procedural roles in a more adversarial manner: a prosecution empowered with the secret investigation, the defense and the victim able to request further investigations and publicity and a judge in charge of arbitrating the parties. Some “idealistic” version of this pattern tended to provide a strong judicial counter-power to the prosecution while more “pragmatic” reforms provided less controls on pretrial investigations for efficiency purposes. Following these patterns, which have been alternately preferred until the second half of the 20<sup>th</sup> century, a “compromise pattern” was eventually chosen by the lawmakers in 1998 under the pressure of the Brabant killers and the Dutroux case and as a response to unofficial investigation practices. The resulting dual pretrial investigation, which provided few guarantees on the *information* side and too little efficiency on the *instruction* side, was gradually improved even though the draft Code of 2020 aims at providing the greatest rupture with the Napoleonic Code to date.

Concerning popular justice and the trial stage, trial by jury came to be one of the key political claims which led to the Belgian revolution in 1830. Accordingly, the Constitution of the kingdom provided that political and press offences as well as felonies would be tried by lay jurors. However, the next decades saw the extent of popular justice reduced through the *correctionnalisation* mechanism, which tempered the rather idealistic repartition of jurisdiction over felonies, and the establishment of a more elitist jury, both tax-based and capable. Thereafter, following Belgium’s steps towards a true democracy, the first half of the 20<sup>th</sup> century was marked by the democratization of the jury, which could soon include every man and woman, as well as by an empowerment of lay jurors over the sentence. As for the second half of the 20<sup>th</sup> century, the deprivation of jurisdiction of the *cour d’assises* would only be amplified in order to try less serious felonies more efficiently. Eventually, the first decades of the 21<sup>st</sup> century saw the lay jurors’ system be transformed into an “attenuated lay judges’ system” where professional judges may not vote on the guilt but deliberate anyway with the jurors. Furthermore, an explicit intention to suppress this heritage dating from the French Revolution was expressed in an unofficial abolition through the *correctionnalisation*

mechanism in 2016, on the one hand, and in an official abolition in 2020 through its replacement with a high court composed of professional judges, on the other hand.

To conclude, it is interesting to note that the motives leading to reform criminal procedure evolved in relation with Belgium's historical context. Firstly, the claims for a public trial held before lay jurors that were followed by Belgium's National Congress in 1831 were a clear response to the oppressions experienced under the Dutch regime. Secondly, considering the flaws of the *Code d'instruction criminelle* regarding defense rights, the reform initiatives between 1831 and 1914 primarily aimed at improving the guarantees provided by criminal procedure without interfering too much with its rather acceptable efficiency. Thirdly, while unofficial investigations led by the prosecution and the police were becoming a customary practice during the 20<sup>th</sup> century, the reform motives progressively leaned towards the legalization of these investigations, seen as a way to officially improve the efficiency of the criminal procedure. With the same concern for efficiency, popular justice was progressively criticized because of its heaviness compared to courts composed of professional judges. Finally, following the legal compromise of 1998 which legalized the most commonly used investigation in practice without much regard to the defense and the victim, reform initiatives tended to either provide them with some guarantees or to further improve the efficiency of the *information* regarding the new criminal challenges of the century and the slowness of Belgian justice. The draft Code of 2020 remains in the same vein by mostly empowering the prosecution and accelerating the trial stage procedures. Hence, a paradigm shift may be observed over time, since the main reform concerns went from *how to improve procedural guarantees without reducing procedural efficiency*, during the 19<sup>th</sup> century, to *how to improve procedural efficiency without reducing procedural guarantees*, during the 20<sup>th</sup> and 21<sup>st</sup> centuries.

## REFERENCES

ALLEN, Robert. *Les tribunaux criminels sous la Révolution et l'Empire (1792-1811)*. Rennes: Presses universitaires de Rennes, 2005. <https://doi.org/10.4000/books.pur.8119>



ARON, Paul; VANDERPELEN-DIAGRE, Cécile. *Edmond Picard (1836-1924): un bourgeois socialiste belge à la fin du dix-neuvième siècle. Essai d'histoire culturelle*. Brussels: Musées royaux des Beaux-Arts de Belgique, 2013.

BEHRENDT, Christian *et al.* *La notion de "jury" en droit constitutionnel belge*. Brussels: Belgian House of Representatives, 20 p., 2018. Available online at: <https://orbi.uliege.be/handle/2268/222639> (accessed on May 4, 2021).

BEKAERT, Hermann. Cinquante années de procédure pénale en Belgique et à l'étranger. *Revue de droit pénal et de criminologie*, p. 67-116, jubilee publication 1907-1957.

BEKAERT, Hermann. La réforme de la procédure pénale. Note sur l'état des études entreprises par le commissaire royal à la réforme de la procédure pénale, *Journal des tribunaux*, p. 141-143, 1964.

BEKAERT, Hermann. *La manifestation de la vérité dans le procès pénal*. Brussels: Bruylant, 1972.

BEKAERT, Hermann. Le législateur a-t-il voulu supprimer la cour d'assises ?. *Journal des tribunaux*, p. 253-256, 1978.

BERGER, Emmanuel, *La justice pénale sous la Révolution : les enjeux d'un modèle judiciaire libéral*. Rennes: Presses universitaires de Rennes, 2008. <https://doi.org/10.4000/books.pur.3851>

BODDAERT, Henri; HIRSCH, Arthur. Projet de loi substituant le principe de la contradiction au principe du secret en matière pénale. *Journal des tribunaux*, p. 405-411, 1899.

BRANTS, Chrisje. Legal Culture and Legal Transplants. *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 14.3, 72 p., December 2010. Available online at: <https://www.ejcl.org/143/art143-5.pdf> (accessed on February 3, 2021).

BROWN, Darryl K.; TURNER, Jenia Iontcheva; WEISSER, Bettina (org.). *The Oxford Handbook of Criminal Process*. New York: Oxford University Press, 2019. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780190659837.001.0001>

BUCH, Henri. *La réforme de l'instruction pénale*. Brussels: Bruylant, 1950.

CAPELLE, Jan; KAMINSKI, Dan. *L'enquête judiciaire en Belgique : réflexions sur un dysfonctionnement* (document de travail n° 27-1989 du Département de Criminologie et de Droit Pénal de l'Université catholique de Louvain), 13 p.

CARBASSE, Jean-Marie. *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*. 3<sup>rd</sup> ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2014.

*Code d'instruction criminelle* : édition conforme à l'édition originale du Bulletin des lois. Paris : Imprimerie De Mame Frères, 1810. Available online at: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k56124600.texteImage> (accessed on July 8, 2021).

Commission pour l'Étude de la Révision du Droit Pénal et de la Procédure Pénale. *Revue de droit pénal et de criminologie*, p. 535-537, 1946.

COOLSAET, Rik; STRUYE DE SWIELANDE, Tanguy. Belgium and Counterterrorism Policy in the Jihadi Era (1986-2007). *Egmont Papers*, n° 15, 27 p., 2007. Available online at: <https://www.egmontinstitute.be/content/uploads/2013/09/ep15.pdf?type=pdf> (accessed on June 13, 2021).

CORNIL, Léon. De la nécessité de rendre à l'instruction préparatoire, en matière pénale, le caractère légal qu'elle a perdu. *Revue de droit pénal et de criminologie*, p. 809-827, 1931.

CORNIL, Léon. Propos sur le droit criminel. *Revue de droit pénal et de criminologie*, p. 1-32, 1946.

DE BURCHGRAEVE, Amandine. *Le crime de sang à la cour d'assises de Brabant (1893-1913) : une histoire judiciaire, politique et médiatique* (prom.: Xavier ROUSSEAUX). Université catholique de Louvain, 2018. Available online at: <http://hdl.handle.net/2078.1/203743> (accessed on June 3, 2021).

DE KOSTER, Margo; HEIRBAUT, Dirk; ROUSSEAUX, Xavier (org.). *Tweehonderd jaar justitie* : historische encyclopedie van de Belgische justitie. Bruges: Die Keure, 2015.

DE LARUWIÈRE, Julien. La réforme et l'instruction préparatoire au point de vue de la défense, *Revue de droit pénal et de criminologie*, p. 527-572, 1912.

DE LE COURT, Étienne. Considérations historiques et d'actualité sur les circonstances atténuantes et la correctionnalisation en Belgique. *Revue de droit pénal et de criminologie*, p. 127-162, 1959-1960.

DEJEMEPPE Benoît (org.). *La détention préventive*. Brussels: Larcier, 1992.

DELIVRÉ, Emilie; BERGER, Emmanuel (org.). *Popular Justice in Europe (18<sup>th</sup>-19<sup>th</sup> Centuries)*. Bologna/Berlin: Il mulino/Duncker & Humblot, 2014.

DELRÉE, Édouard. En quête de vérité : l'instruction pénale entre rupture et continuité (1830-2020). *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, n° 2020/2, p. 287-341, 2020.

DONOVAN, James M. Justice Unblind: The Juries and the Criminal Classes in France, 1825-1914. *Journal of Social History*, 15<sup>th</sup> vol., n° 1, p. 89-107, Autumn

1981. Available online at: <https://www.jstor.org/stable/3787315> (accessed on May 28, 2021).

DUBBER, Markus D.; HÖRNLE, Tatjana (org.). *The Oxford Handbook of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199673599.001.0001>

ESMEIN, Adhémar. *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII<sup>e</sup> siècle jusqu'à nos jours*. Paris: Larose et Forcel, 1882. Available online at: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k54923233.texteImage> (accessed on June 10, 2021).

FARCY, Jean-Claude; KALIFA, Dominique; LUC, Jean-Noël (org.), *L'enquête judiciaire en Europe au XIX<sup>e</sup> siècle*. Paris: Creaphis, 2007.

FERNANDEZ-BERTIER, Michaël; LECOCQ, Arnaud. L'extension de la transaction pénale en droit belge : une évolution en demi-teinte. *Droit pénal de l'entreprise*, n° 2011/3, p. 219-238, 2011. Available online at: [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKewi-C6Y-StJfxAhWosBQKHTkeAT8QFjAAegQIBBAD&url=https%3A%2F%2Fwww.researchgate.net%2Fpublication%2F275038521\\_L%27extension\\_de\\_la\\_transaction\\_penale\\_en\\_droit\\_belge\\_une\\_evolution\\_en\\_demiteinte&usg=AOvVaw3gPIhe46YAh\\_p0tpK706jD](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKewi-C6Y-StJfxAhWosBQKHTkeAT8QFjAAegQIBBAD&url=https%3A%2F%2Fwww.researchgate.net%2Fpublication%2F275038521_L%27extension_de_la_transaction_penale_en_droit_belge_une_evolution_en_demiteinte&usg=AOvVaw3gPIhe46YAh_p0tpK706jD) (accessed on June 14, 2021).

GEENS, Koen. *La Justice en transition*. État des lieux après quatre ans et demi de politique de réforme. Available online at: <https://www.koengeens.be/fr/policy/la-justice-en-transition> (accessed on June 14, 2021).

GÉRARD, Philippe; OST, François; VAN DE KERCHOVE, Michel (org.). *L'accélération du temps juridique*. Brussels: Presses de l'Université Saint-Louis, 2000. <https://doi.org/10.4000/books.pusl.19908>

GHEUDE, Charles. La réforme du jury. *Journal des tribunaux*, p. 545-553 and 561-567, 1899.

GILISSEN, John. Codifications et projets de codification en Belgique au 19<sup>ème</sup> siècle (1804-1914). *Belgisch Tijdschrift voor Nieuwste Geschiedenis*, 1-2, p. 203-285, 1983. Available online at: [https://www.journalbelgianhistory.be/en/system/files/article\\_pdf/BTNG-RBHC%2C%2014%2C%201983%2C%201-2%2C%20pp%20203-285.pdf](https://www.journalbelgianhistory.be/en/system/files/article_pdf/BTNG-RBHC%2C%2014%2C%201983%2C%201-2%2C%20pp%20203-285.pdf) (accessed on May 28, 2021).

HÉLIE, Faustin. *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du Code d'instruction criminelle*. 1<sup>st</sup>-3<sup>rd</sup> vol. Brussels: Bruylant-Christophe et compagnie, 1863-1869.

Available online at: <https://data.bnf.fr/fr/documents-by-rdt/12373434/te/page1?> (accessed on May 28, 2021).

HENNEBICQ, Léon. La contradiction dans l'instruction criminelle. *Journal des tribunaux*, p. 1169-1180 and 1185-1196, 1912.

HUYTTENS, Émile. *Discussions du Congrès national de Belgique (1830-1831)*. 2<sup>nd</sup> vol. Brussels: Société typographique belge, 1844. Available online at: [https://books.google.be/books?id=Lr9SAAAACAAJ&printsec=frontcover&hl=fr&source=gbs\\_ge\\_summary\\_r&cad=0#v=onepage&q&f=false](https://books.google.be/books?id=Lr9SAAAACAAJ&printsec=frontcover&hl=fr&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false) (accessed on May 28, 2021).

KENNES, Laurent ; SCALIA, Damien (org.). *Du juge d'instruction vers le juge de l'enquête : analyse critique et de droit comparé*. Limal: Anthemis, 2017.

KUCHEROV, Samuel. The Jury as Part of the Russian Judicial Reform of 1864. *The American Slavic and East European Review*, 9<sup>th</sup> vol., n° 2, p. 77-90, 1950. <https://doi.org/10.2307/2491600>

KUTY, Franklin. Le droit de la preuve à l'épreuve des juges. *Journal des tribunaux*, p. 349-355, 2015.

*Le jury face au droit pénal moderne : travaux de la troisième journée d'études juridiques Jean Dabin (19-20 mai 1967)*. Brussels: Bruylant, 1967.

LUI, S. Union belge de droit pénal. *Revue de droit pénal et de criminologie*, p. 312-318, 1937.

MABILLE, Xavier. *Nouvelle histoire politique de la Belgique*. Brussels: CRISP, 2011.

MAES, Christophe; VANTHIENEN, Stephanie. Het hof van assisen 2.0. Succesvolle *reboot* or herhaalde *system crash*? Enkele kritische overwegingen inzake de Assisenhervorming. *Chroniques de droit public/Publiekrechtelijke Kronieken*, p. 232-256, 2018. Available online at: <https://lirias.kuleuven.be/retrieve/575098> (accessed on June 14, 2021).

MARTINAGE, Renée; ROYER, Jean-Paul. *Les destinées du Jury criminel*. Lille: l'Espace juridique, Hellemes, Ester, 1990.

MARTYN, Georges. O juiz e as fontes formais do direito: de “servo” a “senhor”? A experiência belga (séculos XIX-XXI). *Revista da faculdade de direito da universidade de Lisboa*, vol. LXI, n° 2, p. 317-346, 2020. Available online at: [https://drive.google.com/file/d/11WfR3orHeDAosAe6xaXjlDoUV\\_G-MZYL/view](https://drive.google.com/file/d/11WfR3orHeDAosAe6xaXjlDoUV_G-MZYL/view) (accessed on May 28, 2021).

MONBALLYU, Jos. *Zes eeuwen strafrecht: de geschiedenis van het Belgische strafrecht (1400-2000)*. Leuven: Acco, 2006.

NYPELS, Jean Servais Guillaume. *Commentaire du Code de procédure pénale*. Brussels: Bruylant-Christophe & C<sup>ie</sup>, 1878.

PADOA-SCHIOPPA, Antonio (org.), *The trial Jury in England, France, Germany 1700-1900*. Berlin: Duncker & Humblot, 1987. <https://doi.org/10.3790/978-3-428-46178-3>

PRINS, Adolphe; PERGAMENI, Hermann. *Instruction criminelle. Réforme de l'instruction préparatoire en Belgique*. Paris-Brussels: Durand et Pedone Lauriel-Claassen, 1871. Available online at: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k54455181> (accessed on June 7, 2021).

PRINS, Adolphe. *De l'appel dans l'organisation judiciaire répressive: étude historique et critique*. Brussels: Muquardt, 1875.

SALAS, Denis. *Du procès pénal*. Paris: Quadrige-Presses Universitaires de France, 2010. <https://doi.org/10.3917/puf.salas.2010.01>

SALAS, Denis (org.). *La cour d'assises : actualité d'un héritage démocratique*. Paris: La Documentation française, 2016.

SASSERATH, Simon. Réforme de l'instruction préparatoire. Rapport présenté à l'assemblée générale de la Fédération des Avocats, le 25 juin 1938 (section française). *Revue de droit pénal et de criminologie*, p. 779-796, 1938.

SASSERATH, Simon. Procédure pénale. Troisième partie: exposé critique. In: *Les Nouvelles (procédure pénale)*. Vol. I.2. Brussels: Larcier, 1946, p. 832-980.

SCHUIND, Gaston. Centre d'études pour la réforme de l'État. Réforme de l'instruction criminelle : I. L'organisation de la défense au cours de l'instruction préparatoire. *Revue de droit pénal et de criminologie*, p. 1069-1113, 1939.

SPEYER, Henri. *Les vices de notre procédure en cours d'assises : étude de législation comparée*. Brussels: Bruylant-Christophe, 1898.

SPEYER, Henri; HENNEBICQ, Léon. Réforme de l'instruction préparatoire: note présentée au nom de la Commission d'études du Jeune Barreau de Bruxelles. *Journal des Tribunaux*, p. 419-424, 1899.

STENGERES, Jean. Histoire de la législation électorale en Belgique. *Revue belge de philologie et d'histoire*, 82<sup>nd</sup> vol., n° 1-2, p. 247-270, 2004. Available online at: [https://www.persee.fr/doc/rbph\\_0035-0818\\_2004\\_num\\_82\\_1\\_4826](https://www.persee.fr/doc/rbph_0035-0818_2004_num_82_1_4826) (accessed on May 28, 2021).

TULKENS, Françoise. *Les limites du secret de l'instruction (document de travail n° 9-1985 du Département de Criminologie et de Droit Pénal de l'Université catholique de*

*Louvain*), 27 p. Available online at: <https://cdn.uclouvain.be/public/Exports%20reddot/dh/documents/20100316092149557.pdf> (accessed on June 12, 2021).

VAN DE VOORDE, Johan. Zijn de Belgen Napoleons trouwste onderdanen? Een onderzoek naar de mogelijke opheffing van de *Code Napoléon* in België en zijn vervanging door het Burgerlijk Wetboek van het Verenigd Koninkrijk der Nederlanden. *Pro Memoria*, p. 233-266, 2017. Available online at: [https://www.academia.edu/43789491/\\_Zijn\\_de\\_Belgen\\_Napoleons\\_trouwste\\_onderdanen\\_Een\\_onderzoek\\_naar\\_de\\_mogelijke\\_opheffing\\_van\\_de\\_Code\\_Napoléon\\_in\\_België\\_en\\_zijn\\_vervanging\\_door\\_het\\_Burgerlijk\\_Wetboek\\_van\\_het\\_Verenigd\\_Koninkrijk\\_der\\_Nederlanden](https://www.academia.edu/43789491/_Zijn_de_Belgen_Napoleons_trouwste_onderdanen_Een_onderzoek_naar_de_mogelijke_opheffing_van_de_Code_Napoléon_in_België_en_zijn_vervanging_door_het_Burgerlijk_Wetboek_van_het_Verenigd_Koninkrijk_der_Nederlanden) (accessed on May 28, 2021).

VAN DER MEERSCH, Ganshof. Un projet de réforme de la compétence de la cour d'assises en matière d'infractions de droit commun. *Revue de droit pénal et de criminologie*, p. 1377-1430, 1939.

VERSELE, Severin. Het niet te verwaarlozen 1914-Ontwerp over de Hervorming van het Vooronderzoek. *Rechtskundig Weekblad*, p. 641-651, 1948-1949.

VON SAVIGNY, Friedrich Carl. *Die Prinzipienfragen in Beziehung auf eine neue Strafprozessordnung*. Berlin: 1846. Available online at: [https://books.google.be/books?id=8wFfAAAAcAAJ&printsec=frontcover&hl=fr&source=gbs\\_ge\\_summary\\_r&cad=0#v=onepage&q&f=false](https://books.google.be/books?id=8wFfAAAAcAAJ&printsec=frontcover&hl=fr&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false) (accessed on May 28, 2021).

VOORDUIN, Justinus Cornelius. *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche wetboeken*. 6<sup>th</sup> vol. Utrecht: Robert Natan, 1839. Available online at: [https://books.google.be/books?id=y0by73q7S1MC&printsec=frontcover&hl=fr&source=gbs\\_ge\\_summary\\_r&cad=0#v=onepage&q&f=false](https://books.google.be/books?id=y0by73q7S1MC&printsec=frontcover&hl=fr&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false) (accessed on May 28, 2021).

WELTER, François. Quand l'intérêt public se heurte aux obstacles institutionnels et matériels : une police judiciaire près les parquets, solution aux défis de la police judiciaire en Belgique (1830-1922) ?. *Cahiers d'histoire du temps présent*, n° 24, p. 35-63, 2011. Available online at: [https://www.journalbelgianhistory.be/en/system/files/article\\_pdf/chtpt24\\_002\\_Welter.pdf](https://www.journalbelgianhistory.be/en/system/files/article_pdf/chtpt24_002_Welter.pdf) (accessed on June 9, 2021).

WILS, Lode. L'emploi des langues en matières judiciaires et administratives dans le royaume de Belgique. *Revue du Nord*, 73<sup>rd</sup> vol., n° 289, p. 51-71, January-March 1991. <https://doi.org/10.3406/rnord.1991.4619>

WITTE, Els; CRAEYBECKX, Jan. *La Belgique politique de 1830 à nos jours : les tensions d'une démocratie bourgeoise*. French translation by Serge GOVAERT. Brussels: Labor, 1987.

WYNEN, M. Traduction du rapport présenté à la section flamande par M<sup>e</sup> Wynen, avocat au barreau d'Anvers. *Revue de droit pénal et de criminologie*, p. 797-812, 1938.

X. La chronique judiciaire. *Journal des tribunaux*, p. 332-333, 1949.

### **Additional information and author's declarations (scientific integrity)**

*Acknowledgement:* I am very grateful to the RBDPP Editorial Board as well as to the anonymous reviewers who gave me the opportunity to write this paper and to present my doctoral research by doing so. Among them, a special thank goes to Prof. Dr. Georges Martyn for all his advice and suggestions. I would also like to thank my doctoral supervisor (Prof. Dr. Jérôme de Brouwer) as well as the members of my doctoral advisory committee (Prof. Dr. Barbara Truffin, Damien Scalia and Frédéric Audren) for their supervision and constant support.

*Conflict of interest declaration:* the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

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

*Declaration of originality:* the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; he also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism. This text has been used as an important source of information regarding reforms of the pretrial stage: DELRÉE, Édouard. En quête de vérité: l'instruction pénale entre rupture et continuité (1830-2020). *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, n° 2020/2, p. 287-341, 2020.

### Editorial process dates

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

- Submission: 30/05/2021
- Desk review and plagiarism check: 01/06/2021
- Review 1: 17/06/2021
- Review 2: 18/06/2021
- Preliminary editorial decision: 30/06/2021
- Correction round return 1: 05/07/2021
- Final editorial decision: 10/07/2021

### Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 1 (RS e MG)
- Reviewers: 2

### HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

DELRÉE, Édouard. The French Heritage Put to the Test of Time: History of Criminal Procedure in Belgium (1814-2020). *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 7, n. 2, p. 963-1018, mai./ago. 2021.  
<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i2.602>



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





# Considerações sobre as Inquirições Devassas no Brasil: os casos do Recôncavo Baiano – Séculos XVIII e XIX

*Considerations on the Inquiries Devassas in Brazil: the Cases  
of the Recôncavo Baiano – 18<sup>th</sup> and 19<sup>th</sup> Centuries*

**Ana Lúcia Sabadell<sup>1</sup>**


Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do  
Rio de Janeiro, Rio de Janeiro/RJ, Brasil  
anasabadell@yahoo.com


 <http://lattes.cnpq.br/5937607531425854>

 <https://orcid.org/0000-0001-9370-1057>

**Júlio Cesar Costa Manoel<sup>2</sup>**

Secretaria de Educação do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro/RJ, Brasil  
juliocesarmanoel@yahoo.com

 <http://lattes.cnpq.br/2296912699086021>

 <https://orcid.org/0000-0002-4217-7336>

---

**RESUMO:** Este artigo busca contribuir com o debate sobre as etapas iniciais do processo penal no Brasil durante o período colonial e os primeiros anos do Império. Focaremos nossa análise nas Inquirições

- 
- <sup>1</sup> Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1986); Graduação em Psicologia pela Universidade São Marcos (1987); Mestrado em Direito - *Universidad Autónoma de Barcelona* - Espanha (1991); Mestrado em *Critical Criminology and Criminal Justice* - Programa Erasmus - *Universität des Saarlandes* (1998); Doutorado em Direito - *Universität des Saarlandes* (1999) e pós-doutorado na Universidade Politécnica de Atenas (Grécia) em 2002. Atualmente é professora titular de teoria do direito da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro.
  - <sup>2</sup> Graduação em Geografia pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (2010); Graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (2014); Mestrado em Direito - Universidade Federal do Rio de Janeiro (2019); Professor Regente da Rede Estadual do Rio de Janeiro.

Devassas, poderosos meios de investigação, que sem a anuência da pessoa acusada, inquiria testemunhas e produzia provas sobre delitos cometidos. Regulamentadas pelas Ordenações Portuguesas, estas foram utilizadas como ferramenta de controle social do Estado sobretudo frente aos escravizados e a população livre mais pobre. Apresentaremos dados relativos a 89 processos criminais ocorridos na região do Recôncavo Baiano e que tramitaram durante o período colonial até o pós-independência, no ano de 1832, quando entrou em vigor o Código de Processo Criminal que extinguiu definitivamente a possibilidade de tirar inquirições devassas no Brasil.

**PALAVRAS-CHAVES:** Inquirições Devassas; Processo Criminal; Delitos.

**ABSTRACT:** *This article aims to contribute to the debate on the initial stages of criminal procedures in Brazil during the colonial period and the early years of the Empire. The focus of our analysis is on the Inquiries Devassas, powerful means of investigation, which without the consent of the accused person, questioned witnesses and produced evidence of committed crimes. Regulated by the Portuguese Ordinations, the inquiries were used as a tool for social control of the State, especially in relation to the enslaved and the poorest free population. We will present data related to 89 criminal cases that took place in the Recôncavo Baiano region and that were processed during the colonial period until the post-independence period, in 1832 when the Code of Criminal Procedure entered into force, which definitively extinguished the possibility of removing the inquiries in Brazil.*

**KEYWORDS:** *Inquiries Devassas; Criminal Proceedings; Offenses.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1.1. Procedimentos das inquirições devassas; 1.2. Inquirições devassas na sociedade colonial do Brasil; 2. Os casos da região do Recôncavo Baiano; 2.1. Dados gerais sobre a origem dos processos penais; 2.2 As inquirições devassas; Conclusão; Referências.

---

## INTRODUÇÃO

O presente artigo possui como objetivo central contribuir com o estudo sobre as Inquirições Devassas no Brasil, analisando processos criminais julgados entre o início do século XVIII e primeiras décadas

do século XIX. Estes ocorreram no Recôncavo Baiano e tramitaram nos órgãos judiciais locais de primeira instância que estavam sob a jurisdição do Tribunal da Relação da Bahia.

Neste trabalho apresentamos os primeiros resultados dessa pesquisa, indicando algumas das características centrais destes processos e situando-os no seu momento histórico. Trata-se de 89 processos criminais, sendo aproximadamente 70% correspondentes a devassas, também conhecidas no período histórico pelo sinônimo inquirição, 26% correspondentes a casos iniciados com querelas e 4% correspondentes a processos sumários que não se originaram a partir de devassa ou querela.

Durante o nosso recorte, a região do Recôncavo Baiano esteve em constante ebulição econômica e social. Localizada no entorno da Bahia de Todos os Santos, se caracterizou nos séculos XVIII e XIX como um importante entreposto comercial através da produção de açúcar para exportação e também de gêneros alimentícios que visavam abastecer a capital Salvador e o mercado interno da colônia<sup>3</sup>.

Devido ao desenvolvimento econômico e à expansão dos engenhos de açúcar a região também ficou marcada pela escravização de seres humanos oriunda do tráfico de negros da África para o Brasil e pelas revoltas e rebeliões dos escravizados frente ao sistema de desumanização a que foram expostos<sup>4</sup>.

A grande maioria dos casos que estudamos, cerca de 84%, se iniciaram na localidade de Cachoeira. Esta vila, além da produção de açúcar, se especializou na cultura do fumo, que era uma importante moeda de troca por escravizados nos portos africanos<sup>5</sup>. Os outros 16% dos casos se espalharam pelas localidades de Geremoabo, Salvador, Vila de São Francisco da Barra de Sergipe do Conde, Arraial de Monte Santo,

---

<sup>3</sup> Ver: BARICKMAN, Bert. *Um contraponto baiano: açúcar, fumo, mandioca e escravidão no Recôncavo, 1780-1860*. São Paulo: Civilização Brasileira, 1998.

<sup>4</sup> Ver: SCHWARTZ, Stuart B. *Segredos internos: engenhos e escravos na sociedade colonial, 1550-1835*. São Paulo: Companhia Das Letras, 1985. e REIS, João José. *Rebelião escrava no Brasil: a história do levante dos malês*. São Paulo: Brasiliense, 1986.

<sup>5</sup> REIS, João José. Recôncavo rebelde: revoltas escravas nos engenhos baianos. *Afro-Asia*, v. 15, p. 100-126, 1992, p. 100.

Itapirucu de Cima, Vila de São João de Água Fria, Vila de Nossa Senhora de Jaguaribe, Pilão Arcado e Alagoinhas.

Todos os processos aqui citados estão perfeitamente inseridos na lógica de produção colonial, se vinculando às determinações processuais e legais da metrópole. Analisando especificamente nosso objeto, podemos observar que, na história do direito processual penal português e brasileiro, o termo devassa sempre esteve atrelado ao ato de inquirir testemunhas acerca de um delito cometido ou suspeitado<sup>6</sup>. Nesse sentido, as Ordenações Portuguesas, juntamente com comentários de juristas como Mendes De Castro (1661) Cabral (1730), Leitão (1736), Ferreira (1767), Melo Freire (1794) e Pereira e Souza (1825), se ocuparam de regulamentar e analisar os dispositivos processuais e legais inerentes às inquirições devassas, especialmente a partir do século XVI.

As devassas se inseriram em um modelo de direito processual inquisitorial, onde o magistrado pôde tomar parte ativa na averiguação da verdade (Ord. Filipinas, livro V, CXXIV, 7)<sup>7</sup>. Assim, o corpo de delito era uma ferramenta de investigação. Este recebeu grande notoriedade, destacando-se como elemento fundamental da peça processual na busca de se obter respostas para a investigação. Nos processos estudados, em apenas nove casos não foram realizados os exames de corpo de delito. Em todos os outros este se caracterizou como fundamental para o desenvolvimento da inquirição.

Cientes da importância das devassas e de sua utilização como ferramenta processual no Brasil, em especial em nosso recorte temporal e espacial, buscaremos apresentar os elementos principais deste instituto a partir dos casos processuais analisados.

Para atender nosso objetivo indagamos: como as devassas, originadas no direito português, foram utilizadas no Brasil para atender aos interesses da administração colonial? Esses instrumentos adquiriram no Brasil condições e características próprias? E ainda, identificando as

---

<sup>6</sup> FARIA, Eduardo. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 4ª ed. v. 2. Rio de Janeiro: Typographia Imperial e Constitucional, 1859, p. 1096.

<sup>7</sup> Sobre as características do processo penal na idade média e moderna, ver, dentre outros: SABADELL, Ana Lúcia. *Tormenta Iuris Permissione. - Tortura e processo penal na Península Ibérica*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

devassas como instrumentos de poder e informação, quais os elementos processuais, legais e sociais podem ser destacados ao analisarmos os casos de inquirição nos processos penais que recortamos?

Este estudo não é definitivo e não possui a intenção de esgotar o tema, ao contrário visa contribuir para os debates sobre as devassas e o processo penal no Brasil. Acreditamos que a análise destes dados se desdobrará em diferentes pesquisas, nas quais poderemos decompor, detalhadamente, cada um dos casos, gerando contribuições significativas para a história do nosso direito.

Para atender ao objetivo específico deste estudo, seguiremos como princípio metodológico o entrelaçamento de fontes primárias, como as Ordenações portuguesas adotadas no Brasil e autos de devassa disponíveis para consulta no Arquivo Público do Estado da Bahia (APEB) nas seções colonial e judiciária, com autores já citados que escreveram suas obras no século XVII, XVIII e XIX, seguido de obras contemporâneas como Almeida Júnior (1959), Pierangelli (2001), Wehling e Wehling (2004), Fernandes (2005) e Martins (2010).

Ao realizar essas etapas dividiremos nossa pesquisa nos seguintes momentos: no primeiro faremos uma análise geral das inquirições devassas e buscaremos apresentar elementos de suas particularidades no Brasil. No segundo momento apresentaremos os dados gerais dos documentos selecionados para esta investigação, expondo casos específicos onde podemos identificar elementos típicos dos processos criminais da região do recôncavo baiano.

## **1- AS INQUIRIÇÕES DEVASSAS NO BRASIL**

As Inquirições Devassas aplicadas no Brasil são oriundas do direito português, havendo referências às mesmas nas Ordenações Manuelinas, de 1521. Estas são apresentadas como uma etapa do processo penal português, nas quais as verificações de crimes feitas de ofício poderiam se estender a pessoas suspeitas ou acusadas sem que elas fossem citadas<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> As Ordenações Manuelinas estabeleceram no Livro I, título XLIV, item I os casos em que os, corregedores, ouvidores e juízes deveriam tirar inquirições devassas.

Estas regras foram vigentes nos primeiros anos da colônia brasileira<sup>9</sup>, porém, devido à falta de organização estrutural e institucional da América Portuguesa as determinações eram estabelecidas seguindo as particularidades e necessidades dos governadores das capitanias hereditárias, os quais nomeavam ouvidores para aplicar a justiça<sup>10</sup>.

Assim a aplicação das Ordenações Manuelinas em um território tão grande, disperso e distante de Portugal, como o Brasil, foi realizada de maneira lenta e diversificada, variando de acordo com o processo de afirmação da autoridade real em cada capitania<sup>11</sup>.

Estas Ordenações foram revogadas pelas Ordenações Filipinas<sup>12</sup>, promulgadas em 1603, durante a União Ibérica sob o reinado de Felipe II. Este novo ordenamento se caracterizou por unir ao antigo diploma legal uma série de leis extravagantes, proporcionando uma atualização do direito vigente em Portugal<sup>13</sup> e, por consequência, nas colônias.

A vigência destas leis no Brasil perdurou para efeitos penais e processuais penais até o período Imperial, quando entraram em vigor respectivamente o Código Criminal em 1830 e de Processo Criminal em 1832, revogando-as expressamente.

Herdadas das Ordenações Manuelinas, com origem na inquisição típica do direito canônico<sup>14</sup>, as devassas permaneceram vigentes no pro-

<sup>9</sup> WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. *Direito e Justiça no Brasil Colonial – O Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 44.

<sup>10</sup> PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 61.

<sup>11</sup> WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. *Direito e Justiça no Brasil Colonial – O Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 42.

<sup>12</sup> As Ordenações Filipinas eram organizadas nos seguintes livros: Livro I (Direito Administrativo e Organização Judiciária); Livro II (Direito dos Eclesiásticos, do Rei, dos Fidalgos, e dos Estrangeiros); Livro III (Processo Civil); Livro IV (Direito Civil e Direito Comercial); Livro V (Direito Penal e Processo Penal).

<sup>13</sup> COSTA, Célio; LEMES, Amanda; MONTAGNOLI, Gilmar. Processo civilizador e legislação: considerações sobre as Ordenações Portuguesas. *Revista Educação e Fronteiras On-Line*, v. 1, p. 118-129, 2011, p. 124.

<sup>14</sup> OLIVEIRA, António Braz de; MARINHO, Maria José. *Devassa a que mandou proceder Sua Magestade no território do Alto Douro pelo Desembargador Antonio*

cesso penal do Brasil durante todo esse período garantindo a legalidade do instrumento autoritário, onde a investigação<sup>15</sup> não exigia a presença da pessoa acusada<sup>16</sup>.

Ao estudar a institucionalização das devassas, Martins<sup>17</sup> nos apresenta o cenário onde o Brasil, no início de sua colonização, estava marcado pela precarização da estrutura logística e burocrática que inviabilizava o exercício das inspeções e correições do Ouvidor-Geral permitindo que a justiça fosse administrada localmente.

Visando aumentar a centralização do poder na colônia, foi instalado em 1609 o Tribunal da Relação da Bahia. Apoiado em razões econômicas, com o aumento da exploração da cana de açúcar e militares, a metrópole propendia ampliar as inspeções e controlar a administração local garantindo que os governadores, proprietários de terras e ouvidores locais agissem de acordo com o interesse da coroa.

Segundo Schwartz<sup>18</sup>, o Tribunal da Relação da Bahia tinha a intenção de aumentar os poderes da metrópole sobre a colônia visando reduzir o poder local. Contudo, o conflito de interesses com a elite colonial somada aos seus custos de manutenção durante o período das

---

*de Mesquita e Moura*. Lisboa: Biblioteca Nacional, 1983, p. XLII e FREIRE, Pascoal José de Melo. Instituições de direito criminal português. Tradução de Miguel Pinto de Menezes. *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 155-156, Lisboa, Ministério da Justiça, 1966, p. 92.

<sup>15</sup> É importante destacar que a Igreja Católica influenciou diretamente na forma como os diversos territórios europeus realizaram seus procedimentos de inquirição de faltas e crimes. A forma era semelhante à inquirição realizada por bispos nas dioceses, servindo esta de inspiração para dar autenticidade às investigações de autoria e materialidade dos delitos (RIBEIRO, Ludmila Mendonça; DUARTE, Thais Lemos. Do processo penal colonial a reforma processual penal de 2008: análise sócio-histórica do Sistema de Justiça Criminal brasileiro. *Interseções - revista de estudos interdisciplinares*, v. 13, n. 1, p. 40-64, 2011, p. 44).

<sup>16</sup> ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *Processo criminal brasileiro*. Volume I. 4.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1959, p. 112.

<sup>17</sup> MARTINS, Lucas Moraes. Uma genealogia das devassas na história do Brasil. In: XIX Congresso Nacional do CONPEDI, 2010, Fortaleza. *Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI*. Fortaleza: Fundação Boiteux, 2010, p. 6041.

<sup>18</sup> SCHWARTZ, Stuart B. *Burocracia e sociedade no Brasil colonial: a suprema corte da Bahia e seus juizes: 1609 – 1751*. 1.<sup>a</sup> ed. Trad. Maria Helena Pires et al. São Paulo: Editora Perspectiva, 1979, p. 173-185.

invasões holandesas (1624 e 1625) suspendeu o funcionamento do Tribunal no Brasil. Este só foi reestabelecido em 1652, com o governador geral exercendo a função de fiscalização sobre governadores e membros do tribunal<sup>19</sup>. A presidência ficava a cargo do Chanceler que tinha a competência para analisar as decisões do Governador Geral e, em caso de divergência, o Tribunal era convocado para decidir a questão. Essa estrutura foi criada para manter a burocracia colonial sob o controle da metrópole<sup>20</sup>.

Ao longo de sua existência o Tribunal da Relação da Bahia desempenhou funções muito além das de cortes de primeira instância ou de apelação, exercendo poder e influência sobre órgãos jurídicos e administrativos no Brasil<sup>21</sup>. Cabe a nós neste trabalho investigar a questão das devassas, instrumentos importantes de controle administrativo e social que foram efetuadas pelos magistrados que estavam sobre a sua jurisdição.

As devassas se caracterizaram como uma parte fundamental do processo criminal da colônia<sup>22</sup> e foram reguladas pelas Ordenações Filipinas no seu livro 1 título 65<sup>23</sup> sendo definidas no mesmo ordenamento, a partir dos ensinamentos de Pereira de Sousa<sup>24</sup>, como “o acto jurídico,

---

<sup>19</sup> VALIM, Patrícia. O Tribunal da Relação da Bahia no final do século XVIII: politização da justiça e cultura jurídica na Conjuração Baiana de 1798. *Tempo*, v. 24, n. 1, p. 117-139, 2018, p. 118.

<sup>20</sup> MARTINS, Lucas Moraes. Uma genealogia das devassas na história do Brasil. In: XIX Congresso Nacional do CONPEDI, 2010, Fortaleza. *Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI*. Fortaleza: Fundação Boiteux, 2010, p. 6042.

<sup>21</sup> WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. *Direito e Justiça no Brasil Colonial – O Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 39.

<sup>22</sup> Segundo Pereira e Sousa, o processo criminal do Império consistia na indagação dos delitos e no castigo. A devassa era o modo principal de indagação dos delitos no reino (PEREIRA e SOUSA, Joaquim Jose Caetano. *Primeiras linhas sobre o processo criminal*. 3ª ed. Lisboa: Typo. Rollandiana, 1820, p. 19).

<sup>23</sup> ORDENAÇÕES FILIPINAS, Livro I, Título LXV: Dos Juizes ordinários e de fora Casos de devassa.

<sup>24</sup> PEREIRA e SOUSA, Joaquim Jose Caetano. *Esboço de hum dictionario juridico, theoretico, e practico: remissivo às leis compiladas, e extravagantes*. Lisboa: Typographia Rollandiana, 1825; ORDENAÇÕES FILIPINAS, Livro I, Título LXV.



pelo qual se inquirirem testemunhas por autoridade do Juiz para informação de algum delicto, afim de ser punido o delinquente, e manter-se a tranquillidade publica”.

### 1.1 PROCEDIMENTOS DAS INQUIRIÇÕES DEVASSAS

As devassas faziam parte de um rito processual<sup>25</sup> de acusação. Ao ser determinada, prosseguia-se com uma investigação sigilosa sem o conhecimento da pessoa acusada. Após esta etapa fazia-se o indiciamento (pronúncia do réu) e interrogatório do réu, que poderia negar as acusações exigindo a oitiva das testemunhas novamente. Em caso de confissão o juízo proferia a decisão, caso contrário apresentava-se testemunhas de defesa. Ao final eram apresentadas as razões de defesa e acusação e proferia-se a sentença<sup>26</sup> e desta decisão cabia apelação<sup>27</sup>.

As devassas eram divididas em devassa geral ou especial. Segundo o texto das Ordenações Filipinas: “à primeira se tirava sobre delicto

---

<sup>25</sup> Wehling e Wehling, analisando as Ordenações Filipinas e autores como Cabral (1730) e Freire (1966) nos apresentam que: o processo ordinário penal no Brasil colonial seguia os seguintes passos em caso das devassas e querelas: denúncia – inquirição – pronúncia do réu (acusação) – agravo de injusta pronúncia ou prisão – requerimento de carta de seguro confessativa ou negativa ou alvará de fiança – primeira audiência – libelos – Segunda audiência – tréplicas – dilações – razões finais – conclusão – sentença – trânsito em julgado ou apelação. Observe-se que o réu ou o autor poderiam impetrar diferentes agravos ao longo do processo. Em síntese, pode-se caracterizar as grandes etapas processuais como sendo a inquirição (cujo objetivo era a formação do corpo de delito), o indiciamento do autor do crime (com a pronúncia do réu), a prisão, a acusação (compreendendo as audiências e razões finais), a sentença e a apelação (WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. *Direito e Justiça no Brasil Colonial – O Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 565).

<sup>26</sup> RIBEIRO, Ludmila Mendonça; DUARTE, Thais Lemos. Do processo penal colonial a reforma processual penal de 2008: análise sócio-histórica do Sistema de Justiça Criminal brasileiro. *Interseções - revista de estudos interdisciplinares*, v. 13, n. 1, p. 40-64, 2011, p. 45.

<sup>27</sup> WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. *Direito e Justiça no Brasil Colonial – O Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 565.

incerto; a segunda, suppondo à existencia do delicto, só se occupava com a indagação do agressor”<sup>28</sup>.

#### A) DEVASSAS ESPECIAIS

As devassas especiais<sup>29</sup> eram tiradas por um juízo ordinário de forma obrigatória, pelo dever do cargo<sup>30</sup> nos casos:

Sobre as mortes, forças de mulheres, que se queixarem, que dormiram com ellas carnalmente per força, fogos postos, e sobre fugida de presos, quebrantamento de cadeia, moeda falsa, resistencia, offensa de Justiça, carcere privado, furto de valia de marco de prata<sup>31</sup> e dahi para cima<sup>32</sup>.

Nesses casos<sup>33</sup>, existindo a materialidade do crime, o juízo deveria investigar em *ex officio*, mas também poderia atender a requisição de particular nos casos de furtos menores, desde que não fosse inferior a quantia de duzentos réis. Nos casos de requisição, a parte deveria jurar ao evangelho que estava relatando fatos verdadeiros e apresentar até oito testemunhas<sup>34</sup>.

Assim, a devassa especial possuía um local certo onde o crime era cometido, contudo seu autor era desconhecido. A competência para

<sup>28</sup> Idem.

<sup>29</sup> Para estudar os casos de devassa especial ver: ORDENAÇÕES FILIPINAS Livro I, Título LXV, parágrafo 31 e seguintes.

<sup>30</sup> Ver: LEMOS, Carmem Silvia. *A justiça local: os juízes ordinários e as devassas da Comarca de Vila Rica (1750-1808)*. Dissertação (mestrado em história) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003. e PRECIOSO, Daniel. *Absolvida pela loucura: a mulata Rita e o furto dos brincos de uma imagem sagrada (Vila Rica, 1760)*. *Temporalidades*, v. 2, p. 110-119, 2010.

<sup>31</sup> *Um de prata amoadado valia aproximadamente 1\$500 réis* (PUNTONI, Pedro. Da libra ao real: sobre a formação do sistema monetário português (1185-1580). *Revista de História*. São Paulo, n. 178, p. 1-38, 2019).

<sup>32</sup> ORDENAÇÕES FILIPINAS, Livro I.

<sup>33</sup> O rol de casos em que as devassas especiais eram permitidas era muito extenso, para se aprofundar ver: PEREIRA e SOUSA, Joaquim Jose Caetano. *Primeiras linhas sobre o processo criminal*. 3ª ed. Lisboa: Typo. Rollandiana, 1820, p. 25 e seguintes.

<sup>34</sup> ORDENAÇÕES FILIPINAS, Livro I.

tirá-la era do juízo do território onde o fato aconteceu, podendo este, em casos específicos, ser substituído por determinação real<sup>35</sup> por um ministro de comissão<sup>36</sup>.

Segundo Pierangelli<sup>37</sup>, o prazo para iniciá-la era, com exceção dos casos de flagrante<sup>38</sup> e de incêndio<sup>39</sup>, de até oito dias contados a partir do conhecimento por parte do juízo, e o prazo final para conclusão dos trabalhos era de trinta dias depois do delito cometido<sup>40</sup>.

## B) DEVASSAS GERAIS

Diferente das especiais, as devassas gerais<sup>41</sup> eram vedadas pelas Ordenações Filipinas<sup>42</sup>, podendo ser efetuada somente nos casos de correição<sup>43</sup>. Eram tiradas a cada ano<sup>44</sup> ou em tempo certo e determinado<sup>45</sup> sobre delitos incertos, seguindo esta regra:

---

<sup>35</sup> SALGADO, Karine. O Direito no Brasil Colônia à Luz da Inconfidência Mineira. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 98, p. 479-494, 1 jul. 2008, p. 487.

<sup>36</sup> PEREIRA e SOUSA, Joaquim Jose Caetano. *Primeiras linhas sobre o processo criminal*. 3ª ed. Lisboa: Typo. Rollandiana, 1820, p. 30.

<sup>37</sup> PIERANGELLI, José Henrique. *Processo Penal: evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru: Jalovi, 1983, p. 65.

<sup>38</sup> Nesse caso deveria começar no mesmo dia da prisão. Ver: ORDENAÇÕES FILIPINAS, Livro I, Título LXV, parágrafo 37.

<sup>39</sup> Nesse caso deveria começar no dia em o fogo foi apagado, ou no máximo no dia seguinte e terminar dentro de quinze dias. Cf: ORDENAÇÕES FILIPINAS, Livro V, Título LXXXVI, parágrafo 2.

<sup>40</sup> , PEREIRA e SOUSA, Joaquim Jose Caetano. *Primeiras linhas sobre o processo criminal*. 3ª ed. Lisboa: Typo. Rollandiana, 1820, p. 26.

<sup>41</sup> Para estudar os casos de devassa geral ver: ORDENAÇÕES FILIPINAS, Livro I, Título LXV, parágrafo 39 e seguintes.

<sup>42</sup> Ver: ORDENAÇÕES FILIPINAS, Livro I, Título LXV, parágrafo 31: Por se evitarem os inconvenientes, que contra serviço de Deus e nosso se seguiriam de se tirarem devassas geraes, mandamos a todas as Justiças, que as não tirem.

<sup>43</sup> MARTINS, Lucas Moraes. Uma genealogia das devassas na história do Brasil. In: XIX Congresso Nacional do CONPEDI, 2010, Fortaleza. *Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI*. Fortaleza: Fundação Boiteux, 2010, p. 6042

<sup>44</sup> Ver: ORDENAÇÕES FILIPINAS, Livro I, Título LXV, parágrafo 72.

<sup>45</sup> PEREIRA e SOUSA, Joaquim Jose Caetano. *Primeiras linhas sobre o processo criminal*. 3ª ed. Lisboa: Typo. Rollandiana, 1820, p. 22.

a todos os Juizes das cidades, villas e lugares de nossos Reinos e Senhorios, que do dia, que começarem à servir seus Officios, a dez dias primeiros seguintes, comecem tirar inquirições devassas sobre os Juizes que ante eles foram, a qual acabarão de tirar até trinta dias do dia, que for começada: e nella sejam perguntadas ao menos até trinta testemunhas per os capitulos que se seguem, que mais razão tenham de saber delles<sup>46</sup>.

Deste modo, eram competentes para tirar a devassa geral os juízos ordinários, juízos de fora, e corregedores<sup>47</sup>. Em casos excepcionais o corregedor geral podia efetuar uma devassa sobre a jurisdição dos juízos de fora e ordinários. Também era permitido em casos extraordinários, através de decretos reais, realizar no Brasil colônia devassas gerais para apurar casos que não eram regulados pelas Ordenações Filipinas, mas que eram de interesse da administração real<sup>48</sup>.

Assim, as devassas só poderiam ser tiradas nos casos previstos na lei<sup>49</sup>, sendo nulas caso fossem efetivadas fora do exposto na legislação com pena de banimento e multa para o juiz<sup>50</sup>. Esta regra era clara, porém,

houve clara polissemia do conceito de devassa ao longo dos séculos e nem nas Ordenações o termo é isento de flutuações. Estas, no Livro I, título 65 a definem como investigação de delitos por iniciativa de juízes ou ordem real. Em geral tanto as Ordenações como as leis extravagantes consideram-nas aplicáveis em todos os crimes de natureza pública, no desempenho dos ofícios públicos e em crimes particulares mais graves. No período pombalino muitas devassas

<sup>46</sup> ORDENAÇÕES FILIPINAS, Livro I, Título LXV, parágrafo 39.

<sup>47</sup> SALGADO, Karine. O Direito no Brasil Colônia à Luz da Inconfidência Mineira. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 98, p. 479-494, 1 jul. 2008, p. 487

<sup>48</sup> Ver: PIERANGELLI, José Henrique. *Processo Penal: evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru: Jalovi, 1983; ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *Processo criminal brasileiro*. Volume I. 4.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1959; e MARTINS, Lucas Moraes. Uma genealogia das devassas na história do Brasil. In: XIX Congresso Nacional do CONPEDI, 2010, Fortaleza. *Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI*. Fortaleza: Fundação Boiteux, 2010.

<sup>49</sup> PEREIRA e SOUSA, Joaquim Jose Caetano. *Esboço de hum dictionario juridico, theoretico, e practico: remissivo às leis compiladas, e extravagantes*. Lisboa: Typographia Rollandiana, 1825, p. 21.

<sup>50</sup> ORDENAÇÕES FILIPINAS, Livro I, Título LXV, parágrafo 68.

foram instituídas por provisão real, ampliando-se o poder do juiz, que ficou autorizado a prender o acusado por simples indício<sup>51</sup>.

As devassas foram assim utilizadas para atender aos interesses da administração colonial. No que se refere ao prazo, a conclusão dos trabalhos deveria ser de trinta dias contados a partir do início da investigação<sup>52</sup>. O pagamento das devassas era feito pelas pessoas acusadas e, não havendo culpado/a, pelo/a requerente<sup>53</sup>, conforme determinava as Ordenações<sup>54</sup>.

O juízo poderia convocar para a devassa geral e também para especial, por regra, um número máximo de trinta testemunhas, sendo exceções casos de incêndio, furto de pequena quantidade, dano em horta ou pomar e fogos com pólvora, podendo variar de oito a vinte testemunhas no máximo dependendo do evento<sup>55</sup>.

Por regra, as devassas eram nulas quando não precedida de denúncia, não expresso a causa, o lugar e o tempo do delito, não tirada ou concluída dentro de termo legal, não se preencheu o número de testemunhas, não foi tirada em caso expresso em lei, quando as testemunhas não eram perguntadas pelo próprio juiz, se o juiz era incompetente ou inimigo do réu ou se o escrivão era suspeito<sup>56</sup> e, especificamente, quando não constava o exame de corpo de delito<sup>57</sup>.

---

<sup>51</sup> WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. *Direito e Justiça no Brasil Colonial – O Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 562.

<sup>52</sup> Ver: ORDENAÇÕES FILIPINAS, Livro I, Título LXV, parágrafo 39.

<sup>53</sup> WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. *Direito e Justiça no Brasil Colonial – O Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 562.

<sup>54</sup> Ver: ORDENAÇÕES FILIPINAS, Livro I, Título LXV, parágrafo 34.

<sup>55</sup> Para analisar cada um desses casos, ver: PEREIRA e SOUSA, Joaquim Jose Caetano. *Esboço de hum dictionario juridico, theoretico, e practico*: remissivo às leis compiladas, e extravagantes. Lisboa: Typographia Rollandiana, 1825, p. 28.

<sup>56</sup> PEREIRA e SOUSA, Joaquim Jose Caetano. *Esboço de hum dictionario juridico, theoretico, e practico*: remissivo às leis compiladas, e extravagantes. Lisboa: Typographia Rollandiana, 1825, p. 32-34.

<sup>57</sup> Corpo de delito era entendido como “a existência de um crime que se manifesta de maneira que não se pode duvidar que ele fosse cometido. Ele é a base de todo o procedimento criminal, sem o qual este não subsiste. É de indispensável e não pode ser suprimido pela confissão do acusado. Forma-se o corpo

O corpo de delito se caracterizava como um elemento essencial no procedimento da devassa e no processo criminal. Sabemos que a concepção de processo criminal que se desenvolve no direito real português durante as idades média e moderna está vinculada ao “resgate” do direito de Justiniano na idade média, integrado às fontes de direito da maioria dos reinos europeus e também ao trabalho doutrinário, realizado pelos juristas após o século XII<sup>58</sup>, que culminou com o desenvolvimento do *Ius Commune*<sup>59</sup>.

Hespanha nos recorda que apesar de as Ordenações do Reino de Portugal conferirem ao direito romano um lugar subsidiário no quadro das fontes do direito real, na prática, era ele aplicado como fonte principal<sup>60</sup>. Além disso, a força do direito comum, em face dos *Iura Propria*

---

de delito pela inspeção ocular, por conjecturas legítimas, pelos depoimentos das testemunhas” (PEREIRA e SOUSA, Joaquim Jose Caetano. *Esboço de um dicionário jurídico, theoretico, e practico*: remissivo às leis compiladas, e extravagantes. Lisboa: Typographia Rollandiana, 1825, p. 51).

<sup>58</sup> GIULIANI, Alessandro. *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*. Milano: Giuffrè, 1961, p. 187, p. 231 e ss.; MARCHETTI, Paolo. *Testis contra se. L'imputato come fonte di prova nel processo penale dell'età moderna*. Milano: Giuffrè, 1994, p. 34; SCHMOECKEL, Mathias. *Humanität uns Staatsrären. Die Abschaffung der Folter in Europa und die Entwicklung des gemeinen Strafprozeß- und Beweisrechts seit dem hohen Mittelalter*. Köln: Böhlau, 2000, p. 188. LÉVY, Jean Philippe. *La hiérarchie des preuves dans le droit savant du Moyen-Âge depuis la renaissance du droit romain jusqu'à la fin du XIVe siècle*. Paris: Sirey, 1939, p. 1939.

<sup>59</sup> Sobre as dificuldades de definição do *Ius commune*, entre outros, ver: CLAVEIRO, Bartolomé. *História del derecho: derecho común*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1994, p. 24 e ss.

<sup>60</sup> O autor nos apresenta que os juristas estudavam direito romano, a doutrina divulgava seus trabalhos e os tribunais os aceitavam. Dessa maneira foi se formando o que Hespanha denomina de “*um costume doutrinral e judicial contra legem, mas dotado de verdadeira opinio iuris*”. O autor nos apresenta que Dom João I (1426) através de lei ordena a tradução de uma parte do Código Justiniano, com a glosa de Arcúcio e com os comentários de Bartolo de Sassoferrato. Ademais, nas Ordenações Filipinas, livro II, no título LXIV, núm. 1 se situa a importância da “*comum opinião dos doutores*” e faz também referência a que “*se guarde a opinião de Bartolo*” (HESPANHA, Antonio. *História das Instituições - Época medieval e moderna*. Coimbra: Editora Almedina, 1982. p.442 e ss.). Sobre a formação e expansão do direito comum na Europa, ver, dentre outros: GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkina, 1979, p. 202 e ss., p. 350 e ss. Para uma análise

era desigual, justamente porque “a maior parte do corpo do direito era constituído por direito comum, contendo o direito próprio apenas algumas especialidades particulares a cada Reino”<sup>61</sup>.

De todas as formas, especificamente na esfera processual penal, a força do direito próprio parece ter se sobreposto ao do direito comum. Segundo nosso autor, existe uma ruptura com o discurso do *Ius Commune* quando se trata do processo criminal. Uma característica dos processos cíveis do direito comum, por exemplo, é adotada na esfera penal: a recorrência às testemunhas. Isto foi identificado nos processos que manuseamos e, em todos os casos, os testemunhos foram considerados elementos centrais no procedimento de investigação.

Os doutrinadores portugueses fazem referência à importância do testemunho. Ao comentar “Decisiones” do Reino de Portugal, em obra datada do ano de 1609, Alvaro Valasco, sustenta: “*Probatio per testes admittitur in quacunque quantitate de Iure Regio*”<sup>62</sup>. Ocorre que a orientação do direito comum era a admissão de dois testemunhos oculares de boa fama como prova plena na esfera criminal. Nem mesmo quando ocorre a flexibilização das provas legais, com a introdução da pena extraordinária, chega a se alterar esse entendimento, que implicava optar por focar o processo muito mais na força da confissão judicial, a “rainha das provas”<sup>63</sup>.

---

sobre a recepção do direito comum em Portugal e a questão das fontes do direito, ver, dentre outros, CRUZ, Guilherme Braga da. O direito subsidiário na história do direito português. *Revista Portuguesa de História*, Coimbra, n. 14, p. 177–316, 1974.

<sup>61</sup> HESPANHA, Antonio. Direito moderno e intertextualidade: direito próprio e direito comum em «De Jure Lusitano» (1645), de Mateus Homem Leitão. In: RIBEIRO, Maria Manuela Tavares (org.). *Outros combates pela história*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010, p. 443.

<sup>62</sup> VALASCO, Alvaro. *Decisionum Consullationum Acrerum iudicatarum in Regno Lusitanae*. Venetiis: Bernardum Iutam, Ioan. Bapt. Cioottum & Socios, 1609, consultatio XXI, n. 10, p. 112.

<sup>63</sup> Conforme sustenta Hespânia: “(...) na verdade, a prática de averiguar, formalmente, ouvindo testemunhas e procurando oficiosamente reunir provas, de actividades criminosas não especificadas, era algo de muito estranho num sistema jurídico em que o direito penal ainda se baseava, sobretudo, na acusação de parte, remetendo o juiz para o papel de destinatário dos resultados de um esforço probatório que se entendia caber essencialmente aos ofendidos” (HESPANHA, Antonio. Direito moderno e intertextualidade: direito próprio e direito comum em «De Jure Lusitano» (1645), de Mateus Homem Leitão.

Ao analisar a obra de Leitão, Hespanha<sup>64</sup> nos diz que o direito português também “teria sido menos exigente” do que o direito comum no que tange aos requisitos que autorizam o emprego de uma inquirição. A existência de vestígios ou simples indícios são incorporados ao conceito de corpo de delito no reino de Portugal.

O corpo de delito, que era um pré-requisito para abertura de uma investigação criminal, muito estudado pela doutrina do *Ius Commune* (que desenvolve uma sofisticada teoria abarcando inclusive os crimes que não deixam vestígios), receberia um tratamento muito diverso no reino de Portugal, prevalecendo a concepção lusitana. Como consequência, recorda Hespanha, se conferia mais poder inquisitório ao magistrado, tanto nas devassas gerais como nas especiais.

Segundo Almeida Junior<sup>65</sup>, as devassas tanto especiais como gerais eram tiradas sem que a parte acusada pudesse fazer qualquer intervenção e constavam na fase inicial de um processo acusatório de qualquer ação criminal<sup>66</sup>, o qual poderia se iniciar de três formas. A primeira era a partir de uma denúncia<sup>67</sup> originada em caso das ofensas públicas por

---

In: RIBEIRO, Maria Manuela Tavares (org.). *Outros combates pela história*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010, p. 478).

<sup>64</sup> HESPANHA, Antonio. Direito moderno e intertextualidade: direito próprio e direito comum em «De Jure Lusitano» (1645), de Mateus Homem Leitão. In: RIBEIRO, Maria Manuela Tavares (org.). *Outros combates pela história*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010, p. 479.

<sup>65</sup> ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *Processo criminal brasileiro*. Volume I. 4.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1959, p. 134.

<sup>66</sup> FREIRE, Pascoal José de Melo. Instituições de direito criminal português. Tradução de Miguel Pinto de Menezes. *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 155-156, Lisboa, Ministério da Justiça, 1966, p. 82 e WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. *Direito e Justiça no Brasil Colonial – O Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 564.

<sup>67</sup> A denúncia é a declaração de crime público feita em juízo para se proceder contra o delinquente por ofício de justiça (PEREIRA e SOUSA, Joaquim Jose Caetano. *Primeiras linhas sobre o processo criminal*. 3.<sup>a</sup> ed. Lisboa: Typo. Rolandiana, 1820, p. 47-51). Divide-se em pública, quando o delator diz o seu nome, ou oculta, no caso contrário; em jurada ou simples; e em voluntária, quando a faz de livre vontade, ou necessária, quando a faz por mandado da lei (FREIRE, Pascoal José de Melo. Instituições de direito criminal português. Tradução de Miguel Pinto de Menezes. *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 155-156, Lisboa, Ministério da Justiça, 1966, p. 100).



qualquer pessoa ou no caso das ofensas particulares pelo ofendido eram muitas vezes feitas de maneira secreta. A segunda era através de uma acusação realizada através do auto de querela<sup>68</sup> e a terceira se iniciava através das inquirições<sup>69</sup>.

## 1.2 INQUIRIÇÕES DEVISSAS NA SOCIEDADE COLONIAL DO BRASIL

As devassas eram instrumentos de poder e informação caracterizando-se como um modelo de investigação desproporcional e autoritário, todavia coerente com a organização da sociedade brasileira no período colonial.

A institucionalização do poder português no Brasil com sua administração e regras não esteve atrelada à formação e desenvolvimento de uma base social correspondente. Caracterizou-se mais por uma imposição ideológica e social que não permitiu que a sociedade colonial tivesse tempo e maturidade de formar suas próprias instituições. Assim,

---

<sup>68</sup> Querêla: queixa de agravo, injúria, contestação jurídica; causa, demanda. « defendian justa— Chron. de D. João 1. » (ant.) queixa. Ter de — poderosos, motivo de queixa (FARIA, Eduardo. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 4ª Ed. v. 2. Rio de Janeiro: Typographia Imperial e Constitucional, 1859b. p. 1015). Foram reguladas pelas Ordenações Filipinas Livro V, Título CXVII: Em que casos se devem receber querelas e Título CXVIII: Dos que querelam maliciosamente, ou não provam suas querelas, e denunciações. Para fazer a querela perfeita não bastava a simples denuncia, o Quereloso deveria prestar juramento ao Evangelho, nomear as testemunhas indicando claramente o local de residência das mesmas e assinar juntamente com o juiz a queixa conforme: ORDENAÇÕES FILIPINAS Livro V, Título CXVII, parágrafo 8. O prazo para a querela ocorrer é de um ano, depois do caso acontecido e as testemunhas arroladas devem se apresentar dentro de vinte dias contados do dia em que a mesma foi dada. Para aprofundar, ver: PEREIRA e SOUSA, Joaquim Jose Caetano. *Primeiras linhas sobre o processo criminal*. 3ª ed. Lisboa: Typo. Rollandiana, 1820, p. 34-46 e FREIRE, Pascoal José de Melo. *Instituições de direito criminal português*. Tradução de Miguel Pinto de Menezes. *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 155-156, Lisboa, Ministério da Justiça, 1966, p. 88-92.

<sup>69</sup> PIERANGELLI, José Henrique. *Processo Penal: evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru: Jalovi, 1983, p. 56; FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal*. São Paulo: RT, 2005, p. 115; e FREIRE, Pascoal José de Melo. *Instituições de direito criminal português*. Tradução de Miguel Pinto de Menezes. *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 155-156, Lisboa, Ministério da Justiça, 1966, p. 82.

a política criminal portuguesa aplicada à realidade da colônia ocorreu a partir dos interesses da metrópole em choque com a realidade local<sup>70</sup>.

No caso específico das devassas especiais, o objetivo era manter a ordem social do lugar sendo efetivadas contra pessoas pobres, principalmente pretos e pardos. Já no caso das devassas gerais, estas tinham como objetivo o domínio dos magistrados garantindo o controle sobre aqueles que exerciam o poder em nome da Coroa<sup>71</sup>. Dessa forma, as devassas serviam como uma ferramenta institucionalizada para garantir acesso à informação e realizar intervenções necessárias para a manutenção do aparelho colonial segundo as determinações da metrópole portuguesa.

As devassas originadas no direito português adquiriram no Brasil condições e características próprias<sup>72</sup> tanto na sua aplicação especial como na geral. Para atender o objetivo de controlar da administração colonial e considerar as especificidades de cada local, identificamos a relativização de diferentes requisitos como a limitação do número máximo de 30 testemunhas e a exigência do exame de corpo de delito.

Ao estudar autos de devassa sobre descaminho do ouro e diamantes na capitania de Minas Gerais, Santos<sup>73</sup> discorre que para compreender a aplicação da justiça nos casos envolvendo as devassas é fundamental a análise dos autos, pois serão apresentadas características particulares sobre o tempo em que foram tiradas.

O que a pesquisadora nos aponta é que a sociedade era marcada por uma forte hierarquização social que se reflete na aplicação da justiça.

---

<sup>70</sup> RIBEIRO, Ludmila Mendonça; DUARTE, Thais Lemos. Do processo penal colonial a reforma processual penal de 2008: análise sócio-histórica do Sistema de Justiça Criminal brasileiro. *Interseções - revista de estudos interdisciplinares*, v. 13, n. 1, p. 40-64, 2011, p. 44.

<sup>71</sup> MARTINS, Lucas Moraes. Uma genealogia das devassas na história do Brasil. In: XIX Congresso Nacional do CONPEDI, 2010, Fortaleza. *Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI*. Fortaleza: Fundação Boiteux, 2010, p. 6043.

<sup>72</sup> MARTINS, Lucas Moraes. Uma genealogia das devassas na história do Brasil. In: XIX Congresso Nacional do CONPEDI, 2010, Fortaleza. *Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI*. Fortaleza: Fundação Boiteux, 2010, p. 6048.

<sup>73</sup> SANTOS, Edenir Vitória de Araujo. Auto de Devassa do crime de descaminho e contrabando: o inquérito, a verdade e os sujeitos históricos nos jogos do poder (Minas Gerais, Brasil, 1792). In: *V Colóquio Nacional Michel Foucault: a arte neoliberal de governar e a educação*. Uberlândia: EdUFU, 2017, p. 11.

O tratamento dado a um fazendeiro/a é infinitamente diferente do escravizado/a, sendo o constrangimento e a pressão sobre a pessoa acusada de um crime maior na intensidade que sua posição social diminui.

Cientes de que o que está escrito nos autos é reflexo de uma sociedade hierarquizada e desigual e que muitos testemunhos são uma “verdade” construída para atender aos interesses de grupos poderosos, pretendemos agora mergulhar na análise e apresentação de dados sobre os autos de devassa disponíveis para consulta no Arquivo Público do Estado da Bahia (APEB) nas seções colonial e judiciária.

## 2 OS CASOS DA REGIÃO DO RECÔNCAVO BAIANO

Selecionamos para apresentação de dados um total de 89 documentos relacionados à investigação de delitos oriundos da região do Recôncavo Baiano<sup>74</sup>. Estes estão distribuídos entre os séculos XVIII e a primeira metade do século XIX, no intervalo entre os anos de 1712 e 1832.

É fundamental registrar a dificuldade de acesso e interpretação desses processos que, por serem fontes primárias com mais de dois séculos encontram-se, muitas vezes, deteriorados. Em nosso caso, dos 89 processos, 44% estão conservados, os outros 56% estão parcialmente deteriorados, sendo que 4% destes estão ilegíveis ou completamente deteriorados.

Outro problema que enfrentamos é adentrar na lógica de funcionamento de cada caso. Conservados ou não, eles são únicos e representam uma história que só faz sentido se for interpretada a partir da ótica da sociedade que a produziu. Os personagens descritos eram pessoas reais, na grande maioria dos casos pessoas pobres. Ao analisar cenários como esse, Foucault<sup>75</sup> denomina estas pessoas de “vidas infames”, pois não possuíram glórias ou foram premiadas em seu tempo, mas ganharam uma pequena notoriedade ao se chocarem com a estrutura de poder.

---

<sup>74</sup> Processos distribuídos espacialmente conforme apresentado e disponíveis para consulta no Arquivo Público do Estado da Bahia (APEB) encontrados na seção judiciária.

<sup>75</sup> FOUCAULT, Michel. A vida dos homens infames. In: FOUCAULT, Michel. *Estratégia, poder-saber. Ditos e escritos IV*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 209.

A vida dessas pessoas e seu cotidiano emergem do passado como uma rica fonte de pesquisa justamente a partir da repressão que sofreram. Suas vidas serão narradas além do tempo em que viveram, porque, ainda que brevemente, suas histórias foram minimamente narradas nas folhas dos autos de delito. Segundo Agamben<sup>76</sup>, essas pessoas tiveram um brilho momentâneo, aparecendo unicamente na história por meio de processos judiciais que visavam sua punição.

Acreditamos assim que dar visibilidade às informações e aos dados presentes nesses documentos significa apresentar uma parte esquecida de nossa história. Todos os elementos, a contar a própria existência, que compõe esses documentos são dados valiosíssimos que precisam ser descortinados.

## 2.1 DADOS GERAIS SOBRE A ORIGEM DOS PROCESSOS PENAIS

Analisando a origem dos processos selecionados identificamos que uma minoria dos casos não se iniciou como devassa ou querela. Observamos dois casos no século XVIII. O primeiro no ano de 1780<sup>77</sup> e o segundo no ano de 1786<sup>78</sup>, ambos ocorridos na cidade de Cachoeira e intitulados de libelo de crime civil<sup>79</sup>.

---

<sup>76</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Profanações*. Tradução de Selvino Assmann. São Paulo: Boitempo Editorial, 2007, p. 52.

<sup>77</sup> APEB, seção judiciária, maço s/nº, doc. s/nº fls: 07.

<sup>78</sup> APEB, seção judiciária, maço 1382, doc. nº 10.

<sup>79</sup> O libelo crime era a parte principal e inicial do processo ordinário (TEIXEIRA, Maria Lúcia Resende Chaves. *As cartas de seguro: de Portugal para o Brasil colônia - O perdão e a punição nos processos-crimes das Minas do Ouro (1769-1831)*. Tese (Doutorado em História Social) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. São Paulo. 2011, p. 45). Sobre os libelos, salientamos que foram escritos estudos de doutrina voltados para a prática judicial. Dentre estes, citamos uma obra que foi publicada por Gregorio Martins Caminha, ainda no século XVI, e que posteriormente foi objeto de revisão por João de Matos. Este último introduz apenas modelos de peças processuais, mas não realiza comentários relevantes sobre a matéria. Ver COSTA, João Martin. *Tractado das formas dos libellos, das alegações judiciaes, do processo do Juizo Secular, do ecclesiatico, e dos contratos com suas glosas do Licenciado Gregorio Martins Caminha, reformado de novo com addiccoes e annotacoes copiosas*. Oficina dos irmãos, e sobrinho

Identificamos mais três<sup>80</sup> casos ocorridos no século XIX. Nos três casos os processos foram denominados como Sumário *Ex Officio*, sendo determinados por juízes de fora para investigar um suposto homicídio, um caso de porte ilegal de fogo e furto e uma tentativa de homicídio, respectivamente.

Os casos que se iniciavam através de querela foram mais numerosos, totalizando 23 ocorrências em nosso recorte espaço-temporal, 5 destas foram registradas no século XVIII e 18 nos primeiros trinta anos do século XIX. Segundo Freire<sup>81</sup>, querela era um modo de investigar e perseguir os crimes a partir de uma delação juramentada feita ao juízo competente seja de crime público ou particular.

Conforme apresentado, o juramento era uma exigência formal para esses casos, porém, em nossa investigação percebemos que, na maioria dos processos em que constava a querela, o juramento por escrito não foi realizado. Nos cinco casos encontrados no século XVIII, apenas em um deles constava o juramento. Já nos casos estudados do século XIX, apenas sete casos constavam o juramento por escrito caracterizando-se como querelas perfeitas.

Em todos os outros casos onde a querela foi realizada, a forma foi imperfeita, se assemelhando à denúncia, ou seja, a simples delação de um crime. Esta abria caminho para a inquirição, contudo não era necessário jurar e não era obrigatório pagar as custas<sup>82</sup>.

Estes fatores podem ter sido fundamentais para que os denunciantes não conseguissem concretizar a querela em sua forma perfeita. O fato dos autores das denúncias serem pessoas pobres e sem recursos pode

---

Ginioux, Impressores do Santo Ofício, 1764. Sobre a forma de aplicar os libelos no Reino de Portugal, p. 84 e ss.

<sup>80</sup> Casos ocorridos em 1813 (APEB, seção Judiciária, maço 1625, S/nº), 1820 (APEB, seção Judiciária, maço 4416, doc. 1) e 1821 (APEB, seção Judiciária, maço 4330, doc. 01).

<sup>81</sup> FREIRE, Pascoal José de Melo. Instituições de direito criminal português. Tradução de Miguel Pinto de Menezes. *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 155-156, Lisboa, Ministério da Justiça, 1966, p. 88.

<sup>82</sup> FREIRE, Pascoal José de Melo. Instituições de direito criminal português. Tradução de Miguel Pinto de Menezes. *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 155-156, Lisboa, Ministério da Justiça, 1966, p. 100.

ter influência direta na ausência de pagamento de custas e na capacidade de escrever ou assinar um juramento.

Mais da metade dos casos de querela envolviam escravizados ou ex-escravizados como vítima de crimes violentos, tais como lesões corporais ou raptos<sup>83</sup>. Como exemplo, temos um processo<sup>84</sup> iniciado com querela em 7 de fevereiro de 1797 que evidencia bem este cenário. Na localidade de Cachoeira, foi investigado pelo Juiz Joaquim de Amorim Castro um crime de lesões corporais graves. Segundo consta, a vítima Jerônima da Silva Cerqueira, identificada como crioula forra, sofreu lesões corporais provocadas por Isabel, identificada como escrava de um homem chamado Pedro Ribeiro. A vítima alegou na querela estar lavando roupa em uma fonte no Arraial de São Pedro de Moretiba quando se iniciou uma discussão que resultou em uma briga com a ré, a qual fugiu retornando pouco tempo depois armada com uma navalha e ferindo-a.

O caso iniciado foi Agravo de Crime e não caracterizou a querela perfeita devido à falta de juramento e de pagamento das custas. Houve exame de corpo de delito, seguido do depoimento da vítima e requerimento pedindo uma carta de ré segura<sup>85</sup>, mas não consta convocação de testemunhas e não houve termo de conclusão ou de pronúncia para que possamos saber o resultado das investigações.

Outro cenário possível para a ausência do juramento era o uso dos termos querela e denúncia como similares e a não exigência da

---

<sup>83</sup> Dos casos estudados, 50% foram crimes de lesões corporais, 21% crimes de rapto de escravos, os outros 29% foram divididos entre furto de gado, calúnias, porte ilegal de armas, arrombamento, furto e corte e venda de madeira ilegal.

<sup>84</sup> APEB, seção Judiciária, maço 1625, doc. 05.

<sup>85</sup> De importância para a prática social eram as cartas de seguro, por meio das quais a pessoa acusada poderia “livrar-se solto”, isto é, responder ao processo em liberdade. A legislação determinava que as cartas de seguro tivessem validade por um ano, admitindo uma renovação por motivo justificado. As cartas de seguro poderiam ser confessativas, quando o réu admitia a responsabilidade do crime, ou negativas (WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. *Direito e Justiça no Brasil Colonial – O Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 565).

formalidade em algumas localidades. Em um processo<sup>86</sup> iniciado em 20 de março de 1771 na localidade de Itapicuru de Cima, investigado pelo Juiz Ordinário Lourenço Dias de Souza, o autor faz uma denúncia de assalto, que foi descrita no processo como querela, todavia sem definição de quem pagou as custas e sem juramento.

Na denúncia, José de Sousa Freire acusa um bando de homens, liderados por José de Souza Alvim, de assalto. Consta que o denunciante estava em seu sítio chamado Coralinho, quando foi assaltado pelo bando que era composto, segundo os depoimentos de quatro testemunhas, por Alvim, outro homem chamado Eugênio de Passos Pereira, dois índios e um negro, cujos nomes foram ignorados. O caso foi concluído em 7 de dezembro de 1772 e o termo de pronúncia considerou os acusados como culpados e determinou suas prisões.

Em ambos os casos as formalidades exigidas por lei não foram cumpridas em processos que se iniciaram com querela. Nos casos em que o processo era perfeito, as formalidades eram explícitas como evidência o auto de querela registrado no ano de 1814, na localidade de Cachoeira. O procedimento<sup>87</sup> foi conduzido pelo Juiz de Fora Francisco José de Freitas, tendo início em 17 de setembro do mesmo ano para investigar um crime de lesão corporal. Nos documentos apresentados e na análise do caso consta o traslado da querela original registrada sob o mesmo número de maço do processo.

O registro foi feito para apurar a denúncia de João Nunes contra José Antonio Moreira da Silva. Segundo o autor, no dia 16 de agosto de 1814, quando fazia uma ronda com o objetivo de desmanchar um acampamento utilizado para a prática de jogos ilegais, o réu o atacou com uma faca de ponta, o ferindo gravemente.

Este caso teve custas de “mil cento e vinte réis” e determinou a prisão preventiva do réu e sequestro de bens para pagamento de custas. No curso do procedimento foi iniciada uma devassa, precedendo o processo acusatório, para onde foram remetidos os autos desta querela, dando prosseguimento às investigações.

---

<sup>86</sup> APEB, seção Colonial, maço 574, doc. S/Nº.

<sup>87</sup> APEB, seção Judiciária, maço 5163, doc. 02.

## 2.2 As INQUIRIÇÕES DEVASSAS

Casos como os relatados acima motivaram inquirições devassas, que durante o nosso recorte foram o principal instrumento de investigação, correspondendo a aproximadamente 70% dos casos estudados.

Conforme já apresentamos, as devassas se dividiam em gerais e especiais. As primeiras representam a minoria dos casos. Em todo nosso recorte, com 62 processos analisados, somente 2 foram originados como devassas gerais, ambos no século XVIII.

A primeira devassa geral data do ano de 1785, se iniciando no mês de maio na localidade de Cachoeira, sendo conduzida pelo Juiz Gonçalves de Sena e requerida por Antonio José Pinto de Souza.

A inquirição<sup>88</sup> foi feita contra Manoel Freire de Souza, administrador e responsável pelas obras da capela de Nossa Senhora da Conceição do Monte, na Vila de Nossa Senhora do Porto da Cachoeira.

Segundo consta, os moradores da localidade descontentes com a administração do requerido sob a capela e suas obras, buscam realizar a devassa para ter provas de má gestão e retirá-lo do cargo. Enfatizam que a mesma foi construída e mantida com dinheiro de esmolas do povo, em especial dos residentes da Rua do Pasto e não estava sendo bem administrada.

Em sua defesa, Manuel Freire de Souza argumenta que os moradores agiram com falsidade e má fé e com intuito de promover a desordem para retirá-lo do cargo. Na investigação não houve a inquirição de nenhuma testemunha, findando o caso em setembro do mesmo ano com a conclusão de que não se tratava de caso de devassa geral por lhe faltarem os requisitos para tal.

O principal requisito<sup>89</sup> era que as devassas gerais só poderiam ser tiradas em caso de correição e sobre delitos incertos “sendo, pois, uma inquirição extraordinária, exorbitante, suspeita, e assaz perigosa, somente se deve tirar nos crimes mais graves e expressamente nomeados no direito”<sup>90</sup>.

---

<sup>88</sup> APEB, seção Colonial, maço 611, doc. S/Nº.

<sup>89</sup> Ver: ORDENAÇÕES FILIPINAS, Livro I, Título LXV.

<sup>90</sup> FREIRE, Pascoal José de Melo. Instituições de direito criminal português. Tradução de Miguel Pinto de Menezes. *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 155-156, Lisboa, Ministério da Justiça, 1966, p. 93.



O entendimento no caso da capela de Nossa Senhora da Conceição do Monte foi de que este requisito não foi cumprido, não havendo termo de pronúncia e nem se determinando nenhuma prisão preventiva.

O segundo caso de devassa geral ocorreu no ano de 1796, se iniciando em 7 de janeiro de 1796 na localidade de Cachoeira sendo conduzida pelo Juiz de Fora Joaquim de Amorim Castro.

A inquirição<sup>91</sup> foi requerida contra Nicolau de Oliveira, Antonio de Souza e outros. Segundo consta, tratava-se de um auto de devassa geral com o objetivo de investigar as decisões judiciais e as pessoas que cometeram delitos no ano de 1795.

Foram inquiridas para a realização dos trabalhos 43 pessoas. Todas apresentaram ocupação e eram residentes das vilas de Cachoeira, São Feliz e Muritiba, com idades entre 20 e 56 anos. Chamou-nos a atenção que nenhuma testemunha convocada foi classificada como negra, mas uma pessoa, sobre a qual não foi apresentada informação, está com o quesito cor em branco, porém nas declarações apresentadas foi enfatizado se tratar de crioulo forro.

A inquirição investigou delitos como falsidades em escrituras, se políticos se aproveitavam dos cargos ou deixavam de cumprir suas obrigações, se o carcereiro mantinha os presos em regime fechado, se havia pessoas que renegavam a Deus, além de casos de jogos ilegais, furtos, fraudes e qualquer outro delito público ou privado.

A inquirição teve seu termo de pronúncia em 12 de maio de 1796, apurando 25 casos ocorridos em 1795 e determinando a prisão preventiva dos dois réus citados e mais treze pessoas.

Este caso específico se caracteriza como o tipo de devassa conhecida como janeirinhas<sup>92</sup>. Estas eram tiradas por juízos de fora a cada ano para apurar delitos cometidos no ano anterior<sup>93</sup>.

Estes foram os únicos casos de devassas gerais encontradas em nosso recorte, todos os outros foram de inquirições especiais para analisar

---

<sup>91</sup> APEB, seção Judiciária, maço 1327, doc. n° 27.

<sup>92</sup> WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. *Direito e Justiça no Brasil Colonial – O Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 60.

<sup>93</sup> Ver: ORDENAÇÕES FILIPINAS, Livro I, Título LXV, parágrafo 71.

delitos certos. Entre os 60 casos analisados, encontramos lesões corporais, invasões de domicílio, furtos, sedição, arrombamento de cadeia, fugas e homicídios.

Destacamos que aproximadamente 57% das inquirições analisadas foram tiradas para esclarecer casos de homicídio ou suspeita de homicídio, 33% para investigar casos de lesão corporal e os outros 10% para investigar crimes de fugas de presos e sedição. Nos chama a atenção o número de negros escravizados ou apresentados como forros elencados como vítimas nos crimes de lesão corporal ou morte. Dos 34 casos envolvendo assassinatos, temos como vítimas 20 pessoas negras e nos casos de lesões corporais de um total de 20 casos, 11 vítimas são pessoas negras.

Um desses casos envolvendo pessoas negras ocorreu em 13 de maio de 1822, na localidade de Cachoeira, onde sob a jurisdição do Juiz de Fora Antonio Cerqueira Lima foi investigado<sup>94</sup> o homicídio de Catharina, escrava de um homem denominado Capitão José Paes Cardoso da Silva. Segundo consta, a escrava foi morta com 11 facadas por Miguel, escravo de um engenho pertencente ao desembargador Luiz Thomas Navarro de Campos.

A investigação chegou ao fim em 29 de maio de 1822 e o termo de pronúncia apontou Miguel como autor do delito, determinando a sua prisão preventiva. Para definir a autoria foi fundamental, conforme constam nos autos, a inquirição de trinta testemunhas e o exame de corpo de delito que apresentou os elementos que indicaram Miguel como autor do delito, dentre eles um pedaço de pano com sangue da vítima que estava na posse de Miguel.

O exame de corpo de delito era requisito necessário nos casos de devassa e querela. Este era realizado a partir dos vestígios deixados e analisados por inspeção ocular por médicos e cirurgiões. Segundo Freire<sup>95</sup>:

em caso de homicídio, o cadáver e os ferimentos devem ser vistos por peritos e examinada a qualidade das armas, cicatrizes e envenenamento. No furto, há que investigar a qualidade, valor

---

<sup>94</sup> APEB, seção Judiciária, maço 4251, doc. nº 07, caixa nº 942.

<sup>95</sup> FREIRE, Pascoal José de Melo. Instituições de direito criminal português. Tradução de Miguel Pinto de Menezes. *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 155-156, Lisboa, Ministério da Justiça, 1966, p. 97.

e designação das coisas roubadas, e se houve arrombamento de portas ou utilização de escadas. Nos delitos de factos transitórios, o corpo de delito forma-se de conjecturas, que se baseiem o mais possível na inspecção ocular, e do exame sumário de testemunhas, que deponham sobre o delito praticado. Por conseguinte, tudo o que possa demonstrar o malefício e sua qualidade e circunstâncias, deve ser investigado pelo juiz, antes de ele chegar inquirição especial.

O exame de corpo de delito era assim uma etapa fundamental das devassas e querelas, sendo determinante para apurar todas as circunstâncias em que um determinado delito ocorreu, como em um homicídio ocorrido em 1754, na localidade de Cachoeira.

Neste caso foi realizada uma devassa<sup>96</sup> iniciada em 24 de dezembro de 1754, sob a jurisdição do Juiz de Fora Paschoal de Abrantes Madeira, onde a vítima Bento Vieira de Amorim, que exercia a profissão de alferes, foi assassinada com um tiro.

O exame de corpo de delito, conforme consta nos autos, foi fundamental para apurar que o autor do disparo foi Francisco Fernandes, que agiu a mando do seu irmão Antonio Pereira da Silva para se vingar pelo furto de um cavalo. Ambos eram filhos de Manuel Fernandes e primos da vítima.

Em outro caso, por exigência da realização do exame de corpo de delito, foi determinada a exumação de um cadáver. Ocorrido no ano de 1751, sob a jurisdição do Juiz Ordinário Fernando Cordeiro de Magalhães, o caso em questão tratava-se de uma morte cujas circunstâncias não foram esclarecidas.

Iniciou-se a devassa<sup>97</sup> em 5 de novembro de 1751 para apurar as circunstâncias da morte de José Angola, escravo de Luiz Domingues Afonso. O Juiz do caso determinou a exumação do corpo para que fosse realizado o referido exame.

Foi constatado após exame que a causa da morte foi um defluxo sufocante provocado por garrotinho, doença causada por infecção viral e que provoca inchaço nas vias respiratórias superiores.

---

<sup>96</sup> APEB, seção Judiciária, maço 1327, doc. nº 09, caixa nº 211.

<sup>97</sup> APEB, seção Judiciária, maço 1327, doc. nº 08.

Apesar de ser um instrumento fundamental para apuração de delitos, e sua ausência representar a nulidade das devassas especiais, encontramos casos em que o exame de corpo de delito não foi realizado.

Apresentamos três casos em que este requisito foi dispensado, todos classificados como delitos de sedição. O primeiro foi realizado em Salvador, sendo a devassa<sup>98</sup> iniciada em 14 de agosto de 1798 sob a jurisdição de Manoel de Magalhães Pinto Avelar de Barbedo, desembargador ouvidor geral do crime e intendente de polícia.

Foram investigados os réus Luiz Gonzaga das Virgens e Domingos da Silva Lisboa, ambos pardos forros, sobre a publicação de papéis que incitavam atos revolucionários e que apareceram em lugares públicos e igrejas na data de 12 de agosto de 1798.

Foram ouvidas 69 testemunhas e o termo de pronúncia determinou a prisão de ambos. A prova utilizada para a prisão foi o fato de Luiz Gonzaga estar de posse dos referidos papéis.

O segundo caso ocorreu em 1817, também na cidade de Salvador, sob a jurisdição de Manoel José Batista Filgueiras, desembargador da Relação e Juiz da Inconfidência.

Em 22 de maio de 1817 se iniciou o auto da devassa da Inconfidência Pernambucana<sup>99</sup>. Esta foi aberta a partir de um pedido da Coroa em carta enviada por D. João VI para o Conde dos Arcos, Governador da Capitania da Bahia, dando ciência e pedindo providências acerca da insurreição em Pernambuco<sup>100</sup>.

---

<sup>98</sup> APEB, seção Colonial, maço 581, doc. s/nº.

<sup>99</sup> APEB, seção Colonial, maço 583-1.

<sup>100</sup> Os crimes da revolução pernambucana foram caracterizados pela coroa portuguesa como crimes exceptuados por se tratar de caso atroz que perturbou diretamente a ordem, o sossego público e a jurisdição Real, possuindo punição excepcional. Para aprofundar ver: CARNEIRO, Manoel Borges. *Direito Civil de Portugal: I Das Pessoas, II Das Cousas, III Das Obrigações e Acções*. Lisboa: Impressão Régia, 1826, p. 247; MELLO, Evaldo Cabral de. *A outra independência (o federalismo pernambucano de 1817 a 1824)*. São Paulo: Editora 34, 2004; TAVARES, Francisco Muniz. *História da revolução de Pernambuco em 1817*. 3. ed. Recife: Imprensa Industrial, 1917; e CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *A Revolução Republicana de 1817: em busca de uma cultura constitucional brasileira*. *REJUR - Revista Jurídica da UFERSA*, Mossoró, v. 1, n. 2, p. 57-67, ago./dez. 2017.

A inquirição foi estabelecida sem limitação de tempo e nem de número de testemunhas para averiguar se existiam pessoas que estavam relacionadas aos “Rebeldes de Pernambuco” ou se deles recebiam papéis com ideais republicanos. A documentação desta devassa está incompleta, não sendo possível determinar o conteúdo dos termos de conclusão e pronúncia.

O terceiro caso foi registrado também no ano de 1817, na localidade de Pilão Arcado sob a jurisdição do Juiz Ordinário Capitão Dionízio Barreto Lima. Foram investigados na devassa<sup>101</sup>, iniciada em 06 de junho de 1817, Felix Suares e Manoel Ferreira Lima da Silva.

Foram inquiridas 30 testemunhas para se averiguar a correspondência de ambos com os “Rebeldes de Pernambuco” e identificar se mais pessoas possuíam ligação com o caso. Pelos testemunhos podemos identificar que ambos foram acusados por portar cartas recebidas de desconhecidos na localidade de Juazeiro. As testemunhas foram enfáticas em afirmar que ambos não possuíam nenhuma ligação com os fatos ocorridos em Pernambuco.

O termo de pronúncia de 18 de junho de 1817 desconsiderou este argumento e determinou a prisão preventiva dos dois investigados, bem como o sequestro de todos os seus bens para pagamento das custas.

O último processo de delito iniciado com devassa que se encontra disponível para análise em nosso recorte aconteceu no ano de 1832. Este só se tornou válido porque foi iniciado em 9 de novembro, dias antes de entrar em vigor o código de processo penal do Império de 29 de novembro de 1832.

Este fazia parte de uma reforma da estrutura judiciária do Brasil e juntamente com o Código Penal de 1830 compunha a tentativa de formação de uma administração da justiça efetivamente nacional. As novas leis estavam em conformidade com os ideais iluministas e liberais já presentes na Constituição Imperial de 1824 e ofereciam garantias de defesa à pessoa acusada, caracterizando-se por extinguirem a possibilidade de inquirições devassas<sup>102</sup>.

---

<sup>101</sup> APEB, seção Colonial, maço 583-1.

<sup>102</sup> RIBEIRO, Ludmila Mendonça; DUARTE, Thais Lemos. Do processo penal colonial a reforma processual penal de 2008: análise sócio-histórica do Sistema

No caso em questão, ocorrido na localidade de Itapicuru de Cima, sob a jurisdição do Juiz Ordinário José Valentin dos Reis, foram ouvidas 30 testemunhas, juntamente com a realização de corpo de delito para se apurar a autoria da agressão sofrida por Sabino Pereira.

Os acusados eram índios da Vila, cujo único identificado era um indígena de nome Gonçalo. Foi determinada a prisão preventiva dos mesmos, porém no fim do processo foram soltos e considerados inocentes. Segundo os autos, o autor da devassa foi a Justiça, as custas foram pagas pelo cofre do município.

Esse caso, assim como os demais apresentados nesse trabalho, representam fontes riquíssimas de pesquisa para a compreensão dos institutos criminais de investigação no Brasil. Buscaremos avançar nas pesquisas de cada caso para colaborar com os estudos sobre as devassas e a história do processo penal brasileiro.

## CONCLUSÃO

Os casos aqui estudados fazem parte da estrutura processual penal do Brasil colonial e se caracterizam como inquirições típicas da etapa inicial da investigação de crimes do direito português.

Foram aplicadas no Brasil principalmente a partir da vigência das Ordenações Filipinas, promulgadas no início do século XVII e possuíram vigência no Brasil até a entrada em vigor do código criminal e de processo criminal, já no período imperial.

Essas Ordenações regulamentavam o procedimento de Inquirição das Devassas, entendidas como o ato jurídico onde o juízo pode inquirir testemunhas para obter informações sobre determinado delito de forma silenciosa, podendo a parte investigada ser indiciada (pronúncia do réu) e presa preventivamente sem que seja ouvida previamente.

As devassas eram divididas em gerais e especiais. As primeiras eram tiradas em casos excepcionais e sobre delitos incertos. Já na segunda, o crime era conhecido e a investigação buscava o agressor. Se

---

de Justiça Criminal brasileiro. *Interseções - revista de estudos interdisciplinares*, v. 13, n. 1, p. 40-64, 2011, p. 47.

caracterizavam como o instrumento de investigação de delitos no Brasil colônia. Deste modo, eram poderosas ferramentas para demonstrar o poder do Estado e obter informações.

As devassas estavam inseridas no contexto de imposição dos interesses da metrópole e das elites locais sobre a sociedade e visavam manter o controle da ordem social marcada pela exploração da mão de obra escravizada.

Identificamos que para atender os interesses do governo colonial as regras eram flexibilizadas em cada região, variando de caso para caso. Assim, dependendo da classe social da pessoa acusada, a aplicação da justiça seria diferenciada evidenciando uma sociedade altamente hierarquizada e desigual, onde testemunhos muitas vezes eram construídos para atender interesses de determinados grupos.

Para compreender melhor esse cenário, apresentamos os dados de 89 processos criminais iniciados na região do Recôncavo Baiano iniciados nos séculos XVIII e XIX, destes a grande maioria eram inquirições devassas.

Ao adentrar na lógica dos processos selecionados enfrentamos muitos desafios. A dificuldade de acesso e a sua interpretação é uma grande dificuldade, sobretudo quando a grande maioria dos documentos se encontra deteriorada. Em nosso recorte mais da metade dos documentos se encontravam deteriorados.

Outro grande desafio é a respeito da sociedade que produziu os documentos analisados. É imprescindível não julgar o passado e seus institutos com os olhos do presente, nos afastando da ideia de falsa continuidade e linearidade dos institutos jurídicos. Cada sociedade desenvolveu um conjunto de preceitos característicos calcados na cultura do período analisado e entrando para a História de maneira singular. A cultura é temporal, histórica. Ela influencia diretamente no convívio social e na produção de regras, variando de acordo com o contexto e possuindo especialidades locais<sup>103</sup>.

Observamos que a maioria dos processos selecionados se iniciou através de querelas ou devassas. No caso das querelas, identificamos que

---

<sup>103</sup> HESPANHA, Antonio. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 27.

a exigência formal de se prestar juramento para que se pudesse iniciar a investigação não foi cumprida na maioria dos casos. Em 65% dos documentos estudados as querelas foram realizadas na sua forma imperfeita, sendo comparadas à denúncia. Nesses casos, a investigação se iniciava com a simples delação de um crime e não era necessário pagar as custas do processo.

Esta ausência de cumprimento da forma pode ser explicada por duas possibilidades inerentes à própria lógica da sociedade. Primeiramente, o fato da maioria dos denunciantes serem pessoas pobres impossibilitava o juramento formal e o pagamento das taxas necessárias para se iniciar a querela e, por segundo, a utilização do termo querela como sinônimo da simples denúncia em algumas localidades da região.

Em alguns casos as querelas foram utilizadas para iniciar um processo de inquirição que daria origem a uma devassa, compreendida como um aprofundamento da investigação.

Identificamos que a maioria dos casos selecionados foi de devassas especiais. Somente dois casos foram registrados como devassas gerais. Desta forma, podemos concluir que a exigência formal de só iniciar o procedimento em casos extraordinários e graves era cumprida.

Já as devassas especiais visavam esclarecer delitos certos e que ocorriam em localidade específica. A grande maioria dos crimes investigados, cerca de 90%, visava esclarecer crimes violentos, como homicídios e lesões corporais. O grande número desses casos investigados somado ao número de vítimas apresentadas nos documentos como pessoas negras escravizadas ou ex-escravizadas evidencia os conflitos sociais típicos de uma região em ebulição econômica e social marcada pela exploração da mão de obra escravizada<sup>104</sup>.

Observamos que a investigação desse e dos outros crimes relatados possuía no exame de corpo de delito um procedimento fundamental,

---

<sup>104</sup> A região possuía uma intensa efervescência social fruto das relações complexas que visavam garantir os interesses da grande lavoura com produção voltada para exportação, coexistindo com as lavouras destinadas a abastecer a economia interna e as necessidades oriundas do modelo escravocrata de produção (BARICKMAN, Bert. *Um contraponto baiano: açúcar, fumo, mandioca e escravidão no Recôncavo, 1780-1860*. São Paulo: Civilização Brasileira, 1998, p. 316).



sendo este realizado em 85% dos casos estudados. Outro elemento típico a ser destacado era o número de testemunhas ouvidas nos casos de devassa. Em 87% dos casos foram convocadas 30 ou mais testemunhas para apoiar as investigações, evidenciando a importância dos depoimentos nos procedimentos investigativos em nosso recorte.

Apresentamos assim as inquirições devassas como um importante instrumento de investigação, que juntamente com as querelas e denúncias, compunham a primeira fase de investigação de delitos em nosso recorte. Os casos aqui apresentados, bem como os demais, são riquíssimos em informações sobre nosso passado jurídico e social e precisam ser mais bem estudados para que possamos ter um panorama mais próximo do contexto sociopolítico em que estavam inseridos. Cada um dos 89 processos merece uma análise profunda das circunstâncias em que foram produzidos, fato que será realizado em futuras pesquisas.

## REFERÊNCIAS

ANDRÉ, André Luiz Pedro. As ordenações e o direito privado brasileiro. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Campos*, v. 3, p. 01-19, 2007.

AGAMBEN, Giorgio. *Profanações*. Tradução de Selvino Assmann. São Paulo: Boitempo Editorial, 2007.

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *Processo criminal brasileiro*. Volume I. 4.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1959.

BARICKMAN, Bert. *Um contraponto baiano: açúcar, fumo, mandioca e escravidão no Recôncavo, 1780-1860*. São Paulo: Civilização Brasileira, 1998.

CABRAL, Antonio Vanguerve. *Pratica judicial, muyto util, e necessaria para os que principiaõ os officios de julgar, e advogar e para todos os que solicitaõ causas nos Auditorios de hum, e outro foro*. Coimbra: Oficina de Antonio Simoes Ferreira, 1730.

CARBASSE, Jean-Marie. *Histoire du droit pènal et de la justice criminelle*. Paris: PUF, 2000.

CARNEIRO, Manoel Borges. *Direito Civil de Portugal: I Das Pessoas, II Das Cousas, III Das Obrigações e Acções*. Lisboa: Impressão Régia, 1826.

CLAVERO, Bartolomé. *História del derecho: derecho común*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1994.

COSTA, João Martin. *Tractado das formas dos libellos, das alegações judiciais, do processo do Juízo Secular, do ecclesiastico, e dos contratos com suas glosas do Licenciado Gregorio Martins Caminha, reformado de novo com addiccoes e annotacoes copiosas*. Oficina dos irmãos, e sobrinho Ginioux, Impressores do Santo Officio, 1764.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. A Revolução Republicana de 1817: em busca de uma cultura constitucional brasileira. *REJUR - Revista Jurídica da UFERSA*, Mossoró, v. 1, n. 2, p. 57-67, ago./dez. 2017. <https://doi.org/10.21708/issn2526-9488.v1.n2.p57-67.2017>

COSTA, Célio; LEMES, Amanda; MONTAGNOLI, Gilmar. Processo civilizador e legislação: considerações sobre as Ordenações Portuguesas. *Revista Educação e Fronteiras On-Line*, v. 1, p. 118-129, 2011. Disponível em: <https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/educacao/article/view/1454/863> Acessado em: 02 de março de 2021.

CRUZ, Guilherme Braga da. O direito subsidiário na história do direito português, in: *Revista Portuguesa de História*, Coimbra, n. 14, p. 177-316, 1974. [https://doi:10.14195/0870-4147\\_14\\_6](https://doi:10.14195/0870-4147_14_6)

FARIA, Eduardo. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 4ª ed. v. 1. Rio de Janeiro: Typographia Imperial e Constitucional, 1859.

FARIA, Eduardo. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 4ª ed. v. 2. Rio de Janeiro: Typographia Imperial e Constitucional, 1859b.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal*. São Paulo: RT, 2005.

FERREIRA, Manoel Lopes. *Pratica Criminal, expedida na forma da praxe observada neste Reyno de Portugal, e illustrada com muitas Ordenaçoens, Leys Extravagantes, Regimentos, e Doutores, e em quatro Tomos destrubuida*. Porto: Oficina de Antronio Alves Ribeyro Guimaraens, 1767.

FOUCAULT, Michel. A vida dos homens infames. In: FOUCAULT, Michel. *Estratégia, poder-saber. Ditos e escritos IV*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 203-222.

FREIRE, Pascoal José de Melo. Instituições de direito criminal português. Tradução de Miguel Pinto de Menezes. *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 155-156, Lisboa, Ministério da Justiça, 1966.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979.

GIULIANI, Alessandro. *Il concetto di prova*. Contributo alla logica giuridica. Milano: Giuffrè, 1961.

GIULIANI, Alessandro. Prova in generale Filosofia del diritto. *Enciclopedia del diritto*. v. 37. Milano: Giuffrè, 1988. p. 518-579.

HESPAÑA, António. *História das Instituições - Época medieval e moderna*. Coimbra: Editora Almedina, 1982.

HESPAÑA, António. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HESPAÑA, António. Direito moderno e intertextualidade: direito próprio e direito comum em «De Jure Lusitano» (1645), de Mateus Homem Leitão. In: RIBEIRO, Maria Manuela Tavares (org.). *Outros combates pela história*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010. p. 473-498.

LEITÃO, Matthæo Homem. *De Jure lusitano: tomus primus in tres utiles tractatus divisus 1. De grauaminibus, 2. De securitatibus, 3. de inquisitionibus*. Coimbra: Apud Franciscum de Oliveyra Univers. Typ., 1736.

LEMONS, Carmem Silvia. *A justiça local: os juízes ordinários e as devassas da Comarca de Vila Rica (1750-1808)*. Dissertação (mestrado em história) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003.

LÉVY, Jean Philippe. *La hiérarchie des preuves dans le droit savant du Moyen-Âge depuis la renaissance du droit romain jusqu'à la fin du XIVe siècle*. Paris: Sirey, 1939.

MARTINS, Lucas Moraes. Uma genealogia das devassas na história do Brasil. In: XIX Congresso Nacional do CONPEDI, 2010, Fortaleza. *Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI*. Fortaleza: Fundação Boiteux, 2010.

MARCHETTI, Paolo. *Testis contra se. L'imputato come fonte di prova nel processo penale dell'età moderna*. Milano: Giuffrè, 1994.

MELLO, Evaldo Cabral de. *A outra independência (o federalismo pernambucano de 1817 a 1824)*. São Paulo: Editora 34, 2004.

MENDES DE CASTRO, Manoel. *Repertório das Ordenações do Reyno de Portugal novamente recopiladas com as remissões dos doutores todos do Reyno, que as declararão, & concordia das Leys de partida de Castella*. Coimbra: Oficina de Manoel Dias, 1661.

MENDES DE CASTRO, Manoel. *Practica Lusitana, advocatis, iudicibus, vtro que foro quotidie versantibus, admodum utilis, & necessaria*. Olysiopone: Apud Georgium Rodericum, 1619.

OLIVEIRA, António Braz de; MARINHO, Maria José. *Devassa a que mandou proceder Sua Magestade no território do Alto Douro pelo Desembargador Antonio de Mesquita e Moura*. Lisboa: Biblioteca Nacional, 1983.

PEREIRA e SOUSA, Joaquim Jose Caetano. *Primeiras linhas sobre o processo criminal*. 3ª ed. Lisboa: Typo. Rollandiana, 1820.

PEREIRA e SOUSA, Joaquim Jose Caetano. *Esboço de hum dictionario juridico, theoretico, e practico: remissivo às leis compiladas, e extravagantes*. Lisboa: Typographia Rollandiana, 1825.

PRECIOSO, Daniel. Absolvida pela loucura: a mulata Rita e o furto dos brincos de uma imagem sagrada (Vila Rica, 1760). *Temporalidades*, v. 2, p. 110-119, 2010. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/temporalidades/article/view/5408/3335> Acessado em: 02 de março de 2021.

PIERANGELLI, José Henrique. *Processo Penal: evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru: Jalovi, 1983.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PUNTONI, Pedro. Da libra ao real: sobre a formação do sistema monetário português (1185-1580). *Revista de História*, São Paulo, n. 178, p. 1-38, 2019. <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9141.rh.2019.141351>

REIS, João José. *Rebelião escrava no Brasil: a história do levante dos malês*. São Paulo: Brasiliense, 1986.

REIS, João José. Recôncavo rebelde: revoltas escravas nos engenhos baianos. *Afro-Asia*, v. 15, p. 100-126, 1992. <http://dx.doi.org/10.9771/aa.v0i15.20837>

RIBEIRO, Ludmila Mendonça; DUARTE, Thais Lemos. Do processo penal colonial a reforma processual penal de 2008: análise sócio-histórica do Sistema de Justiça Criminal brasileiro. *Interseções - revista de estudos interdisciplinares*, v. 13, n. 1, p. 40-64, 2011. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/intersecoes/article/view/4604/3403> Acessado em: 2 de março de 2021.

SABADELL, Ana Lúcia. *Tormenta Iuris Permissione. - Tortura e Processo Penal na Península Ibérica*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

SANTOS, Edenir Vitória de Araujo. Auto de Devassa do crime de descaminho e contrabando: o inquérito, a verdade e os sujeitos históricos nos jogos do poder (Minas Gerais, Brasil, 1792). In: *V Colóquio Nacional Michel Foucault: a arte neoliberal de governar e a educação*. Uberlândia: EDUFU, 2017.

SALGADO, Karine. O Direito no Brasil Colônia à Luz da Inconfidência Mineira. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 98, p. 479-494, 1 jul. 2008. <https://doi.org/10.9732/82>

SCHMOECKEL, Mathias. *Humanität uns Staatsräson. Die Abschaffung der Folter in Europa und die Entwicklung des gemeinen Strafprozeß- und Beweisrechts seit dem hohen Mittelalter*. Köln: Böhlau, 2000.

SCHWARTZ, Stuart B. *Burocracia e sociedade no Brasil colonial: a suprema corte da Bahia e seus juizes: 1609 – 1751*. 1ª ed. Trad. Maria Helena Pires et al. São Paulo: Editora Perspectiva, 1979.

SCHWARTZ, Stuart B. *Segredos internos: engenhos e escravos na sociedade colonial, 1550-1835*. São Paulo: Companhia Das Letras, 1985.

TAVARES, Francisco Muniz. *História da revolução de Pernambuco em 1817*. 3. ed. Recife: Imprensa Industrial, 1917.

TEIXEIRA, Maria Lúcia Resende Chaves. *As cartas de seguro: de Portugal para o Brasil colônia - O perdão e a punição nos processos-crimes das Minas do Ouro (1769-1831)*. Tese (Doutorado em História Social) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. São Paulo. 2011.

VALIM, Patrícia. O Tribunal da Relação da Bahia no final do século XVIII: politização da justiça e cultura jurídica na Conjuração Baiana de 1798. *Tempo*, v. 24, n. 1, p. 117-139, 2018.

VALASCO, Alvaro. *Decisionum Consulationum Acrerum iudicatarum in Regno Lusitanae*. Venetiis: Bernardum Iutam, Ioan. Bapt. Cioottum & Socios. 1609, consultatio XXI, nº 10.

WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. *Direito e Justiça no Brasil Colonial – O Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

### **Additional information and author's declarations (scientific integrity)**

*Acknowledgement:* Agradecemos a historiadora Déborah Kelman de Lima, especialista em paleografia, que colaborou para a análise dos processos apresentados neste texto.

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

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

- *Ana Lúcia Sabadell:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.

- *Julio Cesar Costa Manoel*: conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.

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

### Editorial process dates

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

- Submission: 30/05/2021
- Desk review and plagiarism check: 01/06/2021
- Review 1: 20/06/2021
- Review 2: 22/06/2021
- Preliminary editorial decision: 29/06/2021
- Correction round return: 11/07/2021
- Final editorial decision: 16/07/2021

### Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 1 (RS e MG)
- Reviewers: 2

### HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

SABADELL, Ana Lúcia; MANOEL, Júlio Cesar C. Considerações sobre as Inquirições Devassas no Brasil: os casos do Recôncavo Baiano – Séculos XVIII e XIX. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 7, n. 2, p. 1019-1056, mai./ago. 2021. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i2.624>



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


# Torments Through Time: Pardon in Brazilian Military Penal Law between Early Modern Rules and Liberal Justice (Council of State, 1842-1889)


*O tempo e suas tormentas: recurso de graça no direito penal militar brasileiro entre regras de Antigo Regime e justiça liberal (Conselho de Estado, 1842-1889)*

**Arthur Barrêto de Almeida Costa<sup>1</sup>**

Università di Firenze, Italia

arthurbaretto@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/2059113750585151>

 <http://orcid.org/0000-0002-6906-0998>

---

**ABSTRACT:** Military criminal law in 19<sup>th</sup> century Brazil was governed mostly by the Articles of War (1763), which retained many characteristics from Early Modern punitive practices. Did pardon of soldier offenders too retained its older features, completing the logic of *Ancien Régime* punishment, based on the duality fear/love? To answer this, I analyzed the opinions of the Council of State, Section of Navy and War on pardon petitions. Contextualizing these data with criminal statistics from the armed forces, we can see that the death penalty was lavishly imposed, but capital sentences tended to be reduced going up in the judicial structure. This, coupled with the institutional design favoring a quick trial in military procedural law shows that the system was designed to instill fear, especially during the Paraguayan War. Pardons were frequently given to counter the harshness of the Articles of War, just like in the *Ancien Régime*, but new functions were added, like the correction of procedural errors. I concluded that pardon retained much of its older logic, yet military law was not “transitional”, but a natural complement

---

<sup>1</sup> PhD student in *Teoria e Storia del Diritto* at the *Università degli Studi di Firenze*. Master and Bachelor of Law at the *Universidade Federal de Minas Gerais*. Member of *Studium Iuris* – Research Group on the History of Legal Culture (CNPq/UFMG).

to the violent way of recruitment pursued by the armed forces.

**KEYWORDS:** Pardon; Military law; Military procedure; Council of State; Ancien Régime criminal law.

**RESUMO:** O direito penal militar brasileiro oitocentista era regulado principalmente pelos artigos de guerra (1763), que mantinham muitas características do direito penal de antigo regime. A graça de militares também retinha características anteriores, completando a lógica penal do antigo regime, baseada na dualidade amor/temor? Para responder a essa pergunta, analisei pareceres do Conselho de Estado, Seção da Guerra e Marinha sobre petições de graça. Contextualizando esses dados com estatísticas criminais das forças armadas, vemos que a pena de morte era imposta com frequência, mas tendia a ser minorada em instâncias superiores. Isso, juntamente com o desenho institucional que favorecia julgamentos rápidos no processo militar mostra que o sistema era projetado para provocar medo, especialmente durante a Guerra do Paraguai. Graças eram concedidas com frequência para suavizar a dureza dos Artigos de Guerra, como no Antigo Regime, mas novas funções foram adicionadas, como a correção de falhas processuais. Concluí que a graça reteve muito de sua lógica antiga, mas que o direito militar não estava “em transição”, mas oferecia uma resposta natural ao modo violento com que se dava o recrutamento de militares.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito de graça; Direito militar; Processo militar; Conselho de Estado; Direito penal de Antigo Regime.

**SUMMARY:** 1. “This grace hath brought me safe thus far / And grace will lead me home”: Introduction; 2. Antipodes of the future: military procedure and the place of pardon in imperial Brazil; 3. Towards waters of hope: an overview of Pardon in the Section of War and Navy of the Council of State; 4. Ominous storms and auspicious winds: reasons to decide in opinions on pardon from the Section of War and Navy of the Council of State; 5. “Was grace that taught my heart to fear / And grace my fears relieved”: pardon and the harshness of military law; 6. The horizons of time: final remarks; References

---

*O tempo, como o Mundo, tem dois hemisférios: um superior e visível, que é o passado, outro inferior e invisível, que é o futuro. No meio de um e outro hemisfério ficam os horizontes do tempo, que são estes*



*instantes do presente que imos vivendo, onde o passado se termina e o futuro começa. Desde este ponto toma seu princípio a nossa História, a qual nos irá descobrindo as novas regiões e os novos habitantes deste segundo hemisfério do tempo, que são os antípodas do passado<sup>2</sup>.*

Pe. Antônio Vieira

História do Futuro, p. 4

## **1. “THIS GRACE HATH BROUGHT ME SAFE THUS FAR / AND GRACE WILL LEAD ME HOME”<sup>3</sup>: INTRODUCTION**

If we are to follow through with the metaphor proposed by father Antônio Vieira, pardon would very much look like one of those Portuguese caravels that sailed the Atlantic from Portugal to the Bay of *Todos os Santos* or to the *Guanabara*: a small but defiant vessel cutting waters and linking two very different lands. But just as a decisively Portuguese ship, pardon could be said to belong to the first hemisphere of the globe of time, the antipodes of the future, to stay with the metaphor from our beloved Portuguese preacher.

Pardon, or, in Portuguese, *recurso de graça*, is the prerogative given to the monarch to forego or diminish the punishment imposed upon a convicted – frequently, capital punishment. In the *Ancien Régime*, this power was part of a very particular way to understand the role of the king, the *economia das mercês*. The monarch was seen as the benevolent father of his subjects, responsible to grant gifts to them as a response to the services they had rendered to the crown. This exchange, however, was not understood as a contract, by which similar values should be given as compensation one of the other; rather differently, both are considered to

---

<sup>2</sup> Translation: “Time, like the world, has two hemispheres: one superior and visible, which is the past, and other, inferior and invisible, which is the future. Between one and the other lies the horizons of time, that are these instants of the present that we go by living, where the past ends and the future begins. From this point begins our History, which will discover to us the new regions and the new inhabitants of this second hemisphere of time, that are the antipodes of the past”.

<sup>3</sup> Cf. the 18<sup>th</sup>-century English hymn “Amazing Grace”.

be freely given, thus creating a bond of gratitude between those involved in the relation – the anthropological theories of Marcel Mauss (2003) are currently used by the historiography as a model to reflect on this situation. In the context of the absolutist state, pardon, as a political prerogative, concentrates on the hands of the single sovereign. Criminal law was frequently be affected by this logic. The king, modelled after God himself, should both dispense justice harshly and fairly, on the one side, but must also be kind and generous, forgiving offenses. Fear and love, justice and goodness, punishment and pardon were the two entangled faces of Early Modern criminal law (HESPANHA, 1993).

Perhaps surprisingly, pardon was not dropped from the constitutions of most states after liberalism and constitutionalism made their triumphal entrance in the world of law. Presidents, governors, kings and emperors all over the world still pardoned. But now, the logics of the constitutional state would affect how penalties were forgiven by the state – though only to some extent. Historiography has already explored the contradictory and stimulating paths taken by pardon throughout the 19<sup>th</sup> century: Italy (STRONATI, 2009), France (DE BOER, 2008), Finland (KOTKAS, 2007), Germany (KESPER-BIRMANN, 2011), Argentina (CORVA, 2016) and the United States (STRANGE, 2011) are only some of the polities on which papers and books have been written discussing the undertakings of such a puzzling legal institution. In the last few years, Brazilians have also started to pay attention to royal clemency: some ink has been put on paper to discuss the role of the concept in the dynamics of the criminal persecution of slaves (RIBEIRO, 2005; PIROLA, 2015), on how dispossessed prisoners wrote their petitions (PIROLA, 2017; CÉSAR, 2021), pardoning practices on the second Council of State (COSTA, 2019a), legal justifications of the institute (COSTA, 2019b) and its debate in public opinion and administrative uses (COSTA, 2017). Some incursions in pardoning practices in colonial Brazil have also been made (MASSUCHETTO; LOPES, 2020). Igor Juliano Mendonça de Andrade (2017) even explored pardon petitions of soldiers to the Council of State, though he focused more on administrative rather than legal aspects. Though not complete – it can never be, after all – the literature on this subject now provides a lively picture on the legal practice of clemency in Brazil.

Yet, this canvas still has some white spots left. Just as pardon seems to come from the first hemisphere of time, another, related body of law also shares waters with the septentrional flow of years, with the boreal pace of the world: military law. My proposal is to join together these two dishes spiced with flavors of the past to better grasp how the underground movement of the currents beneath the horizons of time provide for a complex synthesis between past and future, experience and expectation that constitutes any given legal order. My article, then, aims to understand the pardoning practices of the Section of War and Navy of the Brazilian Council of State, the advisory board that assisted the emperor to use the prerogative of art. 101, § 8 of the Brazilian constitution on his subjects serving in the Army and the Navy. My object is simple – almost naïve – but my interest is not restricted to the administrative practice of a single body of advisors. It rather lies in the doldrums, that area near the equator where winds from north and south converge and where the fears of all seamen materialize; that is, on how different temporalities and sets of norms interplay and interact to form a – more or less – coherent legal order applicable to concrete people.

Why was military law a deed of the past? It is not simply a matter of the age of its regulations; some laws can be old and up to date at the same time. No: the chasm between military regulations and 19<sup>th</sup> century law ran deeper. Until the 1890s, the criminal law of the armed forces was governed by the Articles of War, two separated bodies of regulations, one produced for the Army in 1763, and the other for the Navy in 1799. These two regulations were enacted within the context of the Pombaline reforms in Portugal that brought the Iberian kingdom in line with the illuminist ideals of administrative rationality and enlightened despotism. Particularly on military administration, the reforms<sup>4</sup> were carried under the leadership of the Count of Lippe<sup>5</sup>, a German noble that brought the Portuguese Army in line with Prussian discipline<sup>6</sup> – not famous for its forgiveness. Humanism was mostly absent: most of the logic of early

---

<sup>4</sup> Particularly on the reforms concerning military justice, cf. Adriana Barreto de Souza (2016).

<sup>5</sup> On the passage of the Count of Lippe in Portugal, cf. Fernando Does Costa (2012).

<sup>6</sup> On the logics of government behind the reforms, cf. Fernando Does Costa (1998).

modern criminal law remained. For instance, the Articles of war of the Army determined the death penalty of many offences, while the precise punishment for others was trusted to the not particularly mild discretion of judges. The article 80 of war of de Navy determined that whenever an offense was not explicitly established in the document, but the responsible officer judged worth of punishment, he could inflict a penalty on the offender: the *arbitrium*, this power to go beyond the letter of the law, a fundamental feature of the theory of criminal jurisdiction in the *Ancien Régime* (MECCARELLI, 1998), still held sway over legislative practice. Moreover, the tribunals that applied military law were subordinated to the executive, and most of their members were appointed *ad hoc* for each trial. One could hardly find any trace of the separation of powers and the distinction between administration and jurisdiction so cherished by 18<sup>th</sup> and 19<sup>th</sup> century philosophers. The Supreme Military and Justice Council, the apex organ of military justice, was both a tribunal and political council, created in 1808 in Brazil using the statutes of its Portuguese counterpart from 1643. Finally, military law was not a specialized field, as one would expect, but an umbrella bringing together regulations with different natures. Administrative and criminal punishment are not very clearly separated, and procedural and substantial law are treated in a blurred *continuum*. Therefore, whenever I talk about “military law”, procedure will always be comprised, caught in a complex mixture with substantial law.

It is not hard to understand why the historiography has described this normative babel as a “Lusitanian legal legacy” (NASCIMENTO, 1999), an “inheritance from the Portuguese Old Regime” (SILVA, 2007), a “gothic building among modern institutions” (SOUZA, 2012). The antique scent of military law is even more pronounced when compared with common criminal law, codified in 1830, and common criminal procedure, codified in 1832. Yet, only one side of the coin has been so far minted in the officers of historians. Early modern Criminal law is based in fear and love: if the scholarship on the bleak punishments is strong – one could only remember the 1910 revolt of the whip – little has been done to clarify the more graceful side of pardon. This is the gap my article aims to fulfill. Pardon and military law: the combination of these two northern winds could bring the seeds from which strangeness could blossom – and a stimulating historiographical debate can flourish.

Yet, how should we describe this intriguing composite, a law of the past existing in a completely new context, arguably incompatible with it? Pietro Costa (2019) has discussed the uses and frequent abuses of the notion of “transition” in historiography. For the Italian historian, transition can only mean more than a metaphor when it describes not a simple passage – since all of history is about a flow of change between the infinitely distant past and the infinitely ungraspable future. Transition must mean a period of experimentation and uncertainty between two logical coherent structures. It describes the realm of tension, the middle land between two clearly identifiable stages. Was Brazilian 19<sup>th</sup> century military law and its procedure “transitional”? Or was it “anachronical”: a “dischronical” example of a past temporality intruding into a new context<sup>8</sup>?

But before answering what military regulations and procedure meant for the larger body of Brazilian law, we must understand what it was and how it worked. We shall now map the norther and southern currents transporting this ship between both sides of the horizons of time.

## **2. ANTIPODES OF THE FUTURE: MILITARY PROCEDURE AND THE PLACE OF PARDON IN IMPERIAL BRAZIL**

The flotillas of Portuguese legislation found a safe harbor in Brazilian military law, a true shelter that would protect them from the raging winds of liberalism. Military procedure, caught between the judicial form and its location within the executive branch, mostly preserved the ancient features of the Portuguese tradition – at least from the late 18<sup>th</sup> century reforms that brought the Army in line with the quest for efficiency, while insulating Portuguese soldiers from the novelties shaking the criminal law of the civilian world, such as abolition of death penalty, accusatory system, mild penalties based on rational calculus, etc.

---

<sup>7</sup> For an enlighten discussion on the historiographical concept of transition, cf. Pietro Costa (2019).

<sup>8</sup> For an initial, but clarifying discussion on the multiplicity of times in history, cf. Didier-Huberman (2003).

Military procedure<sup>9</sup> in 19<sup>th</sup> century Brazil was made of three major phases: preparatory, the Council of War and the Supreme Military and Justice Council, respectively responsible for indicting soldiers or not, judging them on the first level court and hearing appeals from decisions. Brazilian legislation established four different types of preparatory councils: Council of Discipline, which investigated crimes of desertion of enlisted personnel; Council of Investigation, first type, to rule on crimes in general; Council of Investigation, second type, to rule on desertions of officers; Council of Investigation, third type, to rule on desertion of troops in times of war. Each one of these six councils – that worked as courts – were governed by a complex set of rules, though the process in each one was rather quick and informal. I will spare my reader from the excruciatingly technical details of the procedure, but will only highlight the major characteristics that unite all these institutions.

The first aspect that should be noticed about them is that most seats in their banks were meant to be occupied by soldiers: Councils of Investigation and of Discipline would have three or five members, all soldiers, while the Councils of War were made of six soldiers and a single civilian; the Supreme Military and Justice Council had nine generals and six civilians. The second characteristic was that the Councils of Investigation, Discipline and War were not permanent: officers were appointed to them *ad hoc* for each process. Third, the legislation regulating these institutions was complex and blended documents from colonial times and independent Brazil. Councils of War, for instance, were regulated by the *alvará* of 21 February 1816, concerning the Portuguese Army, and was given force of law by a provision of the Supreme Military and Justice Council. The Council of Investigation of the first type – the most important one – was governed by a mix of sparse documents, as Thomaz Alves Jr (1866b, p. 150 ss.) shows: the regulation of 8 May 1843, that determined the powers of the

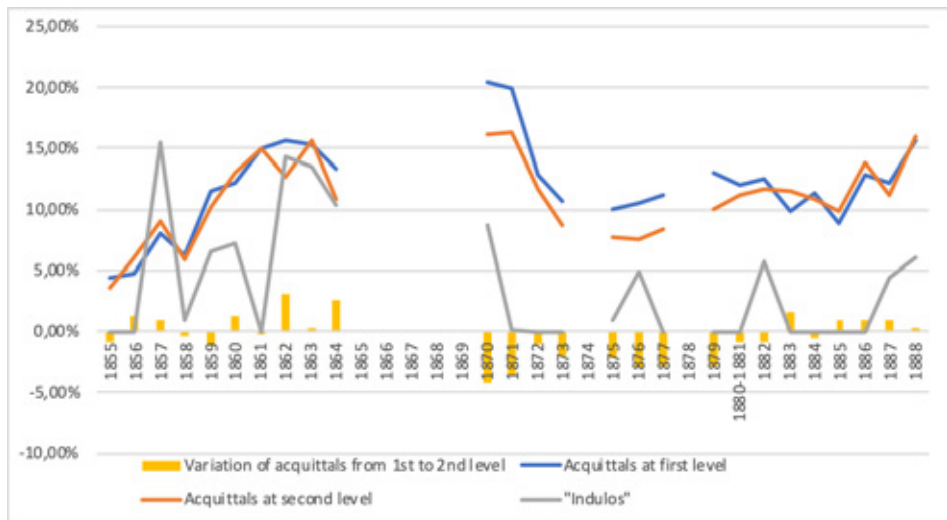
---

<sup>9</sup> The following description follows the work of Thomaz Alves Jr (1866, p. 146-171) and the compilation of Antônio José do Amaral (1872, p. 322-394). I also consulted the work of Augusto de Arruda (1878, p. 250-268), but it mostly copied Thomaz Alves Jr, with slight modifications of the wording of some phrases.

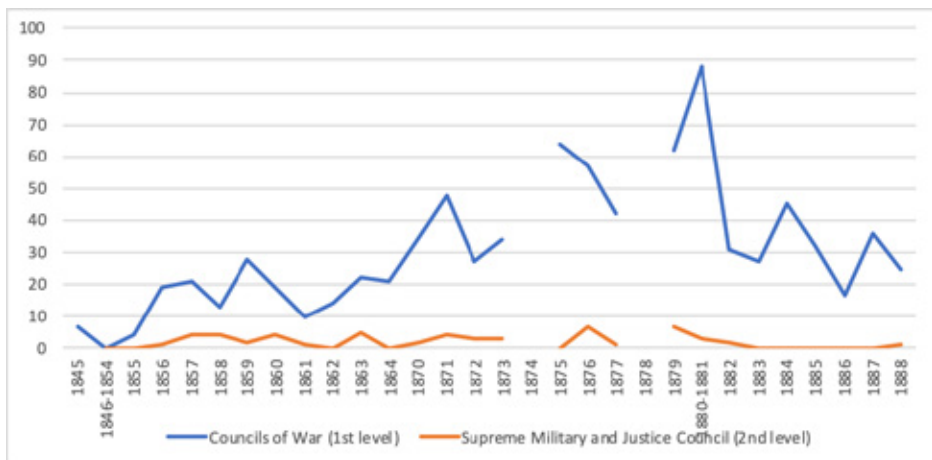
commanders of arms, some provisions of the civilian Code of Criminal Procedure of 1832 used by analogy etc. Apparently, there was not a single, systematic document containing a general framework within which this institution should operate or organizing the different sets of norms. The Indicator of the Military Legislation (*Indicador da Legislação Militar*), a private compilation of sources of military law, lists two laws and one decree with articles dealing with Councils of Investigation and one provision, six ministerial communications (*avisos*), one order of the day and one imperial resolution regulating specific aspects of those organs (AMARAL, 1872, p. 327-337). No document treated it in a systematic way; only one decree (1680 of 24 November 1855) went somewhat further: it approved the *formulário* of military procedures, that is, the models of bureaucratic documents, from which is possible to infer how the deeds of military justice must work. But this is indirect rather than solid evidence. From a legal point of view, the procedure was quite fluid and resulted from the confluence of different documents of different levels, many of which did not even exist in Brazil after the independence, such as *alvarás*, for instance.

Once the Council was appointed by the commander of the corps in which the offense had been committed, the lawsuit was supposed to go through all stages. Even when the Council of Investigation (or Discipline) did not indict the defendant, a Council of War should be formed – something criticized by Thomaz Alves Jr. (1866b, p. 157) for being against the modern perspectives of criminal law and its procedure. Either convicting or acquitting, the Council of War would be followed by a necessary appeal to the Supreme Military and Justice Council. And, if the defendant was finally sentenced to death after all this drama, his documents would be immediately sent to the emperor to value whether the case merited his imperial clemency, as the law of 11 September 1826 mandated. When a lesser penalty was imposed, the prisoner could choose if, when and how he would write a pardon petition.

How did this system work in practice? The next two graphics provide an overview of the sentencing practices of the system of military justice.



Graphic 1 Acquittals in sentences of the Military Justice and the variation between first and second level acquittals (1855-1888). Source: elaborated by the author from the Reports of the Ministry of War.



Graphic 2 Death sentences in the 1st (councils of war) and 2nd level (Supreme Military and Justice Council) of the Military Justice. Source: elaborated by the author from the Reports of the Ministry of War.



The first graphic shows that being indicted was not the best of businesses for a soldier: the indexes of acquittal hovered between the high single digits and 20% percent. The number of people accused helps to put some perspective to the menacing environment that could affect the Army: each year, ca. 600-800 people were convicted of some crime; considering that, apart from when Brazil was at war, the Army was made of a maximum of 14-16 thousand troops and no more than 2000 officers<sup>10</sup>, we can conclude that, in a typical year, at least three percent of the members of the Army received a criminal conviction. Not the best work environment.

Surprisingly, though, the Supreme Military and Justice Council was mostly a source of hope for the convicted. The first graphic shows that in the 1850s and the 1860s, the government frequently issued *indultos*, that is, general pardons for those accused of desertion; this privilege was usually recognized precisely at the second level and could affect up to 15% of all soldiers convicted in a given year. Only in the 1870s the Council consistently convicted more than the Councils of War. Yet, the second graphic is the most glaring glimpse into the mild hand of the councilors: they seldom upheld the death sentences issued by their colleagues at the lower level. While the Council never issued more than seven capital convictions in a given year, the Councils of War sentenced more than 20 men to death most of the years in my sample.

The system of military justice could be confusing and frightening, especially for the troops that lacked education – many of them could barely read – and lived under a constant threat of violence and intimidation. However, once in the system, the soldier should expect to face progressively softer treatment as he went higher in the decision levels. From the almost despotic power of officers all the way up to the judges and generals in Rio de Janeiro, the glooming ladder of justice would sparingly administer drops of compassion. Sparingly, though: the specter of death always haunted those walking in the corridors of Military Justice.

Yet, one last hope persisted: imperial clemency.

---

<sup>10</sup> Information constructed by me analyzing the yearly reports of the ministry of war.

### 3. TOWARDS WATERS OF HOPE: AN OVERVIEW OF PARDON IN THE SECTION OF WAR AND NAVY OF THE COUNCIL OF STATE

Why were people pardoned, and how often?

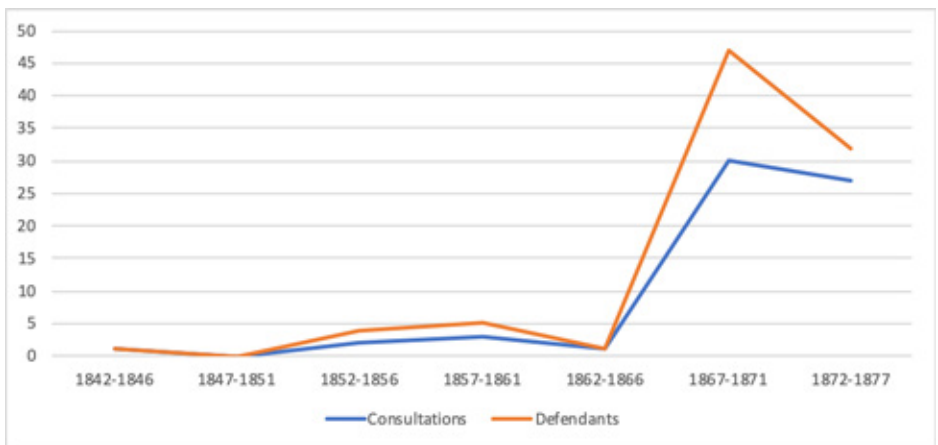
We can only imagine the dreadful anticipation of an impending death sentence, the gloomy thought of life imprisonment, the dreadful image of one's suffering before a military council. Historiography has already shown the strategies and emotions dropped in the papers destined to become pardon petitions (PIROLA, 2017; CESAR, 2021), and how ink draw the images of despair to appeal to the emperor's heart and clemency. I will concentrate on the other side of this relationship forged with anguish. I cannot discover what was hidden in the heart of the emperor, but I can analyze what his councilors wrote. This can be found in the *Consultations to the council of state regarding matters of the Ministry of War*, published between 1872 and 1890 by order of the Imperial Government by Manoel Joaquim do Nascimento e Silva, except for the first volume, compiled by Cândido Pereira Monteiro. Since both men were head of section at the Ministry of War and the compilation was composed by order of the government, we can say that it had some sort of "official" nature and was representative of the practice of the Council. I consulted the four volumes that cover the period between 1842 and 1877. Though not complete, this work yields a satisfying picture of the Council of State and its opinions in the empire.

I found 63 consultations referring to 89 people. As the Council of State performed a merely advisory role before the emperor, its opinions were merely a suggestion, since the power to pardon and commute sentences was invested solely on the monarch as the embodiment of the moderating power. Extensive intellectual prestige, however, instilled moral authority into the oracles of the Council: the towering figures of Brazilian law and politics seated in its sessions and its decisions were considered as reference for the Brazilian courts and law. Intellectual authority prompted the emperor to defer most of the time – though not always – to the Council.

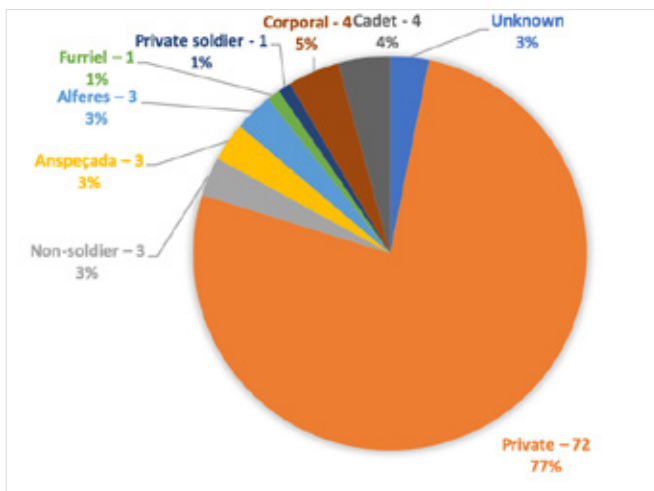
The compilation I used do not contain all the decisions from the emperor nor the complete series of opinions, but I believe they

cover most of the ground. Andrade (2017, p. 81), for instance, found in the National Archives in Rio de Janeiro only 50 consultations on pardon petitions written by the Section of War and Navy, 13 less than can be find in the compilations: this is one of the few cases when published collections are more complete than the administrative records retrieved from the very belly of the bureaucratic beast. Moreover, a simple estimative proves that my sample is representative: graphic 2 shows that, for the 30 years between 1845 and 1877 for which we have data, an average of 2,41 death penalties were imposed each year; extrapolating this number, we should expect to find ca. 85 capital sentences between 1842 and 1877. Graphic 5 will show that Nascimento e Silva and Monteiro have collected opinions on 62 death sentences. At least for capital punishment, my sample is solid and probably the best evidence available, though not complete. My conclusions, therefore, are consistent – or at least I think so.

Who flocked the council with their pleas for freedom? The next two graphics provide an initial figure:



*Graphic 3 Consultations on pardon from the Section of War and Navy of the Council of State and number of defendants they refer to by periods of five years.*

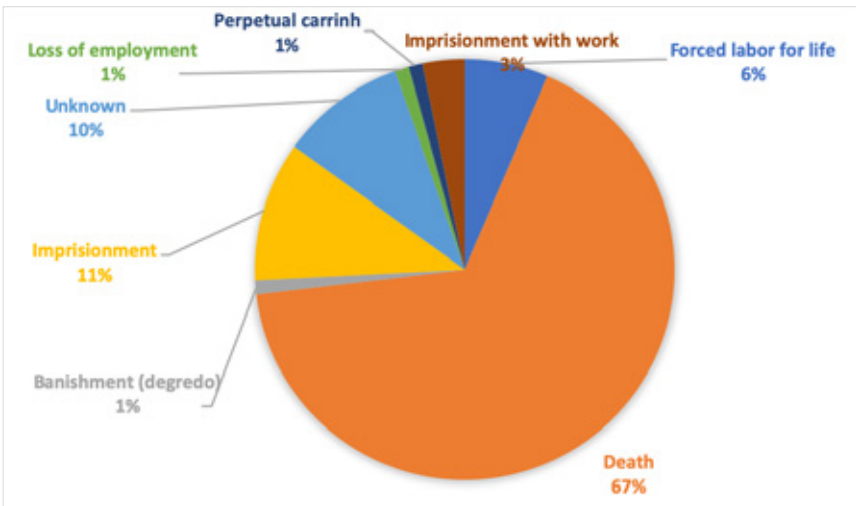


*Graphic 4 Ranks of soldiers whose pardon petitions were analyzed by the Council of State and included in the Compilation by Nascimento e Silva (1842-1877).*

Between 1865 and 1870, Brazil was involved in the most destructive war to ever struck South America, the Paraguay War; this might explain the increase in published consultations observed in the two last periods of graphic three. If desertion was already a dreadful crime under the rule of military honor, it grew even more heinous when it happened during war, before the enemy, out of cowardice. And many more crimes were added to the list of military offences in times of war by the law 631 of 1851, most of them punished by death. To stay with a single example, in the provinces where the operations of war were taking place or in territories occupied by the Army, it was a crime to “enter into fortresses by places other than doors and other ordinary entrances” (art. 1º, 5). Punishable by death. Under such a harsh regime which aimed to maintain soldiers in line, it is not hard to imagine injustices taking place – or, in some cases, as for the provision I have just cited, it is uneasy to fathom justice happening. Providing information for soldiers and their lawyers in pardon cases would be of ultimate use at a time when the death penalty was always lingering – the government compilations were providential for soldiers trying to save their lives, or for their lawyers.

All the more when the preferential clientele of justice was of limited means, as graphic 4 shows. Almost 80% of the convicted that claimed mercy before the emperor in my sample were mere privates, the very first step in the military career, a position filled mostly by recruits from outside the army. Untrained. Illiterate. Uneducated. Few of them could properly defend themselves before court. Many would be little experienced in the meanders of military justice and in the particular language of law. Only 3% of the sample are officers, and even those belong to the very first rank – that of *alferes*<sup>11</sup>. Besides this small group, 5% of defendants were cadets or private soldiers – categories meant for the sons of noble, military or bourgeois families before they become officers, meaning that they were presumably educated. All in all, those that had to request pardon were mostly citizens of the lowest categories of the Army: impoverished, destitute, punished.

What were their crimes? How were they punished?



Graphic 5 Penalties given to soldiers whose pardon petitions were analyzed by the Council of State and included in the Compilation by Nascimento e Silva (1842-1877)<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Corresponding to the contemporary second lieutenant.

<sup>12</sup> Values: perpetual *Galés*: 6; death: 62; banishment (*degredo*): 1; imprisonment: 10; unknown: 9; loss of employment: 1; perpetual *carrinho*: 1; imprisonment with work: 3.

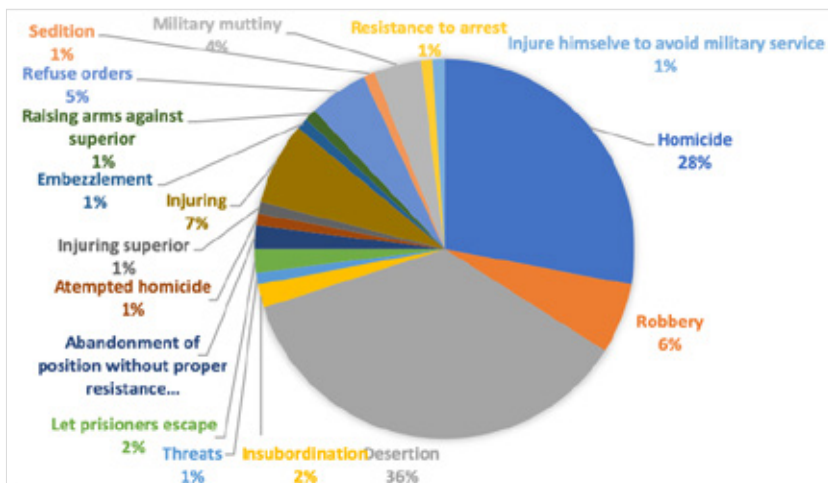
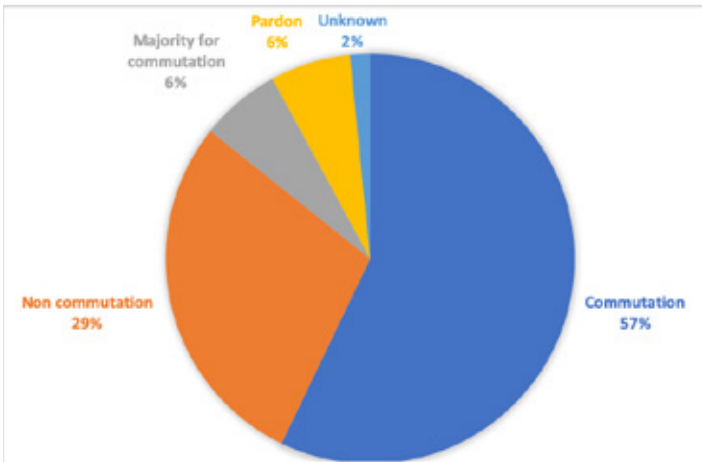


Gráfico 12 Crimes committed by soldiers whose pardon petitions were analyzed by the Council of State and included in the Compilation by Nascimento e Silva (1842-1877)<sup>13</sup>.

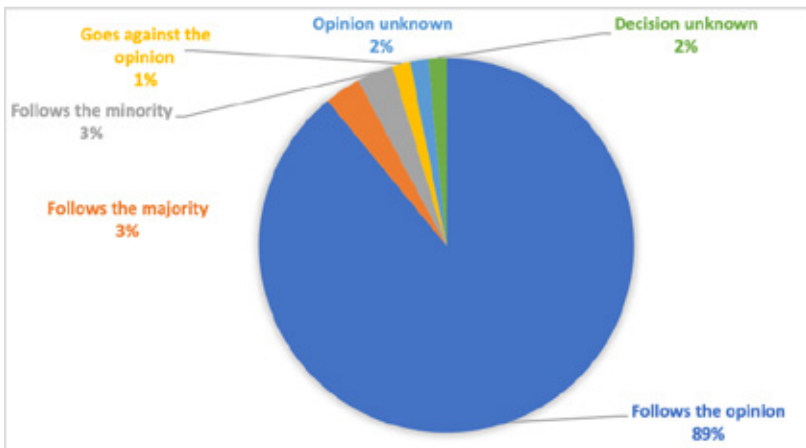
Harshly. That is how those soldiers were punished. Almost two thirds of them got death sentences, as graphic 5 shows. The quest for intimidation pursued by the government had appalling consequences. And only slightly more than a quarter of the convicted had committed homicide; the others were meant to die for lesser offences. Personal injury, threats, insubordination, mutiny: those are some of the crimes from which one could be sentenced to death in the 19<sup>th</sup> century Brazilian Army. But the major source of inmates for the death row was desertion: the fear of all commanders, the bleeding wound of armies, the final denial of military duty, and - as lawyers put it today - the ultimate military crime. There were at least three different types of desertion for the troops and five types for officers, each one carrying a special penalty and particular dishonor. Diversity of crimes, monotony of punishment: when one goes from legal regulation to judiciary practice, death is the most common consequence to be faced by soldiers running from the line of duty.

<sup>13</sup> Values: homicide: 28; robbery: 6; desertion: 36; insubordination: 2; threats: 1; let prisoners escape: 2; abandonment of position without proper resistance: 2; attempted homicide: 1; injury to superior: 1; injury: 7; embezzlement: 1; raise arms against superior: 1; refuse orders: 5; sedition: 1; military mutiny: 4; resistance to prison: 1; injure himself to avoid military service: 1.

Was hope futile? To find if the convicted soldiers were indeed doomed, one has to look at the outcomes of pardon requests.



Graphic 6 Opinions from the Section of Navy and War of the Council of State concerning pardon appeals compiled by Nascimento e Silva<sup>1</sup>.



Graphic 7 Decision of the Emperor regarding the opinions from the Section of Navy and War from the Council of State on pardon petitions published in the compilation by Nascimento e Silva<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> Numeric values: follows the opinion: 57; follows the majority: 2; follows the minority: 2; goes against the opinion: 1; decision unknown: 1; opinion unknown: 1.

The balm of imperial clemency, as some called it, was not an empty promise. In almost 70% of the cases, at least the majority of the Section of War and Navy recommended at least the commutation of the penalty, and sometimes suggested even a full pardon. The emperor was thoroughly deferential towards the authority of the councilors: he bowed before their legal wisdom almost 90% of the times.

Clemency was not uncommon. But what did a defendant had to do to deserve mercy?

#### **4. OMINOUS STORMS AND AUSPICIOUS WINDS: REASONS TO DECIDE IN OPINIONS ON PARDON FROM THE SECTION OF WAR AND NAVY OF THE COUNCIL OF STATE**

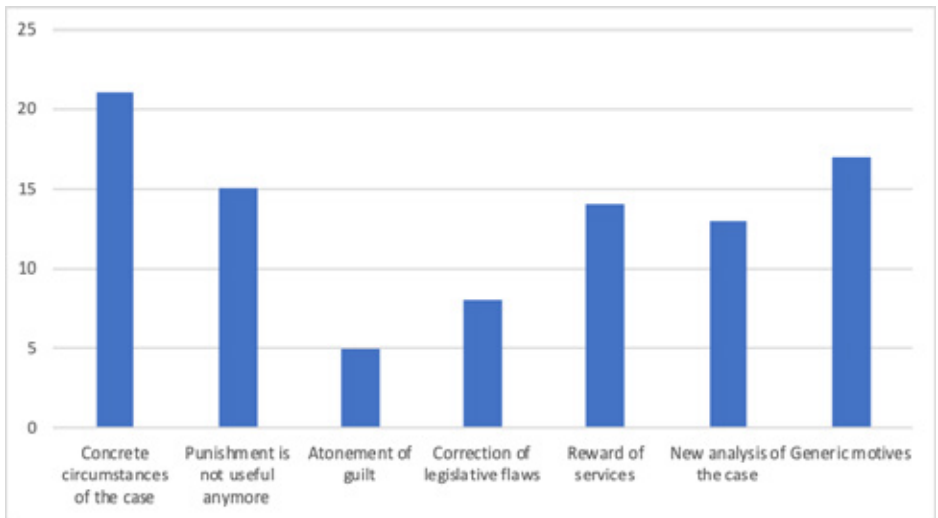
Mercy streams out of the heart of the emperor. In less poetic and more legal terms, this means that there were no legal regulations determining why the monarch should pardon or commute penalties. No reference, no list of motives enshrined in law, but only the laconic art. 101, § 8<sup>th</sup> of the 1824 constitution. Unsurprisingly. Mercy belongs to the moderating power, that is, the special branch of government imagined by Benjamin Constant and written into the Brazilian political chart. The fourth branch, the special power of the monarch, was meant to restrain the excesses of other branches of government and, therefore, was not supposed to be limited by ordinary laws. Yet, jurists are avid fillers of voids: whenever a law is silent, a lawyer will try to speak on its behalf. Pardon was no different.

Brazilian constitutional thought singled four different justifications for the right of pardon (COSTA, 2019b, p. 265-275): 1) reconcile the abstract law with the justice in concrete cases; 2) recognize that the defendant had atoned for his guilt; 3) correct limits of the legislation (for instance, counter too harsh a law or correct judicial errors that lack an ordinary legal remedy); 4) reward services for the State. This last justification was not present in most authors of Brazilian constitutional law, but was discussed in parliament and referred to in case law (COSTA, 2019b, p. 274-275). In short, mercy was supposed to account for unpredictable circumstances: to consider the personal qualities whenever the law was too impersonal, to relinquish a punishment that had become socially useless



after it was rendered, to take into account evidence that had surfaced after no appeal could be filled anymore. And, of course, the emperor could pardon simply out of the goodness of his heart<sup>15</sup>. Pardon was meant to capture the chancy and tricky nature of the human condition and assure that the errors committed by the convicted would not be overpassed by the cruelty of the State. Through the gates of clemency, compassion could heat the cold realm of law.

Did the state councilors follow the guidance of lawyers? In the next graphic, we can find the reasons the Section of War and Navy used to justify its decisions, whether pardoning or not:



*Graphic 8 Reasons used by councilors to decide on pardon petitions presented before the Section of War and Navy of the Council of State (1842-1877).*

Concrete circumstances of the case (21 cases). These reasons shows that the Council of State was looking deeper into the actions of the defendant to understand if he deserved or not a milder treatment.

<sup>15</sup> In the second Council of State, for instance, it was common for the emperor to single out some prisoners to be pardoned to commemorate the passion of Christ (COSTA, 2019a, p. 2358-2359).

Under this label, we find: attenuating circumstances (19), self-defense (1), aggravating circumstances (1). Military laws were rather vague and usually did not provide for attenuating circumstances. Most defendants could expect death as a probable outcome of their lawsuits. Pardon granted under these circumstances allowed the State to dwell deeper into the reasons of the crime, possible contributions from other actors and factors and, in short, to grasp the full context of the offense. This can, therefore, be understood as falling under the first theoretical justification of pardon: conciliation between the rigors of the law and the justice of the single case. One clamorous example regards one of the few officers in our sample, *alferes* Luiz Gabriel de Paiva (NASCIMENTO E SILVA, 1885, p. 101-105). Commanding a small corps in the Paraguay War, he was given the responsibility to defend a terrain in front a swamp against an advance from Paraguayan forces. After being under attack for 15 minutes, he withdrew to a safer position, meeting other officers from the allied Army, and they were able to repeal the enemy. For this, he was sentenced to death based on the article 3 of War – retreat without proper resistance. After this dreadful outcome, he alleged in his pardon petition that several circumstances induced him to act as he did: the position was dangerous, so much that the Army never occupied that place again; the horses his soldiers were using were weak and ill-fed; his subordinates were inexperienced and some of them were mere children, that would be unreliable in combat; and, on the top of it all, they were outnumbered by the Paraguay forces. The Council weighted how difficult and worthless it was to keep that position and added that Paiva was an unexperienced officer at the very beginning of his career: a commutation was in order. The emperor resolved that Paiva deserved the milder and gentler penalty of forced labor for life.

Punishment is not useful for the state (15). Criminal policy is the governing principle here, though this expression did not exist at the time – not explicitly. Under this label, we find: long time between conviction and the execution (10); the crime had been committed out of the empire (2); the defendant could still be useful for the empire (1); the family of the defendant needed him (1); other defendants convicted for the same crime had had their penalties commuted (1). These cases belong to the same brand of reasoning as the previous category: that of

fairness [*equidade*], that is, concrete justice, but applied to a different time. If on the previous category, the Council aimed to treat fairly the convicted for what they did, here they look at what happened to them; that is, in the first case, the crime is the object of analysis, while in the second, imprisonment and life outside of it are the *leitmotiv*. Past and future, crime and punishment, offense and usefulness. Here, if an offense had been committed long ago or far away, it could be pardoned or at least commuted, for the punishment would not intimidate the people, but only stimulate compassion for this victim of the rage of a State that could not forget an ancient felony. But what counted as long time is much different than we would imagine today. Military procedure was designed to be really quick and to produce an immediate impression over soldiers: before the crime faded away from their memories, they were supposed to witness its dreadful consequences. Private Targino José de Lima, for instance, won a commutation of a death sentence for he spent more than a year without being executed (NASCIMENTO E SILVA, 1885, p. 126). We can only imagine what the Brazilian Council of State would think of nowadays prisoners that await years before facing court! In the barracks, procedure is quick and merciless: both the Council of Investigation and the Council of War seemed to be supposed to last no more than a single day; military discipline could wait no more to curb the smell of riot after a mutiny or insubordination had happened. Discipline was queen and example was her most beloved valet.

Atonement of guilt (5). This comprises one of the most important theoretical justifications of pardon, though judicial practice seemed to have not used it very often. When the offender had regretted his actions, he should be released, for punishment had already accomplished its goal. In 3 occasions the councilors cited good behavior to release the convict. However, the reasoning could go the other way around: bad behavior was once cited as reason to keep the petitioner behind bars. Finally, in one opportunity, the Section of War and Navy remarked that the convicted had been serving his sentence for too little time: he had not yet had enough time to atone for his guilt and, therefore, should wait more before asking to step outside of prison. Usually, to prove they had expiated their guilt and repented, inmates sent an opinion of the director of their penitentiary attesting good behavior; it was presumed that, since they

had been regenerated, the punishment was no longer needed. This was the case in the consultations of 17 July 1872 (NASCIMENTO E SILVA, 1885, p. 523) and 26 July 1871 (NASCIMENTO E SILVA, 1885, p. 439).

Correction of legislative errors (8). At least 8 cases mention how harsh the articles of war were. Faced with petty offenders that did not pose any danger, judges frequently had to impose rigorous legal responses, for the 18<sup>th</sup> century legislation did not leave much room for compassion. The only possible exit for this conundrum was precisely royal mercy.

Reward of services (14). Pardon was used as a way to compensate faithful subjects that had worked on the behalf of the empire, but latter failed to comply with their duties before the law. Just as a medal recognized extraordinary services, pardon could honor dignified actions. Those grounds were remembered both to grant pardons (12) as well as not to grant clemency when the defended had rendered bad services in his previous career (2). Once more, we can cite *alferes* Luiz Gabriel de Paiva. After his sentence was downgraded to life in prison, his mother sent another petition that was signed by 2 thousand inhabitants of the cities of Rio Grande and Pelotas. She asked for a complete pardon, since she was 70-years old and needed his son to take care of her. The procurator of the crown sent an opinion, agreeing with all the circumstances that the defense had alleged, and adding that all the commanders that had worked with Paiva praised his service. After that, the emperor agreed that Paiva deserved to be released from prison (NASCIMENTO E SILVA, 1885, p. 437-440).

New analysis of the case (13). Now, we are leaving the safe terrain of the traditional justifications of the right to pardon and to commute sentences and entering into the shady world of the modern uses given to the institute. In almost all opinions, the Council of State remarks whether the lawsuit had or had not complied with all procedural formalities. This indicates that pardon was not simply the traditional royal power that it was meant to be, but had been transformed into an appeal and was incorporated into the traditional pace of Brazilian military procedure, as the books of military law imply (ALVES JR, 1866, p. 168-171). Curiously, this went against what the Section of War and Navy preconized itself: in the consultation of 21 January 1871, it declared that reassessing evidence amounted to unconstitutionally taking the place

of the judiciary (NASCIMENTO E SILVA, 1885, p. 385). It is sometimes hard to be coherent. This category includes: procedural irregularities (5); errors in defining which crime has been committed (4); lack of sufficient evidence (2); different decisions between first and second level judges (1). As we can see in the last two types of reasoning, the Council of State also re-evaluated legal evidence and considered whether the judges had correctly ruled according to the facts. An exemplary case of procedural rules being discussed was debated by the Section of Navy and War in 26 August 1844 (NASCIMENTO E SILVA, 1884, p. 49-50). Manoel Bernardes de Alcântara was convicted to 10 years of exile in the island of Fernando de Noronha for embezzlement: he had appropriated money of the battalion for himself and fellow soldiers. Alcântara, however, was a “contracted musician”, that is, a civilian that wore military clothes and worked in the battalion, but was not a soldier. He had been acquitted by the civilian justice, but the Council of War that convicted the two soldiers that worked with him had sentenced him. The Council of State suggested that a commutation should be used to counter the procedural error of judging the case in the wrong judicial system. However, they did not go as far as suggesting a fully-fledged pardon, for they considered that the evidence implied that Alcântara had committed a crime indeed and “he well deserved punishment” (NASCIMENTO E SILVA, 1884, p. 50). Not only fairness was considered: documents, testimonies and procedural rules could also be discussed. From exception to routine, from political to legal, from compassion to technicalities, pardon underwent a path with such reasonings that turned it into a more mainstream feature of Brazilian military law and procedure: not only a providential help from the sovereign, but a routine aspect of the administration of justice.

Generic motives (17). Sometimes, it is challenging to find grounds for pardon in a case, be it for apathy from the councilors or plainness of the facts under consideration. This happened frequently in the Council of State, and the (lack of) reasons of the opinions show it: lack of motives to grant pardon (8); the allegations of the defendant were not proved (7); seriousness of the crime (2).

Pardon could therefore be seen as a blend of Early Modern ideals of goodness and clemency as they were received by the Brazilian constitutional thought, on the one side, and, on the other, new usages,

especially the practice of pardon as if it was an appeal of last resort. Generally, one could say that the four motives of pardon prescribed by the Brazilian doctrine of constitutional law were followed to a certain extent, though not always. Yet, the Council of State was not simply following the lead of other writers; being the highest administrative body of the country, it gradually developed a certain degree of self-awareness that amounted to the building of case-law and precedent (*jurisprudência*). I shall explain myself.

In 29 August 1868, the Section of War and Navy was discussing the cases of private Manoel das Mercês e Silva and *anspeçada* Francisco de Sant'Anna Lima, both sentenced to death for homicide. Both of them had their disagreements with superiors and had injured their officers, which shortly after died (NASCIMENTO E SILVA, 1885, p. 119). Both alleged to have committed their crimes under a state of hallucination for fear of an impending physical punishment they were meant to suffer. However, instead of simply discussing whether or not such reason was worth a commutation, the Viscount of Abaeté, Antônio Paulino Limpo de Abreu, discussed theories on the reasons that should authorize the monarch to wield his pardoning power<sup>16</sup>. After dismissing the theory of Dalloz that pardon was a matter of sentiment, he makes reference to a Belgian scholar and politician called Jean-François Tielemans, author of a work called *Repertoire de L'administration et du Droit Administratif de la Belgique* (NASCIMENTO E SILVA, 1885, p. 123). Tielemans suggests three hypotheses that should authorize the granting of commutations: judicial errors; reason of State or humanity; when someone was convicted on the grounds of a law later revoked. Abaeté also adds that, since one of the very bases of military law are quick rulings, whenever a harsh penalty took too long to be implemented, the defendant should be pardoned.

In the following years, this list would be consolidated by repeated use by the Council of State, and particularly by Abaeté himself. In a consultation of 17 November 1872, the Viscount mentioned that, beyond the three hypotheses suggested by Tielemans, the Section of War and

---

<sup>16</sup> On the trajectory of Abaeté at the Council of State, cf. Magalhães (1939, p. 287-294)

Navy had been granting commutations in only three exceptional cases: when the convicted was a minor and the crime was committed with other attenuating circumstances; when the convicted had rendered valuable services to the Nation; when so much time had elapsed that the memory of the crime had faded and an example was not needed anymore. Abaeté even drew a table of nine cases decided in the previous three years by the Section that fell under those hypothesis (NASCIMENTO E SILVA, 1885, p. 527). Some sort of case law was slowly emerging, and the three criteria of Tielermans, augmented by the Council of State, would be cited again to guide decisions of the Section; for example, in the resolutions of 2 January 1870 (NASCIMENTO E SILVA, 1885, p. 244-249) and 21 January 1871 (NASCIMENTO E SILVA, 1885, p. 384).

The six justifications conveyed by Abaeté are more specific than the ones traditionally raised by Brazilian constitutionalism, and are not discussed from a theoretical point of view: they are simply mentioned as self-evident. The mere authority of the Council of State and of an early Belgian administrative lawyer seemed to suffice to Abaeté. Nevertheless, for the historian to understand pardon and how it functioned as it did, they are not enough, and do not explain the practice of the Council of State: they do not account for the re-evaluation of evidence, complaints about the harshness of military law or atonement of guilt. However, the two lists, that of Abaeté and the one of the Brazilian constitutionalists, overlap at some points; neither of them could fully explain the sometimes-erratic practices of a Council under the pressure of external war, but both are indispensable to understand how (partial) patterns slowly emerged out of the kaleidoscopic frantiness of individual cases, both in practice and in theory.

## **5. “WAS GRACE THAT TAUGHT MY HEART TO FEAR / AND GRACE MY FEARS RELIEVED”: PARDON AND THE HARSHNESS OF MILITARY LAW**

The crimes committed by soldiers were not unexplainable deeds spanning out of individual evil. They shared some common traits and can be better grasped when referred to the conflictive environment of the barracks. Actions, convictions and procedures can be better understood when coupled with a context marred with violence, control

and conflict. This section will then briefly discuss the types of crimes committed by soldiers and the situations that prompted them, to provide an initial sociological sketch of military deviance in the 19<sup>th</sup> century Brazilian context.

A major source of conflicts was precisely punishment. Officers could punish the troops without much external oversight, and physical penalties was a staple of military discipline. This dangerous combination could easily explode when unsecure officers found less docile soldiers. An example comes from the case of private Eduardo Bernadino de Souza, discussed in the resolution of 12 August 1868 (NASCIMENTO E SILVA, 1885, p. 112 ss.). He was supposed to be punished with *pranchadas*, that is, be beaten up with a sword. He was being conducted to the place where he should receive his penalty when he was called by the *alferes* João Machado da Silva to his tent; while he was there, he was called back to be punished, and as he grew anger, he took a carabin and shoot the *alferes*, who died a few hours later. Souza took a knife and resisted being arrested. After a long time, he was dominated and could be flogged. While he was being punished, he managed to take a saber and attack the commander of the battalion. Later, when facing trial, he alleged that he was under mental distress and hallucinating due to the perspective of being physically punished. Souza was later convicted and executed.

He was not the only one. Targino José Silva, which we have already encountered, used the same line of defense. As unsuccessfully as Souza: both were sentenced to death, though Silva managed to get a commutation on different grounds. The case of private João Francisco Costa shows how these violent conflicts arose. He was sentenced to death for trying to kill the director of the Arsenal of War, who intended to impose 25 *pranchadas* upon him, and for hurting with a knife the two privates that were taking him to the place where he would be punished. The Council of State considered that the director had contributed to the conflict, for he would have to have called a *Peremptório* Council to impose physical punishment, but he ordered the flogging out of his own will. Balancing the two factors, the Section recommended the much soft penalty of life in prison (NASCIMENTO E SILVA, 1885, p. 107-108).

The moment of heightened tensions, when the soldier was being carried to the place where he would be punished, offered a perfect occasion



for violence to sparkle. Knives were pulled, swords were stolen, people went into hiding and attacked their superiors, increasing the tension of an already uncomfortable moment. Honor. These soldiers, as they said themselves, did not fear the whip, but being humiliated. Traditional stances of image and of standing before the group are central to military life, centered around the pursuit of glory, respect for superiors etc. Being beaten in front of all colleagues and superiors is a frontal contradiction of this chart of values. One that is worth fighting for.

The providential remedy to defuse tensions in this highly explosive environment? Death. When the *alferes* Júlio César dos Reis Falcão was drunk and refused to obey his captain, saying that would kick him (NASCIMENTO E SILVA, 1887, p. 86), what was his conviction? Death. When privates Rogério Galião and Bernabé de Oliveira went out of their dorm rooms after curfew, saying that they would “take the scoundrels [*canalhas*]”, to what were they convicted (NASCIMENTO E SILVA, 1887, p. 461)? Death. When private Manoel Alves Pereira said to his superior that he would not go to jail (NASCIMENTO E SILVA, 1887, p. 501), what was the legal answer? Death.

Truth be told, in the first and last cases I have just cited, the Councils of War had committed errors. The first article of war determined that “the one who refuses, by words or speeches, to obey the orders of his superiors regarding service, will be sentenced to work in the fort; however, if he opposes his superior using arms or threats, he will be arquebused [*arcabuzado*]”; both Pereira and Falcão had used words and not threats. But their sentences went through at least two different courts, the Councils of War and the Supreme Military and Justice Council before being overturned: it is telling that those twelve judges made the same mistake at least twice. The system was made to intimidate. And though Falcão got his conviction commuted, one cannot say that life in prison is exactly a proportionate punishment for threatening to kick someone.

Dissatisfaction ran high in the barracks, meaning that indiscipline could erupt at any moment. The resolution of 6 March 1875 discussed the case of five soldiers of the garrison of the town of Ipú, Ceará, one of the few military posts in the state. Major Honorato Cândido Ferreira Caldas had ordered them to watch the flogging of private Firmino Numésio, but at the place where the punishment was supposed to occur, the fellow

soldiers rioted and prevented the sentence to be executed. They pursued the major until he locked himself in a house and shoot in his direction. The turmoil only settled when some members of the National Guard arrived at the spot (NASCIMENTO E SILVA, 1887, p. 213). Needless to say, all five soldiers were sentenced to death. The emperor only commuted the sentence because just like what had happened with private Costa, private Firmino was flogged without the previous procedural formalities. The five, however, would still have to spent their lives in prison.

Soldiers were the target of constant violence and abuses; their procedural rights were hardly observed; their judges were their superiors; the laws they must comply with loved death as their most dear instrument. On the other side, officers lived under the aegis of fear: fear of a riot, fear of disrespect, fear of being attacked by their subordinates in the distant places where they worked, far away from any help. And fear is the worst advisor, especially for those with authority.

This whole system would disintegrate if soldiers could simply walk away from the Army, but the writers of military law had not left this issue unaddressed: the article 14 of war stated that “everyone who shall desert or conspire to desert, or knowing of it fail to denounce it, if in time of war will be hanged; and those who leave their regiment without license (...) will be punished with death”. Only if the consequences of escaping were gloomier than the routine in the barracks could soldiers be kept in line, especially during war, when the enemy was always roaring behind the hills and the perspective of death lurked at every corner.

Death sentences for deserters during the Paraguay War were not uncommon, as the data of the previous section suggests; we can find illuminating examples in the consultations to the Section of War and Navy<sup>17</sup>. Yet, the government itself recognized that the Articles of War were probably exaggerated. In the consultation of 16 November 1867, the Section of War and Navy discussed pardon petitions from five soldiers sentenced to death for running away from their positions. The councilors

---

<sup>17</sup> For instance, consultations of 4 November 1868 (NASCIMENTO E SILVA, 1885, p. 139 ss.), 6 November 1867 (NASCIMENTO E SILVA, 1885, p. 51 ss.) and 13 November 1867 (NASCIMENTO E SILVA, 1885, p. 54 ss.), among others

considered that “the death penalty (...) should only be made effective for crimes with maximum gravity that compromise discipline and the very existence of the Army”, such as desertion. But under two circumstances: when the soldier defects to the enemy and when his example stimulates the fugitive impulses of fellow combatants (NASCIMENTO E SILVA, 1885, p. 51). Neither had happened in the case under discussion. Simply evading the lines required a milder response; the article 51 of war of the Navy (25 September 1799) for instance, was more in line with fairness, prescribing a penalty of 5 years of forced labor (*galés*). The councilors even remarked that “the difference of the times in which these articles [of Aar of the Navy] and those of the Army were proclaimed explains the difference in penalties; the rational principles of penal gradation justify the distinction of punishment under different circumstances, but were ignored in the law of the Army”<sup>18</sup> (NASCIMENTO E SILVA, 1885, p. 51). The councilors felt a clear scent of old fragrances from the text they should apply, one that clashed frontally with the modern principles of criminal law. A few days before, in the consultation of 13 November 1867, the same councilors had remarked in a similar case of desertion that “in similar cases, Your Imperial Majesty had the honor to manifest yourself on the absolute severity of the penalty of article 14 of war when the desertion does not happen to the enemy” (NASCIMENTO E SILVA, 1885, p. 54).

It was commonplace to assume that the Articles of War were outdated and sometimes unfair, even in the highest circles of the imperial bureaucracy. Yet, they were law. More: they filled a precise function for military discipline. Criminal punishment was the final, most blatant tip of a much wider system that granted almost unchecked power to officers and superiors to control the lives or subordinates using physical punishment as a staple. Soldiers committed more spectacular crimes in two situations: when they were supposed to receive administrative punishment (called *penas disciplinares* – disciplinary penalties), and when they tried to escape the Army. Both of them were, in the end, acts

---

<sup>18</sup> Not by chance, the Navy articles belong to a second phase of the reforms of the armed forces, when a military penal code began to be drafted. Cf. Adriana Barreto de Souza (2018).

of insubmission that challenged the very integrity of the armed forces. Military Justice, therefore, was used to guarantee that less radical forms of punishment would be respected alongside the authority of officers, and that enlisted personnel would not try to escape service. If soldiers countered each pillar of military discipline, they could easily face death. They were cornered in the barracks, between a bleak interior of constant violence and an exterior forbidden and guarded with the utmost care.

Those men were supposed to patriotically defend the country.

## 6. THE HORIZONS OF TIME: FINAL REMARKS

The temptation to simply say that the royal clemency of soldiers is a mere reproduction of *Ancien Régime* practices is enormous. The laws are the same. The use of pardon is (almost) the same. Yet, the context is different: this must account for something. Is pardon part of a transition?

The answer rests on the eyes of those who look. Or, better saying, in the hands of those who write. If I was writing a history of Brazilian law at large, sure: pardoning practices were affected by those extensive changes that brought law to the so-called modernity, a part of the broader process of codification<sup>19</sup>: military law was still uncoded; statutory law was not so central, as important swaths of legal reasoning operated over decrees and ministerial communications [*avisos*]; everyday practice was of paramount importance; the executive branch was unchecked by external authorities. Yet, if I change my perspective to a history of Brazilian military law, the answer is still affirmative?

“Transition” means not simply change – it would be meaningless if it stated only such an obvious true – but the passage from a somewhat coherent asset of principles towards a different organization, mediated by a time of uncertainty and change” (COSTA, 2019, p. 32-33). It is marked by a “reconceptualization” of previous practices and identities (LACCHÈ, 2018, p. 193). Could we call the 140 years in which the Articles of War applied in Brazil as a “transition”? Hardly so. A central element

---

<sup>19</sup> One “legal revolution”, according to Halperin (2014). On codification, cf. Sordi, Cappellini (2000).

of transitions is the self-awareness of historical actors that a change is happening (POMBENI, 2013, p. 35-36), and this cannot be seen in those applying military law. Sure, congressmen and lawyers decried the confusion of military law and several reforms were attempted; projects of military codes were always looming from the 1810s to the 1890s almost uninterruptedly. But there was not an idea that military law specifically was changing towards a “more rational” model. After all, the previous period did not have a coherently formulated military law: the 19<sup>th</sup> century could not therefore be seen as a passage between the 18<sup>th</sup> and the 20<sup>th</sup>, as it could be said from the point of view of law in general. For military law, the small changes that happened in the 1800s simply continued a process of constant alterations that had already been underway. Much different, for example, than civil law, that could be seen as in transition from the Early Modern paradigm, organized around the Philippine Ordinations, roman law and their associated textual tradition towards a more systematic, codified model. Military law and procedure were coherent and solid – though odd and blatantly unfair.

How then could this law, so kindred to the Early Modern one, fit into a modern environment – though not very comfortably? First, the Articles of War were in themselves part of enlightened reforms: they brought regulations of the Army towards a more centralized organization and established the specificity of the military profession. With them, the Portuguese Army was modernized. But, for this changed had happened in the early years of the *Sattelzeit*<sup>20</sup>, they retained a distinctively old flavor. Much like, for instance, the *Lei da Boa Razão*, that reformed the system of legal sources in Portugal and Brazil, that rendered it palatable to the 19<sup>th</sup> century sensibility, though retaining much of the old legal logics. Both of them signal, from the point of view of legal history in general, that the transition towards modern law<sup>21</sup> was somehow incomplete in 19<sup>th</sup> century Brazil, that it had stopped without finishing. Military law and procedure, therefore, have been affected by the “legal revolution”<sup>22</sup>, by

---

<sup>20</sup> A concept proposed by Koselleck covering the period between 1750 and 1850.

<sup>21</sup> Cf. Pietro Costa (2014) to better discuss what “modern law” is.

<sup>22</sup> On this expression, cf. Jean-Louis Hapérin (2014).

the capital changes that signed the end of the 18<sup>th</sup> century<sup>23</sup>: the Articles of War are part of those changes, no matter how incompletely, and do not oppose to them.

Why did practices bearing a striking resemblance with the old regime survived in Brazil? Well, it could hardly be different. The Army was one of the least well-paid, less valued occupations in the country; new privates were usually recruited by force and the 1874 law that tried to reform recruitment remained famously and completely unapplied<sup>24</sup>. If people were brought into the Army by force, they could hardly be kept inside the institution by more subtle methods. Since most of the population and the recruits, by consequence, was made of illiterate people raised in a hierarchical society, the culture of civism, of rational obedience and the reconciliation between equality and discipline could hardly be brought into the Army. Brazilian society was still much afar from the liberal ideals enshrined in its laws, and the state still needed to “guide the invisible hand” (HESPANHA, 2004) before the liberal ideals could be implemented. A deferred *sattelzeit*: that is how Christian Lynch (2020) conceptualizes the longer time it took for liberal principles to go beyond the discourse and change societal practices in Latin America. Moreover, between the 1840s and the 1860, the military was submitted to a conservative modernization (SOUZA, 1999); that is, it was part of the conservative reforms that aimed to promote centralization based on the idea of *order* against the threats of fragmentation of the empire (MATTOS, 2017). After the 1850 promotions law, the Army turned into a more professional body (SILVA, 2018) integrated into the bureaucratic structures of the empire (CARVALHO, 2008). Therefore, the Army was less of a force aimed to attack foreign powers, and more an instrument to guarantee the internal social configuration without ruptures with the previous clientelistic networks. Continuity was in order, and penal law was no different. The norms inherited from the Ancient Regime helped to keep the recruited men in line and guarantee integrity for this

---

<sup>23</sup> On those changes in a broad historical context, cf. Dipper (2013).

<sup>24</sup> For all the vast literature on the 1874 recruitment law, I would refer to Fábio Mendes (1999). On recruitment in imperial Brazil more generally, cf. Hendrik Kraay (1999).

part of state bureaucracy responsible to keep social order that were the Brazilian land forces.

Fear was indispensable: the Army could not exist in any other way. The fear/love model and its accompanying institutional structure, with harsh penalties and lavish distribution of pardon, was a useful model to accomplish the ends of nation building. After all, a rebel army was at the roots of the much-feared instability of the Latin American republics: few things were more important for the civilian elites than keeping the troops under control. But as the 19<sup>th</sup> century proceeded, new meanings were attached to the old structure of military criminal law and its procedure. Pardon now could also work as almost an ordinary appeal: minuscule procedural errors were constantly scrutinized when the Council of State opined on pardon petitions, almost like a judge ruling on procedural stunts. This was all the more pressing considering that pardon was the last step of a baroque process, in which several different councils superimposed, non-professional judges were appointed and rulings could be issued within days. The emperor was one last political agent bringing considerations of both administrative convenience and fairness to an already overcrowded system that gave opportunity to military considerations, executive administration and other non-legal issues to be balanced with strictly juridical reasoning. Sovereignty, opportunity, law: all of them had a place in the complex system of military procedure.

If royal clemency in the 18<sup>th</sup> century reflected the magnanimity of the monarch, in the 19<sup>th</sup>, it also helped to cope with the new societal sensibilities that welcomed humanist punitive practices and rejected the death penalty. In the last decades of the 19<sup>th</sup> century, the Supreme Military and Justice Council greatly reduced the number of capital sentences until it reached zero: the old engines of military law were slowly catching new winds. When they did not do so, pardon could made effective this aversion to executions.

The hails to the monarch were still there. The rhetoric of the Christian virtues of the benevolent emperor were never scrapped off. The pattern of harsh punishment mediated by clemency always was at the heart of the system. But this complex of old fragments was enlarged with new, more modern pieces, in a process that saw new features of the law accommodating rather than substituting the previous one, that preferred

to manage uncomfortable matches rather than search for new pairings and that produced at the end a complex picture that defies categorizations. Just like one of those buildings that goes through several additions and end up with many parts from different styles, and yet, against all expectations, still manages to make sense.

## REFERENCES

### SOURCES

ALVES Júnior, Thomaz. *Curso de direito militar*. Tomo 2. Rio de Janeiro: Francisco Luiz Pinto e Comp.; Typ. do Correio Mercantil, 1866.

AMARAL, Antônio José do. *Indicador da legislação militar em vigor no Exército do Império do Brasil*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1872.

ARRUDA, Augusto de. *Curso de direito militar: segundo o programa aprovado pelo governo, professado na 2ª cadeira do 2º ano da Escola de Infantaria e Cavalaria do Rio Grande do Sul. Segunda Parte*. Porto Alegre: Typographia do Jornal do Commercio, 1878.

BRASIL. CONSELHO DE ESTADO. *Consultas do Conselho de Estado relativamente a negócios do Ministério da Guerra desde o anno de 1843 a 1866, coligidas por ordem do governo*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1872.

NASCIMENTO E SILVA, Manoel Joaquim do. *Consultas do Conselho de Estado relativamente a negócios do Ministério da Guerra*. 1842-1866. Aditamento ao volume das consultas publicadas em 1872 e compiladas pelo Dr. Cândido Pereira Monteiro, Chefe de Seção da mesma Secretaria. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1884.

NASCIMENTO E SILVA, Manoel Joaquim do. *Consultas do Conselho de Estado relativamente a negócios do Ministério da Guerra*. 1867-1872. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1885.

NASCIMENTO E SILVA, Manoel Joaquim do. *Consultas do Conselho de Estado relativamente a negócios do Ministério da Guerra*. 1873-1877. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1887.

Ministerial report: Guerra, 1827-1939. Disponível em: <http://ddsnext.crl.edu/titles/143#?c=0&m=0&s=0&cv=0&r=0&xywh=-1190%2C107%2C4266%2C3009>



## HISTORIOGRAPHY

ANDRADE, Igor Juliano Mendonça de. *Justiça inacabada: a Seção de Guerra e Marinha do Conselho de Estado e a Justiça Militar no Brasil*. Dissertação (Mestrado em História). Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. Seropédica: 2017.

CARVALHO, José Murilo de. *A construção da ordem: a elite política imperial. Teatro de sombras: a política imperial*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

CESAR, Tiago da Silva. A visita de “sua majestade o Imperador” e os pedidos de perdão de presos da cadeia civil de Porto Alegre. *Almanack*, Guarulhos, n. 27, p. 1-54, 2021. <http://dx.doi.org/10.1590/2236-463320161307>

COSTA, Arthur Barrêto de Almeida. *A mais bela prerrogativa da coroa: o direito de graça na cultura jurídica brasileira (1823-1924)*. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte: 2017.

COSTA, Arthur Barrêto de Almeida. Pardoning and Punishing in Times of Transition: The Pardon Appeal (Recurso de Graça) on the Brazilian Council of State (1828-1834). *Revista Direito e Práxis*, n. 10, v. 2, p. 2341-2366, abr. 2019a. <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2019/37812>

COSTA, Arthur Barrêto de Almeida. Poder e Punição Através da Clemência: Direito de Graça no Direito Penal e Constitucional na Cultura Jurídica Brasileira (1824-1924). *Revista do Instituto Histórico e Geographico Brasileiro*, Rio de Janeiro, vol. 481, p. 255-304, set./dez. 2019b. [doi.org/10.23927/issn.2526-1347.RIHGB.2019\(481\):255-304](https://doi.org/10.23927/issn.2526-1347.RIHGB.2019(481):255-304)

COSTA, Fernando Dores. O bom uso das paixões: caminhos militares na mudança do modo de governar. *Análise Social*, n. 149, v. 33, p. 969-1017, 1998.

COSTA, Fernando Dores. O Conde de Lippe em Portugal e a sua reflexão sobre a defesa até 1777. In: MENDONÇA, Manuela. *XXI Colóquio de História Militar: Atas*. Lisboa: 2012.

COSTA, Pietro. La “transizione”: uno strumento metastorografico? *Diacronia: Rivista di storia della filosofia del diritto*, Pisa, n. 1, v. 1, p. 13-42, 2019. DOI 10.12871/97888333921722

COSTA, Pietro. Ragione e diritto fra modernità e posmodernità. In: DIPPER, Christof; POMBENI, Paolo (Orgs). *Le ragioni del moderno*. Bologna: Il Mulino, 2014.

CORVA, María Angélica. La facultad de perdonar: conmutación de penas y división de poderes. *Temas de historia argentina y americana*, n. 24, p. 11-40, 2016

DE BOER, Edwige. *Grâces et recours en grâce dans la seconde moitié du XIXe siècle*, mémoire de Master 2, histoire, Université Paris 1, 2008.

DIDI-HUBERMAN, Georges. Before the image, before time: the sovereignty of anachronism. In: ZWIJNENBERG, Robert; FARAGO, Claire (Org.). *Compelling Viruality: the work of art in and out of history*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2003.

DIPPER, Christof. La soglia storica del 1800: uno schizzo. In: POMBENI, Paolo; HAUPT, Heinz-Gerhardt (Orgs). *La transizione come problema storiografico: le fasi critiche dello sviluppo della modernità (1494-1973)*. Bologna: Il Mulino, 2013.

HALPERIN, Jean-Louis. *Five Legal Revolutions Since the 17th Century: an Analysis of a Global Legal History*. Berlin: Springer Nature, 2014.

HESPANHA, Antônio Manuel. *Guiando a mão invisível: direitos, estado e lei no liberalismo monárquico português*. Coimbra: Almedina, 2004.

HESPANHA, Antônio Manuel. Da “iustitia” à “disciplina”: textos, poder e política penal no Antigo Regime. In: HESPANHA, Antônio Manuel (Org.). *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

KESPER-BIERMAN, Sylvia. La grazia nella Germania dello XIX secolo. In: HÄRTER, Karl; NUBOLA, Cecilia (Orgs). *Grazia e giustizia: figure della clemenza fra tardo medioevo ed età contemporanea*. Bologna: Il Mulino, 2011. (Annali dell'istituto storico italo-germanico in Trento. Quaderni; 81).

KOTKAS, Toomas. Pardoning in nineteenth century Finland: at the interface of early modern and modern criminal law. *Rechtsgeschichte*, Frankfurt am Main, n. 10, v. 5, p. 152-168, jul/dez, 2007. <http://dx.doi.org/10.12946/rg10/152-168>

KRAAY, Hendrik. Repensando o recrutamento militar no Brasil imperial. *Diálogos*, DHI/UEM, n. 3, v. 3, p. 113-151, 1999.

LACCHÈ, Luigi. [intervento]. In: CORNELIËN, Christoph; LACCHÈ, Luigi; SCUCCIMARRA, Luca; STRATH, Bo. Ripensare la transizione come categoria storiografica: uno sguardo interdisciplinare (a cura di Giovanni Bernardini e Maurizio Cau). *Ricerche di storia politica, Quadrimestrale dell'Associazione per le ricerche di storia politica*, n. 2, p. 191-204, 2018.

LYNCH, Christian Edward Cyril. O Sattelzeit diferido da América Ibérica: reflexões sobre uma história dos conceitos políticos fora do mundo europeu. *História do Direito*, n. 1, v. 1, p. 387- 402, dec. 2020. <http://dx.doi.org/10.5380/hd.v1i1.78736>

MAGALHÃES, Bruno de Almeida. *O Visconde de Abaeté*. São Paulo; Rio de Janeiro; Recife; Porto Alegre: Companhia Editora Nacional, 1939.

MASSUCHETTO, Vanessa Caroline; PEREIRA, Luís Fernando Lopes. O rei como dispensador da graça: autos de livramento crime e cultura jurídica criminal em Curitiba (1777-1800). *Tempo*, Niterói, n. 1, v. 26, p. 123-142, apr. 2020. <https://doi.org/10.1590/TEM-1980-542X2019v260106>

MATTOS, Ilmar Rohloff. *O tempo saquarema: a formação do Estado imperial*. 7ª ed. São Paulo: Hucitec, 2017.

MAUSS, Marcel. Ensaio sobre a dádiva. In: MAUSS, Marcel. *Sociologia e antropologia*. São Paulo: Cosac& Naify, 2003.

MECCARELLI, Massimo. *Arbitrium: un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età*

di diritto comune. Milano: Giuffrè, 1998.

MENDES, Fábio Faria. A “lei da cumbuca”: a revolta contra o sorteio militar. *Estudos Históricos*, n. 24, p. 267-293, 1999.

NASCIMENTO, Álvaro Pereira do. Leis, costumes e valores: o legado jurídico lusitano na Marinha de Guerra brasileira (1822-1893). *Congresso Luso-Brasileiro: Portugal-Brasil, memórias e imaginários*; Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, novembro de 1999. Disponível em: [https://www.historia.uff.br/ceo-nupec/wp-content/uploads/2015/01/leis\\_costumes\\_valores.pdf](https://www.historia.uff.br/ceo-nupec/wp-content/uploads/2015/01/leis_costumes_valores.pdf) Acesso em: 3 mai. 2021.

PIROLA, Ricardo. *Escravos e rebeldes nos tribunais do império: uma história social da lei de 10 de junho de 1835*. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 2015. (Prêmio Arquivo Nacional de Pesquisa, 34)

PIROLA, Ricardo Figueiredo. Cartas ao Imperador: os pedidos de perdão de réus escravos e a decisão de 17 de outubro de 1872. *Almanack*, Guarulhos, n. 13, p. 130-152, ago. 2016. <https://doi.org/10.1590/2236-463320161307>

POMBENI, Paolo. La transizione e le sue fasi: riflessioni su problemi aperti. In: POMBENI, paolo; HAUPT, Heinz-Gerhardt (Orgs). *La transizione come problema storiografico: le fasi critiche dello sviluppo della modernità (1494-1973)*. Bologna: Il Mulino, 2013.

RIBEIRO, João Luiz. *No meio das galinhas, as baratas não têm razão*: a lei de 10 de junho de 1835: os escravos e a pena de morte no Império do Brasil (1822-1889). Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SILVA, Daniela Marques da. A obra política conservadora e a profissionalização do corpo de oficiais do exército: o debate sobre a lei de promoções de 1850. Dissertação (Mestrado em História) - Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. Seropédica: 2018.

SORDI, Bernardo; CAPPELLINI, Paolo (a cura di). *Codice*: una riflessione di fine millennio. Milano: Giuffrè, 2000.

SOUZA, Adriana Barreto de. *O Exército na Consolidação do Império*: um estudo histórico sobre a política militar conservadora. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 1999.

SOUZA, Adriana Barreto de. Um edifício gótico entre instituições modernas: o debate parlamentar sobre o Conselho Supremo Militar e de Justiça (1822-1860). *Acervo*, Rio de Janeiro, n. 2, v. 25, p. 59-77, jul./dez. 2012.

SOUZA, Adriana Barreto de. A governança da justiça militar entre Lisboa e o Rio de Janeiro (1750-1820). *Almanack*, Guarulhos, pp. 368-408, ago., 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/2236-463320151010>

SOUZA, Adriana Barreto de. A Junta do Código Penal Militar de 1802: perspectivas, dilemas e resistências à reforma militar na corte de D. João. *Almanack*, Guarulhos, n. 18, p. 56-96, 2018. <https://doi.org/10.1590/2236-463320181803>

SILVA, Rosângela Maria da. Heranças do Antigo Regime português na estruturação da marinha de guerra brasileira (1790 a 1850). In: *VII Jornada Setecentista, CE-DOPE, Centro de Documentação e Pesquisa em História*. Curitiba: 2007.

STRANGE, Carolyn. *Discretionary justice*: pardon and parole in New York from the revolution to the depression. Nova Iorque: New York University Press, 2016.

STRONATI, Monica. *Il governo della "grazia"*: giustizia sovrana e ordine giuridico nell'esperienza italiana (1848-1913). Milano: Giuffrè, 2009. (Università di Macerata: pubblicazioni della facoltà di giurisprudenza, seconda serie, 132).

### **Additional information and author's declarations (scientific integrity)**

*Acknowledgement:* I would like to thank the editors and the anonymous reviewers for their kind attention and the way they enabled me to improve my manuscript.

*Conflict of interest declaration:* the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

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

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

### **Editorial process dates**

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

- Submission: 30/05/2021
- Desk review and plagiarism check: 01/06/2021
- Review 1: 04/06/2021
- Review 2: 13/06/2021
- Preliminary editorial decision: 29/06/2021
- Correction round return: 10/07/2021
- Final editorial decision: 20/07/2021

### **Editorial team**

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 1 (RSe MG)
- Reviewers: 2

### HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

COSTA, Arthur Barrêto de Almeida. Torments Through Time: Pardon in Brazilian Military Penal Law between Early Modern Rules and Liberal Justice (Council of State, 1842-1889). *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 7, n. 2, p. 1057-1096, mai./ago. 2021.  
<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i2.625>




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


# O Processo Penal no estado de Santa Catarina entre Primeira República e Era Vargas

*The Criminal Procedure in the State of Santa Catarina  
between the First Republic and the Vargas Era*

**Diego Nunes<sup>1</sup>**


Universidade Federal de Santa Catarina – Florianópolis/SC, Brasil  
nunes.diego@ufsc.br


 [lattes.cnpq.br/7745448598386819](http://lattes.cnpq.br/7745448598386819)

 [orcid.org/0000-0003-4909-0564](https://orcid.org/0000-0003-4909-0564)

**Bárbara Madrugada da Cunha<sup>2</sup>**

Universidade Federal de Santa Catarina – Florianópolis/SC, Brasil  
bmadrugacunha@gmail.com


 <http://lattes.cnpq.br/3737910172415411>

 <https://orcid.org/0000-0003-2130-9704>

**Mayessa H. Costa<sup>3</sup>**

Universidade Federal de Santa Catarina – Florianópolis/SC, Brasil  
mayessahc@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/4187509073378031>

 <https://orcid.org/0000-0002-3463-0794>

- 
- <sup>1</sup> Professor Adjunto de Teoria e História do Direito da UFSC. Doutor em Ciências Jurídicas, currículo História do Direito, pela Universidade de Macerata (Itália). Dedicou seus estudos à história brasileira do penal, em especial relacionada à criminalidade política. Colíder do Grupo de Pesquisa em História da Cultura Jurídica “Ius Commune” da UFSC e integrante do Grupo de Pesquisa em História da Cultura Jurídica “Studium Iuris” da UFMG. Tutor do PET Direito UFSC. Membro do doutorado “Law and Innovation” da Universidade de Macerata (Itália).
  - <sup>2</sup> Doutoranda em Direito pela UFSC, mestra em Teoria e História do Direito pela mesma instituição. Graduada em Direito pela UFPR. Dedicou seus estudos à história brasileira do penal, em especial relacionada às mulheres. Integrante dos Grupos de Pesquisa em História da Cultura Jurídica “Ius Commune” da UFSC e do “Studium Iuris” da UFMG.
  - <sup>3</sup> Mestra em Teoria e História do Direito pela UFSC. Graduada em Direito pela UNIVALI. Dedicou seus estudos à história brasileira do penal, em especial relacionada aos animais. Integrante dos Grupos de Pesquisa em História da Cultura Jurídica “Ius Commune” da UFSC e Estudos e Saberes Ambientais da UFPB.

---

**RESUMO:** O trabalho tem como objetivo analisar a formação e desenvolvimento do processo criminal no Estado de Santa Catarina (Brasil) no período entre a Constituição Federal de 1891 e o Código de Processo Penal de 1941, em que os estados federados possuíam a competência legislativa sobre direito processual. Para tanto, analisou-se a legislação, partindo do Código de Processo Criminal de 1832, que vigeu até a elaboração do Código Judiciário catarinense de 1925, passando por suas reformas até a reunificação do direito processual penal pela codificação realizada pelo Estado Novo. Debruçou-se, também, sobre fontes jornalísticas e doutrinárias do período, para melhor contextualizar e compreender as opções legislativas locais, além da historiografia sobre o tema. Como resultados, notou-se a relativa indiferença do estado de Santa Catarina sobre a legislação processual penal durante a maior parte da Primeira República, mesmo durante crises políticas que abalaram o Judiciário de Santa Catarina. Mas, na parte final deste período, foram confeccionadas duas codificações estaduais e uma lei de reforma, com destaque para a paulatina restrição à competência do Tribunal do Júri como regra nos processos-crime, ainda que essa fosse mais ampla do que a presente no código estadonovista.

**PALAVRAS-CHAVE:** História do Direito; Justiça Criminal; Codificação; Federalismo; Santa Catarina (Brasil).

**ABSTRACT:** *This article aims to analyze the formation and development of criminal procedure in the State of Santa Catarina (Brazil) between the Federal Constitution of 1891 and the Code of Criminal Procedure of 1941, when the states had the legislative competence on procedural law. For this, we analyzed the legislation, departing from the Code of Criminal Procedure of 1832, enforced up to the elaboration of the Catarinense Judiciary Code of 1925, passing through its reforms until the reunification of criminal procedural law by the codification enacted by the Estado Novo regime. We analyzed journalistic and academic sources from that time as well, to better contextualize and understand the local legislative options, besides historiographical literature on the subject. As results, we noted the relative indifference by the State of Santa Catarina about the criminal procedural legislation during a major part of the First Republic, even in political crises that the Santa Catarina Judiciary suffered. However, in the final part of this period two codifications and a reform act were made, which progressively restricted the number of crimes judged by jury, even if there were still more than the present number of the Estado Novo's code.*



**KEYWORDS:** *Legal History; Criminal Justice; Codification of law; Federalism; State of Santa Catarina (Brazil).*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. O processo penal em Santa Catarina durante a Primeira República; 2. O processo penal em Santa Catarina nos anos 1930; 3. A unificação nacional do processo penal; Conclusões; Referências.

---

## INTRODUÇÃO

Durante a Primeira República, com o advento do sistema federalista, o qual foi trazido pela Constituição Federal de 1891, a competência para legislar em matéria processual restou aos Estados. Interessante notar que se tratava de uma competência tácita, pois a União resguardou para si apenas “legislar sobre o direito civil, comercial e criminal da República e o processual da Justiça Federal”<sup>4</sup>. As constituições de 1891 e 1895 do Estado de Santa Catarina, cuja realidade será aprofundada neste texto, também não fazem menção específica à matéria<sup>5</sup>.

Assim, antes do Código Processo Penal de 1941, que mesmo repleto de modificações ainda se encontra em vigor, é possível constatar a descentralização das normas processuais penais, as quais eram caracterizadas por diferenças locais que influenciavam a aplicação das leis. Neste sentido, Alfredo Flores e Régis Nodari<sup>6</sup> alertaram, ao realizarem uma pesquisa sobre a elaboração do Código de Processo Penal de 1898 do Estado do Rio Grande do Sul, que a análise das leis processuais penais exige um estudo sociopolítico de cada ente federado, tendo em vista as

---

<sup>4</sup> BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Prudente José de Mores Barros, Presidente do Congresso. Rio de Janeiro, fev. 1891, art. 34, n. 23.

<sup>5</sup> A *CONSTITUIÇÃO Federal e as constituições dos estados da república do Brasil*. V. I-II. Pelotas: Livraria Universal, 1895-1896.

<sup>6</sup> FLORES, Alfredo de Jesus Dal Molin; NODARI, Régis João. Entrelaçamentos Culturais na Primeira República: O código de processo penal dos Estado do Rio Grande do Sul (1898) e suas fontes doutrinárias e legislativas. *Revista da Faculdade de Direito de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 74, p. 65-96, 2019.

peculiaridades do regime jurídico dos Estados, os quais possuíam arranjos institucionais próprios. A partir dos anos 1930, entretanto, a mudança de regime e certas exigências da vida em sociedade, bem como mudanças no mundo do direito, convergiram para que a matéria fosse unificada com o retorno a um código unitário.

Saliente-se que ao tempo do Império o Brasil contou com um Código de Processo Criminal desde 1832. Sua principal característica era a prevalência do júri como forma de estabelecimento dos veredictos. Este passou por importantes reformas em 1841 e 1871 que justamente mitigavam o caráter acusatório e negocial, com a exclusão do juiz de paz e o advento do delegado de polícia e a criação do inquérito policial, respectivamente. Pode-se dizer que foi se passando de uma maneira participativa para uma forma burocrática de administração da justiça<sup>7</sup>.

Tendo em vista a escassez de estudos relacionados ao processo penal durante a Primeira República, em especial no caso catarinense, o presente artigo tem o objetivo de apresentar um quadro geral da matéria processual penal e as modificações por ela sofridas durante a Primeira República e a Era Vargas, até a publicação do Código de Processo Penal de 1941. Para isso, uma ampla pesquisa documental foi realizada, incluindo os códigos de organização judiciária de Santa Catarina, relatórios emitidos pelos governadores do Estado e documentos jornalísticos, além do Código de Processo Penal de 1941, inclusa sua exposição de motivos.

A seleção e análise das fontes, ademais, orientou-se pela concepção de Pietro Costa, para quem é preciso perceber os fatos “através da mediação da cultura, da linguagem, do saber próprios do ambiente histórico e da camada profissional aos quais se pertence”<sup>8</sup>. Assim, buscaremos construir uma narrativa histórica que considere tanto os aparatos jurídicos (normas, técnicas e procedimentos) quanto os discursos (presentes nos comentários dos juristas, em textos jornalísticos, etc.). Conforme elucida Costa, “estudar os aparatos da justiça significa apreender, ao mesmo tempo, o

---

<sup>7</sup> NUNES, Diego. Codificação, Recodificação, Descodificação? Uma História das dimensões jurídicas da justiça no Brasil Imperial a partir do Código de Processo Criminal de 1832. *Revista da Faculdade de Direito de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 74, p. 135-166, 2019.

<sup>8</sup> COSTA, Pietro, Em busca de textos jurídicos: quais textos para qual historiador?. In: ID., *Soberania, representação, democracia*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 20.

funcionamento intrínseco e as modalidades de seu enxerto na organização geral dos poderes”<sup>9</sup>. Se debruçar nos discursos, por sua vez, é buscar analisar as imagens, teorias e representações do objeto que se propõe a estudar. Nesse sentido, o autor alerta que é preciso ter em conta a distinção entre textos de conhecimento, orientados para a representação “desinteressada” do objeto, e textos diretamente envolvidos na práxis, orientados para a “decisão”, ou seja, a torção “partidária” de uma argumentação proativa e a formulação de princípios “universalistas” na oratória “interessada”<sup>11</sup>.

A partir da metodologia proposta por Costa<sup>12</sup>, buscaremos compreender os aspectos jurídicos da história da justiça em Santa Catarina, tensionando os aparatos jurídicos relativos ao processo penal com alguns discursos produzidos sobre eles, procurando sempre contextualizar socialmente a representação dos mesmos.

Para isso, trataremos inicialmente do início da Primeira República no contexto do Estado de Santa Catarina, analisando os códigos judiciais locais, os quais possuíam normas de direito processual penal. Em seguida, explicaremos como as modificações no regime político do país repercutiram na organização judiciária e no processo penal catarinense. Por fim, falaremos brevemente sobre a organização do Código de Processo Penal de 1941, analisando suas modificações em relação à matéria.

## **1. O PROCESSO PENAL EM SANTA CATARINA DURANTE A PRIMEIRA REPÚBLICA**

O Estado de Santa Catarina nunca chegou a constituir um código de processo penal propriamente dito. Nos primeiros anos da República, optou-se por manter a aplicação do Código de Processo Criminal do

---

<sup>9</sup> No original, “Studiare gli apparati di giustizia significa coglierne, al tempo, l’intrinseco funzionamento e le modalità del loro innesto nella complessiva organizzazione dei poteri” (COSTA, op. cit., 2010, p. 21).

<sup>10</sup> COSTA, Pietro. Di che cosa fa storia della giustizia? Qualche considerazione di método. In: LACCHÈ, Luigi; MECCARELLI, Massimo (a cura di). *Storia della giustizia e storia del diritto: Prospettive europee di ricerca*. Macerata: eum, 2012. p. 21.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 33.

<sup>12</sup> COSTA, op. cit., 2010; 2012.

Império, estabelecendo algumas normas complementares<sup>13</sup>. Já ao fim da Primeira República, o Estado organizou suas próprias normas processuais penais, integrou-as no Código Judiciário, o qual sistematizava a organização judiciária estatal, bem como a matéria processual civil e, a partir de então, penal.

O primeiro Código Judiciário Catarinense data de 1925, portanto, trinta e cinco anos depois do início do novo regime. A mora para a organização das normas processuais estatais, ao menos nos primeiros anos da República, pode ser explicada pela grande instabilidade política e jurídica que o Estado de Santa Catarina vivenciou. Em novembro de 1891 com a Primeira Revolta da Armada, Marechal Floriano Peixoto assumiu a presidência, depondo Deodoro da Fonseca. O então governador catarinense, Lauro Müller, era apoiador de Deodoro e por isso também foi afastado do cargo pelos “federalistas”. O Estado passou a ser chefiado por uma junta governativa, para a qual havia grande resistência popular, formando-se grupos “republicanos” em defesa do antigo governador<sup>14</sup>.

Diante de conflitos políticos<sup>15</sup>, o Superior Tribunal de Justiça estadual (art. 47 da Constituição estadual de 1891) foi dissolvido pelo governo em 1893. Sob influência da Revolução Federalista iniciada no Rio Grande do Sul, os “republicanos” reagiram organizando tentativas de deposição do poder central, que culminaram na tomada do Palácio do Governo em 31 de julho daquele mesmo ano<sup>16</sup>. Com o fracasso da tentativa de destituição de Floriano Peixoto na capital do país, o Presidente

---

<sup>13</sup> D'AQUINO, Ivo. Parecer da Comissão Especial. In: SANTA CATARINA. Lei nº n. 1526, de 14 de novembro de 1925. *Código Judiciário do Estado de Santa Catarina*. Florianópolis: Oficinas A Elect. da Imprensa Oficial, 1926.

<sup>14</sup> VIEIRA, João Alfredo Medeiros. *Notas para a história do poder judiciário em Santa Catarina*. Florianópolis: Fundação Catarinense de Cultura, 1981.

<sup>15</sup> Hercílio Luz, que representava os republicanos, agrediu um juiz de direito da comarca de Blumenau que, em resposta, abriu um processo-crime contra o ele. Luz foi pronunciado em primeira instância, mas ao apelar da sentença, o caso subiu para o Superior Tribunal de Justiça do estado, que decidiu em favor dos acusados (VIEIRA, *op. cit.*). Em razão dessa decisão, o tribunal foi dissolvido em abril de 1893, de modo que, dois dias depois, o Governador constituiu o Tribunal da Relação, nomeando novos desembargadores. O Superior Tribunal de Justiça do estado retornou com o art. 47 da Constituição estadual de 1895.

<sup>16</sup> VIEIRA, *op. cit.*, p. 155.

da República, conhecido como “Marechal de Ferro”, enviou tropas para Santa Catarina com a missão de reprimir os “republicanos”. Logo que os conflitos cessaram, Hercílio Luz, importante político catarinense, foi eleito governador em 1894, cargo que ocupou por três mandatos<sup>17</sup>, representando o Partido Republicano Catarinense, o qual venceu todas as eleições para o cargo até 1930, quando o partido foi tirado do poder pela nomeação de um interventor federal da Aliança Federal pelo governo de Getúlio Vargas.

Mesmo com a progressiva estabilização do poder político estatal entre o final do século XIX e o começo do XX, o Código Judiciário só entrou em vigor em 1925, compilando e revisando leis esparsas já existentes acerca da organização judiciária e sobre matéria processual civil, além de prever normas de processo penal. Em setembro de 1911 foi publicada a Lei n. 919, a qual organizava o Poder Judiciário catarinense. Após sua entrada em vigor, contudo, seguiram mais de trinta leis revogando dispositivos ou adicionando normas àquela legislação. Segundo o Coronel Antônio Pereira da Silva e Oliveira<sup>18</sup>, governador em exercício do Estado em 1925<sup>19</sup>, as leis estatais não alteraram o processo criminal vigente até a publicação do primeiro código judiciário, de modo que até sua entrada em vigor aplicava-se o código processual de 1832, modificado pelas leis do Império<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> Relativos aos períodos de 1894 a 1898, 1918 a 1922 e 1922 a 1924. Hercílio Luz não chegou a concluir seu último mandato, pois veio a falecer em outubro de 1924.

<sup>18</sup> SILVA E OLIVEIRA, Antonio P. *Mensagem apresentada ao Congresso Representativo*, em 22 de julho de 1924, pelo Coronel Antonio Pereira da Silva e Oliveira, Vice-governador, no exercício do cargo de Governador do Estado de Santa Catharina.

<sup>19</sup> Silva e Oliveira, na condição de vice, assumiu o posto principal, em outubro de 1924, em razão da morte de Pedro Hercílio Luz que até então ocupava o cargo de governador.

<sup>20</sup> Nas palavras do governante, “relewa ponderar que o processo criminal vigente no Estado, é o do Codigo de 1832, modificado pelas leis de 3 de dezembro de 1841, de 20 de setembro de 1871 e pelos regulamentos n.º 120, de 31 de janeiro de 1842, e n.º 4824, de 22 de novembro de 1871, e se applica ao processo, julgamento e execução das causas civeis e commerciaes o regulamento n.º 737, de 25 de novembro de 1850” (SILVA E OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 11).

A mora da organização de normas processuais próprias, contudo, não foi exclusividade catarinense. Entre os vinte e um Estados que compunham a Federação, apenas o Rio Grande do Sul elaborou um código de processo penal no final do século XIX<sup>21</sup>. Outros três legislaram sobre a matéria entre 1910 e 1914, e os demais só publicaram suas leis e códigos processuais entre 1918 e 1926. Para Sabadell<sup>22</sup>, esses dados seriam demonstrativos da falta de interesse por parte dos Estados em legislar sobre a matéria.

O Parecer da Comissão Especial encarregada de revisar o Código Judiciário de Santa Catarina de 1925 corrobora o argumento de Sabadell. Nele, o deputado relator Ivo D'Aquino sugeria que a ausência de codificação era propícia aos interesses do poder legislativo estadual. Segundo ele, tratava-se de um “amontoado desharmonico de leis esparsas, contradictorias e extravagantes que todos os annos o Congresso votava ao sabor, muitas vezes, das emergências e, não raro, de interesses pessoais”<sup>23</sup>.

Outro fator que pode explicar a demora dos Estados em organizar suas normas processuais e judiciárias estava na ausência de clareza quanto às competências legislativas estatais. Conforme já anunciamos, ainda que a Constituição da República de 1891 tenha consagrado o sistema republicano federativo, ela apenas estabeleceu expressamente as atribuições privativas do Congresso Nacional, deixando de definir as

---

<sup>21</sup> A elaboração do Código de Processo Penal do Rio Grande do Sul também foi iniciada com uma lei de organização judiciária, a qual previa a complementação por meio de legislação processual (NODARI, FLORES, op. Cit.) e suas fontes doutrinárias e legislativas. *Revista da Faculdade de Direito de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 74, p. 65-96, jan./jun. 2019). Para além do pioneirismo, Flores e Nodari apontaram que o Código de Processo Penal do Rio Grande do Sul era repleto de particularidades em relação a outros diplomas processuais, inclusive àqueles elaborados posteriormente por outros entes federativos.

<sup>22</sup> SABADELL, A. L. Los Problemas del derecho procesal penal único en una federación: la experiencia de Brasil. In: Instituto Nacional de Ciencias Penales; Max-Planck Institut fuer Auslaendisches und Internationales Strafrecht. (Org.). *Hacia la Unificación del Derecho Penal. Logros y desafíos de armonización y homologación en México y en el Mundo*. Distrito Federal- México: Instituto Nacional de ciencias Penales-INACIPE, 2006, v. 1, p. 585-615.

<sup>23</sup> D'AQUINO, op. cit., p. 3.

atribuições estaduais. Tampouco as constituições catarinenses, para o caso em estudo, anunciavam tal prerrogativa. Assim, a interpretação de que os Estados tinham competência para legislar em matéria processual se deu por exclusão, a partir da regra dos poderes remanescentes, ou seja, todas as competências que não fossem proibidas pela Constituição poderiam ser exercidas pelos entes federativos<sup>24</sup>.

Essa interpretação, entretanto, não era unânime. Segundo o parecer de Ivo D'Aquino<sup>25</sup>, havia juristas que defendiam a unidade processual pois esta permitiria a uniformidade da jurisprudência, facilitando a atividade profissional do advogado. Como era de se esperar, a comissão encarregada do Código Judiciário do Estado era contrária a esse posicionamento. O parecer se utilizava de argumentos deterministas para afirmar a necessidade de um código catarinense diverso dos demais Estados, visto que a legislação deveria se orientar pelas particularidades sociais e econômicas, bem como as condições físicas, a que cada unidade federativa estava condicionada:

Em contrario á unidade de processo, ergue-se a razão de que é impossível legislar com cabal eficiência, sob os mesmos moldes, para todos os Estados do Brasil, cuja disparidade de território, de vias de transporte, de população, de desenvolvimento econômico e de condições físicas e sociais em geral – jamais lograria acomodar-se com êxito a uma só systematização<sup>26</sup>.

O parecer ainda aponta que, apesar da comissão entender pela exclusividade da competência estatal em legislar em matéria processual, a doutrina de maior prestígio defendia que a competência era simultânea, tendo prioridade o poder central<sup>27</sup>. Por essa razão, o Código Judiciário de 1925 teria reproduzido normas que já estavam estatuídas em leis federais<sup>28</sup>.

Outro argumento que explica a demora do estado na disposição de normas processuais próprias foi encontrado em uma mensagem do

---

<sup>24</sup> SABADELL, *op. cit.*

<sup>25</sup> D'AQUINO, *op. cit.*

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 7.

governador Felipe Schmidt, apresentada ao Congresso Representativo catarinense em 1900. Nela o governante defendia que o direito processual estatal só fosse codificado após a aprovação do Código Civil e a reforma do Código Penal de 1890, sob pena dos códigos processuais estaduais se tornarem inúteis, na medida em que eram normas adjetivas àquelas de direito material:

Não sou da opinião dos que aconselham cuidar-se quanto antes da codificação das nossas leis adjetivas: porque, penso, este trabalho correrá o risco de inutilidade desde que sejam aprovados, como se espera, os projectos de Código Civil, já confeccionado, e o da reforma do Código Penal, já apresentado<sup>29</sup>.

Schmidt<sup>30</sup> se referia ao projeto de código civil apresentado por Clóvis Beviláqua naquele mesmo ano e ao projeto de reforma do Código Penal de 1890 de autoria de João Vieira de Araújo, que à época estava em discussão na Câmara dos Deputados<sup>31</sup>. A codificação civil foi concluída em 1916, enquanto o direito penal só ganhou um novo código em 1940, apesar das diversas tentativas de reforma<sup>32</sup>. A mora dos trâmites para aprovação dos projetos apresentados parece consistir, portanto, em mais um fator capaz de explicar o longo período no qual Santa Catarina deixou de compilar suas normas processuais.

O projeto do Código Judiciário de 1925 ficou a cargo do desembargador Heraclito Carneiro Ribeiro<sup>33</sup>, nomeado pelo governo estadual. Depois de aprovado, contudo, vigorou por menos de três anos, sendo substituído em 1928 por uma nova codificação. Quanto à organização judiciária, não há diferenças significativas entre um código e outro,

---

<sup>29</sup> SCHMIDT, Felipe. *Mensagem apresentada ao Congresso Representativo*. Em 11 de Agosto de 1900 pelo Dr. Felipe Schmidt, Governador do Estado. p. 12-13.

<sup>30</sup> *Ibidem*.

<sup>31</sup> SONTAG, Ricardo. “*Código criminológico*”? Ciência jurídica e codificação penal no Brasil 1888-1899. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

<sup>32</sup> Além do projeto de Araújo, Galdino Siqueira (1913) e Sá Pereira (1927) também apresentaram projetos de reforma.

<sup>33</sup> Juiz de Florianópolis, era filho de um importante médico e intelectual negro brasileiro, Ernesto Carneiro Ribeiro, um dos revisores do Projeto de Código Civil apresentado por Clóvis Beviláqua.



havendo, de modo geral, apenas alteração de algumas nomenclaturas<sup>34</sup>. Ambos previam a existência do Ministério Público, o qual era composto por promotores públicos (um para cada comarca) e seus adjuntos, sendo chefiado pelo procurador geral do Estado. Os dois cargos eram nomeados pelo governador, que também escolhia os desembargadores do Superior Tribunal de Justiça a partir de uma lista de juizes de direito feita pelo próprio órgão. Os juizes de direito deveriam ser diplomados em ciências jurídicas<sup>35</sup> e habilitados em concurso pelo Superior Tribunal de Justiça, o qual realizava uma lista tríplice, a qual era encaminhada ao governador, que detinha a decisão final. Os suplentes dos juizes de direito também eram nomeados pelo governador, o qual deveria escolher “dentre os cidadãos domiciliados e residentes na comarca, reconhecidamente probos e capazes, devendo ser preferidos os graduados em direito” (art. 37 do Código Judiciário de 1928)<sup>36</sup>. Por fim, havia os juizes de paz ou juizes distritais (na redação do Código Judiciário de 1928), os quais eram cidadãos eleitos pelos distritos. Para assumir o cargo, deveriam estar no gozo dos direitos políticos ou apresentar os requisitos para tanto, ser domiciliados no distrito e saber ler e escrever português. A relação entre o Judiciário e o Executivo era, portanto, bastante próxima, sendo o primeiro subordinado ao segundo, na medida em que o governador elegia os nomes para os principais cargos, sendo apenas os juizes dos distritos eleitos pelos cidadãos que usufruíam de direitos políticos.

Ambos os códigos ainda previam de forma quase idêntica a organização do júri, o qual era composto, para além do juiz de direito e do promotor público, por 28 jurados<sup>37</sup>, sendo sete sorteados para compor o Conselho de Sentença. Para ser jurado era preciso saber ler e escrever português, estar no gozo dos direitos políticos, ser cidadão entre

---

<sup>34</sup> Para dar um exemplo, o código de 1925 referia-se a “Governador do Estado” e “juiz de paz”, enquanto o de 1928 substituíria essas expressões por “Presidente do Estado” e “juiz distrital”, respectivamente.

<sup>35</sup> O código de 1925 referia-se a “sciencias jurídicas e sociaes” (art. 31), enquanto o de 1928 falava apenas em “sciencias jurídicas” (art. 26).

<sup>36</sup> O artigo 43 do código de 1925 apresentava redação praticamente idêntica, trocando a expressão “reconhecidamente probos e capazes” por “de reconhecida moralidade e aptidão”.

<sup>37</sup> O número legal para abertura da sessão, entretanto, era de vinte e um jurados (art. 83 do CJSC/1925 e art. 77 do CJSC/1928).

vinte e um e sessenta anos, bem como ter rendimento anual mínimo de 2:400\$000, cuja prova era dispensada para os profissionais liberais. Entre as causas que impediam uma pessoa de ser jurada estava a notória “falta de bom senso, integridade e bons costumes” (art. 54, I do Código Judiciário de 1925)<sup>38</sup>. O “creado de servir” (art. 54, VIII do Código Judiciário de 1925)<sup>39</sup> também estava impedido de desempenhar tal função. Tais disposições demonstram a importância da moralidade pública na sociedade catarinense e a tentativa de manutenção da sua estratificação socioeconômica pela elite jurídica.

A principal razão para a substituição do código de 1925 estava na reforma das normas processuais penais, sobretudo quanto à atribuição de competências do júri, a qual dependia da elaboração de um novo código judiciário. Segundo o governador Adolpho Konder, corroborando o argumento do Presidente do Superior Tribunal de Justiça do Estado:

Com evidente prejuízo para o interesse da Justiça, estão sendo julgados pelos tribunales populares crimes, que, por sua natureza e qualidade das pessoas que os praticam, deviam recahir sob a competência de juizes singulares ou tribunales especiaes. Taes são, entre outros, os delictos praticados por menores, os de fallencia fraudulenta ou culposa, os de injuria e calumnia, e os peculiares aos officiaes e praças da Força Publica<sup>40</sup>.

De fato, as constituições estaduais de 1891 e 1895 já limitavam o júri para os “crimes mais graves”<sup>41</sup>. Por certo, tratava-se de cláusula aberta e uma simples leitura do código penal de 1890<sup>42</sup> não seria capaz de fechar a questão. Uma comparação com o decreto organizador da

<sup>38</sup> O artigo 48, I, do código de 1928 reproduziu a redação de forma idêntica.

<sup>39</sup> O artigo 48, IV, do código de 1928 se utiliza da mesma expressão.

<sup>40</sup> KONDER, Adolpho. *Mensagem apresentada á Assembléa Legislativa*, a 29 de julho de 1929, pelo doutor Adolpho Konder, Presidente do Estado de Santa Catharina. p. 42.

<sup>41</sup> Conforme o art. 55 de ambos os textos, “Art. 55. O Tribunal do Jury continúa a ter competência para julgar os crimes mais graves, com sua actual organização e na fórmula da legislação em vigor, emquanto não revogada”.

<sup>42</sup> BRASIL. *Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890*: Promulga o Código penal. Rio de Janeiro, 1890a.

justiça federal<sup>43</sup> também não: todos os crimes de competência da União originalmente eram de competência do júri<sup>44</sup>. Posteriormente, o rol foi aclarado<sup>45</sup> e alguns crimes (como peculato, contrabando e moeda falsa)<sup>46</sup> passaram ao juiz singular.

Ainda, se analisada a doutrina da época, percebe-se que a primazia do júri era princípio geral consolidado:

Poucas são as violações da lei penal que escapam à competência do jury; e é certo que este, apesar de ter sido constitucionalmente creado também para questões civis, nunca funcionou sinão para

---

<sup>43</sup> BRASIL. *Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890*: Organiza a Justiça Federal. Rio de Janeiro, 1890b.

<sup>44</sup> “Art. 40. Os crimes sujeitos á jurisdicção federal serão julgados pelo Jury” (BRASIL, 1890).

<sup>45</sup> “Art. 83. Compete ao Jury federal julgar: a) os crimes politicos, e como taes se consideram os definidos no livro 2o, tit. 1o e seus capitulos, e tit. 2o, cap. 1o do Codigo Penal; b) a sedicção contra funcionario federal ou contra a execução de actos e ordens emanadas de legitima autoridade federal, conforme a definição do art. 118 do Codigo Penal; c) a resistencia, desacato e desobediencia á autoridade federal e tirada de presos do poder da justiça federal, segundo as disposições dos capitulos 3 a 5 do tit. 2o do citado livro do Codigo Penal; d) os crimes de responsabilidade dos funcionarios federaes que não tiverem fóro privilegiado (Tit. 5 do cit. livro), não comprehendido o de peculato; e) os crimes contra a propriedade nacional comprehendidos no cap. 1o do tit. 12 do mesmo livro; f) a falsificação de actos das autoridades federaes, de titulos da divida nacional, de papeis de credito e de valores da nação ou de banco autorizado pelo Governo Federal; não comprehendidos os definidos nos arts. 246, 247 e 250 do Codigo Penal; g) interceptação ou subtracção de correspondencia postal ou telegraphica do Governo Federal (Cap. 4o do Tit. 4o do mesmo livro); h) os crimes contra o livre exercicio dos direitos politicos nas eleições federaes ou por occasião de actos a ella relativos (Cap. 1o do Tit. 4o do mesmo livro); i) a falsidade de depoimento ou de outro genero de prova em Juizo federal (Secção 4a do Cap. 2o do Tit. 6o do mesmo livro); j) os crimos definidos no Tit. 3o, 1a parte da lei n. 35, de 26 de janeiro de 1892” (BRASIL, 1898a).

<sup>46</sup> “Art. 1º Fica competindo ao juiz de Secção no Districto Federal e nos Estados da União o julgamento dos crimes de moeda falsa, contrabando, peculato, falsificação de estampilhas, sellos adhesivos, vales postaes e coupons de juros dos titulos da divida publica da União, qualificados nos arts. 221 a 223, 239 a 244, 246, 247 e 265 do Codigo Penal e do uso de qualquer destes papeis e titulos falsificados, qualificados no art. 250 do mesmo Codigo” (BRASIL, 1898b).

o julgamento de processos criminaes, havendo, mesmo, nesta materia, tendência para restringir suas atribuições<sup>47</sup>.

Mas, em julho de 1928, diante do contexto nacional<sup>48</sup> e das reivindicações do Superior Tribunal de Justiça do Estado, um novo código judiciário foi publicado, restringindo as atribuições do júri. A regra geral, contudo, continuava sendo a de que os crimes eram julgados pelo tribunal popular e as competências dos juízes de direito eram manifestamente expressas no código judiciário<sup>49</sup>. Na prática, contudo, o júri estadual ficava

<sup>47</sup> WHITACKER, Firmino. *Jury (Estado de S. Paulo)*. São Paulo: Typ. Espíndola, Siqueira & Comp., 1904, p. 10.

<sup>48</sup> Veja-se, por exemplo, a limitação da competência do júri federal para o julgamento dos crimes cometidos por anarquistas a partir de 1921 (NUNES, Diego. *Le “irrequietas leis de segurança nacional”: sistema penale e repressione del dissenso politico nel Brasile dell’Estado Novo (1937-1945)*. Tese de Doutorado (Direito). Università degli studi di Macerata (Itália), 2014, p. 210-217).

<sup>49</sup> Segundo o art. 181, inciso IX, do Código Judiciário de Santa Catarina de 1928, “Art. 181 – Compete ao juiz de direito, no crime: [...] IX – Processar e julgar: a) os crimes funcioneas do prefeito, do sub-prefeito, intendente e conselheiros municipais; do juiz districtal, do promotor publico e seu adjunto; de todos os empregados públicos que não tiverem fôro especial; b) os crimes previstos nos seguintes artigos do Codigo Penal e correspondentes leis modificadoras: 1. – tirada ou fugida de presos do poder da justiça e arrombamento das cadeias (arts. 127 a 133). 2. – desacato e desobediência ás autoridades (arts. 134 e 135) e resistencia (arts. 124 a 126). 3. – incendio e outros crimes de perigo commum (arts. 136 a 148), ressalvada a competencia da Justiça Federal no caso do art. 139. 4. – contra a segurança dos meios de transporte ou comunicação (arts. 149 a 154) quando não attribuidos por lei á Justiça Federal. 5. – contra a saude publica (paragr. unico do art. 156, § I, 2, do art. 157, paragr. unico do art. 158, arts. 160 a 164, e Decretos n. 4.294 de 6 de julho de 1921, n. 3.987 de 2 de janeiro de 1920 e n. 14.969 de 3 de setembro de 1921). 6. – carcere privado (arts. 181 a 183). 7. – contra a inviolabilidade do domicilio, no caso do paragr. unico do art. 196. 8. – falsidade de actos e documentos públicos e particulares (arts. 251 a 260 do Codigo Penal e Decreto n. 4.780, de 27 de dezembro de 1923). 9. – testemunho falso, declarações, queixas e denuncias falsas em juizo (arts. 261 a 264). 10. – violencia carnal, rapto, lenocinio e adulterio (arts. 266 a 281 do Codigo Penal, Lei n. 2.992 de 24 de setembro de 191[ilegível]). 11. Contra a segurança do estado civil (arts. 283 e 285 a 288). 12. – subtracção e ocultação de menores (arts. 289 a 292). 13. – calumnia e injuria (arts. 315, 316, 319 e 320 do Codigo Penal e Decreto n. 4.743 de 31 de outubro de 1923). 14. – damno (arts. 326 a 329). 15. – furto (arts. 330, paragr. 4 e 333) e apropriação indébita, qualquer que seja seu valor (arts. 331 a 332). 16. – fallencia (arts. 336 e 337 do Codigo Penal e Lei n. 2.024 de 17 de dezembro de 1908). 17. – estellionato

mais restrito, devendo julgar apenas os crimes contra a vida: homicídio (art. 294 a 297), infanticídio (art. 298), indução ou auxílio ao suicídio (art. 299) e aborto (art. 300 a 302). O fato não passou despercebido:

A competência, no processo criminal, soffreu uma modificação profunda, acompanhando a corrente moderna de ampliar a Julgamento singular em prejuizo do Jury e do Tribunal Correccional que, nem aqui nem alhures, tem se imposto ao apreço publico como instrumentos idoneos de fazer Justiça [...] a enumeração dos crimes attribuidos á jurisdição do juiz singular é longa, ficando para o tribunal popular bem pouca coisa<sup>50</sup>.

A imprensa local não deixou de fazer o seu juízo sobre a questão:

Diante dessa farta enumeração, o que fizemos de proposito para conhecimento geral, ficará de parabens a actividade honesta, os elementos são da sociedade, que são, justamente, os que merecem toda a protecção dos poderes publicos, por isso que são os fatores de producção, riqueza e estabilidade social. *A actividade deshonesta, attentatoria dos direitos alheios, não contará mais com a impunidade systematica do velho Jury*, quer quanto as lesões moraes. A calumnia e a injuria passarão a ser punidas. O patrimonio moral dos cidadãos passará a ser respeitado. *Julgamento de juiz singular, com recurso para o Superior Tribunal de Justiça, havemos forçosamente de iniciar uma phase de punição á delinquencia em suas variadas modalidades. E' obra de saneamento social o que se vem de fazer com o novo Codigo*. O indice da criminalidade ha de baixar para bem da sociedade e para honra dos seus dirigentes [grifo nosso]<sup>51</sup>.

---

(arts. 338 a 340). 18. – contra a propriedade litteraria, artistica, industrial e commercial (arts. 342 a 355 do Codigo Penal, Lei n.496 de 1º de agosto de 1898, Lei n. 1.236 de setembro de 1904). 19. – roubo (arts. 356 a 360). 20. – fabricação ou porte de instrumentos proprios para roubar (art. 361). 21. – extorsões (art. 362). 22. – os crimes attentorios da ordem social (Lei n. 4269 de 17 de janeiro de 1921, arts. 1º a 11) quando não expressamente attribuidos á Justiça Federal. 23. – as contravenções em espécie (Livro III do Codigo Penal, excluidos os arts. 367, 368, 377, 378, 379 e 382, Lei n. 6.994 de 19 de junho de 1908, Lei n. 4.394 de 6 de julho de 1921)” (SANTA CATARINA, 1928).

<sup>50</sup> O NOVO CÓDIGO JUDICIARIO. *República*: Florianópolis, quinta-feira, 1º de novembro de 192., p. 2.

<sup>51</sup> *Ibidem*.

Nessa nova regulamentação, o processo criminal, em seu rito comum, iniciava-se a partir da abertura do inquérito policial<sup>52</sup>. Recebida a notícia crime ou em caso de flagrante delito, deveria a autoridade policial tomar todas as medidas necessárias para a coleta das provas, garantindo o estado de conservação das coisas, bem como interrogar as testemunhas e o acusado e solicitar a prisão preventiva, indicando as razões e provas para tanto.

O capítulo relativo ao inquérito policial do CJSC/1928 tinha como base o crime de homicídio. Assim, determinava que a autoridade policial deveria “photographar o cadaver na posição em que fôr encontrado, sempre que fôr possível; apreenderá os instrumentos do crime e quaesquer objectos encontrados; colligirá os indícios existentes”<sup>53</sup>, bem como deveria proceder com o corpo delito, indicando dois profissionais peritos na matéria<sup>54</sup>.

Realizadas todas as diligências legalmente previstas, a autoridade policial era responsável por despachar os autos ao juiz respectivo, em caso de ação pública, e de entregá-los ao requerente quando a ação fosse privada. O prazo para conclusão e remissão do inquérito era de quinze dias, mas caso o acusado estivesse preso passava a ser de cinco dias a contar da data da prisão<sup>55</sup>.

Ao receber os autos, o juiz deveria encaminhá-los ao Ministério Público. Nas ações públicas, o promotor deveria oferecer a denúncia, podendo solicitar a realização de novas diligências ou o arquivamento do inquérito<sup>56</sup>, caso julgasse as provas insuficientes. Admitia-se como prova a confissão, o depoimento de testemunhas, o exame pericial, os documentos e os indícios<sup>57</sup>. A confissão só era

<sup>52</sup> As exceções estavam previstas no artigo 2.055: “Não cabe inquerito: I – Nas infrações penaes de fôro privilegiado, II – Nos crimes de responsabilidade. III – Nos crimes militares. IV – Nas infrações penaes cometidas por menores de 18 annos” (SANTA CATARINA, *op. cit.*, 1928, p. 351).

<sup>53</sup> SANTA CATARINA. Lei nº n. 1640, de 03 de novembro de 1928. *Codigo Judiciario do Estado de Santa Catarina*, 1928, art. 2.042, I.

<sup>54</sup> *Ibidem*, art. 2.042, II.

<sup>55</sup> Vide artigos 2.044 e 2.045 do Código Judiciário de Santa Catarina de 1928.

<sup>56</sup> Vide artigo 2.051 do referido Código Judiciário.

<sup>57</sup> SANTA CATARINA, *op. cit.*, art. 2.147.

admitida se feita perante autoridade competente, versasse sobre o fato principal e coincidissem com as suas circunstâncias, bem como se fosse livre, espontânea e expressa<sup>58</sup>.

Em linhas gerais, as ações privadas eram relativas aos crimes de dano em domínio particular, corrupção de menores, violência carnal sem resultado morte ou dano grave à saúde, rapto, adultério, parto suposto, calúnia, injúria, lenocínio praticado pelo marido contra a esposa e crimes contra a propriedade intelectual<sup>59</sup>. Não eram admitidas queixas apresentadas contra cônjuge, pai, filho e irmão, assim como de advogado contra cliente, de relativamente incapaz sem representante legal e do inimigo capital<sup>60</sup>. Mesmo nas ações públicas, o particular poderia apresentar queixa, cabendo ao Ministério Público promover a acusação, interpor recursos e assistir a parte em todos os julgamentos. Após o recebimento do inquérito, o promotor público tinha dez dias para se manifestar, sob

---

<sup>58</sup> *Ibidem*, art. 2.148.

<sup>59</sup> “Art. 2.096. – A denuncia compete ao Ministerio Publico em todas as infracções penaes, nos termos da legislação federal. Exceptuam-se os seguintes crimes: I – Damno [sic] em coisa de dominio particular, não tendo havido prisão em flagrante. II – Corrupção de menores, violencia carnal e rapto, salvo se a pessoa offendida fôr miseravel, ou asylada de algum estabelecimento de caridade; se da violencia carnal resultar morte, perigo de vida, ou alteração grave de saúde; se o crime fôr perpetrado com abuso de autoridade de pae, tutor, curador, preceptor ou amo. III – Adulterio e parto supposto. IV – Calumnia [sic] e injuria, salvo em se tratando de offensa a corporação que exerça autoridade publica, ou contra qualquer agente, ou depositário desta, em razão de suas funções. V – Crime do paragrapho único do art. 277 do Codigo Penal, quando praticado pelo marido contra a mulher, caso em que somente a esta cabe o direito de queixa. VI – Crime de furto, no caso do art. 335 do Codigo Penal, e observada a disposição do art. 1º paragrapho unico da lei n. 628, de 24 de outubro de 1899. VII – Crimes contra a propriedade literária, artistica, industrial e commercial, salvo os casos expressos nas leis que protegem essas propriedades” (SANTA CATARINA, *op. cit.*, 1928, p. 357).

<sup>60</sup> “Art. 2.097. – Não se admite queixa ou representação: [...] Paragrapho único. E’ inimigo capital de outro: I- Aquelle que contra elle teve, ou tem causa crime ou cível, sobre todos os bens, ou a maior parte delles. II – Aquelle que o feriu gravemente. III - Aquelle que lhe irrogou injuria, ou calumnia. IV- Aquelle contra elle commetteu furto, roubo, ou adulterio. V – O que praticou qualquer desses crimes contra o cônjuge, filho, neto, ou irmão daquelle, ou matou alguma dessas pessoas” (SANTA CATARINA, *op. cit.*, 1928, p. 357).

pena de multa. Nesse caso, o juiz deveria atuar *ex officio*, propondo a ação por meio de uma portaria<sup>61</sup>.

Recebida a denúncia pelo juiz, iniciava-se a formação de culpa, quando as partes eram citadas, o réu qualificado e as testemunhas intimadas para prestarem depoimento perante juízo<sup>62</sup>. Caso o réu não fosse representado por advogado particular, ele próprio era responsável por sua defesa. O código, entretanto, arrolava um rol taxativo<sup>63</sup> de perguntas que poderiam ser feitas ao réu durante o interrogatório, o sumário de culpa e o plenário.

Como a regra geral prevista pelo código era de que os crimes deveriam ser julgados pelo júri, após a finalização do sumário de culpa o juiz deveria decidir pela pronúncia do acusado. Feita a pronúncia, o magistrado deveria abrir vistas ao Ministério Público que tinha três dias para oferecer o libelo acusatório<sup>64</sup>. Caso a ação fosse privada, o requerente deveria ser notificado para oferecer o documento em igual prazo.

Além do júri, o Código Judiciário de 1928 manteve a existência dos Tribunais Correccionais, que também podem ser considerados populares, uma vez que eram administrados pelas comunidades locais, através da figura do juiz distrital, eleito por voto censitário, e da participação de jurados no julgamento dos crimes de sua competência. O juiz distrital possuía o poder de formar a culpa e decidir pela submissão do réu a julgamento (art. 191, VI, do CJSC/1928), o qual era feito por dois “vogaes” sorteados entre aqueles que compunham a lista de jurados do

<sup>61</sup> Vide artigo 2.108 do CJSC/1928.

<sup>62</sup> Vide artigos 2.172 e seguintes do CJSC/1928.

<sup>63</sup> “Artigo 2.188. – No interrogatório, quer no summario, que no plenário, *só poderá ser perguntado ao réo*: I- Qual seu nome, naturalidade, idade, estado, filiação, residência e tempo della no lugar indicado. II – Quaes seus meios de vida e profissão. III – Se sabe ler e escrever. IV – Onde estava ao tempo em que se diz ter sido commetido o crime. V – Se conhece as testemunhas arroladas, desde que tempo e se tem alguma coisa que lhes oppôr. VI – Se é verdade o que se alega na denuncia, ou queixa. VII – Se quer fazer alguma declaração, ou apresentar defesa oral, ou escripta [...] § 3º - *Não é permitido ao juiz, em caso algum, acrescentar perguntas ás mencionadas neste artigo; ao réo, entretanto, é licito alegar o que lhe convier, devendo ser escriptas todas as suas declarações*” (SANTA CATARINA, , *op. cit.*, 1928 [grifos nossos]).

<sup>64</sup> Vide artigo 2.205 do CJSC/1928.



Tribunal do Júri e o próprio juiz distrital, que tinha direito a voto (art. 89 do CJSC/1928).

O Código Judiciário de 1928 ainda previa procedimentos distintos para o julgamento de menores<sup>65</sup>. Aqueles com menos de catorze anos não poderiam ser submetidos ao processo criminal, de forma que cabia a autoridade competente apenas registrar o ocorrido, avaliar o estado do menor e a “situação social, moral e economica dos paes”<sup>66</sup>. Já aqueles entre catorze e dezoito anos eram submetidos a um processo especial, no qual era suprimido o inquérito policial, e tinham direito a um defensor. Já os maiores de dezoito e menores de vinte e um anos deveriam ser assistidos por um curador<sup>67</sup>, mas respondiam ao rito processual comum.

As modalidades de recurso previstas no código eram: recurso em sentido estrito (art. 2.507), apelação (art. 2.528), protesto por novo julgamento (art.2.549), embargos (art. 2.554) e revisão (art. 2.558). O promotor público era obrigado a apelar no caso de sentença absolutória proferida pelos tribunais do júri e correccional quando a decisão fosse contrária a lei expressa, ou à prova dos autos, ou quando descumprisse formalidade substancial capaz de anular o processo ou o julgamento<sup>68</sup>. Já o juiz tinha a obrigação de apelar *ex officio* de todas as suas sentenças, salvo se elas fossem condenatórias<sup>69</sup>. Em caso de condenação, o código ainda previa a possibilidade de livramento condicional<sup>70</sup>.

O Código Judiciário de 1928 manteve-se vigente, em sua redação original, até meados da década de 1930. Com o início da Era Vargas, vários decretos estaduais modificaram algumas de suas disposições. Dentre eles, destaca-se o Decreto 20.348 de 1931, o qual será melhor analisado a seguir.

---

<sup>65</sup> Vide artigo 2.329 e seguintes do CJSC/1928.

<sup>66</sup> SANTA CATARINA, *op. cit.*, art. 2.329.

<sup>67</sup> Vide artigo 2.179 do CJSC/1928.

<sup>68</sup> Vide artigos 2.528, I e 2.529, caput do CJSC/1928.

<sup>69</sup> Vide artigos 2.528, II e 2.529, parágrafo único do CJSC/1928.

<sup>70</sup> Vide art. 2.493 e seguintes do CJSC/1928.

## 2. O PROCESSO PENAL EM SANTA CATARINA NOS ANOS 1930

Nesse momento da história brasileira, Getúlio Vargas assumiu o poder em decorrência da chamada “Revolução de 1930”, a qual destituiu Washington Luís e impossibilitou a posse de Júlio Prestes ao cargo de Presidente<sup>71</sup>. Com o golpe, os governadores estaduais foram depostos e os chefes do Executivo passaram a ser interventores nomeados pelo poder central. A maior parte dos estados passou a ser governada por tenentes designados por Osvaldo Aranha e por Juarez Távora. Foi o caso de Santa Catarina, em que assumiu o general Ptolomeu de Assis Brasil.

Em agosto de 1931 o Governo Provisório publicou o Decreto 20.348, o qual ficou conhecido como “Código dos Interventores”, pois visava justamente disciplinar a administração dos Estados, o que incluía a organização judiciária dos mesmos. Nesse sentido, apresentava uma série de normas relativas à magistratura, dispendo sobre a aposentadoria dos juízes e seus cargos, além de tratar da possibilidade de exame de autos judiciais e impossibilitar a apreciação dos atos dos interventores e dos prefeitos pelo Judiciário.

A partir da publicação do referido decreto, os Estados deveriam adaptar suas normas de organização judiciária às novas determinações do governo central. Em nove de setembro daquele ano, o então ministro da justiça Osvaldo Aranha enviou um telegrama a todos os interventores exigindo a aplicação do Código dos Interventores, o qual havia sido assinado apenas dez dias antes:

Não tendo ainda sido referendado o Código dos Interventores, que já foi, entretanto, divulgado pela imprensa, solicito-vos envieis, com urgência, por telegrama quaisquer motivos que obstem a aplicação do mesmo Código neste Estado (REPUBLICA, 1931).

---

<sup>71</sup> Considerando que nesse período, as eleições para presidência de fato ocorreram, a vitória de Júlio Prestes gerou uma divisão política entre as principais lideranças, São Paulo e Minas Gerais. Contudo, o assassinato do vice de Getúlio, João Pessoa foi pretexto da Aliança Liberal contra Washington Luís. Com início de uma revolta, em 3 de novembro de 1930 Getúlio Vargas assumiu o poder.

Dez dias depois, em 19 de setembro de 1931, o governo de Santa Catarina publicou o Decreto 157, o qual entraria em vigor em primeiro de outubro daquele ano através do Decreto 158, cuja finalidade era tão somente determinar a vigência da lei anterior. O Decreto 157 possuía quatrocentos e vinte e nove artigos, sendo que sua capa estampava o título “Codigo Judiciario do Estado de Santa Catharina” seguida pelo subtítulo “Livro I Organização Judiciaria”<sup>72</sup>.

O livro II, entretanto, nunca foi publicado. Em uma busca pelo referido diploma legal nos acervos das bibliotecas da Universidade Federal de Santa Catarina, do Tribunal de Justiça e da Assembleia Legislativa do Estado, do Arquivo Público Catarinense, da Universidade de São Paulo, do Senado Federal, no Museu do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e na Biblioteca Osni Régis, não foi encontrado nenhum registro. Somente o Arquivo Público e a biblioteca da Universidade Federal de Santa Catarina dispunham de uma cópia do livro I do “Código Judiciário de 1931”. Por outro lado, em todas as demais bibliotecas e acervos foi encontrado o Código de 1928 e, em algumas, inclusive o de 1925. Isso pode ser explicado pelo fato do Decreto 157 de 1931 nunca ter sido considerado um código. Assim, o Código Judiciário de 1928 vigorou durante toda a década de 1930, apesar de ter sofrido algumas modificações, as quais foram mais significativas em relação às suas disposições acerca da organização judiciária.

Nesse sentido, o jornal “Republica” anunciou a publicação do Decreto 157 “como parte integrante do Codigo Judiciario”<sup>73</sup>. Um pouco mais de um mês depois, em 27 de outubro de 1931, a manchete “O primeiro ano do governo revolucionário em Santa Catarina” atribuía ao governo do general Ptolomeu de Assis Brasil a reforma do Código Judiciário de 1928. Ademais, não é difícil encontrar em jornais catarinenses comunicados oficiais, convocações para o júri e publicações de sentenças a partir de 1931 que fazem referência a artigos do Código Judiciário de 1928, inclusive em matérias que eram objeto do Decreto 157 de 1931<sup>74</sup> –

---

<sup>72</sup> SANTA CATARINA. Decreto 157, de 19 de setembro de 1931. *Codigo Judiciario do Estado de Santa Catarina*. Florianópolis, 1931.

<sup>73</sup> Decreto n. 157. *Republica*. Florianópolis, p. 5-6. 20 set. 1931. p.5.

<sup>74</sup> Alguns exemplos: no jornal “A Notícia”, publicado em Joinville em 11 de abril de 1932, na página 02, o edital para convocação do júri cita o artigo 76 do Código Judiciário de 1928 e não o artigo 71 do Decreto 157 de 1931, ainda que

o que demonstra que o referido código de 1928 se manteve em vigor até a unificação nacional do direito processual.

Uma breve análise comparativa dos dois diplomas legais também não é capaz de revelar modificações profundas na organização judiciária prevista em cada um deles, de modo que não é possível afirmar que o Decreto 157 de 1931 tenha inaugurado uma nova forma de se organizar a justiça no Estado. Na verdade, o referido decreto parece ter mais reproduzido dispositivos já previstos anteriormente do que os alterado<sup>75</sup>.

O fato de as alterações terem sido pontuais, contudo, não significa que elas não tenham sido significativas. De modo geral, a leitura comparativa das legislações indica que o principal intuito do Decreto 157 de 1931 estava em atribuir maior controle do poder executivo sobre o judiciário, seguindo a orientação, assim, do “Código dos Interventores”<sup>76</sup>. Isso pode ser percebido, por exemplo, no fim da admissão de juízes de direito através de concurso e na extinção do Tribunal Correccional, a quem competia julgar crimes contra a saúde pública (art. 156, 157 e 158 com exceção de seus respectivos parágrafos, do Código Penal de 1890), a liberdade pessoal (art. 179, 180 e 184) e de trabalho (art. 204 a 206), o livre exercício de culto (art. 185 a 188), a inviolabilidade de segredo (art. 189 a 192) e a inviolabilidade do domicílio, desde que sem violência física (art. 196, caput, e 198), além dos delitos de lesão corporal (art. 303 e 306), duelo (art. 307 e 309), furto de menor valor (até 200\$000, art. 330, parágrafos 1, 2 e 3), loterias e rifas (art. 367 e

---

eles fossem praticamente idênticos; no jornal “A Gazeta”, publicado em 25 de outubro de 1939, a Secretaria do Interior e Justiça comentou o artigo 126 do Código de 1928, ainda que o artigo 107 do Decreto de 157 de 1931 dispusesse sobre a mesma matéria.

<sup>75</sup> Nesse sentido, os dispositivos dos capítulos relativos ao Poder Judiciário, às autoridades auxiliares ao Poder Judiciário, à qualificação e revisão dos jurados, ao recurso de qualificação, serventuários e empregados da Justiça, entre outros, são cópias integrais de artigos do Código Judiciário de 1928.

<sup>76</sup> O Decreto n. 20.348 de 1931 determinava que: “Art. 27. Logo que reorganizarem os seus tribunais judiciários, os Estados adotarão a regra de fazerem-se todas as nomeações ou promoções para cargos da magistratura mediante prévia e expressa aprovação do mais alto tribunal judiciário do Estado, em escrutínio secreto, salvo quando realizadas por indicação do mesmo tribunal, em lista de três nomes, no máximo” (BRASIL, 1930 [grifos nossos]).

358), uso de armas (art. 377), contravenções de perigo comum (art. 379) e sociedade secreta (art. 382). Os juízes de direito assim como os distritais (que antes eram eleitos pelos cidadãos) passaram a ser nomeados livremente pelo interventor, desde que a indicação fosse aprovada pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>77</sup>.

Já a competência do júri foi ampliada. Uma comparação desatenta entre Código de 1928 e o Decreto 157 pode levar a interpretação de que o rol de delitos a serem julgados pelo tribunal popular foi reduzido, uma vez que a legislação de 1928 colocava a competência do júri como regra geral<sup>78</sup>, enquanto o Decreto 157 a descrevia em um rol específico de crimes. Na prática, no entanto, com a extinção do Tribunal Correccional a competência para julgar o delito de lesão corporal foi incorporada ao júri, para além dos delitos contra a vida que já lhe competiam anteriormente<sup>79</sup>. Isso, não significa, em hipótese alguma, uma medida contrária ao movimento de centralização das infrações criminais nas mãos dos juízes de direito, uma vez que dos delitos que eram anteriormente julgados pelo Tribunal Correccional, apenas esse integrou o rol destinado ao júri. Na verdade, essa inclusão parece ter sido uma forma moderada de não retirar todos os crimes julgados pelos juízes distritais da competência popular, colocando a lesão corporal sob custódia do júri.

Pode-se afirmar, assim, que o Decreto 157 de 1931 foi publicado com o intuito de adaptar as normas do Código Judiciário de 1928 às demandas do novo regime, bem como é possível que o título “Código Judiciário” estampado na capa do Decreto 157 tenha sido utilizado como

---

<sup>77</sup> Os cargos do Ministério Público já eram nomeados pelo Presidente do Estado durante a vigência do Código Judiciário de 1928, orientação que o Decreto 157 manteve.

<sup>78</sup> Segundo o artigo 192, competia ao tribunal do júri “julgar os crimes communs não expressamente attribuidos a outra jurisdição” (SANTA CATARINA, *op. cit.*, 1928).

<sup>79</sup> Segundo o artigo 173 do Decreto 157, de 1931: “Art. 173. Ao tribunal do Jury compete: Julgar os crimes previstos nos seguintes artigos do Codigo Penal: I. Homicidio (arts. 294, parágrafos 1 e 2; 295, parágrafos 1 e 2, e 297). II. Infanticidio (art. 298). III Induzimento ou auxilio a suicidio (art. 299). IV Aborto (art. 300 a 302). V Lesões Corporaes (art. 304 e seu § unico)” (SANTA CATARINA, 1931).

forma de enfatizar a reforma da organização judiciária e o acatamento das exigências do poder central.

Ademais, fica clara a intenção do “Código dos Interventores” de pressionar os Estados não só a submeterem o judiciário estadual ao Governo Federal através da expansão da interferência dos governadores (nesse caso indicados pelo Presidente da República), mas também pelo aniquilamento da justiça como lugar de exercício de cidadania, visto que com a outorga do Decreto 157 de 1931 extinguiu-se o Tribunal Correccional, o qual era composto por cidadãos eleitos por voto censitário, e que possuía uma competência relativamente ampla, conforme vimos. Ainda, tal tribunal pode ser considerado mais popular do que o próprio júri, uma vez que era presidido pelo juiz distrital, cargo que todos os cidadãos que soubessem ler e escrever poderiam se candidatar<sup>80</sup>, diferentemente da função de júri, destinada a um grupo seletivo de pessoas, economicamente abastadas<sup>81</sup>. Ademais, com fim da eleição censitária do juiz distrital, funções importantes como a realização do flagrante e do corpo delito, a concessão de fiança e a execução da pena de prisão deixaram de ser competência de um representante do distrito, passando ao poder do indicado ao cargo pelo interventor federal, retirando, assim, a participação local no exercício da justiça criminal comum.

---

<sup>80</sup> Conforme determinava o art. 44 do Código Judiciário de 1928: “Art. 44. – São condições essenciaes ao cargo de juiz districtal: I – Estar no gozo dos direitos políticos, ou ter-lhes os requisitos. II – Ser domiciliado no districto, desde um anno antes, no mínimo, da data da eleição. III – Saber ler e escrever o português” (SANTA CATARINA, *op. cit.*, 1928).

<sup>81</sup> Em redação quase idêntica ao Código Judiciário de 1928, o Decreto 157 de 1931 previa que: “art. 46. Annualmente, no mez de outubro, os chefes de repartições fiscaes do Estado e do Municipio são obrigados a remetter ao Presidente do Tribunal do Jury uma relação dos funcionarios, com a especificação de seus vencimentos annuaes e outra dos contribuintes dos impostos territorial, predial e de indústria e profissão, com a indicação da contribuição a que estão sujeitos e suas residencias. Esta ultima relação conterà cincoenta a sessenta nomes dos maiores contribuintes de cada um daquelles impostos, que sejam eleitores. [...] Art. 48. Recebidas as listas, o presidente do Jury mandara transcreve-las em edital, para o que nellas for incluído, ou não, poder reclamar contra a indevida inclusão, ou omissão, dentro do prazo de dez dias” (SANTA CATARINA, 1937).

### 3. A UNIFICAÇÃO NACIONAL DO PROCESSO PENAL

Conforme já demonstrado, em 1930 Getúlio Vargas, tensionado pela instabilidade política da Primeira República, assumiu ao poder, realizando diversas transformações para romper com os poderes político e jurídico da velha política. Já em 1937, o então presidente cancelou a eleição de 1938 para submeter o Brasil a um regime ditatorial outorgando uma nova Constituição. O golpe de Estado foi justificado pelo Plano Cohen, um documento falso, o qual alertava sobre uma conspiração comunista em curso no país.

No Estado Novo, Getúlio Vargas concentrou ainda mais o poder no Executivo, implementou a censura e ainda reduziu liberdades, além de produzir grandes transformações no direito, inclusive em matéria processual. Tanto o direito processual penal como o direito processual civil ganharam um código colocando fim aos códigos estaduais e unificando o processo em todo país<sup>82</sup>.

Convém salientar, entretanto, que a Constituição de 1937, com redação bastante similar no tema à de 1934, também autorizava a competência suplementar dos Estados nos casos previstos no artigo 18<sup>83</sup>, inclusive sobre matéria processual judicial e extrajudicial desde que observadas as exigências de lei federal. Sabadell<sup>84</sup> explica que essa competência só era autorizada em casos de extrema necessidade regional, além de depender de aprovação do governo federal.

---

<sup>82</sup> NUNES, Diego. *O Percurso dos crimes políticos durante a Era Vargas (1935-1945): do direito penal político italiano ao direito da segurança nacional brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2010.

<sup>83</sup> “Art 18 - Independentemente de autorização, os Estados podem legislar, no caso de haver lei federal sobre a matéria, para suprir-lhes as deficiências ou atender às peculiaridades locais, desde que não dispensem ou diminuam es exigências da lei federal, ou, em não havendo lei federal e até que esta regule, sobre os seguintes assuntos: [...], g) processo judicial ou extrajudicial; Parágrafo único - Tanto nos casos deste artigo, como no do artigo anterior, desde que o Poder Legislativo federal ou o Presidente da República haja expedido lei ou regulamento sobre a matéria, a lei estadual ter-se-á por derogada nas partes em que for incompatível com a lei ou regulamento federal”.

<sup>84</sup> SABADELL, *op. cit.*

Por sua vez, o Código de Processo Penal foi editado em 1941 sob o cenário ditatorial do Estado Novo. Desde a Revolução de 1930 o governo estava empenhado na unificação da legislação processual, com a instalação da subcomissão do código do processo penal pela comissão legislativa<sup>85</sup>. Com a afirmação da unidade legislativa pela constituição federal de 1934<sup>86</sup>, o então ministro da Justiça Vicente Ráo capitaneou uma comissão que em poucos meses fez um projeto inovador, com novidades como o juízo de instrução criminal<sup>87</sup>. O projeto foi abandonado com a mudança de regime, quando o ministro da Justiça Francisco Campos, o jurista brasileiro responsável pela edição da Constituição de 1937 e do Código de Penal de 1940, assume os trabalhos<sup>88</sup>.

<sup>85</sup> SILVEIRA, Mariana de Moraes. *Revistas em tempos de reformas: Pensamento Jurídico, Legislação e Política nas Páginas dos Periódicos de Direito (1936-1943)*. Dissertação (Mestrado em História), Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013; SILVEIRA, Mariana de Moraes. *Direito, ciência do social: o lugar dos juristas nos debates do Brasil dos anos 1930 e 1940*. Estudos Históricos, Rio de Janeiro, vol. 29, no 58, p. 441-460, maio-agosto 2016; SILVEIRA, Mariana de Moraes. *Técnicos da legalidade: juristas e escrita das leis (Argentina e Brasil, primeira metade do século XX)*. *Estudios Sociales Contemporáneos*, v. 17, p. 86-102, 2017.

<sup>86</sup> COSTA MANSO, O. O tribunal popular. *Archivo Judiciario*, Rio de Janeiro, 5 mai. 1935, p. 65.

<sup>87</sup> “O Projeto de Código do Processo Penal, que a seguir publicamos, foi organizado por uma comissão na qual figuravam, como presidente, o Dr. Vicente Ráo, então Ministro de Estado da Justiça e Negócios Interiores, e os Drs. Gama Cerqueira, Bento de Faria e Plínio Casado, os dois primeiros professores desta Faculdade e os últimos Ministros da Córte Suprema. Na Camara dos Deputados, o Projeto provocou, no seio das comissões, brilhantes pareceres dos notáveis juristas que as compunham, e o Primeiro Congresso Nacional de Direito Judiciário, com o concurso de magistrados vindos de todos os Estados, chegou a aprovar as diretrizes fundamentais disse Projeto. Quer haja servido, quer não, para os trabalhos recentemente realizados, de organização de novo Projeto - o que adiante se segue merece figurar nas páginas desta Revista, por seu valor próprio e pela colaboração, que lhe deram, dois professores desta casa”. NOTA EDITORIAL. Projeto do Código do Processo Penal da República dos Estados Unidos do Brasil. *Revista da Faculdade de Direito - Universidade de São Paulo*, v. XXXIV, fasc. III, set.-dez./1938.

<sup>88</sup> NUNES, *op. cit.*, p. 185.



Segundo o relato de Narcélio de Queiroz<sup>89</sup>, Campos monta a comissão quando vira ministro do novo regime para a confecção da lei do júri, dada a urgência pelo silêncio da constituição de 1937 sobre o tema. Além de Queiroz, são convocados Nelson Hungria, Vieira Braga e Magarinos Torres. Este último, dadas várias divergências, deixa de fazer parte<sup>90</sup> após a emanção do Decreto-Lei nº 167, de 5 de janeiro de 1938, que “Regula a instituição do Juri”, assumindo Candido Mendes para a continuação dos trabalhos de preparação do código. A primeira versão fora entregue em abril de 1938, ao mesmo tempo em que Alcântara Machado entrega o projeto de Código Criminal. Isso teria feito Vargas mandar Campos segurar o CPP para adaptá-lo. Para esta nova empreitada, juntam-se Roberto Lyra e Florêncio de Abreu, dado o falecimento de Mendes em 1939. Queiroz faz elogios a Campos por sua participação direta<sup>91</sup>.

Em síntese, para Nunes,

o código de processo penal era uma necessidade, haja vista que a constituição de 1891 deixara a lei processual a encargo de cada unidade da federação. Com a mudança de regime, uma nova codificação que desse um sentido único – a “defesa social” – era objetivo do governo<sup>92</sup>.

---

<sup>89</sup> QUEIROZ, Narcélio de. O novo código de processo penal. *Arquivo Judiciário*, Rio de Janeiro, 5 jan. 1943, p. 9.

<sup>90</sup> MAGARINOS TORRES, Antonio Eugenio. O jury na comissão de Código de Processo Penal para o Brasil. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, v. VIII, a. III, jan., 1935.

<sup>91</sup> QUEIROZ, *op. cit.*, p. 9.

<sup>92</sup> NUNES, Diego. Processo Legislativo para além do Parlamento em Estados Autoritários: uma análise comparada entre os Códigos Penais Italiano de 1930 e Brasileiro de 1940. *Seqüência*: Florianópolis, v. 37, n. 74, 2016, p. 168. Veja-se o seguinte exemplo: “Caso típico e gritante é o do direito processual, principalmente do processual penal, que deveria estar sujeito a um regime unitário, pela projeção direta que desempenha social e politicamente [...] O Direito é, neste período histórico, essencialmente nacional. Não se poderiam admitir leis regionalistas, que são, sem dúvida, as causas remotas dos movimentos separatistas”. ASSIS RIBEIRO, C. J. Tendências do novo direito brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, nov., 1941, p. 243.

O Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941 trouxe a lume a codificação processual penal unificada<sup>93</sup>. Francisco Campos<sup>94</sup> na exposição de motivos do Código de Processo Penal enfatizou o caráter único dessa legislação: “havia um dispositivo constitucional a atender, e sua execução não devia ser indefinitivamente retardada”. Assim, quanto ao trabalho realizado da comissão anterior, Campos<sup>95</sup> ressaltou:

Desde já se podia prever para breve tempo a efetiva remodelação da nossa antiquada lei penal material, deixava de ser aconselhado que se convertesse em lei o projeto acima aludido, pois estaria condenado a uma existência efêmera.

Importante destacar aqui que “a preocupação com a modernização do Estado, partindo das instituições e chegando à legislação, é uma marca notória do regime Vargas. Inúmeros são os legados nesse sentido”<sup>96</sup>. Campos<sup>97</sup> sintetizou a importância de um Código de Processo Penal único para afirmar a homogeneidade do direito brasileiro quando disse: “se não for convertido em lei, não estará apenas regulada a atuação da justiça penal em correspondência com o referido novo Código Penal e com a Lei de Contravenções Penais [...]” Afinal,

O projeto do Código de Processo Penal, resultando de um imperativo da Constituição de 1937 - como o era da de 1934, mas quedos tumultuosos legisladores da Segunda República não souberam realizar - já está concluído. De par com a necessidade de coordenação das regras do processo penal num código único partia todo

---

<sup>93</sup> É interessante observar que, durante o regime do Estado Novo, houve uma centralização do poder com a concentração da competência legislativa ao Presidente da República. Por isso, as reformas às leis anteriores se deram por meio de decreto, com a colaboração de comissões técnicas.

<sup>94</sup> CAMPOS, Francisco. Exposição de motivos do Código de Processo Penal. In: MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. 11. ed., rev. e atual. até dezembro de 2000. São Paulo: Atlas, 2001, p. 916.

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 915.

<sup>96</sup> NUNES, *op. cit.*, 2016, p. 170.

<sup>97</sup> CAMPOS, *op. cit.*, p. 915.

o Brasil, impunha-se o seu aperfeiçoamento ao objetivo de maior facilidade e energia da ação repressiva do Estado<sup>98</sup>.

Podemos dizer, portanto, que as reformas no direito penal e processual penal marcaram o legado legislativo desejado pela Era Vargas, ou seja, a homogeneidade do direito nacional. Nesse sentido, Nélson Hungria, Florêncio de Abreu e Narcélio de Queiroz, magistrados e membros da comissão de elaboração do código, entendiam que ele era capaz de atender as diferenças regionais “do Brasil litorâneo e do Brasil central”<sup>99</sup>.

Neste sentido, o próprio ministro Campos<sup>100</sup>, ao longo da exposição de motivos destacou esse caráter do código de processo penal, ao dizer que: “Estará ao mesmo passo, finalmente realizada a homogeneidade do direito judiciário penal no Brasil, segundo reclamava, de há muito, o interesse da boa administração da justiça, aliado ao próprio interesse da unidade nacional”.

Tal como exposto, Campos<sup>101</sup> sustentou que “[...] o projeto não altera o direito atual, senão para corrigir imperfeições apontadas pela experiência, dirimir incertezas da jurisprudência ou evitar ensejo à versatilidade dos exegetas”. Para o jurista, “tanto quanto o permitiu a orientação do projeto, foi aproveitado o material da legislação atual. Muito se respingou em vários dos códigos de processo penal estaduais [...]”<sup>102</sup>.

Tudo isso determinava o vigor das normas processuais penais. Para Campos a reforma penal exercia um papel modernizador:

De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento aos objetivos de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem<sup>103</sup>.

---

<sup>98</sup> CAMPOS, Francisco. Notas e informações. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Mai., 1939. p. 369.

<sup>99</sup> NOTAS E COMENTÁRIOS. O novo código de processo penal. *Revista Forense*: Rio de Janeiro, Jan., 1942. p. 295.

<sup>100</sup> *Ibidem*, p. 915.

<sup>101</sup> *Ibidem*, p. 923.

<sup>102</sup> *Ibidem*, p. 923.

<sup>103</sup> *Ibidem*, p. 915.

Para a construção desse novo arranjo processual, as formas de ações penais inseridas no código eram ordinárias e sumárias. Sabadell<sup>104</sup> explica que quanto às sumárias, essas ficavam limitadas a casos de ofensas – contravenções penais conforme Decreto-Lei nº 3.688/1941 – ou a crimes considerados menos graves. Vale acrescentar que também havia um procedimento especial para aplicação de medidas de segurança.

A partir dessa divisão, as ações penais obedeceram ao princípio “[...] *ne procedat iudex ex officio*, que ditado pela evolução do direito judiciário penal e já consagrado pelo novo Código Penal, reclama a completa separação entre juiz e o órgão da acusação [...]”<sup>105</sup>. O Ministério Público tinha exclusividade para a iniciativa das ações penais, ressalvadas as hipóteses de contravenção penal, nas quais o procedimento *ex officio* ficou mantido “[...] dado o caráter essencialmente preventivo, assume, na espécie, a sanção penal, devem ser sujeitadas a um processo particularmente célere, sob pena de frustrar-se a finalidade legal”<sup>106</sup>.

A ação penal tinha como objetivo qualificar os fatos como infração penal, portanto, a legislação penal brasileira estabeleceu como regra básica a ação penal pública, por denúncia do Ministério Público, ou privada, mediante queixa do ofendido. O Código Penal de 1940 previa expressamente que a apuração de determinados delitos somente se procederia com queixa. Nesse sentido, podemos citar como exemplos os crimes de dano em domínio particular, corrupção de menores, violência carnal sem resultado morte ou dano grave à saúde, rapto, adultério, parto suposto, calúnia, injúria, lenocínio praticado pelo marido contra a esposa e crimes contra a propriedade intelectual. Não por acaso, matérias que já no Código Judiciário catarinense de 1928 foram legadas ao juiz togado.

Cabe resumidamente abordar que o processo criminal, no rito comum, começava com a abertura do inquérito policial. Nos termos da nova lei, recebida a notícia crime ou em caso de flagrante delito, a autoridade policial deveria tomar todas as medidas necessárias para a coleta de provas, a fim de garantir o estado de conservação das coisas, assim como promover o interrogatório de testemunhas e do acusado, ou ainda

---

<sup>104</sup> SABADELL, *op. cit.*

<sup>105</sup> CAMPOS, *op. cit.*, p. 917.

<sup>106</sup> *Ibidem.*

solicitar a prisão preventiva, fundamentando as razões e provas para tanto – procedimento similar ao previsto no CJSC/1928 que o dispunha como regra básica do crime de homicídio.

Importante sublinhar, que o inquérito policial foi mantido tendo em vista sua função como:

[...] instrução provisória antecedendo à propositura da ação penal, um argumento dificilmente contestável: é ele 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<sup>107</sup>.

Nesse novo contexto, o novo Código de Processo Penal de 1941 consolidou a fase de investigação e a fase de produção de prova, a defesa do acusado e o julgamento, criando a jurisprudência em “nível nacional” – uma vez que colocava fim às divergências regionais da jurisprudência devido aos costumes locais desses tribunais, pelos quais não era possível igualar<sup>108</sup>. Pode-se já vislumbrar que a legislação processual penal validou um sistema processual misto, visto que previa uma fase de investigação (inquisitorial) e outra de produção de prova, defesa e julgamento (acusatória).

De tal maneira, analisando o texto do código, podemos constatar, por exemplo, que as provas tinham sentido inquisitório ao atribuírem ao juiz uma pro-atividade em relação a provas complementares e supletivas. Outra inovação foi a ampliação da definição e dos casos de flagrante delito (próprio, impróprio e presumido) e a descrição das hipóteses obrigatórias de prisão preventiva como instrumento da efetivação do direito penal. Outro aspecto do código que vale a pena a ser ressaltado era a reparação do dano “*ex delicto*” que “[...] ajustando-se ao Código Civil e ao novo Código Penal, mantém a separação entre ação penal e ação civil *ex delicto*, rejeitando o instituto ambíguo da constituição da parte civil no processo penal”<sup>109</sup>.

---

<sup>107</sup> *Ibidem*.

<sup>108</sup> SABADELL, *op. cit.*

<sup>109</sup> CAMPOS, *op. cit.*, p. 917

Enfim, o tribunal do júri, protagonista na discussão feita até aqui, restou competente para julgar apenas os crimes de homicídio, induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, aborto e infanticídio. Nas palavras de Campos “[...] deixou de ser uma abdicação, para ser uma delegação do Estado, controlada e orientada no sentido superior interesse da sociedade”<sup>110</sup>. Isso porque:

Privado na sua antiga soberania, que redundava, na prática, numa sistemática indulgência para com os criminosos, o júri está, agora, integrado na consciência de suas graves responsabilidades e reabilitado na confiança geral<sup>111</sup>.

Perceba-se que a crítica do ministro Campos era muito semelhante ao que já fora afirmado pela imprensa catarinense quando da redução de competência do júri local. Na trincheira oposta, encontrava-se Magarinos Torres. Ele usou a Revista de Direito Penal, promovida pela Sociedade Brasileira de Criminologia, que presidiu, como uma tribuna em favor da manutenção do júri e contra os reformismos, que depois se concretizaram na reforma de 1938 e, por consequência, no código de processo em 1941: escrevia artigos, publicava notas e conferências de outros juristas<sup>112</sup>.

Na perspectiva do tecnicismo jurídico-penal foi a crítica de Nelson Hungria em relação do Tribunal do Júri, no que se refere ao paradigma de juízes leigos<sup>113</sup>. Ainda que tenha entendido ser uma reforma que “não rompe sistematicamente com a nossa tradição jurídica” nem adotou

---

<sup>110</sup> *Ibidem*, p. 922.

<sup>111</sup> *Ibidem*.

<sup>112</sup> Ver, p. ex., MAGARINOS TORRES, Antonio Eugenio. Processo penal do júri no Brasil. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, v. XX, fasc. II, a. V, jan./1938. p. 239-241, e MAGARINOS TORRES, Antonio Eugenio. Processo penal do júri no Brasil. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, v. XXIV, fasc. II, a. VII, fev./1939. p. 106, quando se isenta da autoria da lei do júri, por discordar de várias posições da comissão, especialmente sobre a soberania do veredicto.

<sup>113</sup> SONTAG, Ricardo. “A eloquência farfalhante da tribuna do júri”: o tribunal popular e a lei em Nelson Hungria. *História*, São Paulo, v. 28, n. 2, p. 267-302, 2009.

“critérios da legislação do novo mundo”<sup>114</sup>, segundo o autor, o júri se tornava o culto à incompetência no Direito e a soberania do Tribunal do Júri gerava sentenças controversas e muitas impunidades. Sontag<sup>115</sup> destaca que, segundo Hungria, “[...] o júri teria produzido um direito penal ‘romântico e emocional’”. Portanto, pode-se afirmar que caberia a um colegiado de pessoas do povo “julgar” se réu era culpado ou não. A seleção desses jurados era criteriosa e rigorosa<sup>116</sup>.

É possível perceber, de modo geral, que o Código Processo Penal passou a prever a responsabilidade dos jurados, que em síntese, era multa para o jurado que não comparecesse e à recusa sem justificativa, salvo nos casos de impedimento. O discurso sobre o júri de Hungria expressava apoio ao tecnicismo:

O objetivo fundamental do tecnicismo, não só na versão de Nelson Hungria, era colaborar com os juízes para uma adequada aplicação da norma positivada, conseqüentemente, um jurado, que não tem o conhecimento da ciência jurídica, correria sempre o risco de não aplicá-la corretamente, elidindo a sua efetividade judicial, bem como a defesa social colocada como objetivo político final de todo o sistema penal<sup>117</sup>.

Nessa ótica, pode-se verificar ainda que Hungria criticava o júri com relação à atuação dos advogados criminais. Na prática, o Código de Processo Penal passou a restringir essa dialética tida como exagerada em relação ao advogado e, assim, o júri adquiria característica de um eficaz instrumento punitivo estatal para a defesa do interesse social<sup>118</sup>.

Como visto anteriormente, o novo Código diminuiu a soberania do júri. A partir de então, cabia Recurso de Apelação das decisões do júri, a seleção dos jurados obedecia a critérios da lei, redução dos debates em

---

<sup>114</sup> HUNGRIA, Nélon. As inovações do projeto de Código do Processo Penal brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, out./1938, p. 170.

<sup>115</sup> *Ibidem*, p. 273.

<sup>116</sup> *Ibidem*. Veja-se, a propósito, a elogiosa crônica de BARBOSA LIMA SOBRI-NHO, Antônio José. A propósito do júri. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, jul., 1939. p. 185.

<sup>117</sup> *Ibidem*, p. 289.

<sup>118</sup> *Ibidem*.

plenário e maior atuação do juiz togado<sup>119</sup>. Com o fortalecimento da ação dos juízes togados “[...] daí a importância dessas mudanças -, seriam, para ele, tendencialmente mais aptos a resistirem à retórica enganadora dos advogados”<sup>120</sup>.

Uma das principais modificações foi em relação aos atores processuais, dada a diversidade dos arranjos locais. Como consequência, a magistratura, a polícia e o Ministério Público não eram estabelecidos com critérios iguais e segundo estatutos padronizados. O novo Código de Processo Penal passou a estabelecer uma nova administração da justiça. Campos referiu que o espírito do código era no “[...] sentido de obter equilíbrio entre o interesse social e o da defesa individual, entre o direito do Estado à punição dos criminosos e o direito do indivíduo às garantias e seguranças de sua liberdade”<sup>121</sup>. O ministro da Justiça ainda reforçou que o fundamento da lei processual penal “[...] não transige com as sistemáticas restrições ao poder público, não o inspira, entretanto, o espírito de um incondicional autoritarismo do Estado ou de uma sistemática prevenção contra os direitos e garantias individuais”<sup>122</sup>.

Não obstante tais considerações sobre o Código de Processo Penal ser fruto de um regime autoritário, na exposição de motivos Campos neutraliza a violenta centralização de Vargas, aludindo que

[...] se, por um lado, os dispositivos do projeto tendem a fortalecer e prestigiar a atividade Estatal na sua função repressiva, é certo, por outro lado, que se asseguram, com muito, mais eficiência que a legislação atual, a defesa dos acusados<sup>123</sup>.

Dentre outras modificações não mencionadas nesse trabalho, podemos concluir que o Código de Processo Penal surgiu em um período de forte centralização política que, no âmbito do direito penal e processual penal era também uma forma de reafirmar o poder central pelo respeito à

<sup>119</sup> SONTAG, *op. cit.*, p. 279.

<sup>120</sup> *Ibidem*, p. 275.

<sup>121</sup> Campos, *op. cit.*, 1941, p. 923.

<sup>122</sup> *Ibidem*, p. 923.

<sup>123</sup> *Ibidem*.



norma<sup>124</sup>. Colocava-se fim aos códigos estaduais e afirmava-se um direito penal e processual penal próprio do Estado Novo, que se pautava pela técnica<sup>125</sup>. Por outro lado, manter o júri, ainda que desidratado, era uma forma de assegurar o pedigree democrático do regime<sup>126</sup>.

Tal código foi ação de um governo autoritário, pautado por um ideal tecnicista. Vigente até hoje, com modificações realizadas por regimes democráticos posteriores, é um mosaico em que se encontram muitas disposições fundamentadas em um ideal de defesa social típico do Estado Novo, que colocava os direitos individuais em segundo plano em relação aos “interesses da sociedade”, tutelada pelo regime. Mas, também, com inovações desejadas pela doutrina e elites sociais. Dentre elas, ressalta-se a diminuição do papel do tribunal do júri, que se apresentava desconectado com um projeto de modernização que levasse em conta a participação popular na administração da justiça.

## CONCLUSÕES

O presente trabalho buscou discutir as leis processuais que caracterizavam a administração da justiça no Brasil entre a Primeira República, quando se consolidou o sistema federativo, e a Era Vargas, a qual rompeu politicamente com a manutenção do poder pelas oligarquias. Para analisá-las, buscamos sempre questionar o conteúdo das fontes, com o objetivo de verificar o sentido empregado aos discursos, de modo a não os acatar como “verdades”, mas sim enquanto narrativas interessadas.

Desse modo, pudemos observar a partir da análise do caso catariense, a importância do Judiciário para a conservação do poder político. A começar, vimos que a competência para legislar em matéria processual

---

<sup>124</sup> Para além das falas de Francisco Campos já transcritas, veja-se a ambiguidade de Roberto Lyra: “No decênio que se completa êste ano, impôs-se, desde logo, a ordem, com a consolidação de tôdas as leis vigentes, antes dispersas. Não só o ensino, o estudo, a consulta, a aplicação lucraram, pois a concentração das normas, facilitando a difusão, serve à eficácia de sua ação intimidante e educativa”. LYRA, Roberto. Um decênio de reformas penais. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, dez., 1940, p. 201.

<sup>125</sup> SONTAG, *op. cit.*

<sup>126</sup> FRANCO, Ary Azevedo. *O jury no Estado Novo*. São Paulo: Saraiva, 1939.

foi prevista de forma residual aos entes federativos na Constituição Federal de 1891. Assim, ainda que os Estados tivessem o poder de publicar suas próprias leis e códigos de direito processual, a Federação Nacional também poderia fazê-lo. Tratava-se de uma competência compartilhada, da qual o Estado Federal não abriu mão. Isso levou a discussões quanto aos limites do alcance das normas federais em matéria processual, gerando hesitação por parte do poder local em contrariá-las, conforme vimos no relato de D'Aquino. Ao considerarmos a forte repressão que os movimentos de oposição ao governo federal sofreram em Santa Catarina durante a década de 1890, o argumento do jurista catarinense parece fazer sentido.

Por outro lado, dentro da própria organização política local, o Judiciário se mostrou enquanto peça importante para o poder político do Executivo. Em um primeiro momento, logo após a proclamação da República, os órgãos superiores do Judiciário Catarinense foram alvo de disputa política, sendo extintos, desmembrados ou renovados em seus quadros profissionais. Com a progressiva estabilização do poder político, a primeira lei de organização judiciária do estado foi publicada em 1911. O processo penal, entretanto, não sofreu modificações em relação ao Império, de modo que até 1925 aplicava-se o Código de Processo Criminal de 1832 em todo o território catarinense.

De fato, parecia haver um desinteresse por parte do estado catarinense em legislar sobre o processo penal. Ainda que a constante ameaça de reforma do Código Penal de 1890 pudesse se constituir enquanto um argumento válido para o adiamento da organização de um código próprio, ela não explica por que, mesmo sem uma reforma do direito material, as normas processuais catarinenses foram publicadas. As fontes documentais encontradas apontaram argumentos que justificavam a demora do advento de um código; contudo, elas não foram capazes de nos revelar os motivos para que, depois de quase trinta e cinco anos, optou-se por se organizar o primeiro Código Judiciário Catarinense, ainda sob a vigência do Código Penal de 1890.

Tal código, entretanto, foi substituído por outro em pouco menos de três anos. Em relação ao processo penal, a principal alteração foi a redução do rol de competências do Tribunal do Júri. No mais, a íntima relação com o poder político manteve-se presente, de forma que a palavra final para a nomeação dos principais cargos da magistratura e

do Ministério Público era do Governador do Estado. Por outro lado, é interessante notar que, apesar de existir uma relação de submissão do Judiciário ao Executivo, a justiça também era um espaço de realização democrática, visto que o julgamento da maior parte dos crimes durante o período era de competência do júri e dos juízes distritais, eleitos pela população. Assim, ainda que a alteração de normas processuais penais pelo Código Judiciário de 1928 tenha sido resultado da discussão acerca da capacidade técnica e intelectual do tribunal popular em julgar determinados delitos, a realização da justiça manteve seu caráter comunitário.

Com o advento da Era Vargas e a outorga do Código dos Intervenitores, o Estado de Santa Catarina se viu na necessidade de realizar uma reforma judiciária, a qual se deu através da publicação do Decreto 157 de 1931. Apesar das alterações na organização judiciária e nas normas processuais penais terem sido pontuais, elas foram determinantes para o estabelecimento de um novo modo de se fazer justiça. Extinguiu-se o Tribunal Correccional, administrado por magistrados eleitos, pôs-se fim à eleição popular dos juízes distritais, alocando praticamente todo o rol de crimes que estes eram competentes para julgar ao juiz de direito. Se antes parte da população participava da realização da justiça, a partir desse momento sua atuação foi restringida ao julgamento de poucos casos, visto que até a execução das penas de prisão, a concessão de fiança e a realização de exames de corpo delito e do auto de flagrante, entre outros procedimentos, deixaram de ser praticadas por um representante da comunidade local.

Enquanto o poder executivo estatal passava a ter ainda mais ingerência sobre o judiciário, a União Federal centralizava o poder, controlando os entes federativos através da nomeação de seus chefes de estado. O Código de Processo Penal de 1941 parece ter sido, assim, consequência desse movimento de centralização política. Apesar das mudanças significativas impostas pelo Código dos Intervenitores no processo penal, o fato de a organização judiciária ser determinada pelos poderes locais ainda poderia permitir a existência de algum vínculo comunitário com a atividade jurisdicional. A partir do Estado Novo, os entes federativos deixaram de ter competência para organizarem o poder judiciário estadual. Ademais, conforme vimos, ainda que as cartas constitucionais de 1934 e de 1937 não excluíssem a possibilidade de os entes federativos legislarem em matéria processual, a condicionavam à aprovação do governo federal.

Nesse sentido, o Código de Processo Penal consolidou a unificação federal das normas processuais penais. Com a nova legislação, as atribuições do júri passaram a ser ainda mais restritas em Santa Catarina, se comparadas ao que previa o Decreto 157, de 1931. Campos, ao comentar o código, justificou a restrição da competência do tribunal popular pela necessidade de maior repressão criminal e de maior controle estatal do júri, de modo a orientá-lo ao “interesse superior” da sociedade. Resta claro, portanto, que a concepção de justiça aqui não está relacionada ao sentimento ou às percepções populares do que era “justo” para determinado caso, mas sim à ideia de repressão criminal. Foi nesse sentido que Campos afirmou que o Código de Processo Penal tornaria a justiça mais eficiente.

De modo geral, portanto, é possível observar que a Era Vargas rompeu com o modo e a concepção anterior de se fazer justiça criminal. Gradativamente, ao longo dos anos 1930, a justiça criminal deixou de dialogar em última instância com os anseios da comunidade local, a qual até então detinha a palavra final acerca da condenação ou da absolvição do acusado, e passou a ser uma justiça asséptica, na qual a norma deveria ser aplicada por um profissional de forma igual para todos, de modo que qualquer infração à lei deveria ser reprimida independentemente dos ímpetos sociais, correspondendo, assim, aos ideais de defesa social do Estado.

## REFERÊNCIAS

### FONTES

A *CONSTITUIÇÃO Federal e as constituições dos estados da república do Brasil*. V. I-II. Pelotas: Livraria Universal, 1895-1896.

ASSIS RIBEIRO, C. J. Tendências do novo direito brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, nov., 1941.

BARBOSA LIMA SOBRINHO, Antônio José. A propósito do júri. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, jul., 1939.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Prudente José de Mores Barros, Presidente do Congresso. Rio de Janeiro, fev. 1891.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos Do Brasil (de 16 de julho de 1934)*. Rio de Janeiro, RJ: Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil,

1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>. Acesso em: 18 dez. 2019.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937)*. Rio de Janeiro, RJ: Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil, 1937. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm)>. Acesso em: 18 dez. 2019.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Promulga o Código de Processo Penal, 1941. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 03 ago. 2020.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Promulga o Código Penal, 1940. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 27 ago. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890*: Promulga o Código penal. Rio de Janeiro, 1890b. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/d847.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm)>. Acesso em: 10/08/2020.

BRASIL. *Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890*: Organiza a Justiça Federal. Rio de Janeiro, 1890b. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/D848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D848.htm)>. Acesso em: 10/08/2020.

BRASIL. *Decreto nº 3.084, de 5 de Novembro de 1898*: Approva a Consolidação das Leis referentes á Justiça Federal. Rio de Janeiro, 1898a. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/D848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D848.htm)>. Acesso em: 10/08/2020.

BRASIL. *Decreto n. 20.348 de 29 de Agosto de 1931*. Rio de Janeiro, 1931. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-20348-29-agosto-1931-517916-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 10/08/2020.

BRASIL. *Lei nº 515, de 3 de novembro de 1898*: Providencia sobre o julgamento dos crimes de moeda falsa, contrabando, peculato, falsificação de estampilhas, sellos adhesivos, vales postaes e outros, qualificados nos arts. 221 a 223, 239 a 244, 246, 247, 250 e 265 do Código Penal. Rio de Janeiro, 1898b. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-515-3-novembro-1898-540059-publicacaooriginal-39841-pl.html>>. Acesso em: 10/08/2020.

BRASIL. *Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926*. Rio de Janeiro, 1926. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc%20de%203.9.26.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc%20de%203.9.26.htm)>. Acesso: 16/08/2020.

CAMPOS, Francisco. *Exposição de motivos do Código de Processo Penal*. In: MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. 11. ed., rev. e atual. até dezembro de 2000. São Paulo: Atlas, 2001.

CAMPOS, Francisco. Notas e informações. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, mai., 1939.

COSTA MANSO, O. O tribunal popular. *Archivo Judiciario*, Rio de Janeiro, 5 mai. 1935.

D'AQUINO, Ivo. Parecer da Comissão Especial. In.: SANTA CATARINA. Lei nº n. 1526, de 14 de novembro de 1925. *Código Judiciario do Estado de Santa Catarina*. Florianópolis, SC: Oficinas A Elect. da Imprensa Official, 1926.

Decreto n. 157. *Republica*. Florianópolis, p. 5-6. 20 set. 1931.

Decreto n. 171. *República*. Florianópolis, p. 5. 07 nov. 1931.

FRANCO, Ary Azevedo. *O jury no Estado Novo*. São Paulo: Saraiva, 1939.

HUNGRIA, Nélson. As inovações do projeto de Código do Processo Penal brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, out./1938.

KONDER, Adolpho. *Mensagem apresentada á Assembléa Legislativa*, a 29 de julho de 1929, pelo doutor Adolpho Konder, Presidente do Estado de Santa Catharina. Disponível em: <<http://memoria.bn.br/docreader/DocReader.aspx?bib=873438&pagfis=2311>>. Acesso em: 11/08/2020.

LYRA, Roberto. Um decênio de reformas penais. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Dez., 1940, p. 201.

MAGARINOS TORRES, Antonio Eugenio. Processo penal do juri no Brasil. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, v. XX, fasc. II, a. V, jan./1938, p. 239-241.

MAGARINOS TORRES, Antonio Eugenio. Processo penal do juri no Brasil. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, v. XXIV, fasc. II, a. VII, fev./1939.

MAGARINOS TORRES, Antonio Eugenio. O jury na comissão de Código de Processo Penal para o Brasil. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, v. VIII, a. III, jan., 1935.

NOTA EDITORIAL. Projeto do Código do Processo Penal da República dos Estados Unidos do Brasil. *Revista da Faculdade de Direito - Universidade de São Paulo*, v. XXXIV, fasc. III, set.-dez./1938.

NOTAS E COMENTÁRIOS. O novo código de processo penal. *Revista Forense*: Rio de Janeiro, jan., 1942.

O CODIGO DOS INTERVENTORES. *Republica*. Florianópolis, p. 5. 09 set. 1931.

O NOVO CÓDIGO JUDICIÁRIO. *República*: Florianópolis, quinta-feira, 1º de novembro de 1928, p. 2. Disponível em: <<http://memoria.bn.br/DocReader/DocReader.aspx?bib=711497x&Pesq=%22constituição%20estadual%22&pag-fis=25942>>. Acesso em: 15 out. 2020

QUEIROZ, Narcélio de. O novo código de processo penal. *Arquivo Judiciário*, Rio de Janeiro, 5 jan. 1943.

SANTA CATARINA. Lei nº n. 1526, de 14 de novembro de 1925. *Código Judiciário do Estado de Santa Catarina*. Florianópolis, SC: Oficinas A Elect. da Imprensa Official, 1926.

SANTA CATARINA. Lei nº n. 1640, de 03 de novembro de 1928. *Código Judiciário do Estado de Santa Catarina*, 1928.

SANTA CATARINA. Decreto 157, de 19 de setembro de 1931. *Código Judiciário do Estado de Santa Catarina*. Florianópolis, SC, 1931.

SCHMIDT, Felipe. *Mensagem apresentada ao Congresso Representativo*. Em 11 de Agosto de 1900 pelo Dr. Felipe Schmidt, Governador do Estado. Disponível em: <http://memoria.bn.br/DocReader/873438/135>. Acesso em: 11/08/2020.

SILVA E OLIVEIRA, Antonio P. *Mensagem apresentada ao Congresso Representativo*, em 22 de julho de 1925, pelo Coronel Antonio Pereira da Silva e Oliveira, Vice-governador, no exercício do cargo de Governador do Estado de Santa Catharina. Disponível em: <http://memoria.bn.br/DocReader/873438/2073>. Acesso em: 12/08/2020.

WHITACKER, Firmino. *Jury (Estado de S. Paulo)*. São Paulo: Typ. Espindola, Siqueira & Comp., 1904.

## BIBLIOGRAFIA

Consciência Negra. *Escola de Administração Universidade Federal da Bahia*. Disponível em: <http://www.adm.ufba.br/pt-br/noticia/consciencia-negra>. Acesso em: 20/08/2020.

COSTA, Pietro. Di che cosa fa storia della giustizia? Qualche considerazione di método. In: LACCHÈ, *Storia dell giustizia e storia del diritto: Prospetive europee di ricerca* Luigi; MECCARELLI; Massimo (a cura di). Macerata: eum, 2012. p. 17-43.

COSTA, Pietro. Em busca de textos jurídicos: quais textos para qual historiador?. In: Id., *Soberania, representação, democracia*. Curitiba: Juruá, 2010.

Ernesto Carneiro Ribeiro. In.: *Wikipedia enciclopedia digital*. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Ernesto\\_Carneiro\\_Ribeiro](https://pt.wikipedia.org/wiki/Ernesto_Carneiro_Ribeiro). Acesso em: 20/08/2020.

FLORES, Alfredo de Jesus Dal Molin; NODARI, Régis João. Entrelaçamentos Culturais na Primeira República: O código de processo penal dos Estado do Rio Grande do Sul (1898) e suas fontes doutrinárias e legislativas. *Revista da Faculdade de Direito de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 74, p. 65-96, 2019.

NUNES, Diego. Codificação, Recodificação, Descodificação? Uma História das dimensões jurídicas da justiça no Brasil Imperial a partir do Código de Processo Criminal de 1832. *Revista da Faculdade de Direito de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 74, p. 135-166, 2019.

NUNES, Diego. *O Percurso dos crimes políticos durante a Era Vargas (1935-1945): do direito penal político italiano ao direito da segurança nacional brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2010.

NUNES, Diego. *Le “irrequietas leis de segurança nacional”: sistema penale e repressione del dissenso politico nel Brasile dell’Estado Novo (1937-1945)*. Tese de Doutorado (Direito). Università degli studi di Macerata (Itália), 2014. Disponível em: <<https://u-pad.unimc.it/retrieve/handle/11393/192670/2863/Diego%20Nunes%20tesi%20Leis%20de%20seguran%C3%A7a%20nacional%20UniMC.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2020.

NUNES, Diego. Processo Legislativo para além do Parlamento em Estados Autoritários: uma análise comparada entre os Códigos Penais Italiano de 1930 e Brasileiro de 1940. *Seqüência: Florianópolis*, v. 37, n. 74, 2016.

SABADELL, A. L. Los Problemas del derecho procesal penal único en una federación: la experiencia de Brasil. In: Instituto Nacional de Ciencias Penales; Max-Planck Institut fuer Auslaendisches und Internationales Strafrecht (org.). *Hacia la Unificación del Derecho Penal. Logros y desafíos de armonización y homologación en México y en el Mundo*. Distrito Federal- México: Instituto Nacional de ciencias Penales-INACIPE, 2006, v. 1, p. 585-615.

SILVEIRA, Mariana de Moraes. *Revistas em tempos de reformas: Pensamento Jurídico, Legislação e Política nas Páginas dos Periódicos de Direito (1936-1943)*. Dissertação (Mestrado em História), Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013.

SILVEIRA, Mariana de Moraes. Direito, ciência do social: o lugar dos juristas nos debates do Brasil dos anos 1930 e 1940. *Estudos Históricos*, Rio de Janeiro, vol. 29, no 58, p. 441-460, maio-agosto 2016.

SILVEIRA, Mariana de Moraes. Técnicos da legalidade: juristas e escrita das leis (Argentina e Brasil, primeira metade do século XX). *Estudios Sociales Contemporáneos*, v. 17, p. 86-102, 2017.



SONTAG, Ricardo. “*Código criminológico*”? Ciência jurídica e codificação penal no Brasil 1888-1899. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

SONTAG, Ricardo. “A eloquência farfalhante da tribuna do júri”: o tribunal popular e a lei em Nelson Hungria. *História* [online]. 2009, vol.28, n.2, p. 267-302.

VIEIRA, João Alfredo Medeiros. *Notas para a história do poder judiciário em Santa Catarina*. Florianópolis: Fundação Catarinense de Cultura, 1981.

### **Informações adicionais e declarações dos autores**

*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.

- *Diego Nunes*: projeto (conceptualization), desenvolvimento da metodologia (methodology), coleta e análise de dados (data curation), participação ativa nas discussões dos resultados (validation), revisão crítica com contribuições substanciais (writing – review and editing), aprovação da versão final.
- *Bárbara Madruga da Cunha*: 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), aprovação da versão final.

- *Mayessa H. Costa*: projeto e esboço inicial (conceptualization), coleta e análise de dados (data curation), levantamento bibliográfico (investigation), revisão bibliográfica (investigation), redação (writing – original draft), 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.

#### Editorial process dates

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

- Submission: 20/05/2021
- Desk review and plagiarism check: 01/06/2021
- Review 1: 03/06/2021
- Review 2: 17/06/2021
- Preliminary editorial decision: 19/06/2021
- Correction round return: 07/07/2021
- Final editorial decision: 08/07/2021

#### Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 2 (RS e GM)
- Reviewers: 2

#### HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

NUNES, Diego; CUNHA, Bárbara M.; COSTA, Mayessa H. O Processo Penal no estado de Santa Catarina entre Primeira República e Era Vargas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 7, n. 2, p. 1097-1140, mai./ago. 2021. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i2.580>




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

# Ordem, liberdades e estadualização do processo penal na Primeira República (1889-1930): João Mendes de Almeida Júnior processualista

*Order, Liberties, and the Federal States Criminal Procedural Law in the First Brazilian Republic (1889-1930): João Mendes de Almeida Júnior, a Procedural Law Scholar*

**Régis João Nodari<sup>1</sup>**

Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte/MG, Brasil  
nodari.regis@gmail.com

 <https://orcid.org/0000-0002-8989-616X>

---

**RESUMO:** Essa investigação pretende analisar o papel da doutrina processual-penalista brasileira durante o período de maior federalização da história brasileira, ocorrido entre 1889 e 1930, com a declaração da república e a consequente outorga de uma autonomia legislativa no processo penal aos Estados federativos por força do artigo 34, inciso 23 da Constituição da República de 1891. Compreender como a doutrina visualizava esse período, apoiava a federalização, lhe era contrária, apoiava ou rejeitava as reformas processuais penais da época e como compreendia o passado e o presente da legislação processual da época são os objetivos desse trabalho. Pretendo analisar os aspectos mais amplos da doutrina processual penalista brasileira de 1889-1930 através do estudo de um dos mais importantes autores da época, João Mendes de Almeida Júnior e sua compreensão da unidade processual, dos sistemas acusatório, inquisitório e misto e das tradições do liberalismo brasileiro.

**PALAVRAS-CHAVE:** História do processo penal; Primeira República; Sistemas Processuais; Federalismo; João Mendes de Almeida Júnior.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul e doutorando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais Integrante do *Studium Iuris* – Grupo de Pesquisa em História da Cultura Jurídica (CNPq/UFMG).

**ABSTRACT:** *This article analyzes the role of Brazilian doctrine on criminal procedure during the First Brazilian Republic (1889-1930), when legislative autonomy in criminal procedure was granted to the states by force of article 34, clause 23 of the Brazilian Republican Constitution of 1891. How doctrine looked at this period, supported federalization or opposed it, supported or rejected criminal procedural reforms, and how it understood the past and present of procedural legislation of that time are the objectives of this paper. It analyzes the broader aspects of the Brazilian criminal procedural doctrine in the period 1889-1930 via a focus on one of the most important authors of the time, João Mendes de Almeida Júnior, and his understanding of the legal unity of the procedural law, as well as the accusatorial, inquisitorial and mixed systems, and the traditions of Brazilian liberalism.*

**KEYWORDS:** *History of criminal procedure; First Brazilian Republic; Procedural law systems; Federalism; João Mendes de Almeida Júnior.*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução: ordem, liberdades e estadualização; 2. João Mendes de Almeida Júnior: um jurista acadêmico-político; 3. Os sistemas acusatório e inquisitório; 4. A estadualização do processo como uma “perigosa desintegração do direito nacional”; 5. Considerações Finais: garantias liberais contra a estadualização processual republicana. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO: ORDEM, LIBERDADES E ESTADUALIZAÇÃO

A doutrina do processo penal no Brasil imperial (1824-1889) era, regra geral, bastante “prática”. Isso significava que o baricentro da reflexão era, principalmente, como aplicar a lei vigente. O Código de Processo Criminal de 1832 com as suas diversas modificações (principalmente a grande reforma de 1871) constituía, basicamente, a lei vigente<sup>2</sup>. Uma doutrina sobre o processo penal ‘brasileiro’ porque a legislação era ‘brasileira’.

Com a Constituição republicana de 1891, essa homologia básica entre doutrina e legislação é rompida. O seu artigo 34, inciso 23, previa

<sup>2</sup> NUNES, Diego. Codificação, recodificação, descodificação? Uma história das dimensões jurídicas da justiça no Brasil imperial a partir do código de processo criminal de 1832. *Revista da faculdade de direito da UFMG*, n. 74, p. 135-166, jun. 2019.

que competiria privativamente ao congresso nacional “legislar sobre o direito civil, commercial e criminal da Republica e o processual da justiça federal”. Com esse artigo, o direito penal material permanecia sob o monopólio legislativo da União, que já havia inclusive elaborado e decretado um novo Código Penal em 1890 para substituir o antigo Código Criminal do Império de 1830, e assim, a estrutura do direito penal continuava centralizada<sup>3</sup>. Por outro lado, esse dispositivo constitucional estava também inspirado em ideias federalistas, e abriu o caminho para que o processo fosse “estadualizado”<sup>4</sup>, diferentemente do que ocorreria no caso da Argentina, onde a Constituição de 1860 permitiu o desenvolvimento de códigos penais substanciais por parte das províncias<sup>5</sup>. Não por acaso, multiplicaram-se, ao longo da Primeira República, comentários às leis e códigos processuais que os estados da federação, paulatinamente, trataram de providenciar. O grau de diferenças ou semelhanças dessas leis entre si é uma pergunta que teremos que deixar em suspenso, basta-me sublinhar que o simples fato de a legislação ser estadual já era impulso suficiente para a emersão de obras doutrinárias estaduais de cunho prático.

E a produção de alcance nacional? Ela não desapareceu, e, justamente por isso, é interessante indagá-la de um ponto de vista histórico em um momento em que o contexto institucional-legislativo era de

---

<sup>3</sup> Ver: SONTAG, Ricardo. Unidade Legislativa Penal Brasileira e a Escola Positiva Italiana: Sobre um Debate em Torno do Código Penal de 1890. *Revista Justiça & História*. v. 11, p. 89-124, 2011.

<sup>4</sup> Sobre a estadualização do processo, ver: SABADELL, Ana Lúcia. Los Problemas del derecho procesal penal único en una federación: la experiencia de Brasil. In: Instituto Nacional de Ciencias Penales; Max-Planck Institut fuer Auslaendisches und Internationales Strafrecht (org.). *Hacia la Unificación del Derecho Penal. Logros y desafíos de armonización y homologación en México y en el Mundo*. Distrito Federal México: Instituto Nacional de Ciencias Penales-INACIPE, 2006, v. 1, p. 585-615; SOUZA, P. K. d. *As competências estaduais na construção da república: fundamentos e contexto do código do processo civil e comercial do Rio Grande do Sul (1908)*. 153 f. Dissertação (mestrado). Ori.: Flores, A. d. J. D. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. PPGD, Porto Alegre, BR-RS., 2015.

<sup>5</sup> Ver: AGÜERO, A.; ROSSO, M. Codifying the Criminal Law in Argentina: Provincial and National Codification in the Genesis of the First Penal Code. In: MASFERRER, Aniceto (org.). *The Western Codification of Criminal Law: a Revision of the Myth of its Predominant French Influence*. Cham: Springer, 2018. p. 297-322.

fragmentação. Como essa doutrina opinava sobre a “estadualização” do processo penal? Uma transformação salutar do direito brasileiro em nome do federalismo? Qual seria o alcance da competência estadual para legislar em matéria processual (já que existiam normas nacionais sobre processo, como é o caso dos dispositivos sobre ação penal do Código Penal de 1890)?

O ensino jurídico também passava por transformações, a começar pela autorização de abertura de novas faculdades de direito para além das duas oficiais – Recife e São Paulo – da época imperial<sup>6</sup>. Entre 1889 e 1930, sabe-se que pelo menos onze faculdades foram criadas. O estudo do processo penal, no período imperial e no início da república, estava vinculado ao processo civil<sup>7</sup>. A partir de 1911, com a reforma Rivadávia, até 1925, com a reforma João Luís Alves, o processo penal tornou-se “independente” da disciplina de processo civil. Todavia, a partir de 1925, o processo penal esteve na dependência de outra disciplina: o direito criminal/penal. Isso nos leva a questionar: qual era o perfil dos autores que escreviam sobre processo penal? Eles costumavam lecionar a respectiva disciplina? Qual era o lugar do processo penal no conjunto da produção bibliográfica deles?

No que diz respeito ao conteúdo dessas obras, nós podemos indagar até que ponto elas estavam engajadas com as exigências de manutenção da ordem ou da garantia das liberdades dos indivíduos. Diferentemente

<sup>6</sup> Dentre as mudanças no ensino brasileiro trazidos pela Reforma “Benjamin Constant”, especialmente o Decreto n. 1232 de 2 de Janeiro de 1891 autorizou a abertura de novas Faculdades de Direito. Quando fossem fundadas pelos particulares, receberiam a designação de “Faculdades Livres”, mas ao submeter-se à avaliação federal, usufruiriam dos mesmos privilégios das Faculdades federais. Cf. Decreto n. 1232 h - de 2 de janeiro de 1891. Aprova o regulamento das Instituições de Ensino Jurídico, dependentes do Ministério da Instrução Pública. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/norma/391704/publicacao/15722524>. Acesso em 25 mar. 2021.

<sup>7</sup> Sobre a época do Império, em que a disciplina se chamava “Theoria do processo criminal, civil e comercial”, ver: Decreto nº 7.247, de 19 de abril de 1879. Reforma o ensino primario e secundario no municipio da Côrte e o superior em todo o Imperio. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-7247-19-abril-1879-547933-publicacaooriginal-62862-pe.html>. Acesso em 25 mar. 2021. Na época republicana, o nome da disciplina passou a ser “Processo criminal, civil e comercial” ver: Decreto n. 1232 h - de 2 de janeiro de 1891, op. cit.

das reconstruções históricas que esquematizam a história do direito penal e da justiça criminal com base em momentos sucessivos marcados pela ordem ou pela liberdade, a melhor historiografia vem chamando a atenção para o fato de que esse pêndulo é constitutivo da modernidade jurídico-penal<sup>8</sup>. No caso brasileiro, o período da Primeira República é particularmente interessante para a análise desse ponto. Embora seja possível dizer que o tópico do balanceamento entre ordem e liberdades esteja presente desde os primórdios dos discursos e das práticas em torno do processo penal moderno no Brasil imperial, entre o final do século XIX e primeiras décadas do século XX nós já temos um contexto novo. Agora, o embate contra a “tirânica” justiça criminal do Antigo Regime, do “terrível” livro V das Ordenações Filipinas, já era uma memória distante; uma justiça criminal, ao menos em linhas gerais, moderna, já estava instaurada. O desejado equilíbrio entre ordem e liberdades, portanto, nesta nova fase, deveria avaliar um sistema, digamos, liberal-moderno. Os juristas, olhando para trás, não viam somente a justiça do Antigo Regime, que, para a perspectiva moderna, era facilmente classificável como tirânica, pois agora já existia um passado liberal a ser sopesado também: ele seria adequado? Ele era suficientemente ou excessivamente liberal? Esses pontos costumavam ser abordados quando os juristas se posicionavam a respeito da famosa questão dos sistemas processuais: acusatório, inquisitório, “misto”.

O plano de pesquisa traçado até aqui, bem se vê, é muito amplo. Para os fins deste artigo, vamos nos concentrar na obra de João Mendes de Almeida Júnior (1856-1923). Eu o escolhi para este ensaio de uma pesquisa mais ampla (que vem sendo levada a cabo na minha pesquisa de doutorado) pelos seguintes motivos: i) ele escreveu obras de alcance nacional, o que torna a fricção delas com o problema da “estadualização” particularmente significativa; ii) as suas obras de processo penal foram

---

<sup>8</sup> SBRICCOLI, Mario. La penalistica civile: Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita. In: SBRICCOLI, M. *Storia del diritto penale e della giustizia*. Milano: Giuffrè Editore, 2009; LACCHÈ, Luigi. Il “canone eclettico”: Alla ricerca di uno “strato profundo” della cultura giuridica italiana dell'Ottocento. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, v. 39, n. 1, p. 153-228, 2010; HALPÉRIN, Jean-Louis. Ambivalences des doctrines pénales modernes. *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n. 1, p. 9-16, 2010.

amplamente citadas na doutrina da época (e, aparentemente, na jurisprudência também), e assim, era um dos autores mais importantes do período, senão o mais importante; iii) conseqüentemente, suas posições permitem entender o desenvolvimento da doutrina nacional da Primeira República. Com esse foco, parece-me possível, enfim, contribuir para acrescentar algo à historiografia que vem se ocupando deste personagem<sup>9</sup> e à história do processo penal brasileiro entre o final do século XIX e primeiras décadas do século XX<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> A maior parte da historiografia encontrada sobre João Mendes de Almeida Júnior são notas biográficas, focando especialmente a contribuição do autor à faculdade de São Paulo e ao processo civil. Nesses termos, podemos classificar, por exemplo, as biografias feitas para o centenário de seu nascimento na Revista da Faculdade de Direito de São Paulo em 1956. SANTOS, M. A. João Mendes Júnior, mestre de direito processual civil. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 51, p. 98-113, 1956.; BUZAID, Alfredo. João Mendes de Almeida Jr. - aspectos de uma grande vida. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 51, p. 73-97, 1956.; REZENDE FILHO, Gabriel de. João Mendes Júnior, mestre de processo. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 51, p. 9-25, 1956. 2021; REALE, Miguel. Escolástica e praxismo na teoria do direito de João Mendes Júnior. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 51, p. 26-72, 1956. O mais recente trabalho acerca de João Mendes de Almeida Júnior menciona especialmente a atuação do autor como ministro do Supremo Tribunal Federal, e sua colaboração para uma teoria acerca da posse da terra indígena no país. Ver: CERQUEIRA, Bruno da Silva Antunes de. *A demarcação territorial indígena e o problema do “marco temporal”: o Supremo Tribunal Federal e o indigenato do Min. João Mendes de Almeida Júnior (1856-1923)*. 2016.96 f. Monografia (Graduação) - Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais. Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2016. Também analisando mais especificamente as questões da opinião de Almeida Júnior sobre os indígenas, há o trabalho de GIAROLA, Flávio Raimundo. *Do “triunfo nos trópicos” ao “fim da civilização”: “raça”, história e nacionalidade na perspectiva dos intelectuais monarquistas-católicos (1889-1917)*. Belo Horizonte, 2015. Tese (Doutorado em História), FAFICH, Universidade Federal de Minas Gerais, 2015.

<sup>10</sup> A historiografia do processo penal brasileiro é bastante pontual. Sobre as relações entre o processo penal e o sistema federalista, Ana Lúcia Sabadell fez um artigo que trata do período da Primeira República como de uma experiência de federalização do processo penal, mas com elementos que caracterizavam uma forte centralidade na união. Cf. SABADELL, Ana Lúcia, op. cit. José Henrique Pierangelli fez uma análise geral sobre o processo penal brasileiro da Primeira República e das codificações estaduais em um livro sobre a história do processo brasileiro, mas não a enxerga como de muitas



## 2. JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR: UM JURISTA ACADÊMICO-POLÍTICO

João Mendes de Almeida Júnior bacharelou-se em 1877 e doutorou-se em 1880 na Faculdade de Direito de São Paulo. Começou sua carreira jurídica como advogado<sup>11</sup>, junto ao escritório de seu pai, João

---

mudanças frente à época imperial (PIERANGELLI, José Henrique. *Processo Penal: evolução histórica e fontes legislativas*. São Paulo: Jalovi. 1983). Em uma perspectiva global das codificações processuais na história Brasileira, Diego Nunes publicou um artigo que trata da codificação estadual como um período de “descodificação” do processo penal em comparação com um passado imperial em que as normas estavam presentes primeiramente no Código de Processo de 1832, e posteriormente foram recodificadas com vista à uma atenuação do liberalismo daquele diploma, ver: NUNES, Diego, op. cit. Marcos Alvarez, Fernando Salla e Luiz Souza, reconhecendo uma mudança maior do que Pierangelli, também escreveram sobre o processo penal republicano, e embora afirmem que havia não negligenciáveis mudanças, expuseram que o período não havia alterado uma estrutura inquisitória do processo penal brasileiro. Ver: ALVAREZ, Marcos César; SALLA, Fernando; SOUZA, Luís Antônio F. A Sociedade e a Lei: O código penal de 1890 e as novas tendências penais na primeira república. *Justiça & História*, v. 3, n. 6, p. 1-24, 2003, p. 8 Em análises específicas sobre a codificação nos estados, também há alguns poucos trabalhos. Maria de Freitas analisou a codificação do processo penal em Goiás, ver: FREITAS, E. M. de. Disputas políticas e reação centralizadora em Goiás na Primeira República – 1890 - 1905. *OPISIS*, v. 12, n. 1, p. 202–222, 2012; também Alfredo Flores e Régis Nodari fizeram uma análise sobre o Código de Processo Penal do Rio Grande do Sul, ver: FLORES, Alfredo de Jesus Dal Molin; NODARI, Régis João. Entrelaçamentos culturais na primeira república: o código de processo penal do estado do Rio Grande do Sul (1898) e suas fontes doutrinárias e legislativas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais Universidade Federal de Minas Gerais*, n. 74, p. 65-96, 2019. Danyelle Galvão fez um trabalho comparativo sobre o interrogatório nas codificações estaduais, em um capítulo de sua dissertação, tecendo, todavia, algumas considerações gerais sobre o processo penal da Primeira República (GALVÃO, Danyelle da Silva. *Interrogatório por videoconferência*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012). Por fim, Gabrielle Stricker do Valle publicou um trabalho sobre a reunificação processual na era Vargas: VALLE, Gabrielle Stricker do. *Uma história da cultura jurídica processual penal brasileira (1930-1945)* (Dissertação, Mestrado). Orientadora: Clara Maria Roman Borges; coorientador: Luís Fernando Lopes Pereira. Curitiba, 2018.

<sup>11</sup> CORREIO PAULISTANO: Órgão Republicano. Edição 10245, 29 de outubro de 1890.

Mendes de Almeida<sup>12</sup>, que por sua vez era presidente do Instituto dos Advogados, monarquista e opositor dos republicanos positivistas<sup>13</sup>, e irmão de Candido Mendes de Almeida<sup>14</sup>, senador brasileiro que foi condecorado em Roma pela defesa da Santa Sé na questão religiosa<sup>15</sup>, e fortemente associado ao movimento do catolicismo ultramontano<sup>16-17</sup>. Sabe-se que a posição política não passa de pai para filho, porém, alguns fatores apontam a sua posição ligada ao monarquismo: havia bastante proximidade entre João Mendes de Almeida Júnior com seu pai; em 1880, ele foi eleito vereador pelo partido Conservador na cidade de São Paulo<sup>18</sup>; participou das homenagens prestadas ao falecimento do Imperador Dom Pedro II; foi homenageado pelo Centro dos Estudantes Monarquistas de São Paulo. Todos esses elementos levam a concluir que Almeida Júnior também era bastante próximo das ideias monarquistas.

<sup>12</sup> Que era monarquista, foi obrigado a ocultar-se durante 1894, em período no qual um de seus filhos, não João Mendes, chegou a ser preso pelos republicanos: cf. ALMEIDA, João Mendes de. *O direito e o positivismo: discurso proferido pelo Dr João Mendes de Almeida presidente do Instituto dos Advogados de São Paulo*. São Paulo: Typ. da Papelaria Guarany de Maciel, 1895.

<sup>13</sup> Em 1895 João Mendes de Almeida, em discurso perante o Instituto de Advogados do Brasil, ao mesmo tempo em que criticava a assunção do país ao positivismo republicano, em seus sentidos de separação e laicização do Estado, criticava a tentativa dos positivistas de separar a legislação de sua história e tradição cristã.

<sup>14</sup> Escritor de um importante livro sobre as relações entre o direito civil e o direito eclesiástico, ver: ALBANI, Benedetta; MARTINS, Anna Clara Lehmann. *The Governance of the Church written between National and Global Perspectives: The Presence of Congregations of Cardinals in Brazilian Manuals of Ecclesiastical Law (1853-1887)*. *Almanack*, v. 1, n. 26, p. 1-78, 2020.

<sup>15</sup> ALMEIDA, João Mendes de. Algumas notas genealógicas. *Revista do Instituto Histórico e Geográfico de São Paulo*, v. 10, 1886, p. 482-487.

<sup>16</sup> SANTIROCCHI, Ítalo Domingos. A coragem de ser só: Cândido Mendes de Almeida, o arauto do ultramontanismo no Brasil. *Almanack*, n. 7, p. 59-80, 2014.

<sup>17</sup> Esse era um movimento/perspectiva político-religiosa que defendia a ideia de uma Igreja Católica inteiramente autônoma em relação ao Estado, e que defendia em última instância uma atribuição ao papa das questões espirituais e temporais, e a crítica dos governantes que as infringissem. Ver ALBANI; MARTINS, op. cit., p. 19.

<sup>18</sup> O BRAZIL: Folha Diária (RJ). Edição 494, Domingo, 18 de dezembro de 1891; AUCTORIDADE: Orgam do centro dos Estudantes Monarchistas de São Paulo. S. Paulo, 16 de Agosto de 1896. Ano 1, n. 30.

Almeida Júnior, assim como sua família, frequentemente viajavam ao exterior<sup>19</sup>. Essas viagens, além das conexões via mercado livreiro, contribuíram para o seu arcabouço teórico, que se utilizava de diversos autores estrangeiros em suas construções teóricas e dogmáticas<sup>20</sup>.

João Mendes de Almeida Júnior não tardaria em ser escolhido como professor substituto da Faculdade de Direito de São Paulo, o que veio a ocorrer em 1891<sup>21</sup>, frequentemente lecionando a cadeira de Prática Forense<sup>22</sup>. Posteriormente, ele se tornaria professor catedrático da 1ª Cadeira de “Teoria do Processo Civil, Comercial, Criminal e Prática Forense”<sup>23</sup>. Essa disciplina passou ao longo da Primeira República por diversas mudanças curriculares. Em 1891, havia duas disciplinas, uma para “Teoria do Processo Civil, Comercial, Criminal” e outra para a “Prática Forense”. A partir de 1901, a disciplina de prática passou a ser lecionada conjuntamente à disciplina de teoria<sup>24</sup>. Assim, permaneceu uma única

---

<sup>19</sup> Já consagrado como autor e professor, há o registro de uma viagem para Europa de João Mendes de Almeida Júnior ver: JORNAL DO BRASIL. Rio de Janeiro, Edição 74, Quarta feira, 15 de Março de 1905. Fernando Mendes de Almeida, seu tio em segundo-grau, era o redator-chefe do Jornal do Brasil, e frequentemente viajava para a Europa - principalmente Portugal, onde tinha parentes - e para os Estados Unidos da América JORNAL DO BRASIL. Rio de Janeiro, Edição 289, Sábado, 16 de Outubro de 1897. Ver também: ALMEIDA, João Mendes de. Algumas notas genealógicas. *Revista do Instituto Histórico e Geográfico de São Paulo*, v. 10, 1886.p. 487.

<sup>20</sup> Almeida Júnior faz várias citações, dentre outros autores, à Francesco Carrara para a teorização da prisão preventiva e a Faustin Helie para a teorização das formas processuais. Alguns autores são usados quase exclusivamente para a crítica, como por exemplo, o positivista Raffaele Garofalo (ALMEIDA JÚNIOR, Joao Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Typ. Batista de Souza, 1920.p. 9-10; p. 252; p. 412).

<sup>21</sup> CORREIO PAULISTANO: Órgão Republicano. Edição 10363, terça feira, 24 de março de 1891.

<sup>22</sup> ALMANAK LAEMMERT: Administrativo, Mercantil e Industrial (RJ). Edição A, Ano 1893, p. 1473.

<sup>23</sup> ALMANAK LAEMMERT: Administrativo, Mercantil e Industrial (RJ). Edição A00053, Ano 1896, p. X. João Pereira Monteiro ocupava a 2ª Cadeira (ver ALMANAK LAEMMERT: Administrativo, Mercantil e Industrial (RJ). Edição A00055, Ano 1898).

<sup>24</sup> MARANHÃO, Metódio. Direito Formulário (Matéria da Cadeira de Prática do Processo). *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, ano XXVIII, 1920, p. 65-69.

cadeira até 1911, quando o decreto n. 8662, também conhecido como a Reforma Rivadávia Cunha, promoveu uma reforma do currículo e separou as disciplinas em três: “Theoria do Processo Civil e Commercial”; “Prática do Processo Civil e Commercial”; e “Theoria e Pratica do Processo Criminal”<sup>25</sup>. Almeida Júnior, a partir dessa reforma, passou a exercer a cátedra de processo civil e comercial, mas por pouco tempo, já que entre 1913 e 1915 exerceu o cargo de diretor da Faculdade de Direito de São Paulo<sup>26</sup>.

Almeida Júnior também chegou a ser nomeado em 1901 sócio do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro<sup>27</sup> e ministro do Supremo Tribunal Federal em 1916<sup>28</sup>, por nomeação do presidente Venceslau Brás. Por volta de 1920, Almeida Júnior já havia publicado em torno de vinte obras, a maioria delas em matérias processuais<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> Decreto nº 8.662, de 5 de Abril de 1911. Approva o regulamento das Faculdades de Direito. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-8662-5-abril-1911-499813-republicacao-101881-pe.html>. Acesso em 5 abr. 2021.

<sup>26</sup> O EDITOR. Dr. João Mendes de Almeida Júnior. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 22, p. 266-287, 1925, p. 276.

<sup>27</sup> JORNAL DO COMÉRCIO. Rio de Janeiro. Edição. 236, Sábado, 24 de Agosto de 1901.

<sup>28</sup> HORBACH, Carlos Bastide. *Memória jurisprudencial: Ministro Pedro Lessa*. – Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007. (Série memória jurisprudencial), p. 68.

<sup>29</sup> Conforme consta de sua bibliografia, referenciada pelo próprio autor em ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Typ. Batista de Souza, 1920. Na sua contracapa, lista as seguintes obras: “1 Direito Judiciário Brasileiro. 2 Órgãos da fé publica. 3 As formas da «Praxe Forense». 4 A ideia de Autonomia e a pretendida transição do ensino official. 5 O ensino do Direito. 6 Os indígenas do Brazil, seus direitos individuais e políticos. 7 Soberania, Autonomia, Federação. 8 O Estado — O fim do Estado- A acção do Estado. 9 Plano de «Reforma Judiciaria», submettido ao Congresso do listado de S. Paulo, em 1912—3 volumes. 10 Analyse da discussão do projecto da «Reforma Judiciaria» do Estado de S. Paulo, na Camara dos Deputados, nas sessões de 1913. 11 Golpes de retrospecto. 12 A celebração da chave da Academia ou Festa Symbolica da attenção. 13 Programma de ensino das cadeiras de Theoria e Pratica do Processo Civil, na Faculdade de Direito de S. Paulo. 14 A Personalidade do listado. 15 As codificações esta-doadas das leis do processo. 16 «Climax» ou a Escada do Céu. 17 Uma synopse da Historia da Philosophia. 18 Artigos e articulados. 19 A uniformidade, a simplicidade e a economia do nosso processo. 20 Inquirição de testemunhas. 21 A cura da gagueira”.

Que tipo de jurista era Almeida Júnior no cenário brasileiro da época? Uma forma de análise da intervenção e contribuição dos juristas à cultura jurídica de uma determinada época pode ser traçada com base em tipos ideais. Com o intuito de pensar em modelos suficientemente articulados para compreender historicamente juristas brasileiros que escreviam sobre processo penal na Primeira República, vou utilizar como tipos ideais<sup>30</sup> o burocrata, o político e o acadêmico, que correspondem abstratamente aos aspectos de vida da prática forense, da vida pública na política, e da vida universitária. Quase sempre, em suas manifestações históricas, o jurista, mesmo o acadêmico, vai mesclar atividades profissionais e políticas<sup>31</sup>. Almeida Júnior poderia ser classificado como um jurista acadêmico-político. Um burocrata compreende aqueles cuja profissão se perfazia primordialmente em seu labor forense de petições, audiências e representações, ou ainda vinculado a algum órgão administrativo estatal; os acadêmicos são aqueles que se ocupavam principalmente de lecionar ou de outras formas do exercício da docência e da pesquisa; e os políticos seriam aqueles profundamente envolvidos com o exercício de cargos políticos, eletivos ou nomeados. João Mendes de Almeida Júnior, embora também tenha se dedicado em algum momento à advocacia, fez das Arcadas o seu principal *locus* de trabalho. Com diversas publicações e lecionando a muitas turmas, um dos principais aspectos da sua atuação jurídica é o acadêmico. Contudo, o aspecto político é também inegável. Exerceu o cargo de vereador durante a última década imperial, e, na alvorada de sua vida, tornou a exercer uma função cujo caráter é misto entre a política e a magistratura (burocracia)<sup>32</sup>: o cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal.

---

<sup>30</sup> O tipo ideal é uma ferramenta, uma forma, passível de ser usada para uma análise sociológica, que simplifica características encontradas para possibilitar uma melhor compreensão do fenômeno, não necessariamente tendo uma existência histórica concreta. Ver: WEBER, Max. *Economy and society: An outline of interpretive sociology*. Berkley: University of California Press, 1978. p. 20

<sup>31</sup> BOURDIEU, Pierre. *Homo academicus*. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2008. p. 82-83.

<sup>32</sup> Gustavo Castagna Machado, em sua tese doutoral, demonstra como a posição do Supremo Tribunal Federal já detinha um elevado grau de politização na época da Primeira República, e que mesmo algumas posições tidas como

Quanto à produção literária, mesmo sem fazer uma minuciosa análise bibliométrica, é possível dizer que Almeida Júnior foi o autor brasileiro mais citado dentre os juristas que escreviam sobre o processo criminal na Primeira República. Por vezes, ele era mencionado como autoridade, para sustentar posições semelhantes<sup>33</sup>; outras vezes, para ser contrariado<sup>34</sup>.

---

“técnicas” continham fortes questões políticas por trás. Ver: MACHADO, Gustavo Castagna. *“Os ministros do Supremo Tribunal estão divididos em dois grupos que se digladiam”*: cultura jurídica e política no Supremo Tribunal Federal (1906-1915). Orientador: Flores, Alfredo de Jesus Dal Molin. Co-orientador: Stolleis, Michael. UFRGS, Porto Alegre, 2016.

<sup>33</sup> Sustentando que o interrogatório deveria servir somente como meio de defesa e não de instrução e extorsão de confissões, João Evangelista Fortuna citava João Mendes de Almeida Júnior: “Terminada a inquirição das testemunhas passa-se ao interrogatório do réo, o qual — ao contrario do que pensam muitos e no dizer de João Mendes um verdadeiro acto de defesa e não portanto ocasião para a auctoridade extorquir do réo com cavilosas perguntas uma pretensa confissão livre e verdadeira. Na Inglaterra até o juiz neste momento dirige uma exhortação ao réo; que se encontra no Jervis act, e pela qual lhe mostra os perigos das palavras que responder imprudentemente. Coherente com esta ideia o Cod. do Proc., art. 98 limita as perguntas que ao réo é licito fazer” (FORTUNA, João Evangelista Peixoto. *Manual de direito processual criminal: contendo uma parte theorico-pratica e outra formularia*. Rio de Janeiro: Typ. Bedeschi, 1915, p. 71). Sobre a razão de nomear como Código de Processo Criminal, Fortuna sustentava estar do lado de João Mendes de Almeida Júnior — no projeto do Código do Processo Criminal do Maranhão, ver: VIANNA, Godofredo. *Projecto de codigo do processo criminal do estado do Maranhão*. Maranhão: Imprensa Oficial, 1917. p. 6.

<sup>34</sup> Florêncio Carlos de Abreu e Silva argumentava que o júri não fazia parte das tradições brasileiras, tendo sido “importada” pela constituição brasileira de 1824 uma instituição que era tipicamente inglesa, e não pátria. O autor fazia com isso uma réplica à opinião crítica de João Mendes de Almeida Júnior em que este criticava o código sul-rio-grandense por haver adotado as teorias positivistas e buscado restringir a um ponto irreconhecível a instituição do júri, o que seria, portanto, contrário às tradições brasileiras. “Uma das objecções mais sérias, que se têm levantado contra o novo codigo, foi opposta pelo erudito professor da Faculdade de Direito de São Paulo, dr. João Mendes de Almeida Júnior, na sua excellente obra sobre o processo penal brasileiro. Diz elle que o nosso codigo, contrariando as tradições de nossa raça, veio erigir em preceito legislativo, como in anima vili, as theorias da escola positiva italiana. Mas, data venia, de igual modo perguntamos ao illustre cathedratico, que tradições de nossa raça guardou o codigo de 1832, quando é elle proprio quem escreve que «não só o jury, como quasi todas as outras disposições, como bem observou Pimenta Bueno (nos seus Apontamentos sobre o processo criminal

A principal obra de Almeida Júnior se chama “Processo Criminal Brasileiro”. Quando foi publicada em 1901, ela pretendia suprir a ausência de um tratado de processo penal, tendo sido inclusive objeto do pagamento de um prêmio pela Câmara dos Deputados<sup>35</sup>. Esse prêmio era dado, nos termos do Código do Ensino de 1900, para os professores que produzissem tratados, memórias ou outros trabalhos científicos relevantes para a época. O prêmio era constituído por uma remuneração ao autor e pela impressão de uma certa quantidade de livros pela União<sup>36</sup>. Desse tipo de tratado, temos, por exemplo, o “Traité de l’instruction criminelle” (1867) de Faustin Helie como uma referência teórica importante para França e Bélgica. No Brasil, nem mesmo o “Apontamentos sobre o processo criminal pelo jury” de Pimenta Bueno<sup>37</sup>, que era seguramente o livro de processo penal mais citado e referenciado até então, e considerado um dos clássicos do processo penal brasileiro<sup>38</sup>, seria um tratado no escopo,

---

brazileiro), — são derivados da legislação da Inglaterra e da França?” (SILVA, Florencio Carlos de Abreu. *Código do Processo Penal do Estado do Rio Grande do Sul: estudo critico e comparativo, com grande copia de notas de jurisprudencia*. Porto Alegre: Typographia da Livraria Universal de Carlos Echenique. 1909, p. VIII). Sobre a incomunicabilidade dos presos no projeto do Ceará: CARNEIRO, Abner. Vasconcellos, Leao de. Camara, Olivio Dornellas. *Projecto de codigo do processo criminal para o estado do ceara*. Fortaleza: S.N., 1919, p. 8.

<sup>35</sup> JORNAL DO BRASIL. Edição 348, Sábado, 14 de Dezembro de 1901, p. 2.

<sup>36</sup> “Art. 35. O membro do magisterio que compuzer tratados, compendios e memorias scientificas importantes ácerca de materias ensinadas no estabelecimento, terá direito á impressão do seu trabalho por conta do Governo, si a congregação, em escrutinio secreto e por dous terços dos votos da totalidade dos seus membros, o julgar de utilidade para o ensino, não excedendo, porém, de tres mil exemplares a edição impressa á custa dos cofres publicos. Art. 36. Si a congregação, pelo processo estabelecido no artigo precedente, considerar a obra de merito excepcional ou extraordinaria vantagem para o progresso da sciencia ou para texto do ensino, além da impressão taxada no referido artigo, terá o autor direito a um premio, arbitrado pelo Governo, mediante informação do director, e nunca inferior a 2:000\$ ou superior a 5:000\$000” (Decreto nº 3.890, de 1º de janeiro de 1901. Approva o Codigo dos Institutos Officiaes de Ensino Superior e Secundario, dependentes do Ministerio da Justiça e Negocios Interiores. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-3890-1-janeiro-1901-521287-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 5 mai 2021.

<sup>37</sup> BUENO, José Antonio Pimenta. *Apontamentos sobre o processo criminal pelo jury*. Rio de Janeiro: J. Villeneuve e C, 1849. p. 32.

<sup>38</sup> Assim o considerava, por exemplo, Oliveira Vianna, durante o tempo em que foi professor de processo penal na faculdade de Niterói (FARIA, Luiz de

visão de sistema e teoria que pretendia Almeida Júnior<sup>39</sup>. O livro de Almeida Júnior, nesse contexto, seria único no processo penal brasileiro, e assim era propagandeado pela sua editora, como uma obra de investigação científica e teórica em diversos pontos do processo penal, e utilizável por juízes, advogados e estudantes<sup>40</sup>, de modo que exibia um caráter de tratado, indo além de um mero manual. No prefácio à primeira edição, Almeida Júnior mencionou como possíveis destinatários não só os juristas profissionais e estudantes, mas também os congressistas e estadistas. Seu tratado seria uma obra “patriótica” para a admiração das “tradições liberais” brasileiras, que vinham da monarquia e continuavam na república. Em sua estrutura, Almeida Júnior pretendia uma exposição completa do processo penal brasileiro. Em seu conteúdo, o autor sublinhava como um dos mais importantes princípios do processo determinar que a função do poder judiciário era a garantia dos direitos individuais<sup>41</sup>. Em sua breve introdução, é possível perceber não só o objetivo de produzir uma obra acadêmica: há um interesse de divulgar e manter aquilo que considerava como tradições liberais brasileiras no processo penal brasileiro.

### 3. Os SISTEMAS ACUSATÓRIO E INQUISITÓRIO

Sobre os tópicos basilares do processo penal, João Mendes de Almeida Júnior considerava-se um “liberal”. Os seus posicionamentos político-jurídicos no âmbito processual aparecem com clareza quando dos embates com a chamada Escola Positiva italiana. Perante as soluções

---

Castro. *Oliveira Vianna: de Saquarema à Alameda São Boaventura, 41 - Niterói: o autor, os livros, a obra*. Rio de Janeiro: Relume Dumará: Núcleo de Antropologia da Política/UFRJ, 2002, p. 115).

<sup>39</sup> Em compensação, a comunidade jurídica brasileira dispunha da primeira tradução do tratado de Franz von Liszt, cuja versão em português tinha sido publicada em 1899 (ESPÍNDOLA DE SENA, Nathália Nogueira; SONTAG, Ricardo. *The Brazilian translation of Franz von Liszt's Lehrbuch des deutschen Strafrechts (1899): a history of cultural translation between Brazil and Germany*. *Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series*, n. 2019-17, 2019).

<sup>40</sup> GAZETA DE NOTÍCIAS (RJ). Quinta-feira, 22 de Novembro de 1900, p. 6.

<sup>41</sup> ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *Processo Criminal Brasileiro*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Laemmert- & C., 1901. v. 1. p. V-VI.



dadas pela Escola Positiva à questão da prisão preventiva, por exemplo, ele se pronunciava em sentido contrário em nome das “conquistas liberais”, entendendo que havia imprecisões na fórmula apresentada por Garofalo, pois o “quase-flagrante” não seria uma espécie de flagrante, e por isso não daria a certeza necessária para impor a ordem de prisão<sup>42</sup>.

Juntamente com a questão da prisão em flagrante, entendia Almeida Júnior que não seria possível aumentar as possibilidades de prisão preventiva em relação àquelas previstas na legislação processual de 1871. A lei n. 2033 de 1871 e seus decretos regulamentadores, por assim dizer, criaram o instituto e a nomenclatura da prisão preventiva no Brasil, ainda que houvesse algumas figuras parecidas no Código de Processo Criminal de 1832<sup>43</sup>. A regra da Constituição da República de

---

<sup>42</sup> Ver: “As outras modificações propostas por GAROFALO não são mais dignas de aceitação. Elle assemelha ao flagrante, posto que reconheça extranhos ao flagrante ou ao quasi flagrante, para o effeito de legitimar a prisão dos mendigos viciosos, dos vadios, dos vagabundos e de outras pessoas perigosas e suspeitas, «quando concorram contra elles sufficientes indícios de terem commettido um crime punível com a reclusão, com a detenção ou com o arresto cujo máximo seja de um anno;» elle, imitando uma deplorável ideia do processo austríaco, autorisa, no caso de tumulto, sedição ou factu delictuoso, a que tenham concorrido muitas pessoas, a prisão de todos os presentes e que não estejam immunes da suspeita decoparticipação. Livre-nos Deus de um tal systema, tão contrario ás tradições de nossa raça que, na Ord. L. I, tit. 65, § 37, não se admittia, mesmo nos arroidos, prender mais de seis pessoas, ibi «se ao Juiz no arroido parecer que alguns são culpados, poderá prender até seis pessoas». Entre outras razões que, em 1832, eram apresentadas para apressar a aprovação do Codigo do Processo, estava a da necessidade de acabar completamente com o arbítrio do Juiz na suspeita das pessoas envolvidas nos arroidos. Garofalo, si pudesse influir na nossa legislação, destruiria uma conquista liberal, fundada exactamente na necessidade de afastar da ideia do flagrante delicto tudo quanto pudesse trazer duvida sobre a pratica do acto por determinado delinquente” (ALMEIDA JÚNIOR, 1920, op. cit, p. 341-342).

<sup>43</sup> “Art. 133. Resultando do interrogatorio suspeita contra o conduzido, o Juiz o mandará pôr em custodia em qualquer lugar seguro, que para isso designar; excepto o caso de se poder livrar solto, ou admittir fiança, e elle a dê; e procederá na formação da culpa, observando o que está disposto a este respeito no Capitulo seguinte”. “Art. 175. Poderão tambem ser presos sem culpa formada os que forem indiciados em crimes, em que não tem lugar a fiança; porém nestes, e em todos os mais casos, á excepção dos de flagrante delicto, a prisão não pode ser executada, senão por ordem escripta da autoridade legitima”.

1891<sup>44</sup>, muito contrariada pela prática, onde ocorriam muitos abusos de “prisões para averiguações”<sup>45</sup>, era a de que ninguém seria preso antes da culpa formada – e a culpa era formada com a sentença de pronúncia nos delitos que iam ao julgamento pelo tribunal do júri. A reforma feita em 1871, se por um lado criava o instituto da prisão preventiva, por outro, colocava uma restrição à sua utilização: tal prisão só seria aplicável aos casos em que existissem indícios veementes, conveniência e a confissão, prova documental ou duas testemunhas que jurassem o ocorrido. A tendência do direito moderno como conquistas liberais e democráticas, para Almeida Júnior, era a de restringir e não de ampliar esse instituto. Por isso ele criticava todas as tentativas de ampliação e criação de novas hipóteses de decretos prisionais. Sua opinião no tópico foi muito usada pelos processualistas da época, que, ao comentarem as reformas da legislação, costumavam citá-las com base em Almeida Júnior<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> “Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 13 - A exceção do flagrante delito, a prisão não poderá executar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei, e mediante ordem escrita da autoridade competente. § 14 - Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, salvas as exceções especificadas em lei, nem levado à prisão ou nela detido, se prestar fiança idônea nos casos em que a lei a admitir”.

<sup>45</sup> “O ministro da justiça Cândido de Oliveira, em 3 de Julho de 1889, expediu uma circular aos presidentes de províncias, assim concebida: “Haja V. Ex. de recomendar ás autoridades policiaes e judicarias dessa província a fiel observância das leis relativas á prisão preventiva, que não deve effectuar-se sinão nos casos terminantemente comprehendidos na legislação vigente, sendo que o actual direito não comporta o *abuso, que ainda perdura, de prisões para averiguações policiaes*’, cumprindo que as mencionadas autoridades tenham muito em vista o que dispõe o Aviso-circular de 2 de Janeiro de 1865 sobre prisões illegaes” (ALMEIDA JÚNIOR, 1920, op. cit., p. 318-319). O destaque em itálico era de João Mendes de Almeida Júnior, o que sugere que ele estaria criticando a persistência desse abuso na prática forense. Também Ruy Barbosa criticava os excessos de poderes da polícia à época, entendendo que “as atribuições da polícia andam na razão inversa dos direitos do indivíduo”, e que o judiciário, cuja missão era a de conter a polícia, muitas vezes deixava a polícia praticar abusos sem controlá-la efetivamente (BARBOSA, Rui. *Obras Completas*. Vol. XXV, 1898. Tomo II, p. 201-206).

<sup>46</sup> No original, Almeida Júnior mencionava que havia um movimento de modernização no processo penal de sua época que implicava: “tendencia de abolir completamente o segredo dos interrogatórios e dos depoimentos das

A opinião de Almeida Júnior acerca dos positivistas estava profundamente vinculada ao problema do sistema acusatório *versus* inquisitório. Devemos lembrar que essa questão foi uma das principais discussões surgidas no século XIX com a teorização do processo penal, auxiliando ao desenvolvimento do estudo comparado da disciplina, que geralmente associava o termo acusatório ao processo penal anglo-saxônico e o termo inquisitório ao processo europeu continental, em especial do antigo regime<sup>47</sup>. Almeida Júnior, dentre os juristas brasileiros, foi o primeiro a aprofundar o assunto de um ponto de vista teórico em publicações escritas, nem mesmo Pimenta Bueno havia tratado do assunto<sup>48</sup>. Segundo Máximo Langer, a dicotomia do sistema acusatório *versus* inquisitório pode se prestar a diversos usos<sup>49</sup>. Dentro desses usos, Almeida Júnior se utilizou dos termos para comparar o desenvolvimento de estilos processuais na história para, ao final, elaborar tipos ideais de sistemas<sup>50</sup>.

Citando benefícios e malefícios dos sistemas, o nosso jurista acaba mostrando as limitações de ambos. Quanto ao sistema acusatório, quando faltassem as provas, o juiz ficaria impedido de julgar; quanto ao inquisitório, o segredo das diligências, a fria análise dos autos, e as confissões extraídas por tortura, sem serem contrabalanceadas por discussões públicas e com liberdade da defesa, acabariam por minar a descoberta pela verdade<sup>51</sup>. Ele defendia, portanto, o sistema misto, que seria caracterizado por um procedimento inquisitório na fase de formação

---

testemunhas, limitar os casos da prisão preventiva e abreviar o tempo da formação da culpa” (SIQUEIRA, Galdino. *Curso de processo criminal: com referência especial a legislação brasileira*. 2ª ed. rev. e aug. São Paulo: Magalhães, 1930, p. 9. Inocência Borges da Rosa, por sua vez se utilizou de Galdino Siqueira, e escreveu as mesmas palavras do professor da Faculdade de Niterói, ver: ROSA, Inocência Borges da. *Manual de teoria e pratica do processo penal*. v.1-4. Porto Alegre: Globo, [1922-1928]. p. 24-25.

<sup>47</sup> LANGER, Máximo. La larga sombra de las categorías acusatorio-inquisitivo. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 1, n. 1, 2015, p. 15

<sup>48</sup> A matéria já era, contudo, mencionada nas disciplinas de processo. Ver BARRETO, Tobias. *Programma de Theoria e Pratica do Processo*. In: BARRETO, Tobias. *Estudos de direito: Publicação phóstuma dirigida por Silvio Romero*. Rio de Janeiro: Laemmert & C. Editores proprietarios, 1892, p. 467.

<sup>49</sup> LANGER, op. cit., p. 20.

<sup>50</sup> ALMEIDA JÚNIOR, 1920, op. cit, p. 244-251.

<sup>51</sup> *Ibd.*, p. 249-250.

da culpa, e acusatório nos atos do processo do julgamento<sup>52</sup>, ainda que com a necessidade de algumas reformas salutaras para abolir o segredo dos interrogatórios e depoimentos, bem como para limitar casos de prisão preventiva e abreviação da formação de culpa<sup>53</sup>. Almeida Júnior empregava essa dicotomia para explicar o processo penal brasileiro e suas reformas. Ele criticava, por exemplo, a manutenção de atividades decisórias na polícia judiciária dos estados, elogiando o caminho que o decreto n. 848 de 1890 teria feito para restringir o sistema inquisitório, separando as funções judiciárias das policiais<sup>54</sup>. Ele aprovava, também, a tendência geral do processo brasileiro após 1871 de expurgar os traços do modelo inquisitorial<sup>55</sup>, de modo que o sistema brasileiro teria conseguido se tornar até mais liberal (menos inquisitório) do que o francês<sup>56</sup>, ao vedar, com o Decreto n. 4824 de 22 de novembro de 1871, que os juízes pudessem recusar as perguntas das partes<sup>57</sup> e com o Decreto n. 3084 de 5 de novembro de 1898 vedar o interrogatório do réu em forma inquisitiva<sup>58</sup>. No Brasil, parte da historiografia entende que o sistema teria ficado no meio do caminho entre o sistema acusatório inglês e o sistema misto francês<sup>59</sup>, uma afirmação que Almeida Júnior confirmaria,

<sup>52</sup> “Distinguindo, então, nos dous systemas, sómente as formas salutaras, as medidas uteis, os legisladores, aproveitando o concurso das forças reciprocas, constituíram um systema mixto, accomodando os actos do processo da instrucção ás praticas do systema inquisitório e os actos do processo do julgamento ás praticas do processo accusatorio” (Ibd. p. 251)

<sup>53</sup> Id., p. 251-252.

<sup>54</sup> “140. Decorre destes artigos que na justiça federal não ha policia judiciaria, com o direito de iniciativa do procedimento, nem com qualquer funcção decisória. Aliás, já o Decr. n. 848 de 11 de ‘Outubro de 1890, ‘tendo revelado o intuito de restringir, tanto quanto possível, o que ainda restava do systema inquisitório e de abolir completamente ‘o procedimento ex-officio, não necessitava de agentes policiaes sinão para a prisão, para o corpo de delicto directo, para as buscas e apprehensões e para a fiança provisória” (Ibd., p. 241).

<sup>55</sup> Ibd, p. 265.

<sup>56</sup> Ibd., p. 269.

<sup>57</sup> Ibd., p. 266.

<sup>58</sup> Ibd., p. 265.

<sup>59</sup> 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*

mas contemporizava, com o entendimento de que a legislação brasileira era mais liberal que a francesa.

Depois de fazer a defesa do sistema misto, Almeida Júnior mencionava criticamente algumas características gerais do processo positivista<sup>60</sup>, tais como a radical oposição às medidas liberais do processo; a tendência à abolição do júri<sup>61</sup>; a contrariedade ao direito da parte de proceder contra o ofensor, já que a pena seria um direito da sociedade<sup>62</sup>; a ênfase na instrução secreta; a ampliação dos casos de

---

*Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 2, p. 951-992, mai./ago. 2020. p. 957.

<sup>60</sup> “Não devemos terminar esta apreciação, sem referirmo-nos a uma escola que, no fim deste seculo surgiu na Italia, com o intuito de reformar completamente, não só a noção do crime, como as regras relativas á pena, á organização judiciaria, á acção e ao processo. Referimo nos á Escola denominada — positivista italiana, a cuja frente, em assumptos de processo, se acham o notável magistrado GAROFALO, o professor de direito penal FERRI e o medico LOMBROSO. Partindo da preocupação dos factores anthropologicos, physicos e sociaes, que determinam as acções humanas, especialmente da temibilidade do indiciado ou delinquente, a nova escola pretende, não só operar uma reacção contra o espirito liberal dos últimos tempos, como uma reforma radical, destinada a assegurar o successo da doutrina anthropologica” (ALMEIDA JÚNIOR, 1920, op. cit., p. 251-252). Almeida Júnior citava essas características gerais a partir do texto *Criminologia* de Garofalo, porém se distanciava tanto da versão original italiana, como da tradução portuguesa, o que é um sinal de que não lia a versão original, e tomava os argumentos do positivismo a partir de fontes terceiras, ou fazia paráfrase das citações, mesmo quando destacadas.

<sup>61</sup> “Eis os pontos culminantes dessa reforma: 1.º Nada de jury, nada mesmo de magistrados juristas: os jurados são, em geral, pessoas incultas, sem antecedentes, nem hábitos que garantam o acerto de seus julgamentos ; os magistrados juristas, ao menos os de hoje, imbuidos das doutrinas espiritualistas. não conhecem os indícios physiologicos e anthropologicos que podem fixar a natureza do delinquente e a pena. O magistrado repressivo deve ter, não um diploma do estudo do direito, mas do estudo de sociologia, physiologia e anthropologia criminal. Os jurados são a guarda nacional do direito; entretanto, «a guarda nacional abolida como uma milicia inútil, não era inoffensiva, ao passo que o jury, além de inutil, e extremamente perigoso», diz GAROFALO” (ibid., p. 251).

<sup>62</sup> “2.º Relativamente á acção, em caso algum, deve-se deixar á parte o direito exclusivo de proceder contra o delinquente, porque a pena, em caso algum, deixa de ser uma necessidade social, considerado o perigo da reincidência” (Ibid., p. 252).

prisão preventiva com a redução dos crimes afiançáveis<sup>63</sup>; e a restrição de recursos e formalidades<sup>64</sup>.

Essa crítica de Almeida Júnior ao positivismo criminológico estava diretamente ligada ao contexto das reformas brasileiras. Especialmente no Rio Grande do Sul, a reforma do processo penal havia se aproximado bastante dos objetivos da “Riforma della procedura penale in Italia”, de autoria de Garofalo e Carelli - de “tornar mais celere e ao mesmo tempo mais seguro o juízo, circundar de garantias o acusado e não deixar sem protecção a victima do crime”<sup>65</sup>. Nele, muitas das ideias acerca da restrição do interrogatório e separação entre atos secretos e públicos havia sido traduzida pelos sul-rio-grandenses em seu código de 1898<sup>66</sup>, além da ampliação das

<sup>63</sup> “3.º A instrucção deve ser secreta e escripta, limitando-se a publicidade e a oralidade ao caso de contestação sobre o valor das provas do facto, sobre os antecedentes pessoas e hereditários do indiciado e seu signaes anthropologicos. Os casos de prisão preventiva devem ser ampliados e os de fiança devem ser restringidos. A ultima phase do processo, a mais importante e decisiva e de interesse capital para o acusado, consistirá no exame anthropologico e na applicação mathematica da eliminação, si o delinquente apresentar os caracteres de um criminoso nato. Si não é um criminoso nato, será um alienado, que deve ser internado em asyls ou manicomios especiaes e entregue ao cuidado e á repressão dos médicos alienistas que os dirige” (Ibd., p. 251-252).

<sup>64</sup> “4.º Os recursos devem ser restrictos e as jurisdicções superiores devem ser menos rigorosas na exigencia do cumprimento das formalidades” (Ibd., p. 252).

<sup>65</sup> CASTILHOS, Julio Prates de. Exposição de motivos do Projeto de Código do Processo Penal do Rio Grande do Sul. 1897. In: RIO GRANDE DO SUL. Leis, Atos e decretos estaduais de 1898. Porto Alegre: A Federação. 1898. P. 169. A frase em italiano está em GAROFALO, Raffaele; CARELLI, Luigi. *Riforma della procedura penale in Italia*: Progetto di un nuovo Codice. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1889. p. VI.

<sup>66</sup> “N’esta parte do projecto uma innovação importante exige expressa menção: é a que concerne á divisão da formação da culpa em duas phases distinctas, uma da instrucção secreta, outra da instrucção publica. Esta é a grande reforma que Garofalo e Carelli propoem no projecto de revisão do codigo do processo penal da Italia, pelo qual são modeladas as disposições deste projecto.” [...] E’ preciso fugir dos exageros, procurando na harmonia de todos os interesses a unica solução possivel. Esse desideratum parece haver attingido o projecto, porque, si a instrucção secreta é instituida no exclusivo interesse da accusação, a instrucção publica é o campo aberto ao livre exercicio da defesa. «No primeiro período secreto, o juiz instructor recolhe os elementos da instrucção, seja a favor, seja contra o acusado, fora da presença das partes; tudo é deixado ao seu criterio, á sua consciencia, á sua equanimidade

formas de prisão em flagrante e preventiva<sup>67</sup>. Segundo alguns críticos da época, tudo isso significou uma inflexão autoritária no processo penal, e, nas palavras do monarquista Candido Oliveira, teria resultado em um texto legislativo “servilmente copiado e pessimamente traduzido do italiano, do trabalho de Garofalo e Caselli (sic)”<sup>68</sup>. Por um lado, entre os próprios positivistas da época, já se considerava que a sugestão de Garofalo, feita em 1889 à reforma do código de processo italiano de 1865, era moderada frente a outras propostas positivistas<sup>69</sup> – afinal, ainda eram mantidas algumas competências do júri e ainda se preservava a querela privada<sup>70</sup>. Por

---

..... «No nosso systema, por outro lado, o accusado nada tem a temer, pois que no segundo periodo da instruccão elle póde fiscalisar o trabalho do juiz repugnando os actos por este cumpridos, apresentando novas testemunhas e reclamando o confronto destas com as que já foram ouvidas. Do exposto é facil verificar-se a superioridade d’este systema sobre o do codigo actual, que; reduzindo o papel do juiz á função automatica de ouvir a testemunhas que em numero limitado lhe devem ser indicadas pelo auctor, e não permittindo ao réu outra faculdade sinão a de assistir á inquirição, e a de contradictar as testemunhas, nem concede ao juiz a minima liberdade de accão, nem faculta ao réu meios de defender-se eficazmente” (CASTILHOS, op. cit., p. 197-198). Compare-se à citação do original em italiano: “Il primo periodo è segreto; il Giudice istruttore raccoglie gli elementi della istruzione sia in favore, sia contro l’imputato, fuori la presenza delle parti; tutto è lasciato alla sua mente, alla sua coscienza, alla sua equanimità. Solo per gli atti generici, per quegli atti, che non è possibile ripetere e che sono destinati per ; necessità di cose a restare inalterati nel pubblico dibattimento, ammettiamo la presenza e il controllo delle parti. [...] Col nostro sistema, inoltre, l’imputato non ha nulla a temere, poiché nel secondo periodo della istruzione egli può controllare l’opera del giudice, impugnando gli atti da costui compiuti, presentando nuovi testimoni e chiedendone il confronto con quelli già uditi (art. 348 a 350)” (GAROFALO, op. cit, p. CCLII-CCLIII).

<sup>67</sup> CASTILHOS, op. cit., p. 190-193.

<sup>68</sup> OLIVEIRA, Candido Luis Maria. Justiça. Org: OURO, Affonso Celso de Assis Figueiredo et al. *A Decada republicana..* Companhia typographica do Brazil, 1902, p. 49.

<sup>69</sup> MILETTI, Marco Nicola. Ritorno all’inquisizione. Scuola positiva e pulsioni autoritarie nel processo penale italiano. *Diritto penale XXI secolo*, v. 10, p. 455-492, 2011, p. 463-464.

<sup>70</sup> Curiosamente, Garofalo expressamente mencionava que não fariam propostas para a abolição do júri, diante de que estavam apenas tentando fazer uma reforma da lei do processo, não sua mudança radical: “Forse riguardando al solo aspetto dell’attitudine dei giudici, noi saremmo stati dall’esperienza indotti a proporre l’abolizione della giuria;tanto questo nostro progetto non ha

outro lado, é de se argumentar que na média das justificativas e traduções realizadas pelo código gaúcho, eram quase sempre acolhidas as propostas mais radicais dos italianos, sendo que reformas entendidas pelo legislador gaúcho como acusatórias derivavam de outras fontes. Assim, baseando-se na reforma de processo da Bélgica de 1878, o código sul-rio-grandense resolveu nomear o código de Código de Processo Penal ao invés de Processo Criminal, como um passo para eliminar uma “reminescência do antigo processo inquisitorial”<sup>71</sup>; e também assim a reforma para abolição da ação ex-officio vinha do próprio Brasil, justificada com base em Pimenta Bueno<sup>72</sup>. Evidentemente, nem todas as reformas propostas pelo código gaúcho eram de inspiração positivista, e especialmente essa última, com a abolição da ação ex-officio, era uma reforma de aspecto acusatório. Nada disso impediu que Almeida Júnior descrevesse o código sul-rio-grandense como um experimento “*in anima vili* [d]as theorias da Escola positivista italiana”, e que por essa razão deveria ser submetido à severa crítica<sup>73</sup>.

Almeida Júnior era, então, um liberal. O problema é que essa qualificação não é suficientemente clara. No sentido do posicionamento político de um modo geral, o nosso jurista poderia ser melhor classificado como um monarquista católico conservador<sup>74</sup>. Em verdade, o catolicismo e o conservadorismo eram até mesmo mais destacados nele do que o monarquismo, já que Almeida Júnior fazia parte da corrente católica ultramontana, e essa corrente inclusive chegou a entrar em embate com

---

la pretensione di essere tradotto in legge dello Stato, ma è solo la espressione dei nostri voti di riforma” (GAROFALO, op. cit., p. XV).

<sup>71</sup> CASTILHOS, op. cit., p. 170-171.

<sup>72</sup> CASTILHOS, op. cit., p. 175.

<sup>73</sup> “A nossa legislação, pois, tem estado isenta de toda a censura neste ponto, a não ser, por ocasião de ser agitada em alguns Estados, principalmente no Estado do Rio Grande do Sul, a ideia de experimentar, como *in anima vili* as theorias da Escola positivista italiana” (ALMEIDA JÚNIOR, 1920, op. cit., p. 339).

<sup>74</sup> Esse aspecto do monarquismo e do catolicismo, bem como do conservadorismo, eram bastante pronunciados, como menciona Fábio Giarola (GIAROLA, op. cit., p. 18); Gabriel de Rezende Filho e Miguel Reale vaziam também uma menção particular aos aspectos conservadores de Almeida Júnior, que eram evidentes em sua obra especialmente na visão de uma tradição brasileira, que servia de auxílio à crítica das legislações modernas (FILHO, op. cit., p. 17; REALE, op. cit., p. 67).



a Coroa brasileira em algumas matérias, em especial, durante a Questão Religiosa (1873-1875)<sup>75</sup>. Liberal também era uma palavra associada, mais genericamente, à modernidade<sup>76</sup>. Assim, na grande maioria das vezes em que Almeida Júnior fazia referências à legislação ou à doutrina de outros países, ele se posicionava frente a tais legislações em termos de liberalismo (mais liberais, ou menos liberais), preferindo, em regra, as soluções mais liberais. Liberal em processo penal, para Almeida Júnior, era aquilo que era contrário ao arbitrário, ao autoritário, como podemos concluir do breve trecho em que ele criticava as propostas de Garofalo para a reforma da legislação do flagrante, no sentido de que aumentavam o arbítrio do juiz e de que seriam contrárias às “tradições de nossa raça” (tradição que, neste caso, teria como marco principal o código de 1832, mas que deitaria raízes, em alguns casos, para além da própria modernidade, chegando às velhas Ordenações Filipinas do século XVII)<sup>77</sup>. Havia, portanto, no fundo dos posicionamentos de Almeida Júnior, uma representação tradicionalista, oriunda da sua formação no pensamento católico tomista, da história do processo penal no Brasil: ser liberal era respeitar as tradições brasileiras. As discontinuidades nessa história seriam meros percalços<sup>78</sup>.

---

<sup>75</sup> Situa como João Mendes de Almeida Júnior como ultramontano Rodrigo Dantas de Medeiros em sua tese sobre a Questão Religiosa (MEDEIROS, Rodrigo Dantas de. *Dom Vital: A Questão Religiosa e a Crise Político Institucional no Segundo Reinado*. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais - Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Faculdade de Ciências e Letras (Campus Araraquara). Orientador: Prof. Dr. Carlos Henrique Gileno. 2020. p. 74). Veja-se também que o conflito se deu muito em razão do modelo de relações entre o Estado e a Igreja da época, que configurava um “Estado Confessional”. Especialmente a “Questão Religiosa” eclodiu por conta de algumas intervenções do Estado na Igreja Católica que foram consideradas por muitos bispos como violadoras da autonomia da Igreja (SANTIROCCHI, Ítalo Domingos. O paradigma tridentino e a Igreja Católica no Brasil oitocentista: modernidade e secularização. *Reflexão*, v. 42, n. 2, p. 161-181, 2018., p. 177-179). Alfredo Buzaid também destaca o papel do catolicismo e da corrente ultramontana em João Mendes de Almeida Júnior (BUZOID, op. cit., p. 75-77).

<sup>76</sup> LYNCH, Christian Edward Cyril. Liberalismo. In: SEBASTIÁN, Javier Fernández (org.). *Diccionario político y social del mundo iberoamericano*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 744-751.

<sup>77</sup> *Ibid.*, p. 341-342.

<sup>78</sup> “em relação ao processo criminal, somos um povo educado sob o regimen de fôrmas liberaes, desde o Codigo do Processo de 1832, revogando o Livro V das Ordenações Philippinas, aliás já depois de abolidas as devassas

#### 4. A ESTADUALIZAÇÃO DO PROCESSO COMO UMA “PERIGOSA DESINTEGRAÇÃO DO DIREITO NACIONAL”

Sobre a questão das competências estaduais no direito processual, João Mendes de Almeida Júnior entendia que os estados somente poderiam legislar na mais estrita e indispensável matéria de organização judiciária, negando, portanto, a possibilidade de legislar no direito processual<sup>79</sup>. Ele pretendia que os estados não pudessem se afastar dos princípios constitucionais da União, especialmente no que tangia à matéria processual, extensamente positivada tanto na constituição como nas leis federais. É possível compreender que o nosso jurista se posicionasse criticamente

---

; posteriormente, contemplamos a reacção conservadora, que produziu a Lei de 3 de Dezembro de 1841, a qual, comquanto tivesse conferido á policia attribuições judiciais, não deixou de manter, com accidentaes e uteis modificações, as mesmas fôrmas liberaes do processo, sendo que até desenvolveu os recursos; contemplamos a reacção conciliadora, que pouco a pouco se foi accentuando, até se manifestar no systema da Lei n. 2.033 de 20 de Setembro de 1871, retirando da policia attribuições judiciais, para, naquillo que passa da sua funcção de vigilância e guarda, convertel-a em simples auxiliar da justiça; contemplamos, finalmente, o Codigo Penal da Republica, firmando-se sobre o principio da inadmissibilidade de punição por facto que «anteriormente» não tenha sido qualificado crime e abolindo quasi completamente o procedimento «ex-officio» (ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. A uniformidade, a simplicidade e a economia do nosso processo forense. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 20, p. 123-178, 1912. p. 135).

<sup>79</sup> Essa posição, sustentada pela primeira vez quando travou a discussão sobre a questão das competências estaduais contra Pedro Lessa (ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. A nova phase da doutrina e das leis do processo brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 7, p.101-126; p. 153-183, 1899; LESSA, Pedro Augusto Carneiro. Da competencia do Estado para legislar sobre o processo das justiças locaes. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 7, p. 127-152, 1899) na *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, foi mantida em seu livro *Processo Criminal Brasileiro*: “Os Estados, em geral, mantiveram, com poucas variantes, a organização judiciaria e policial e o processo do tempo do Império. Aliás, por maior que seja a sua autonomia, não se podem afastar dos principios constitucioaes da União, tanto no que diz respeito á organização judiciaria, como no tocante ao processo de acção penal, cuja formas estão subordinadas aos principios reguladores dos direitos de accusação e de defesa, determinados no art. 407 do Codigo Penal da Republica (Decr. n. 847 de 11. de Outubro de 1890) e em outras leis federaes. (ALMEIDA JUNIOR, 1920, op. cit., p. 241-242).

frente às reformas estaduais das legislações processuais penais<sup>80</sup>, pois ele entendia que o processo penal ainda estava regulado de um modo bastante amplo na legislação federal.

Precisamente na questão da ação penal, o Código Penal de 1890 havia legislado em seu artigo 407 acerca das ocasiões em que caberia ação penal pública por iniciativa do promotor e onde caberia ação penal privada por iniciativa do particular. A ação penal na república tinha ganhado um novo paradigma. A regra até então era a de que os crimes seriam de ação penal privada quando não houvesse disposições em contrário, o que fez com que no Império, a ação penal pública, ocorrer somente nos crimes em flagrante, inafiançáveis, públicos e policiais, todos os demais sendo de iniciativa particular<sup>81</sup>. Arley Fernandes Teixeira, em artigo sobre a história do perdão no processo brasileiro<sup>82</sup>, comparou como essa questão estava vinculada à evolução do direito penal moderno no Brasil e à redução dos espaços da justiça negocial frente à justiça hegemônica de aparato. Durante o Império, a regra eram crimes de ação particular, nos quais se permitia o perdão do ofendido e com isso havia um espaço de negociação extraprocessual para resolução dos conflitos fora da justiça estatal. Agora, durante a república, o Código Penal de 1890 reduziria a oito os crimes em que somente se procederia mediante queixa do indivíduo, e portanto, um reduzido espaço para a negociação e perdão do ofendido. As definições sobre a ação penal, portanto, assumiam nesse aspecto um caráter de *turning point* da história do direito processual penal, de mudança de uma justiça negociada para uma justiça hegemônica, a qual, segundo Mario Sbriccoli, se dava no sentido da fuga dos mecanismos de vingança em prol da resolução dos conflitos por meios estatais<sup>83</sup>. Almeida Júnior,

---

<sup>80</sup> Ver ALMEIDA JÚNIOR, 1920, op. cit, p. 384-385, para uma crítica da jurisprudência do Supremo e da legislação do Distrito Federal.

<sup>81</sup> GARRO, Lucas Ribeiro. Furto de gado, ação penal e justiça não estatal: sobre o Nascimento da Ação Penal Pública Condicionada à Representação no Brasil (1860-1899). *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 5, n. 2, p. 1107-1142, 2019.

<sup>82</sup> TEIXEIRA, Arley Fernandes. O perdão do ofendido na cultura jurídico-penal brasileira do século XIX: negociação no século da justiça pública? *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 5, n. 1, p. 299-338, 2019.

<sup>83</sup> SBRICCOLI, Mario. *Giustizia Criminale*. In: SBRICCOLI, M. *Storia del diritto penale e della giustizia*. Milano: Giuffrè Editore, 2009. p. 3.

na linha das teorias da época, entendia que a tendência era de substituição da ação privada pela ação por parte do ministério público como uma maneira de substituir a pena-vendetta pela pena como repressão, e por consequência, a negação do “direito de vingança”<sup>84</sup>. Por outro lado, Almeida Júnior reconhecia que as exceções que ainda previam a ação penal privada seriam casos em que o interesse particular se sobrepunha ao interesse público<sup>85</sup>.

Contudo, ele reconhecia também que o assunto era importante demais para permanecer no domínio legislativo estadual. Almeida Júnior advogava por uma espécie de unidade do direito. Sustentava que somente o congresso poderia legislar sobre matéria processual, em razão especialmente de que a redação do texto constitucional não vedava ao parlamento de enveredar no direito processual, assim, os estados teriam a obrigação de respeitar os princípios constitucionais da União. Especialmente, os estados não poderiam legislar sobre atos decisórios, mas somente sobre atos ordinatórios do processo quando não houvesse lei federal adaptando-os às suas condições particulares. A ação, como ato de necessidade essencial do processo, teria um cariz de direito substancial, constituindo parte do sistema geral do processo criminal, e, assim, do direito de defesa garantido na constituição, que se tornava por isso uma parte da legislação que restaria inalterável por parte dos estados<sup>86</sup>.

Mesmo assim, os estados promoviam muitas alterações no direito processual penal, que eram severamente criticadas por Almeida Júnior. Já no prefácio de seu “Processo Criminal Brasileiro”, ele defendia que os estados vinham “fazendo diversas (...) alterações perigosíssimas à liberdade e garantia dos indivíduos; e já modificaram a «instituição do Jury», quando a Constituição da Republica quiz e quer mantel-a, tanto na jurisdição federal, como nas jurisdições estadoaes, tal como foi constituída no tempo do Império, determinando, claramente, expressamente, terminantemente, no § 57 do art. 72 — «E’ mantida a instituição

---

<sup>84</sup> ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *Processo Criminal Brasileiro*. 1ª ed. Vol. 2. Rio de Janeiro: Laemmert- & C, 1901. p. 139-140.

<sup>85</sup> ALMEIDA JÚNIOR, 1901, v.2, op. cit., p. 121.

<sup>86</sup> ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. A nova phase da doutrina e das leis do processo brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 7, p.101-126; p. 153-183, 1899. p. 124-125.

do jury»<sup>87</sup>. Não é de se estranhar, aliás, que Almeida Júnior tenha citado justamente o júri nessa passagem, pois essa instituição era considerada, pelos saudosos do regime monárquico, um importante traço liberal do período do Império<sup>88</sup>. Almeida idealizava o júri justamente a partir dos seus contornos da época imperial. Assim, considerava que era essencial a manutenção do número de jurados em quarenta e oito para o sorteio do conselho, e em doze para o conselho de sentença. Entendia essencial também a manutenção da competência do júri como a instância ordinária para os crimes inafiançáveis<sup>89</sup>.

Esses tópicos, à época, dividiram a doutrina e os codificadores estaduais. Difícilmente havia consenso entre os escritores acerca da constitucionalidade das alterações ao júri, mesmo nesses aspectos que Almeida Junior considerava essenciais<sup>90</sup>. Uma similar divisão ocorreria

---

<sup>87</sup> ALMEIDA JÚNIOR, 1920, v.1, op. cit., p. III e IV.

<sup>88</sup> Era o caso dos monarquistas Candido Mendes de Oliveira e que dedicou o sétimo e oitavo capítulos do livro sobre a Justiça da compilação monarquista intitulada “A Década Republicana”. Lamentava-se daquilo que entendiam como uma campanha republicana para esvaziar a competência do tribunal do júri para os magistrados togados (OLIVEIRA, op. cit., p. 75-90).

<sup>89</sup> ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. A reforma do processo. *Revista do Supremo Tribunal Federal*, n. 30, p. 383-403, jul. 1921, p. 396-398.

<sup>90</sup> Entendiam inconstitucionais as alterações no número de jurados, além de Almeida Júnior: Rui Barbosa (BARBOSA, Rui. *Posse de direitos pessoais: o júri e a independência da magistratura*; [prefácio, revisão e notas de José Gomes B. Câmara]. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura : Fundação Casa de Rui Barbosa, 1976); Evaristo de Moraes (MORAES, Evaristo de. *Estudinhos de direito: o jury*. Rio de Janeiro: Papelaria Mendes Marques, 1896); Candido da Motta (DA MOTTA, Candido Nazianzeno Nogueira. Discurso pronunciado na Sessão Legislativa de 15 de junho de 1898 sobre o projecto que altera algumas disposições da organização judiciaria do Estado. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 6, p. 195-277, 1898); Rafael Correia da Silva (DA SILVA, Raphael Corrêa. Conferência sobre o jury. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 13, p. 7-32, 1905); Candido Luiz Maria de Oliveira (op. cit.); Pedro Lessa (LESSA, Pedro. *A simplificação do processo diante dos principios philosophicos do Direito*. São Paulo: [s.n.], 1910); e Francisco de Paula Lacerda de Almeida (ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. De que reformas necessita a actual organização judiciaria brasileira? *O Direito: revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudência*, v. 40, n. 117, p. 30-64, jan./abr. 1912). Os mesmos autores se manifestavam contrários à alteração da competência dos crimes do júri com exceção de Candido da Motta e Rafael da Silva, que se manifestavam pela possibilidade de alteração da competência. Rui Barbosa

entre os estados: muitos deles realizaram alterações no número dos jurados e na competência, outros tantos estados mantiveram esses números intocados<sup>91</sup>. Em outros tópicos, Almeida Júnior fazia parte da maioria da doutrina, que foi seguida em grande parte pelos estados da época, de que o sigilo das votações do jurado e o direito a algum número de recusações imotivadas eram partes essenciais da instituição do júri brasileira<sup>92</sup>.

Em carta direcionada ao secretário de justiça de São Paulo, e também divulgada na imprensa, posteriormente publicada em livro avulso

---

e Pedro Lessa não escreveram sobre a questão da competência- e também Adolfo Cirne (CIRNE, Adolpho. O Jury. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, v. 28, 1920, p. 99-113.); Melchiades Picanço (PICANÇO, Melchiades. A Instituição do Jury. *Archivo Judiciário*, v. 10, p. 19) e João Evangelista Peixoto Fortuna (FORTUNA, op. cit.). Eram favoráveis à possibilidade de modificação do número de jurados assim como da competência os juristas Arthur Pinto da Rocha (ROCHA, Arthur Pinto da. *Direito Público: Primeiro Jury antigo*. In: VIANNA, Manuel Alvaro de Souza Sá (org). *Congresso jurídico americano*. Inauguração— 3 de maio de 1900 encerramento — 20 DE maio de 1900. II volume; dissertações (direito publico). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1904, p. 598-599); José Tavares Bastos (BASTOS, Jose Tavares. *Jury na republica*. Rio de Janeiro, H Garnier, 1909); Enéas Galvão (GALVÃO, Enéas. O jury. *O Direito: revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudência*, v. 39, n. 116, p. 48-84, set./dez., 1911, p.80-81); João Vieira do Araújo (ARAUJO, João Vieira de. O Congresso dos governadores para unificação das leis processuaes: memoria apresentada ao Exm. Sr. Desembargador Sigismundo Antonio Gonçalves pelo Dr. João Vieira de Araujo. Rio de Janeiro: Typ. J. Schimidt, 1905); Godofredo Mendes Vianna; e Eduardo Espíndola. Manifestaram-se acerca da conveniência da redução do número de jurados apenas Carvalho Mourão (MOURÃO, Carvalho. De que reformas necessita a actual organização judiciaria brasileira? Francisco de Paula Lacerda de Almeida (org) [et al.]. *O Direito: revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudência*, v. 40, n. 117, p. 30-64, 1912.); Florêncio de Abreu e Silva (SILVA, 1909, op. cit.); e Inocêncio Borges da Rosa (op. cit.).

<sup>91</sup> Mantinham o número de 12 jurados os códigos e consolidações do: Rio de Janeiro (1894), Goiás (1892), Justiça Federal (1898), Amazonas (1901), Consolidação Resende Costa de Minas Gerais (1906), Bahia (1915); além de Alagoas e São Paulo em sua legislação orgânica da justiça. Modificaram para reduzir o número de jurados os seguintes estados: Rio Grande do Sul (1898); Pará (1905); Rio de Janeiro (1912); Espírito Santo (1914); Rio Grande do Norte (1918); Piauí (1919); Ceará (1921); Pernambuco (1924); Distrito Federal (1924).

<sup>92</sup> BARBOSA, Rui; LESSA, Pedro; SILVA, Raphael Correa da [et al]. Instituição do Jury: Julgamento a Descoberto. *O Direito: revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudência*, v. 73, 1896.

sobre as codificações estaduais do processo, Almeida Júnior afirmava que os códigos estaduais não se faziam dignos de imitação. Ele criticava os códigos do Amazonas de 1901, do Pará de 1905 e do Rio Grande do Sul de 1898 por não regularem o inquérito policial. Especialmente este último tinha o defeito de atribuir à polícia amplos poderes para requisitar informações e de criar uma fase secreta na formação da culpa. Já o Piauí ia na direção oposta, estabelecendo defesa plena desde o princípio da formação da culpa. Nessa discussão, compreendia que o ideal seria seguir o regime da lei n. 2033 de 1871 e do decreto n. 4824 de 1871, onde o inquérito policial seria um instrumento formalizado dos atos da polícia judiciária<sup>93</sup>. Almeida Júnior reclamava, também, das leis do Distrito Federal, já que teriam abolido a conquista liberal da fiança provisória e alterado as ações sem cuidar do modo de livramento. Além disso, a ampliação da competência dos pretores pelo decreto n. 9263 de 1911 para realizar o processo de sua competência na formação da culpa, tanto para os crimes com livramento solto como para aqueles de livramento afiançado, resultava, na prática, que o réu afiançado poderia se tornar revel às audiências de inquirição sem quebrar a fiança, já que essa só se daria na sentença. E o sujeito sequer poderia ser preso antes da audiência, porque seria prisão sem pronúncia em caso de preventiva, ocorrendo que o Supremo Tribunal Federal frequentemente concedia *habeas corpus* nessas situações<sup>94</sup>. Outra reforma que entendia inconstitucional era a supressão de prazos do termo de apelação, ou a supressão de recursos que existiam na legislação anterior. Quanto à primeira, o “péssimo exemplo” vinha da legislação federal, a lei n. 848 de 1890. Quanto à segunda, ele se referia expressamente à supressão do protesto por novo júri, instituto consagrado na legislação imperial, e que foi abolido pelo estado do Rio Grande do Sul em 1898<sup>95</sup>.

No livro “Direito judiciário” (1918), ele reitera, mas aprofunda essas críticas, reclamando da formação de culpa e pronúncia em crimes de até um ano, da supressão da fiança provisória e da redução a cinco dias da

---

<sup>93</sup> ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *As Codificações Estaduais das Leis do Processo: cartas abertas ao dr. Herculano de Freitas*. [Se][Sn]. p. 31.

<sup>94</sup> *Ibid.*, p. 31-32

<sup>95</sup> *Ibid.*, p. 32-33.

apelação e do protesto por novo júri no código do Amazonas; e no código do Pará, os problemas seriam, segundo ele, a já mencionada supressão do inquérito, a redução a cinco dias do prazo de apelação, e a manutenção das antigas cauções cominatórias penais de polícia. Ele criticava ainda as incursões dos estados na regulação das condições de exercício das ações<sup>96</sup>.

Assim, a solução, para Almeida Júnior, não seria multiplicar os códigos, mas chegar a um código de processo único comum a todos estados do Brasil para as jurisdições federal e estadual<sup>97</sup>. É um pensamento que o nosso jurista mantém, inclusive, ao opinar sobre as reformas em seu estado, São Paulo, em 1897<sup>98</sup>, em 1901<sup>99</sup> e em 1921<sup>100</sup>.

<sup>96</sup> ALMEIDA JÚNIOR, Joao Mendes de. *Direito judiciário brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Typ. Baptista de Souza, 1918, p. 382-401.

<sup>97</sup> *Ibid.*, p. 389-391.

<sup>98</sup> ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de; DOS SANTOS, Brásilio Rodrigues; DA SILVA, Raphael Corrêa. Parecer sobre o projecto de reforma da Organização Judiciaria do Estado de S. Paulo. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 5, p. 261-285, 1897.

<sup>99</sup> “Os Estados, para legislar sobre a organização judicial têm uma faculdade limitada, nos termos do art. 34 da Constituição Federal, pelo respeito aos principios constitucionaes da União. Assim, os Estados podem organizar as justiças locais [...] as garantias constitucionaes da segurança [...] da execução das leis civis, commerciaes e criminaes; ahi está o primeiro limite. E como as leis civis, commerciaes e criminaes só podem ser realisadas por meio da acção, ou voluntária ou contenciosa [...] que a organização judiciaria terá de acomodar a esta acção, [...] aí está o segundo limite, ou por outra, os Estados não podem legislar, quer sobre o direito de acção, quer sobre o objecto da acção, quer sobre a forma da acção. Não é o processo que se há de acomodar a organizações judiciarias dos Estados, mas é a organização judiciaria de cada Estado que há de se acomodar ao processo, não só quanto aos actos decisórios, visto que estes affectam a própria relação de direito, como quanto aos actos ordinatórios, visto que estes affectam o direito de acção. Assim é segundo o espirito da própria Constituição Federal, que, mais de uma vez, suppõe principios orgânicos, dos quaes os Estados, certamente, não se podem affastar sem diminuição das garantias constitucionaes da segurança dos direitos: 1º Não há texto algum conferindo expressamente aos estados a atribuição de legislar sobre o direito processual das justiças locais” (ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. COELHO, Henrique Jose. MARQUES, Joaquim Roberto de Azevedo. *Exposição preliminar das bases para a reforma judiciaria do estado de São Paulo*. São Paulo: Espindola, 1901. p. 154-155).

<sup>100</sup> ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. A reforma do processo. *Revista do Supremo Tribunal Federal*, n. 30, p. 383-403, jul. 1921, p. 383



## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS: GARANTIAS LIBERAIS CONTRA A ESTADUALIZAÇÃO PROCESSUAL REPUBLICANA

Na esteira da forte ideologia da unidade nacional que caracterizou o Estado Novo instaurado em 1937, a fase da estadualização chegaria ao fim com o Código de Processo Penal de 1941<sup>101</sup>. Mas a ideia de reunificar o processo não nasceu com a queda da Primeira República. João Mendes de Almeida Júnior, assim como outros autores deste período<sup>102</sup>, tinha uma visão bastante negativa da competência estadual em matéria processual instaurada pela Constituição de 1891. Não por acaso, para além da opinião *de lege ferenda*, ele propôs interpretações que restringiam o dispositivo constitucional do artigo 34, inciso 23, uma proposta de limitação que era bem maior daquilo que na época o Supremo Tribunal Federal vinha decidindo em sua jurisprudência.

A corte suprema, nas poucas ocasiões em que se manifestou sobre a questão das competências estaduais, limitou-se a estabelecer um veto à legislação estadual que viesse a alterar o art. 407 do Código Penal<sup>103</sup>. Contudo, a ambiguidade de alguns julgados municiou tanto

---

<sup>101</sup> VALLE, op. cit.

<sup>102</sup> Galdino Siqueira compartilhava uma visão muito próxima daquela de Almeida Júnior, que recusava autoridade aos estados de legislarem nos termos gerais do processo penal (SIQUEIRA, op. cit., p. 112). Beviláqua era a favor da reunificação processual, e chegou inclusive a propor que ela fosse realizada mediante acordo entre os Estados, sem passar por uma reforma constitucional (BEVILAQUA, Clovis. *Unidade do direito processual*. Recife: Imprensa Industrial, 1905).

<sup>103</sup> Esse foi o caso da Revisão Criminal julgada no dia 31 de Março de 1897 contra o Estado de São Paulo. A margem, contudo, foi bastante pequena: oito votos contra cinco. Os votos pela inconstitucionalidade foram de Aquino e Castro, José Hygino, Pindahyba de Mattos; João Pedro, Ribeiro de Almeida, Pereira Franco, Bernardino Ferreira e Figueiredo Júnior. Firmou-se na época a seguinte ementa: “Crime de furto—Acção publica—Lei do Estado- Inconstitucionalidade- Revisão. 1º Viola o preceito constitucional a lei do Estado que, contra o disposto no art. 407, §2º n. 1, do Código Penal, admite acção publica no crime de furto. 2º Nesta hypothese deve ser consultado em revisão o processo instaurado por denuncia do promotor publico”. Os votos vencidos, entendendo pela constitucionalidade da legislação processual estadual, eram dos ministros Americo Lobo, H. do Espirito Santo, João Barbalho, Manuel Murlinho, Macedo Soares e Lucio de Mendonça (BRASIL. Justiça Federal. Revisão criminal. Recorrente: Evaristo Silva. Recorrida: A justiça do

aos que pretendiam uma (re)centralização do direito processual quanto aqueles que defendiam a competência estadual de legislação no processo<sup>104</sup>. Enigmática e emblemática foi a posição assumida pelo Supremo Tribunal Federal no famoso caso do “crime de hermenêutica” acerca do júri sul-rio-grandense. O júri no Rio Grande do Sul fora estatuído com a legislação de organização judiciária em 1895, e previa a redução do número de jurados do conselho de sentença para cinco, a exclusão das recusas imotivadas e o julgamento à descoberto. O juiz de comarca Alcides Lima, entendendo a reforma gaúcha como inconstitucional, ordenou que o júri por ele presidido fosse realizado conforme os moldes da legislação imperial, com base no dispositivo constitucional que indicava a “manutenção da instituição do júri”. Porém, diante desse ato, Alcides Lima foi denunciado e condenado pelo tribunal do Rio Grande do Sul, o que ensejou uma revisão criminal, assinada por Rui Barbosa perante o Supremo Tribunal Federal. A corte suprema absolveu Alcides Lima pelo ato de ter julgado a legislação inconstitucional, mas deixou de apreciar o mérito da constitucionalidade da legislação estadual, assumindo que o juiz poderia ter se equivocado sem com isso ter cometido crime<sup>105</sup>.

Esse caso repercutiu na doutrina da época, que considerou as reformas nas recusas e no julgamento como inconstitucionais, sendo um dos últimos artigos publicados por João Mendes de Almeida Júnior, e certamente ele subscrevia a opinião do pai no assunto<sup>106</sup>. Contudo, Almeida Júnior não testemunhou a volta da centralização do processo penal, pois faleceu em 1923.

A produção literária de João Mendes de Almeida Júnior, em uma parte substancial, refletiu a sua atuação como professor de uma cadeira que

---

Estado [de São Paulo]. 31 de março de 1897. *Gazeta Jurídica*. Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência do Estado de São Paulo, vol. 15, 1897. p. 69-75).

<sup>104</sup> Inocencio Borges da Rosa, por exemplo, faz referência a um julgado da suprema corte que teria entendido como constitucional a legislação do Distrito Federal que alterava legislação processual, ainda que contida no artigo 407 do Código Penal (ROSA, op. cit., p. 58-59).

<sup>105</sup> RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal: Defesa das liberdades civis (1891-1898)*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1965, p. 82-85.

<sup>106</sup> BARBOSA; LESSA; SILVA [et al], op. cit., p. 8-9.

conjugava o processo penal com o processo civil. Além dos importantes livros “Processo criminal brasileiro” e “Direito judiciário” (ambos com várias edições), ele escreveu em várias outras ocasiões sobre processo penal e processo civil. No âmbito da sua obra jurídica, a parte processual é a mais importante e numerosa. Todavia, o nosso autor também teve incursões em outras áreas do direito, como é o caso dos seus escritos sobre a condição jurídica dos indígenas<sup>107</sup>, assim como fora do direito, como é o caso dos seus escritos políticos<sup>108</sup> e filosóficos<sup>109</sup>. O perfil literário de Almeida Júnior não se identifica com o padrão atual de um especialista em processo penal: poucos, hoje em dia, dedicam-se a escrever tanto sobre processo penal quanto sobre processo civil. Por outro lado, já não estamos diante do modelo enciclopédico de jurista bastante típico da época imperial<sup>110</sup>. Resquícios da diversificação na produção literária característica do bacharelismo oitocentista ainda podemos enxergar na produção do nosso autor, porém, o foco do seu engajamento é claro.

A tendência da produção literária de Almeida Júnior – relevância dos escritos sobre processo penal no conjunto da obra e relativa proximidade entre essa produção e a atuação do autor como professor - não deve ser considerada apressadamente, porém, um padrão da época. Um levantamento mais amplo ainda em curso traz vários indícios em sentido contrário<sup>111</sup>.

---

<sup>107</sup> ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *Os indígenas no Brasil; seus direitos individuais e políticos*. São Paulo: Tipografia de Hennier Irmãos, 1912. Sobre esse aspecto do pensamento de Almeida Júnior, ver GIAROLA, op. cit., p. 133 e CERQUEIRA, op. cit., p. 25.

<sup>108</sup> Boa parte deles compilados em 1956: ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O século XIX: panorama político*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

<sup>109</sup> Por exemplo, ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *Uma sinopse da história da filosofia*. São Paulo: Tip. Siqueira, 1916.

<sup>110</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, v. 35, n. 1, p. 339-371, 2006; ADORNO. Sérgio. *Os aprendizes do poder: O bacharelismo liberal na política brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988. p. 158.

<sup>111</sup> Por exemplo José Tavares Bastos e Inocêncio Borges da Rosa, que atuavam como juízes e tiveram uma extensa literatura em processo penal, mas nunca exerceram o magistério, ou mesmo figuras mais aproximadas da política, como Evaristo de Moraes e Rui Barbosa, que tiveram diversos livros e artigos

A velha retórica do equilíbrio entre exigências de ordem e da garantia das liberdades individuais estava presente. Almeida Júnior não adotava, e inclusive rechaçava, os posicionamentos mais liberticidas presentes tanto na doutrina quanto na legislação da época, como a relativização do princípio da presunção de inocência de um Inocêncio Borges da Rosa<sup>112</sup> ou a instrução secreta e sem defesa da legislação gaúcha de 1898.

O influxo da chamada Escola Positiva e de uma espécie de “onda criminológica”<sup>113</sup> desde o final do século XIX vinham colorindo de novos matizes esse problema, especialmente com o discurso da defesa social. Todavia, Almeida Júnior manteve alguma distância em relação a essa onda. Nos seus escritos sobre processo penal, tais ideias apareceram com frequência como exemplos a rechaçar, sempre, no fundo, em nome do que ele considerava o equilíbrio ideal entre ordem e liberdades.

O que os juristas da época consideravam o equilíbrio ideal entre esses dois polos, porém, poderia variar. Almeida Júnior nutria alguma nostalgia pelo período monárquico<sup>114</sup>, o que, de alguma forma, pode ter contribuído para imunizá-lo de uma visão negativa das (limitadas) liberdades conquistadas ao longo do período entre 1824 e 1889. O uso do binômio ordem e liberdades como categoria historiográfica nos mostra que essa tensão nos conduz a um estrato bastante profundo

---

publicados, aquele inclusive veio a se tornar bacharel em direito quando sua obra e carreira já estavam bem consolidadas.

<sup>112</sup> ROSA, op. cit., v. 2., p. 21-22. João Mendes de Almeida Júnior incluía a presunção de inocência como uma das características do sistema acusatório (ALMEIDA JÚNIOR, 1920, op. cit., p. 250). Ademais, para Almeida Júnior, a presunção da inocência era uma das principais características do processo brasileiro (ALMEIDA JÚNIOR, 1921, op. cit., p. 398).

<sup>113</sup> Ver DIAS, Rebeca Fernandes. *Pensamento Criminológico na Primeira República: O Brasil em defesa da sociedade*. 2015. 440 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015; SONTAG, Ricardo. *Código criminológico? Ciência jurídica e codificação penal no Brasil (1888-1899)*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2014.

<sup>114</sup> “Emfim, cada vez que nos encontramos com uma reforma do processo penal, ouvimos vozes dos tumulos, como vehementes protestos das gerações de 1832, 1841 e 1871. Vem a proposito este clamor de Cícero, no Livro V, «de Republica», I: Que resta, com efeito, dos antigos costumes que faziam a grande republica romana? Ainda uzamos da palavra — «republica» — , mas, esta, mesma, na realidade, ha muito está perdida.» (ALMEIDA JUNIOR, 1920, op. cit., p. IV).

do pensamento jurídico da modernidade, mas que é insuficiente para determinar posicionamentos concretos – tomando o pensamento como *statements* no sentido de Quentin Skinner<sup>115</sup> - de juristas. Fez-se necessário, assim, identificar institutos jurídicos em particular e determinar o modo como Almeida Júnior e alguns dos seus contemporâneos se posicionaram comparativamente no específico. Todos falavam em equilíbrio, mas o equilíbrio considerado ideal podia conhecer variações em diversos graus.

Nesse equilíbrio, de um modo geral, Almeida Júnior, se posicionava geralmente de um modo liberal, mas isso não nos deve perder de vista a complexidade do nosso jurista. Assim, no que tangia à prisão preventiva, ao interrogatório como meio de defesa, à manutenção do júri, à não supressão de recursos e à preservação do princípio da presunção de inocência, se colocava com posicionamentos bem mais liberais que as posições extremadas dos comentaristas da legislação gaúcha<sup>116</sup>, ou dos positivistas<sup>117</sup> que enfatizavam a eficiência da lei e da ordem de modo mais extremado e que, por isso, entendiam, por exemplo, que o júri seria um “germen do crime”<sup>118</sup> ou que chegavam até mesmo a subverter o princípio da presunção da inocência. Por outro lado, algumas posições de Almeida Júnior podem ser consideradas menos liberais do que as do positivista Evaristo de Moraes - que criticava a legislação e a *praxis* brasileira na condução dos interrogatórios -, quando Almeida Júnior por exemplo, preferia a solução da lei n. 2033 de 1871, que ainda mantinha o sistema misto na formação da culpa à solução dada pela legislação piauiense de 1911 que estabelecia o contraditório desde a formação da culpa. Almeida Júnior não era o mais liberal dos autores, mas seguramente era mais liberal do que a média dos autores da época, e era um representante de importantes críticas doutrinárias à legislação então vigente – reverberando parcialmente o estilo dos penalistas

---

<sup>115</sup> SKINNER, Quentin. Meaning and understanding in the history of ideas. In: TULLY, James (ed.). *Meaning and context: Quentin Skinner and his critics*. Princeton: Princeton University Press, 1988. p. 29-67. p. 33-36.

<sup>116</sup> SILVA, op. cit. e ROSA, op. cit.

<sup>117</sup> CASTRO, Viveiros. *A Nova Escola Penal*. Rio de Janeiro: Domingos de Magalhães, 1894; ARAÚJO, op. cit.

<sup>118</sup> LEAL, Aurelino. *Germens do crime*. Bahia: Livraria Magalhães, 1895.

da *penalistica civile* italiana oitocentista<sup>119</sup> - críticas que foram sendo substituídas cada vez mais por uma ênfase na aplicação da lei ou da jurisprudência, no âmbito de uma espécie de crise da “perda da autoridade da doutrina”<sup>120</sup>. Evidentemente, esse é um tópico que não cabe tratar nesse artigo, mas que nos permite entender o importante papel da doutrina jurídica na alvorada da Primeira República brasileira, que se apresentava no controle racional do direito<sup>121</sup> e na construção de um modelo de federalismo e de Estado brasileiro.

## REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. *Os aprendizes do poder: O bacharelismo liberal na política brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

AGÜERO, A.; ROSSO, M. Codifying the Criminal Law in Argentina: Provincial and National Codification in the Genesis of the First Penal Code. In: MASFERRER, Aniceto (org.). *The Western Codification of Criminal Law: A Revision of the Myth of its Predominant French Influence*. Cham: Springer, 2018. p. 297-322.

ALBANI, Benedetta; MARTINS, Anna Clara Lehmann. The Governance of the Church written between National and Global Perspectives: The Presence of Congregations of Cardinals in Brazilian Manuals of Ecclesiastical Law (1853-1887). *Almanack*, v. 1, n. 26, p. 1-78, 2020.

ALMANAK LAEMMERT: Administrativo, Mercantil e Industrial (RJ). Edição A, Ano 1893.

ALMANAK LAEMMERT: Administrativo, Mercantil e Industrial (RJ). Edição A00053, Ano 1896.

ALMANAK LAEMMERT: Administrativo, Mercantil e Industrial (RJ). Edição A00055, Ano 1898.

ALMEIDA JÚNIOR, Joao Mendes de. *Direito judiciário brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Typ. Baptista de Souza, 1918.

<sup>119</sup> SBRICCOLI, La penalística civile, op. cit., p. 528.

<sup>120</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Autoridade e utilidade da doutrina: a construção dos modelos doutrinários. In: MARTINS-COSTA, Judith. *Modelos de Direito Privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 9-32. p. 18-22.

<sup>121</sup> SONTAG, 2014, op. cit., p. 32-33.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *Processo Criminal Brasileiro*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Laemmert- & C, 1901.

ALMEIDA JÚNIOR, Joao Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Typ. Batista de Souza, 1920.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. A reforma do processo. *Revista do Supremo Tribunal Federal*, n. 30, p. 383-403, jul. 1921.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. A uniformidade, a simplicidade e a economia do nosso processo forense. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 20, p. 123-178, 1912.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. COELHO, Henrique Jose. MARQUES, Joaquim Roberto de Azevedo. *Exposição preliminar das bases para a reforma judiciaria do estado de São Paulo*. São Paulo, Espindola, 1901.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O século XIX: panorama político*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *Os indígenas no Brasil; seus direitos individuais e políticos*. São Paulo: Tipografia de Hennier Irmãos, 1912.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *Uma sinopse da história da filosofia*. São Paulo: Tip. Siqueira, 1916.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *As Codificações Estadoaes das Leis do Processo: cartas abertas ao dr. Herculano de Freitas*. [Se][Sn].

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de; DOS SANTOS, Brasílio Rodrigues; DA SILVA, Raphael Corrêa. Parecer sobre o projecto de reforma da Organização Judiciaria do Estado de S. Paulo. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 5, p. 261-285, 1897.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. A nova phase da doutrina e das leis do processo brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 7, p.101-126; p. 153-183, 1899. <https://doi.org/10.11606/issn.2318-8227.v7i0p101-126>; <https://doi.org/10.11606/issn.2318-8227.v7i0p153-183>

ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. De que reformas necessita a actual organização judiciaria brasileira? *O Direito: revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudência*, v. 40, n. 117, p. 30-64, jan./abr. 1912.

ALMEIDA, João Mendes de. Algumas notas genealógicas. *Revista do Instituto Histórico e Geográfico de São Paulo*, v. 10, 1886.

ALMEIDA, João Mendes de. *O direito e o positivismo: Discurso proferido pelo Dr João Mendes de Almeida presidente do Instituto dos Advogados de São Paulo*. São Paulo: Typ. da Papelaria Guarany de Maciel, 1895.

ALVAREZ, Marcos César; SALLA, Fernando; SOUZA, Luís Antônio F. A Sociedade e a Lei: O código penal de 1890 e as novas tendências penais na primeira república. *Justiça & História*, v. 3, n. 6, p. 1-24, 2003.

ARAUJO, João Vieira de. *O Congresso dos governadores para unificação das leis processuais: memoria apresentada ao Exm. Sr. Desembargador Sigismundo Antonio Gonçalves pelo Dr. João Vieira de Araujo*. Rio de Janeiro: Typ. J. Schimidt, 1905.

AUCTORIDADE. Orgam do centro dos Estudantes Monarchistas de São Paulo. S. Paulo, 16 de Agosto de 1896. Ano 1, n. 30.

BARBOSA, Rui. *Obras Completas*. Vol. XXV, 1898. Tomo II.

BARBOSA, Rui. *Posse de direitos pessoais: o júri e a independência da magistratura* [prefácio, revisão e notas de José Gomes B. Câmara]. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1976.

BARBOSA, Rui; LESSA, Pedro; SILVA, Raphael Correa da. [et al]. Instituição do Jury: Julgamento a Descoberto. *O Direito: revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudência*, T. 73, 1896.

BARRETO, Tobias. Programma de Theoria e Pratica do Processo. In: BARRETO, Tobias. *Estudos de direito: publicação phóstuma dirigida por Silvio Romero*. Rio de Janeiro: Laemmert & C. Editores proprietarios, 1892.

BASTOS, Jose Tavares. *Jury na republica*. Rio de Janeiro, H Garnier, 1909.

BEVILAQUA, Clovis. *Unidade do direito processual*. Recife: Imprensa Industrial, 1905.

BOURDIEU, Pierre. *Homo academicus*. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2008.

BRASIL. Justiça Federal. Revisão criminal. Recorrente: Evaristo Silva. Recorrida: A justiça do Estado [de São Paulo]. 31 de março de 1897. *Gazeta Jurídica*. Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência do Estado de São Paulo, vol. 15, 1897. p. 69-75.

BUENO, José Antonio Pimenta. *Apontamentos sobre o processo criminal pelo jury*. Rio de Janeiro: J. Villeneuve e C, 1849.



BUZAID, Alfredo. João Mendes de Almeida Jr. - aspectos de uma grande vida. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 51, p. 73-97, 1956. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66245>. Acesso em: 27 abr. 2021.

CARNEIRO, Abner. Vasconcellos, Leao de. Camara, Olivio Dornellas. *Projecto de codigo do processo criminal para o estado do ceara*. Fortaleza, S.N., 1919.

CASTILHOS, Julio Prates de. Exposição de motivos do Projeto de Código do Processo Penal do Rio Grande do Sul. 1897. In: RIO GRANDE DO SUL. *Leis, Atos e decretos estaduais de 1898*. Porto Alegre: A Federação, 1898.

CASTRO, Viveiros. *A Nova Escola Penal*. Rio de Janeiro: Domingos de Magalhães, 1894.

CERQUEIRA, Bruno da Silva Antunes de. *A demarcação territorial indígena e o problema do “marco temporal”: o Supremo Tribunal Federal e o indigenato do Min. João Mendes de Almeida Júnior (1856-1923)*. 2016.96 f. Monografia (Graduação) - Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais. Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2016.

CIRNE, Adolpho. O Jury. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, v. 28, p. 99-113, 1920.

CORREIO PAULISTANO: Órgão Republicano. Edição 10245, 29 de outubro de 1890.

CORREIO PAULISTANO: Órgão Republicano. Edição 10363, terça feira, 24 de março de 1891.

DA MOTTA, Candido Nazianzeno Nogueira. Discurso pronunciado na Sessão Legislativa de 15 de junho de 1898 sobre o projecto que altera algumas disposições da organização judiciaria do Estado. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 6, p. 195-277, 1898.

DA SILVA, Raphael Corrêa. Conferência sobre o jury. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 13, p. 7-32, 1905.

DIAS, Rebeca Fernandes. *Pensamento Criminológico na Primeira República: O Brasil em defesa da sociedade*. 2015. 440 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

ESPÍNDOLA DE SENA, Nathália Nogueira; SONTAG, Ricardo. The Brazilian translation of Franz von Liszt’s *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* (1899): a history of cultural translation between Brazil and Germany. *Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series*, n. 2019-17, 2019.

FARIA, Luiz de Castro. *Oliveira Vianna: de Saquarema à Alameda São Boaventura, 41 - Niterói: o autor, os livros, a obra*. Rio de Janeiro: Relume Dumará: Núcleo de Antropologia da Política/UFRJ, 2002.

FLORES, Alfredo de Jesus Dal Molin; NODARI, Régis João. Entrelaçamentos culturais na primeira república: o código de processo penal do estado do Rio Grande do Sul (1898) e suas fontes doutrinárias e legislativas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. n. 74, p. 65-96, 2019. <https://doi.org/10.12818/p.0304-2340.2019v74p65>

FONSECA, Ricardo Marcelo. Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, v. 35, n. 1, p. 339-371, 2006.

FORTUNA, João Evangelista Peixoto. *Manual de direito processual criminal: contendo uma parte theorico-pratica e outra formularia*. Rio de Janeiro, RJ: Typ. Bedeschi, 1915.

FREITAS, E. M. de. Disputas políticas e reação centralizadora em Goiás na Primeira República – 1890 – 1905. *OPIS*, v. 12, n. 1, p. 202–222, 2012. <https://doi.org/10.5216/o.v12i1.18332>

GALVÃO, Danyelle da Silva. *Interrogatório por videoconferência*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. <https://doi.org/10.11606/d.2.2012.tde-19022013-101210>

GALVÃO, Enéas. O jury. *O Direito: revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudência*, v. 39, n. 116, p. 48-84, set./dez., 1911.

GARRO, Lucas Ribeiro. Furto de gado, ação penal e justiça não estatal: sobre o Nascimento da Ação Penal Pública Condicionada à Representação no Brasil (1860-1899). *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 5, n. 2, p. 1107-1142, 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i2.214>

GAROFALO, Raffaele; CARELLI, Luigi. *Riforma della procedura penale in Italia: Progetto di un nuovo Codice*. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1889.

GAZETA DE NOTÍCIAS (RJ) Quinta-feira, 22 de Novembro de 1900. Disponível em [http://memoria.bn.br/DocReader/103730\\_04/1547](http://memoria.bn.br/DocReader/103730_04/1547). Acesso em 3 mai. 2021.

GIAROLA, Flávio Raimundo. *Do “triumfo nos trópicos” ao “fim da civilização”: “raça”, história e nacionalidade na perspectiva dos intelectuais monarquistas-católicos (1889-1917)*. Belo Horizonte, 2015. Tese (Doutorado em História), FAFICH, Universidade Federal de Minas Gerais, 2015.

HALPÉRIN, Jean-Louis. Ambivalences des doctrines pénales modernes. *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n. 1, p. 9-16, 2010.

HORBACH, Carlos Bastide. *Memória jurisprudencial: Ministro Pedro Lessa*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007. (Série memória jurisprudencial) Disponível em: [www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalMemoriaJurisprud/anexo/PedroLessa.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalMemoriaJurisprud/anexo/PedroLessa.pdf) Acesso em 5 mai. 2021.

JORNAL DO BRASIL. Rio de Janeiro, Edição 74, Quarta feira, 15 de Março de 1905.

JORNAL DO BRASIL. Rio de Janeiro. Edição 348, Sábado, 14 de Dezembro de 1901.

JORNAL DO BRASIL. Rio de Janeiro. Edição 289, Sábado, 16 de Outubro de 1897.

JORNAL DO COMÉRCIO. Rio de Janeiro. Edição 236, Sábado, 24 de Agosto de 1901.

LACCHÈ, Luigi. Il “canone eclettico”. Alla ricerca di uno “strato profundo” della cultura giuridica italiana dell’Ottocento. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, v. 39, n. 1, p. 153-228, 2010.

LANGER, Máximo. La larga sombra de las categorías acusatorio-inquisitivo. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 1, n. 1, 2015. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.2>

LEAL, Aurelino. *Germens do crime*. Bahia: Livraria Magalhães, 1895.

LESSA, Pedro. *A simplificação do processo diante dos princípios filosoficos do Direito*. São Paulo: [s.n.], 1910. Disponível em <http://sistemas.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/911>. Acesso 2 fev. 2021.

LESSA, Pedro Augusto Carneiro. Da competencia do Estado para legislar sobre o processo das justiças locais. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 7, p. 127-152, 1899. <https://doi.org/10.11606/issn.2318-8227.v7i0p127-152>

LYNCH, Christian Edward Cyril. Liberalismo. In: SEBASTIÁN, Javier Fernández, (org.). *Diccionario político y social del mundo iberoamericano*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.

MACHADO, Gustavo Castagna. “Os ministros do Supremo Tribunal estão divididos em dois grupos que se digladiam”: cultura jurídica e política no Supremo Tribunal Federal (1906-1915). Orientador: Flores, Alfredo de Jesus Dal Molin. Co-orientador: Stolleis, Michael. UFRGS, Porto Alegre, 2016.

MARANHÃO, Metódio. Direito Formulário (Matéria da Cadeira de Prática do Processo). *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, ano XXVIII, p. 63-79, 1920.

MARTINS-COSTA, Judith. Autoridade e utilidade da doutrina: a construção dos modelos doutrinários. In: MARTINS-COSTA, Judith. *Modelos de Direito Privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 9-32.

MEDEIROS, Rodrigo Dantas de. *Dom Vital: A Questão Religiosa e a Crise Política Institucional no Segundo Reinado*. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais). Orientador: Prof. Dr. Carlos Henrique Gileno. Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Faculdade de Ciências e Letras (Campus Araraquara), 2020.

MELO, Marcos Eugênio Vieira. Neoinquisitorialismo processual penal e a contaminação do julgador com os atos de investigação: a burla interna no processo penal brasileiro como obstáculo ao contraditório. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 2, p. 951-992, mai./ago. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i2.314>

MILETTI, Marco Nicola. Ritorno all'inquisizione. Scuola positiva e pulsioni autoritarie nel processo penale italiano. *Diritto penale XXI secolo*, v. 10, p. 455-492, 2011.

MORAES, Evaristo de. *Estudinhos de direito: o jury*. Rio de Janeiro: Papelaria Mendes Marques, 1896.

MOURÃO, Carvalho. De que reformas necessita a actual organização judiciária brasileira? Francisco de Paula Lacerda de Almeida (org) [et al.]. *O Direito: revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudência*, v. 40, n. 117, p. 30-64, 1912.

NUNES, Diego. Codificação, recodificação, descodificação? Uma história das dimensões jurídicas da justiça no Brasil imperial a partir do código de processo criminal de 1832. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 74, p. 135-166, jun. 2019. <https://doi.org/10.12818/p.0304-2340.2019v74p135>

O BRAZIL: Folha Diária (RJ). Edição 494, Domingo, 18 de dezembro de 1891.

O EDITOR. Dr. João Mendes de Almeida Júnior. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 22, p. 266-287, 1925. <https://doi.org/10.11606/issn.2318-8227.v22i0p267-287>

OLIVEIRA, Candido Luis Maria. Justiça. In: FIGUEIREDO, Affonso Celso de Assis et al. *A Decada republicana*. Companhia typographica do Brazil, 1902.

PICANÇO, Melchiades. A Instituição do Jury. *Archivo Judiciário*, v. 10, 19.

PIERANGELLI, José Henrique. *Processo Penal: evolução histórica e fontes legislativas*. São Paulo: Jalovi, 1983.

REALE, Miguel. Escolástica e praxismo na teoria do direito de João Mendes Júnior. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 51, p. 26-72,

1956. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66244>. Acesso em: 27 abr. 2021.

REZENDE FILHO, Gabriel de. João Mendes Júnior, mestre de processo. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 51, p. 9-25, 1956. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66243>. Acesso em: 27 abr. 2021.

ROCHA, Arthur Pinto da. Direito Público: Primeiro Jury antigo. In: VIANNA, Manuel Alvaro de Souza Sá (org). *Congresso jurídico americano. Inauguração — 3 de maio de 1900 encerramento — 20 de maio de 1900. II volume; dissertações (direito publico)*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1904. p. 529-599.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal: Defesa das liberdades civis (1891-1898)*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1965.

ROSA, Inocencio Borges da. *Manual de teoria e pratica do processo penal*. v.1-4. Porto Alegre: Globo, [1922-1928]. 4 v.

SABADELL, Ana Lúcia. Los Problemas del derecho procesal penal único en una federación: la experiencia de Brasil. In: Instituto Nacional de Ciencias Penales; Max-Planck Institut fuer Auslaendisches und Internationales Strafrecht (org.). *Hacia la Unificación del Derecho Penal. Logros y desafíos de armonización y homologación en México y en el Mundo*. Distrito Federal- México: Instituto Nacional de Ciencias Penales-INACIPE, 2006, v. 1, p. 585-615.

SANTIROCCHI, Ítalo Domingos. A coragem de ser só: Cândido Mendes de Almeida, o arauto do ultramontanismo no Brasil. *Almanack*, n. 7, p. 59-80, 2014.

SANTIROCHI, Ítalo Domingos. O paradigma tridentino e a Igreja Católica no Brasil oitocentista: modernidade e secularização. *Reflexão*, v. 42, n. 2, p. 161-181, 2018.

SANTOS, M. A. João Mendes Júnior, mestre de direito processual civil. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 51, p. 98-113, 1956. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66246>. Acesso em: 27 abr. 2021.

SBRICCOLI, Mario. Giustizia Criminale. In: SBRICCOLI, M. *Storia del diritto penale e della giustizia*. Milano: Giuffrè Editore, 2009. p. 3-44.

SBRICCOLI, Mario. La penalistica civile: Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita. In: SBRICCOLI, M. *Storia del diritto penale e della giustizia*. Milano: Giuffrè Editore, 2009.

SILVA, Florencio Carlos de Abreu. *Código do Processo Penal do Estado do Rio Grande do Sul: estudo critico e comparativo, com grande copia de notas de jurisprudencia*. Porto Alegre: Typ. Liv. Universal, 1909.

SIQUEIRA, Galdino. *Curso de processo criminal: com referencia especial a legislação brasileira*. 2ª ed. rev. e aug. São Paulo: Magalhães, 1930.

SKINNER, Quentin. Meaning and understanding in the history of ideas. In: TULLY, James (ed.). *Meaning and context: Quentin Skinner and his critics*. Princeton: Princeton University Press, 1988. p. 29-67.

SONTAG, Ricardo. Unidade Legislativa Penal Brasileira e a Escola Positiva Italiana: Sobre um Debate em Torno do Código Penal de 1890. *Revista Justiça & História*, v. 11, p. 89-124, 2011.

SONTAG, Ricardo. *Código Criminológico? Ciência jurídica e codificação penal no Brasil (1888-1899)*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2014.

SOUZA, P. K. d. *As competências estaduais na construção da república: fundamentos e contexto do código do processo civil e comercial do Rio Grande do Sul (1908)*. Dissertação (mestrado). Orientador: FLORES, A. d. J. D. M. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. PPGD, Porto Alegre, BR-RS, 2015.

VALLE, Gabrielle Stricker do. Uma história da cultura jurídica processual penal brasileira (1930-1945) (Dissertação, Mestrado). Orientadora: Clara Maria Roman Borges; coorientador: Luís Fernando Lopes Pereira. Curitiba, 2018.

TEIXEIRA, Arley Fernandes. O perdão do ofendido na cultura jurídico-penal brasileira do século XIX: negociação no século da justiça pública?. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 5, n. 1, p. 299-338, 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.213>

VIANNA, Godofredo. *Projecto de codigo do processo criminal do estado do maranhao*. Maranhao: Impr Oficial, 1917.

WEBER, Max. *Economy and society: An outline of interpretive sociology*. Berkley: University of California Press, 1978.

### **Additional information and author's declarations (scientific integrity)**

*Acknowledgement:* este estudo foi financiado parcialmente pela *Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código financeiro 001*. O autor agradece aos editores-associados Georges Martyn e Ricardo Sontag pelas observações e correções, bem como aos revisores anônimos pelas críticas e sugestões.

*Conflict of interest declaration:* the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

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

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

### **Editorial process dates**

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

- Submission: 15/05/2021
- Desk review and plagiarism check: 01/06/2021
- Review 1: 23/06/2021
- Review 2: 29/06/2021
- Preliminary editorial decision: 30/06/2021
- Correction round return: 07/07/2021
- Final editorial decision: 09/07/2021

### **Editorial team**

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 1 (RS e MG)
- Reviewers: 2

### HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

NODARI, Régis João. Ordem, liberdades e estadualização do processo penal na primeira república (1889-1930): João Mendes de Almeida Júnior processualista. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 7, n. 2, p. 1141-1186, mai./ago. 2021.  
<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i2.575>



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





# O fio de Ariadne: um mapa metodológico para a pesquisa de processos criminais como fonte histórica

*Ariadne's Thread: a Methodological Map for Researching Criminal Judicial Cases as a Historical Source*

**Danielle Regina Wobeto de Araújo<sup>1</sup>**


Universidade Federal do Paraná – Curitiba/Paraná, Brasil  
danius76@gmail.com


 <http://lattes.cnpq.br/4434684980998734>

 <https://orcid.org/0000-0002-9747-3669>

**Gabrielle Stricker do Valle<sup>2</sup>**

Universidade Federal do Paraná – Curitiba/Paraná, Brasil  
strickerv@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/6783144860180729>

 <https://orcid.org/0000-0001-5640-4897>

---

**RESUMO:** Este artigo visa auxiliar os operadores do direito, em especial os iniciantes, que tendo autos de processos criminais como uma de suas principais fontes históricas, pretendam desenvolver uma pesquisa em história do direito ou, mais pontualmente, em história da justiça criminal. O artigo está estruturado em três seções. A primeira é dedicada às reflexões metodológicas sobre o uso da fonte, que destacam

---

<sup>1</sup> Doutora, com período de sanduíche na Scuola Normale Superiore di Pisa (SNS), e mestre em História do Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Possui pós-graduação em Direitos Fundamentais pela Universidade de Burgos da Espanha e em Teoria do Direito e Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Professora de História do Direito e Pesquisadora integrante do Núcleo de Estudos sobre o Direito na América Portuguesa (NEDAP/UFC) e do Grupo de estudos Setecentistas do Núcleo de Pesquisa História, Direito e Subjetividade (Direito/UFPR).

<sup>2</sup> Mestra na área de concentração de Direito do Estado, pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR), com bolsa CAPES-PROEX. É bacharela em Direito pela mesma instituição.

suas principais características, potencialidades e problemáticas que podem ser abordadas. A segunda parte foi desenvolvida para orientar metodologicamente o pesquisador diante do caso concreto. Finalmente, na terceira, colocamos em prática algumas das precauções e argumentos tratados nas seções anteriores por meio da análise de processos seculares criminais de feitiçaria, tramitados na América Meridional Portuguesa do século XVIII, objetivando ilustrar como construir uma história cultural da justiça criminal que privilegie sujeitos marginalizados e seus direitos invisibilizados. Por fim, concluímos encorajando o uso crítico dos processos criminais, o qual pode interessar especialmente aqueles que compartilham uma perspectiva prática (sociológica) ou realista do direito.

**PALAVRAS-CHAVE:** Arquivos; Metodologia; Historiografia; História do Direito; Feitiçaria.

**ABSTRACT:** *This article aims to advise legal researchers, particularly beginners, who, having access to criminal cases as their main historical source, intend to research legal history or, more specifically, the history of criminal justice. We structure this article in three sections. The first focuses on methodological reflections on the use of this type of source, highlighting its main characteristics, potentialities, and the set of problems it allows us to address. The second part provides methodological guidance for the researcher when facing a specific case. Finally, in the third part, we put into practice the precautions and arguments discussed through the analysis of secular criminal cases of witchcraft, in XVIII century Portuguese South America, with the purpose of illustrating how to construct a cultural history of criminal justice that privileges marginalized subjects and their rights cast into invisibility. Finally, we conclude by encouraging the critical use of criminal cases, which may be of special interest to those who share a practical (sociological) or realist perspective on law.*

**KEYWORDS:** Archives; Methodology; Historiography; Legal History; Witchcraft.

**SUMÁRIO:** Introdução: o processo criminal como labirinto; 1 Conhecendo o labirinto processual: reflexões metodológicas; 1.1 O processo na historiografia; 1.2 A polifonia como característica; 1.3 A intensividade como característica; 1.4 O valor etnográfico; 1.5 O processo como disputa; 1.6. Barreiras historiográficas; 2 Mapa metodológico: atravessando o labirinto, armas e armadilhas; 3 Um labirinto já explorado: processos criminais de feitiçaria e a cultura colonial; Considerações Finais: sobrevivendo à travessia; Referências.

## INTRODUÇÃO: O PROCESSO CRIMINAL COMO LABIRINTO

A história do direito é um campo crítico de estudo relativamente novo que, não obstante, tem se mostrado pertinente para a compreensão do direito, da sociedade e de sua produção cultural.<sup>3</sup> Desenvolver uma pesquisa em história do direito exige não só uma problemática jurídica, mas também a seleção de fontes históricas e a aplicação de uma metodologia adequada. A despeito disso – e das competências que a história do direito ajuda a promover – o ensino jurídico não costuma tratar do uso dos instrumentais necessários para desenvolver esse tipo de pesquisa, assumindo que sua compreensão seja generalizada pela prática jurídica.

Nosso contato com a história se dá no primeiro ano da faculdade, seja nas disciplinas de história do direito e de direito romano, seja ao longo do curso, nas aulas iniciais das dogmáticas jurídicas, as quais muitas vezes não se preocupam com a escrita da história. Nos manuais jurídicos e trabalhos acadêmicos, a história costuma aparecer em capítulos introdutórios, trazendo um panorama sobre determinado instituto ou categoria e em uma perspectiva bastante positivista, no sentido rankeano, acerca do que é história (FONSECA, 2009, p. 41; BOURDÉ, MARTIN, 1983, p. 97-117) – e até mesmo no sentido kelseniano do que é direito (SIQUEIRA, 2020; PEREIRA, 2006).

Apesar de, na maioria das vezes, estes estudos serem bem-intencionados, a ausência de fontes e metodologias próprias – que caracterizam as pesquisas de história – leva à naturalização, legitimação e celebração acrítica do direito vigente. Para rastrear o passado, especialmente o jurídico, é preciso explorar as especificidades do direito, ponto cego dos não-iniciados na arte. Reconhecer a historicidade das práticas e das categorias jurídicas<sup>4</sup> é também um exercício de alteridade, pois o sentido da viagem ao passado, “não é a pesquisa do familiar, mas sim o confronto

---

<sup>3</sup> O conteúdo de História do Direito constou nas diretrizes curriculares do curso de Direito com a Resolução CNE/CES nº 9, de 29/09/2004.

<sup>4</sup> Compartilhamos do entendimento de Antonio Manuel Hespanha (2010a, p. 14) acerca do uso do termo categoria ao invés de imagens, representações e conceitos. No caso em apreço, utilizamos o termo em razão de “remeter, na reflexão sobre o conhecimento, para ideia de modelos de organização das percepções, ‘realidade’ (...)”.

com o diferente”. Tomando essas premissas em nossas pesquisas, conseguimos relativizar o presente, contextualizar o direito corrente de modo a desnaturalizá-lo e colocá-lo na sua contingência e na sua provisoriedade histórica (COSTA, 2007, p. 17).

Dentre os diversos documentos contidos nos arquivos criminais, atentamos aos autos de processos criminais, particularmente, em virtude de sua finalidade jurídica e social – que é a averiguação do delito e sua correspondente autoria em prol da paz social – e de sua estrutura interna, integrada por diversas vozes, que possibilita examinar categorias, técnicas, argumentações e sensibilidades jurídicas na disputa judicial.<sup>5</sup> Além disso, por viabilizar a recuperação de valores, regularidades e comportamentos sociais indistinguíveis em outras fontes, o processo oportuniza a verificação das engrenagens dos poderes e dos direitos – a censura, a discriminação e a marginalização de determinadas práticas sociais – dispositivos que são culturalmente mutáveis e obedecem a lógicas sociais e jurídicas complexas (CAULFIELD, 2000, p. 39-40; SBRICCOLI, 2020, p. 34-35).

Essa fonte histórica, cada vez mais disponível em repositórios virtuais, tem também a vantagem de se apresentar como uma farta documentação sobre fatos ainda “inéditos”, quando não aqueles notórios, que merecem ser explorados pelos vieses da história do direito com o objetivo de escrever uma outra história, uma “história não única”, de viés crítico (ADICHIE, 2019a, 2019b). Para nós, a reconstituição do passado jurídico por meio de processos criminais seculares de feitiçaria, que tramitaram no século XVIII, nas Vilas de Paranaguá e Curitiba, permitiu conhecer alguns aspectos da cultura jurídica-criminal colonial produzida e praticada por oficiais da justiça – letrados e não letrados – da América Meridional

---

<sup>5</sup> Embora a documentação policial – em particular os inquéritos policiais – também busque averiguar fatos delituosos e sua correspondente autoria, a historicidade de sua forma processual nos informa que esta não é uma fonte polifônica/dialogal tal como os processos criminais, porque não envolve um processo comunicativo tão complexo, bem como possui status jurídico mais precário (BRETAS, 1991; BRETAS; GRUNER, 2016). Isso pode ser dito, ao menos, até a recente promulgação de alterações no Código de Processo Penal e de legislação especial a respeito da participação da defesa durante a investigação criminal – o que pode dar um sentido diverso a esse momento pré-processual, até então entendido como inerentemente sigiloso, oficial, discricionário e inquisitivo.

Portuguesa, como também acessar relações políticas, religiosas, sociais e de gênero (DEAP, 1735, 1763, 1773, 1775), conforme veremos em tópico específico mais adiante.

Entendemos que o esforço a ser desenvolvido pelo historiador do direito, ao lidar com os processos como fontes históricas, é semelhante ao de Teseu no labirinto construído por Dédalo e prisão do Minotauro: apenas o fio de Ariadne é capaz de nos guiar para a saída. Premido pelas formas jurídicas – que, de imediato, parecem todas iguais ou levar às mesmas encruzilhadas – nós pesquisadores devemos reconhecer que estas oferecem caminhos variados e resultados igualmente distintos. O desafio do labirinto, ou melhor, do processo, nos leva ao encontro mortal com a fera semi-humana – que, aqui, podemos entender como a dupla temporalidade encerrada nos autos dos processos: parte animalesca e mitológica, representando a impossibilidade de conhecer os fatos exatamente como se deram; parte fruto da orientação racional do juiz a uma resolução do conflito.

Considerando que os processos tomam forma na/pela justiça, ou seja, em um ambiente no qual o direito “não depende apenas da capacidade de cada jurista para pensar, imaginar e inventar, mas de um complexo que envolve, no limite, toda a sociedade, desde organização da justiça, à sensibilidade jurídica dominante e muito mais” (HESPANHA, 2005, p. 27-28), tomamos, neste texto, a história do direito como história da justiça. Por conta disso, entendemos que o “processo social de produção do próprio direito” é mais bem explicado pela “perspectiva sociológica de mais curto alcance, que relaciona os efeitos (culturais, discursivos) com uma dinâmica específica de espaço (ou nível e instância) social particular em que eles são produzidos” (HESPANHA, 2005, p. 28). Por outras palavras, desconsiderando modelos universais e determinantes.

Para quem estuda o período anterior à constituição do Estado de Direito (modernidade jurídica), tal concepção se faz imprescindível, dada a falta de autonomia do direito em relação a outras ordens normativas. Para períodos posteriores, a história do direito pode tomar o direito em uma das três perspectivas clássicas de análise – a filosófica, a normativa e a sociológica (BOBBIO, 2018). Em nossas pesquisas, temos explorado o direito, por meio da dimensão sociológica e prática do direito (SABADELL, 2017, p. 250), já que é na justiça que o significado e a efetividade

do direito são disputados e definidos e, por esse motivo, justifica-se a importância do processo como fonte.

Aliás, para quem estuda o período colonial brasileiro, como nós, torna-se imprescindível compreender a história do direito de forma ampla. Afinal,

se entre os letrados, a teoria social e política estava contida na teoria da jurisdição e da justiça, para os leigos, a mais visível expressão da ordem social e do poder era a administração da justiça nos tribunais. Por isso o processo e a parafernália dos Tribunais (rituais, cerimônias, fórmulas) eram tidos como constituindo o modelo mais fiel do exercício do poder político. (HESPANHA, 2005, p. 32-33)

Amparadas nessas premissas e tendo em vista as potencialidades e as especificidades da fonte histórica, apresentamos aos operadores jurídicos – especialmente os iniciantes – um mapa do labirinto, no qual desenrolamos o novelo e puxamos alguns fios sobre reflexões historiográficas e metodológicas acerca do processo criminal para a produção de uma história do direito/da justiça criminal crítica.

## **1 CONHECENDO O LABIRINTO PROCESSUAL: REFLEXÕES METODOLÓGICAS**

*1.1 O processo na historiografia.* Em linhas gerais, recordamos que, no Brasil, o processo criminal – analisado quantitativa ou qualitativamente – foi difundido como fonte histórica nos anos de 1980, em virtude da história cultural, que aproximou a História e a Antropologia. Não por acaso, verifica-se, na historiografia brasileira do período, o grande impacto das obras de Thompson, Foucault, Ginzburg, Natalie Davies, Michelle Perrot, entre outros (GRINBERG, 2009, p. 127; DANTAS; NICOLETTI, 2020, p. 51-66). Como veremos adiante, foram acirrados os debates acerca do uso de tal fonte para produção de uma história social dos vencidos e do direito.

*1.2 A polifonia como característica.* Um dos principais argumentos apontados pelos defensores do uso de processo criminal como fonte histórica é a polifonia que lhe é inerente. Uma fonte dialógica ou polifônica,

resumidamente, é uma fonte integrada por diversas vozes que dialogam em decorrência da própria maneira como estão estruturadas ou, ainda, em função dos próprios objetivos que as materializam e que, por isso, permitem elucidar relações interindividuais e entre os grupos sociais. Podemos no dialogismo dos processos criminais, acessar diferentes versões que estão em conflito, alcançar “as visões de mundo que os atores sociais encaminham uns contra outros, as redes de rivalidades e solidariedades que daí emergem, as identidades e preconceitos” (BARROS, 2012, p. 12).

Alertamos, porém, que o diálogo entre os personagens que estão na disputa judicial e que estão autorizados a falar nesses textos não se encontram em um mesmo nível comunicativo. Ginzburg pontuou a esse respeito que, embora inquisidor e réu se situem no plano do discurso como duas vozes de igual ecoar, estão, em verdade, em situação de desigualdade. E é essa desigualdade em termos de poder (tanto real quanto simbólico) que explica um dos motivos pelo qual a pressão exercida pelos inquisidores sobre os réus – para extrair a verdade que eles estavam procurando – era, usualmente, bem-sucedida. No sentido de decifrar o processo criminal, estamos obrigados, então, “a aprender a captar, por baixo da superfície uniforme do texto uma interação sutil de ameaças e temores, de ataques e recuos. Devemos aprender a desenredar os diferentes fios que formam o texto factual desses diálogos” (GINZBURG, 1991, p. 15).

*1.3 A intensividade como característica.* O processo criminal, além de polifônico, é uma fonte intensa, ou seja, uma documentação que existe por causa do “desejo de verdade” (GINZBURG, 1991, p. 12) de instituições e de seus agentes, a qual é definida por um escopo. Se a finalidade jurídica do processo é a reconstrução dos fatos que lhe deram causa para apuração da “verdade”, esta é uma fonte caracterizada por estar repleta de narrativas e detalhes a esse respeito.

Essa intensividade, à luz do método indiciário, que privilegia o exame dos detalhes e pormenores em detrimento da generalidade, penetrando nas “coisas concretas e ocultas através de elementos poucos notados ou despercebidos, dos detritos ou ‘refugos’ da nossa observação” (GINZBURG, 1989, p. 147), facilita detectar não só os aspectos jurídicos e da vida concreta, mas também daquela vida imaginária, composta de relatos do cotidiano, dos ambientes de sociabilidade e das diversas sensibilidade (medos, crenças, esperanças, rivalidades) presentes nas relações

sociais (BUENO, 2013, p. 1-12; GINZBURG, 1989, p. 147; GINZBURG, 2011a, p. 19-20). O processo criminal, portanto, se bem documentado e rico em fatos ou personagens, privilegia um exame qualitativo, em particular por meio da metodologia da micro-história, na qual, quanto mais detalhes, mais possibilidades para compreensão do passado (VAINFAS, 2011). Não à toa, essa análise exige também um esforço de compreender a fala de um “outro” (GINZBURG, 1991, p. 14).

*1.4 O valor etnográfico.* Essa busca de compreensão “do outro” requer uma atitude antropológica, entendida como disposição dialógica de nós, pesquisadores, diante do confronto entre culturas diferentes. Aliás, foi essa procura que: (i) deslocou o olhar dos historiadores das instituições repressoras para os invisíveis e marginalizados da história; (ii) direcionou a produção historiográfica para o discurso, para o cotidiano e para as práticas culturais, além de incluir novos sujeitos históricos – vencidos e excluídos – e; (iii) levou a uma alteração da escrita da história (conhecida como história cultural).

A polifonia e a intensividade são, portanto, algumas das principais características do processo criminal como fonte histórica, as quais o tornam uma fonte complexa e com destacado valor etnográfico, que nos obriga a ter habilidades metodológicas que outras fontes não exigem, tais como desenvolver filtros axiológicos que nos orientem na análise dos valores envolvidos em cada dimensão dos discursos existentes nos processos, como também precisamos de filtros técnicos relativos ao direito, ou seja, devemos conhecer as reflexões, regras e as práticas relativas às instituições, às categorias, aos ritos, aos procedimentos, à própria linguagem jurídica, aos operadores jurídicos, entre outros aspectos (GINZBURG, 1991, p. 15).

*1.5 O processo como disputa.* A compreensão do processo como fonte histórica requer também que tenhamos em mente que cada instauração de processo criminal representa o começo de uma batalha judicial, na qual cada parte e seus representantes buscam que suas versões jurídicas sobre os fatos prevaleçam perante uma autoridade julgadora:

Na sua materialidade, o processo penal como documento diz respeito a dois ‘acontecimentos’ diversos: aquele que produziu a quebra da norma legal e um outro que se instaura a partir da atuação do aparelho repressivo. Este último tem como móvel o objetivo de estabelecer a ‘verdade’ da qual resultará a punição ou a absolvição



de alguém. Entretanto, a relação entre processo penal, entendido como atividade do aparelho policial-judiciário e dos diferentes atores, e o fato considerado delituoso não é linear, nem pode ser compreendida através de critérios de verdade. Por sua vez, os autos, exprimindo a materialização do processo penal, constituem uma transcrição/elaboração do processo, como acontecimento vivido no cenário policial ou judiciário. Os autos traduzem a seu modo dois fatos: o crime e a batalha que se instaura para punir, graduar a pena ou absolver. (FAUSTO, 1984, p. 21)

Desse modo, observamos que nós, pesquisadores, precisamos estar preparados para manejar duas instâncias que se imbricam no processo criminal como arquivo: “a) as tensões e as lutas que estabelecem o bojo das articulações intrínsecas à lógica processual, institucional e do Direito; b) os complexos processos sociais que se ‘materializam’ nos autos e estão à mercê da interpretação por parte do historiador” (ROSEMBERG; SOUZA, 2009, p. 169).

Devemos, portanto, tomar a estrutura interna dos processos-crime como um processo – ou seja, como uma tentativa de construção da verdade, ou, ao menos, da verossimilhança – em torno de um caso de quebra das leis penais e normas sociais (ROSEMBERG; SOUZA, 2009, p. 128). Logo, necessitamos também estarmos alertas diante da possibilidade de distorção das falas pelos mediadores (operadores jurídicos) – não à toa designados pelos antropólogos de “manipuladores técnicos”<sup>6</sup> – já que atuam a partir de suas representações sociais e buscam ordenar a realidade de acordo com as representações sociais eleitas pelo Estado. Essa crítica feita aos operadores jurídicos, tidos como “manipuladores técnicos” é rebatida por Ferrajoli (2002, p. 48), quando o jurista italiano afirma que:

Os documentos interpretados pelo historiador, da mesma forma que as provas ‘documentais’ em sentido estrito, utilizadas também no processo, são, contudo, como se disse, preexistentes à investigação e não já constituídas no curso dessa investigação. Está claro que a circunstância de que a maior parte das fontes

---

<sup>6</sup> Termo cunhado e popularizado na historiografia por Mariza Corrêa (1983, p. 40); a concepção do termo foi seguida por outros antropólogos (FAUSTO, 1984, p. 22–23).

judiciais, ao revés, seja produzida para a investigação dos fatos a que alude, e não antes e independentemente dessa investigação, aumenta os condicionamentos subjetivos, seja pela maior implicação emocional dos sujeitos dos quais provêm, seja pelo maior interesse no êxito da investigação que sobre elas pode pesar. Em compensação, as provas judiciais podem apresentar, precisamente por sua natureza ‘artificial’, uma maior autenticidade. O processo é, por assim dizer, o único caso de ‘experimento historiográfico’. Nele, as fontes são funcionalizadas ao vivo, não apenas porque são recebidas diretamente, mas também porque são confrontadas entre si, submetidas a exames cruzados e chamadas a reproduzir o evento julgado, como em um psicodrama.

*1.6 Barreiras historiográficas.* Ponderando os argumentos acima, entendemos a crítica de que o processo é uma fonte escorregadia, em especial quando se busca escrever uma história dos vencidos e excluídos. Todavia, entendemos que, ainda que de maneira indireta e enviesada, é possível extrair da linguagem técnica, dos discursos e das práticas jurídicas, as tensões, as atitudes, as visões de mundo, as experiências, as “circularidades culturais” (GINZBURG, 2006) – enfim, um conjunto de atributos culturais – dos atores sociais envolvidos no processo judicial. Compete a nós pesquisadores, portanto, “a tarefa árdua e detalhista de desbravar o seu caminho em direção aos atos e às representações que expressam, ao mesmo tempo que produzem, estas diversas lutas e contradições sociais” (CHALHOUB, 2001, p. 41–42).

Ademais, sendo o direito dotado de historicidade, ele não flutua na história e na sociedade, mas está fundamentalmente integrado a ela, merecendo ele próprio uma apurada análise a ser empreendida especialmente pelos juristas e historiadores do direito, pois é aí que reside a sua especificidade:

O direito não é escrito numa paisagem física que aguarda ainda o inserir-se humano, mas é escrito na história, na grande ou na pequena, que, dos primórdios até hoje, os homens constantemente teceram com sua inteligência e seus sentimentos, com seus idealismos e seus interesses, com seus amores e seus ódios. É no interior dessa história construída pelos homens que se coloca o direito, ali e somente ali. Realidade dos homens, mas realidade plural (...) O direito é de fato uma dimensão intersubjetiva, é relação entre

vários sujeitos (poucos e muitos) e é marcado pela sua essencial *socialidade*. (GROSSI, 2006b, 2008; destaque do autor)

Aliás, pelo olhar da história do direito, verificamos que muitos dos argumentos usados para criticar o uso de processos criminais para a produção de uma história social dos vencidos decorre de uma visão bastante moderna do direito – positivista e formalista – na qual ele se resume a um ato da autoridade estatal (que se manifesta pela lei, pelo ato administrativo e pelas sentenças judiciais).

Efetivamente, o campo jurídico, especialmente na modernidade, busca representar certos esquemas organizativos de valores da sociedade que se consolidam em regras e institutos, convertendo-se, por fim, em um esquema lógico, que será aplicado pelas instituições através de seus operadores do direito; na justiça, em especial, pelos juízes diante de um caso concreto. Entretanto, essa visão acaba se mostrando excludente, pois desconsidera o pluralismo jurídico predominante no passado e invisibilizado no presente.

Dá que seja também tarefa de nós pesquisadores do direito esclarecermos do que se trata a experiência jurídica em determinado período da história para os demais campos do saber e abordagens históricas. Foi e é pela falta desse diálogo interdisciplinar que muitas pesquisas do campo do direito não são consideradas pelas humanidades (NOBRE, 2009, p. 4 e 6).

Apesar de cada vez mais recorrente o uso de processos criminais, seja na história ou na história do direito,<sup>7</sup> uma parcela da historiografia jurídica ainda despreza a produção de uma história do direito que possua como principal fonte histórica o processo judicial, particularmente, o criminal. É o que se infere do texto de Sbriccoli (2020, p. 25-41), originalmente publicado em 1988 e recém traduzido para o português, no qual o historiador, a pretexto de elencar os problemas no uso da fonte

---

<sup>7</sup> Atualmente, alguns estudos da história global e que privilegiam a interseccionalidade (CRENSHAW, 2002) recorrem aos processos criminais com fonte histórica, tal como a história de “Páscoa Vieira, diante da Inquisição. Uma escrava entre Angola, Brasil e Portugal” (CASTELNAU-L’ESTOILE, 2020). Essa fonte histórica, também vem sendo cada vez mais explorada na história no direito tanto para estudos que privilegiam o exame quantitativo como para a análise qualitativa (PEREIRA, FURMANN, 2013; ARAUJO, 2016; PAES, 2019; BRIGHENTE, 2019; SILVA, 2020).

por historiadores sociais, crítica, de um lado, o quantitativismo e a asunção de pressupostos típicos do paradigma etiológico e, de outro, a *case history* – associando a ela riscos como o de uma história beletrística, fascinada por “episódios impressionantes” ou “pouco usuais” (sejam eles com “alto grau de representatividade”, “bom poder de representação” ou sejam eles excepcionais frente ao funcionamento rotineiro da justiça).

O historiador explicita sua desconsideração das fontes arquivísticas ao dizer que “o processo é mudo” e que, por isso, só pode ser lido em perspectiva comparada. Em consonância com essa posição, entendemos que o autor italiano privilegiou, intencionalmente, a análise do conteúdo do direito penal em sua categoria denominada de “penal”, embora a conceitue como “experiência jurídica em sentido amplo: positiva/substancial e processual, doutrinária e normativa” e de “todos os momentos relevantes da prática da repressão: da prevenção (quando existe) à pena, passando pelo julgamento” (SBRICCOLI, 2020, p. 34). Há, embutida nessa posição, forte rechaço ao estudo da administração judiciária e do que ele chama de “direito ritual”<sup>8</sup>, o qual se faz acompanhar também da acusação de renúncia de análise do elemento jurídico dos autos, frente ao que sobraria tão somente o seu lado “ideológico” ou “antropológico”. Entendemos, no entanto, que Luigi Lacchè (2020, p. vi) buscou atenuar o conceito de “penal” proposto por seu mestre, se voltando para o valor etnográfico de suas fontes e considerando também “[...] a práxis judiciária; a processualidade do direito penal, ou melhor, o entrelaçamento, por muito tempo, insolúvel entre a dimensão prática do *enforcement* e o desenvolvimento dos princípios substanciais; [...]”.

No nosso sentir, diante do atual estágio da produção historiográfica, as críticas promovidas por Sbriccoli se tornaram despropositadas e excludentes, pois reduzem o direito a uma concepção “cientificista”, nos termos de Pietro Costa (2011), típica do liberalismo moderno, no qual a doutrina produzida pelos “intelectuais, os homens do poder, os homens dos aparatos” (SBRICCOLI, 2020, p. 39) seria a fonte mais adequada – senão a única – para a produção da história do direito e do direito

---

<sup>8</sup> Segundo o autor, “conjunto das regras (ou das práticas) que, em relação às instituições judiciárias, disciplinam as competências e o procedimento” (SBRICCOLI, 2020, p. 35-36).

criminal. Não por outro motivo, Sbriccoli (2020, p. 36-37) considera que seu objeto de estudo tenha um período naturalmente “privilegiado”, entre os séculos XVIII e XIX, com a absorção da doutrina penal dos juristas e a criação do Estado.

Aludida posição diante das fontes judiciárias ignora, de uma única vez, a multiplicidade de jurisdições estabelecidas em ambientes de pluralismo jurídico, fenômeno historiográfico globalmente localizado (*glocalized*) antes da modernidade, e superdimensiona a importância da produção bibliográfica e legiferante perante os valores sociais efetivamente aceitos pela população, mesmo após o advento do Estado de direito. É por isso que aquilo que Sbriccoli (2020, p. 32) entende por uma história “árdua e arriscada” parece-nos, apesar de todas as críticas e observados os pressupostos que reunimos, uma história da justiça que vale a pena ser escrita e que, substancialmente, tende a concordar com as mesmas ponderações críticas a respeito das reais funções da justiça criminal.

Como nosso propósito não é estreitar as análises sobre o passado, e conhecer o direito apenas pela doutrina (tradição jurídica) ou pelas regras elaboradas por uma elite de homens, entendemos que o processo é adequado porque dá voz a sujeitos marginalizados e direitos invisibilizados. Isso porque os autos já representam, juridicamente, a ocorrência da quebra de uma norma social, sendo excelente fonte para a produção de uma história social-criminal-jurídica, que examine questões que envolvam a criminalidade, e/ou para a produção de uma história cultural-criminal-jurídica, especialmente, se na fonte encontrarmos “personagens fronteiros” (pessoas, casos/fatos/eventos, locais e direitos) (GINZBURG, 2006, p. 19–25) e ela for rica em argumentos jurídicos e estratégias processuais. Assim, ao lado da grande duração, das estruturas, do quantitativismo de viés sociologizante, somos também favoráveis a uma abordagem cultural, de escala reduzida, que dá voz aos sujeitos e que se centra na qualidade da documentação (GINZBURG, 2011).

Em nossas pesquisas com os processos criminais do período colonial, verificamos que, apesar do pensamento jurídico e das regras jurídicas do período moderno terem conferido poucos momentos de fala direta dos excluídos – as noções de contraditório e ampla defesa são mais contemporâneas que modernas – e mesmo cientes de que os discursos e teses jurídicas apontam apenas para uma das possíveis versões

dos comportamentos sociais, além de materializarem discursos e teses produzidos para responder às expectativas do “Estado”, entendemos que os processos criminais e a atuação de seus operadores fornecem material adequado para uma história do direito – especialmente para aqueles que tomam o direito como prática e/ou em perspectiva teórica realista (LOPES, 2021; MACCORMICK, 2008; HART, 1994; HESPANHA, 2009; FERRAZ JR, 2007).

Em síntese, superando questões epistemológicas da representação; ultrapassando o fator da objetividade da fonte em virtude dos “manipuladores técnicos” e; tendo noção da historicidade do direito, como saber e como prática, é construir uma outra história do direito ou da justiça possível a partir de processos criminais, que contemple não só questões jurídicas, mas também de gênero, etnia, classe e crença.

## **2 MAPA METODOLÓGICO: ATRAVESSANDO O LABIRINTO, ARMAS E ARMADILHAS**

Apresentamos, então, um mapa com alguns dos principais pontos em debate e cuidados metodológicos, na expectativa de que guie e facilite os operadores jurídicos iniciantes em explorar o processo criminal como fonte histórica em suas pesquisas.

2.1 Tomando os processos criminais como um conjunto ordenado de documentos (autos), uma primeira tarefa que se impõe é reconhecê-los. Devemos conhecer seu suporte material, seu idioma, sua forma textual, o tipo de vocabulário e o padrão da documentação. Nesse momento, nós, pesquisadores, especialmente aqueles que trabalham com fontes anteriores ao século XIX, devemos estar preparados para enfrentar uma documentação possivelmente incompleta, manuscrita e materializada em um “outro” português, características essas que exigem noções de paleografia e a companhia de dicionários de edições históricas – sejam de teor linguístico, médico, jurídico, entre outros.

Ainda, se faz interessante conhecer o contexto de produção e a trajetória no tempo, ou seja, saber como a documentação chegou até os dias atuais. Alertamos que em hipótese alguma devemos olvidar que os registros nos processos criminais são compostos de “rostos e sofrimentos, emoções e poderes criados para controlá-los”. (FARGE, 2009, p. 94).

Nesse compasso, sublinhamos que as fontes produzidas pelas polícias, como inquéritos policiais, em períodos históricos de exceção merecem uma postura crítica e uma maior sensibilidade, de modo que não devemos esquecer que tais documentos, regra geral, foram criados e lavrados de maneira arbitrária – e até mesmo violenta – visando incriminar e calar sujeitos que se insurgiram contra o Estado (BAUER, 2009, p. 186–187).<sup>9</sup>

Para nós, que trabalhamos com processos criminais de feitiçaria da época moderna, foram oportunas as reflexões de Ginzburg contidas no texto “O Inquisidor e o Antropólogo”, em que o historiador italiano traça a história da apropriação – por protestantes, católicos e liberais – dos processos criminais como fontes históricas e nos mostra o aumento de interesse por uma abordagem cultural em detrimento daquela social, até então prevalecente.<sup>10</sup> Conhecer a apropriação das fontes da Inquisição Portuguesa por abordagens historiográficas diferentes pode auxiliar nas problemáticas de pesquisa daqueles que trabalham com processos seculares e eclesiásticos ou com temas e categorias jurídico-criminais relativos ao período colonial (ARAUJO; VALLE, 2019).

2.2 A tarefa de reconhecimento também exige que nos aproximemos ainda mais da estrutura do processo criminal para entendermos a sua dinâmica interna e como os operadores o articulam, bem como

---

<sup>9</sup> Para quem pretende trabalhar com fontes da ditadura brasileira, recomendamos também a leitura das reflexões produzidas pelos estudos que envolvem história e memória como também a metodologia da história oral.

<sup>10</sup> Houve resistência dos historiadores protestantes, que queriam enaltecer seus antecessores ou enfatizar a perseguição católica; de outro lado também houve resistência dos historiadores católicos, que não queriam aceitar que membros do catolicismo empreenderam torturas e outras violências; também houve resistência de historiadores liberais, que consideravam as provas de bruxaria fornecidas em julgamentos como um misto de extravagâncias teológicas e superstições populares. Acerca dos processos de bruxaria, registra Carlo Ginzburg, que por muito tempo houve relutância por parte dos historiadores em usar aludida fonte. Os historiadores consideravam que as provas de bruxaria vindas de tais processos eram uma mistura de extravagâncias teológicas e superstições populares, que eram por definição irrelevantes. Porém, tal quadro se alterou, a bruxaria da periferia passou para o centro das questões históricas. Tal valorização decorreu da crescente influência da antropologia na história. Destacam-se acerca do tema as obras de Evans-Pritchard, que influenciou na história Alan Macfarlane e Keith Thomas (GINZBURG, 1991, p. 205, 2006, p. 19).

para compreendermos as peças jurídicas e as práticas que se estabelecem em diferentes ocasiões, tal como investigação, inquérito, torturas, instrução, julgamento e fase recursal ou extraordinária. Ademais, tendo em vista que, nos processos criminais, as partes e os fatos são narrados e registrados pelos agentes autorizados (juiz, advogado de defesa e acusação, escrivão ou cartorário), nos é imprescindível também conhecer, no plano normativo e no doutrinário, quem são e quais seus poderes e suas atribuições legais, como também quais relações jurídicas estabelecem ou como participam no processo.

Em toda essa etapa, é fundamental compreender a finalidade do processo criminal no ordenamento jurídico e a concepção de direito/justiça do período histórico, acerca do qual a pesquisa se desenvolve. Isso sem perder de vista que “não existem fatos criminais em si, mas que há um julgamento que os funda e um discurso criminal que os fundamenta” (GRINBERG, 2009, p. 128). Por consequência, precisamos estar cientes não só das normas do direito penal – que estabelecem os atos proibidos, ou crimes, aos quais são atribuídos penas ou castigos – como também das normas do direito processual criminal – que regulamentam “o modo como um crime é investigado, as formas de comprovação de verdade (provas e testemunhos) e os critérios de tomada de decisões judiciais. É nesse campo que se determinam as regras de andamento dos processos criminais.” (GRINBERG, 2009, p. 122). Não basta só isso: também se faz indispensável conhecer as normas que disciplinam as instituições responsáveis pela administração da justiça.

Em realidade, para se fazer história do direito/da justiça a partir de processos criminais, não basta ter apenas um conhecimento instrumental e normativo do direito, é preciso conhecer os institutos, os conceitos, as regras e os debates doutrinários jurídicos e a jurisprudência que orientam o direito criminal e processual, uma vez que essas questões constituem o cerne da pesquisa em história do direito; e facilitam a interpretação dos processos criminais tomados como fonte histórica primária da pesquisa. Para José Reinaldo Lima Lopes, é preciso ter conhecimento técnico e domínio para compreender a linguagem específica típica do campo processual, como quando nós, juristas, “falamos em jurisdição, competência, natureza das ações, dos provimentos e sentenças, das condições de admissibilidade dos recursos e assim por diante” (LOPES, 2017, p. 12).



Dessa forma, se estivermos inteirados das normas que regem o processo criminal, cai por terra a distinção entre processo e procedimento – já ultrapassada entre juristas – mas que ainda contamina os historiadores do direito. O processo é conhecido, dentre várias construções, como uma relação abstrata entre as partes, mediada por um juiz e determinada por princípios como o contraditório e a legalidade processual (os quais articulam o devido processo legal); enquanto o procedimento seria o mero encadeamento temporal entre atos formais, normalmente escritos. Sob os pressupostos dessa discussão, alguns historiadores do direito tendem a argumentar que, para o período anterior à modernidade jurídica, não se fala do processo propriamente dito, mas do procedimento – que seria, portanto, arbitrariamente determinado pelas autoridades e de conteúdo juridicamente inócuo.

Consideramos tal posição equivocada, uma vez que: (i) parte do pressuposto de que seja possível encontrar a gênese primeira do processo judicial tal como é pensado nas democracias contemporâneas, atravessado pelos princípios que o dotam de racionalidade jurídica; (ii) ignora as formulações teóricas realizadas pelos próprios juristas da época em estudo para justificar a realização do procedimento de uma forma ou outra qualquer, bem como a aderência (ou não) dos demais operadores jurídicos a tais formulações; (iii) por consequência, busca uma distinção de nomenclatura que não encontra eco nas fontes históricas; e (iv) acaba por desprezar a riqueza de conteúdos que se pode extrair dos autos de um processo – ou procedimento, como se queira chamar –, ignorando a possibilidade de produção normativa por parte dos operadores jurídicos (CANTISANO; PAES, 2021; SIROTTI, 2021, p. 459).

2.3 Além de estarmos cientes das regras que regulamentam o processo criminal e os agentes que nele atuam, conforme já mencionamos, precisamos estar atentos à questão metodológica que envolve a compreensão das vozes ou, nos termos de Farge (2009), a “captação das vozes”, e das mensagens internas transportadas no processo.

Como vimos, o processo criminal é uma fonte polifônica/dialógica e intensa, logo devemos não só identificar e descrever as vozes que interagem na comunicação do processo criminal, como considerar os seus pontos de aproximação e afastamento, notando as mediações que lhes são impostas.

Perceber polifonias, no entanto, não é uma tarefa tão simples; e mais complexa ainda é a busca de dialogismos implícitos, pois, embora a própria estrutura do texto registre explicitamente a voz do outro, muitas vezes tais estruturas são sabotadas e, assim, ao invés de privilegiarem o diálogo, registram um monólogo (BARROS, 2012, p. 26). Na Inquisição Moderna, muitos juízes-inquisidores – acreditando estarem salvando os pecadores do inferno – estavam autorizados por lei a fazer perguntas ambíguas ou retóricas, que já comportavam respostas ou que possibilitavam certos padrões de respostas e não outros.

Por causa dessas particularidades, associadas a outras já tratadas aqui, é que os historiadores do direito devem ter uma postura crítica com relação aos registros feitos pelos operadores jurídicos, especialmente juízes e cartorários, mesmo estando eles balizados na tradição jurídica. Devemos – sempre e como primeira tarefa – questionar seus interesses “em relatar com veracidade, o que viram ou ouviram, em registrar com maior ou menor rigor os depoimentos que recolheram”, e seus objetivos em dar voz aos vencidos, ou não (BARROS, 2012, p. 26).

Devemos estar atentos também ao momento da transcrição de procedimentos orais para a forma escrita, pois de modo geral, há redução das variadas manifestações verbais e gestuais ao texto escrito, que torna o “discurso adstrito a padrões de estilos e sintaxes desenvolvidos no âmbito mesmo da processualística” (ROSEMBERG; SOUZA, 2009, p. 166). Vale dizer, depoimentos do réu ou das testemunhas são remetidos e limitados por um vocabulário e por conjunto de regras altamente formalizadas – as normas de processo penal – que é a linguagem do judiciário.

2.4 Dessa maneira, é necessário também termos em conta que a emissão de um depoimento é uma forma de construção de verdade – tal como o processo como um todo – que pode ser distorcida pelos operadores jurídicos desde a captação até o registro, bem como pode ser influenciada por questões e símbolos periféricos ao ato, como as condições arquitetônico-ambientais e as diferentes liturgias das instituições. Tudo isso é relevante porque o ato de julgar é um evento no espaço e no tempo, de modo que o campo simbólico do rito processual<sup>11</sup> mediatiza o contato

---

<sup>11</sup> “Realizar um rito é fazer qualquer coisa com a força’, escreve Paul Ricoeur, que com estas palavras, nos deu, porventura, a melhor definição do rito que

do juiz com a realidade e prepara os demais atores do processo para a “experiência estética da justiça” (GARAPON, 1997, p. 17–26).

Assim, a arquitetura, os símbolos, os rituais, e as vestimentas das justiças também devem ser considerados por nós, pesquisadores, como instrumentos de mediação, já que são estranhos a maioria da população, impactando em seus depoimentos (FERRAJOLI, 2002, p. 48). Podemos imaginar o quão inibidor era dar um depoimento perante a Inquisição, normalmente instalada em edifícios sagrados e de espaço hierarquizado. Para se ter uma ideia, a Inquisição Portuguesa no Regimento de 1640, no título 2 do Livro 1, dispunha até mesmo como deveriam ser os cárceres para os acusados de heresia. Diferentemente das outras cadeias, essas eram construídas e pensadas de forma a privilegiar o silêncio e, com isso, tornar mais fácil o exame de consciência e, conseqüentemente, a extração da confissão (ARAUJO; VALLE, 2019; INQUISIÇÃO, 1996).

2.5 Superada a fase de reconhecimento da constituição e da operacionalidade do processo criminal como fonte histórica, que aumenta significativamente nossa consciência histórica sobre a documentação e conseqüentemente sobre a nossa pesquisa, passamos a examinar o teor de seu conteúdo, de suas mensagens, que podem: “{comover, divertir, manipular, seduzir, persuadir, impor, estabelecer, mover, paralisar} através dos depoimentos que instauraram discursos específicos” (GRINBERG, 2009, p. 121–122) e, acrescentamos, através das peças elaboradas pelas partes e autoridades oficiais.

Nesta etapa de exploração do conteúdo dos autos de processo, devemos aclarar os elementos sociais dos personagens envolvidos na trama do crime e suas relações sociais. Chalhoub (2001, p. 41–42) recomenda que, diante da fonte, devemos agrupar as várias vozes segundo critérios de afinidade – classes sociais, relações de solidariedade, rivalidade ou

---

se conhece. Sem força, não há poder; eis porque é que as duas histórias do político e do simbólico são inseparáveis. A força capta-se, afasta-se e conserva-se dificilmente. O símbolo associa, daí a necessidade de reconstituir essa cadeia de associações que o torna significativo. Mas trata-se de um material difícil de trabalhar, dado apresentar falsas continuidades, semelhanças enganosas e uma polissemia desconcertante. Esta permanência de fachada está repleta de armadilhas, já que um mesmo reportório simbólico não parou de ser solicitado em sentidos diferentes” (GARAPON, 1997, p. 26).

preconceito; gênero; crenças; condições jurídicas etc. – a serem definidos pelo problema histórico-jurídico que está orientando a pesquisa e a reflexão historiográfica. Através de uma boa descrição da ação dos funcionários da justiça e de certos padrões da vida cotidiana dos indiciados contidos em ocorrências criminais, Boris Fausto (1984), por exemplo, reconstruiu valores, representações e comportamentos sociais da São Paulo da virada do século XIX para o XX.

No âmbito da história do direito ou da justiça criminal, também devemos verificar, no caso concreto, quem são os operadores jurídicos – pode ser útil conhecer o ambiente de formação jurídica (institucional ou não), bem como o quadro docente, os cursos ou disciplinas ministrados e as obras disponíveis nas bibliotecas – e como desempenharam suas funções no que se refere ao processo e ao crime apurado no processo. Associado a isso, recomendamos uma identificação e análise de suas relações e redes de poder, e, se possível, de micropoderes. Como vimos, a vontade de verdade das autoridades que conduzem o processo possibilita que se conheça, além das regras, os valores e a cultura de diversos grupos sociais que fundam os Códigos (modernos ou não)<sup>12</sup> e/ou que operacionalizam a justiça criminal nas mais altas (letrados) ou baixas (não-letrados/práticos) instâncias da justiça.

---

<sup>12</sup> Código: a palavra é utilizada desde a antiguidade, mas com outra concepção. O atual significado é produto pós-revolucionário e representa a valorização da razão escrita. Os códigos publicados a partir do século XIX têm como características: (i) colocar em prática a razão iluminista (universal e abstrata) que confiava nos preceitos positivados; (ii) representar a vontade do povo (poder legislativo); (iii) organizar e modelar/prescrever/conformar a sociedade; (iv) no lugar do casuísmo, sua lógica é da subsunção; (v) instaurar o monismo jurídico (unifica os direitos civis) e o absolutismo jurídico (lei como principal fonte), e; (vi) pretender a eternidade, logo é tido como a-histórico. As Ordenações, como consolidações, apenas organizavam os reinos e tornavam os costumes mais “certos e previsíveis”, não podendo, desse modo, serem vistas como um Código, como um instrumento real empregado para fins de centralização do poder com a consequente redução do pluralismo jurídico. De acordo com Luís Fernando Lopes Pereira (2008), as normas contidas nas Ordenações não visavam impor o que Paolo Grossi denominaria de absolutismo jurídico, ou seja, a consolidação da lei – produto da vontade geral – como a principal fonte do direito. Em suma, os objetivos das Ordenações eram totalmente diferentes dos pretendidos pelos Códigos elaborados no século XIX, que reduziam ao Estado, um ente estranho e superior a sociedade, o poder de legislar.

Devemos nos ater à gramática, à lógica, à técnica, à racionalidade, aos argumentos e ao pensamento jurídico contido em todas as peças que constituem o processo. Se fizermos isso, veremos que o debate jurídico e a prática processual criminal prevaleciam sobre os debates de direito criminal no período anterior ao do Estado de Direito, em que o princípio da legalidade não se expressava de forma vinculativa e, por consequência, sem o reconhecimento forte do atributo da tipicidade. O caractere definidor do delito seria, essencialmente, a prática de uma conduta contrária ao direito revelado, sendo injusta perante aquela comunidade. A depender da jurisdição, o elemento moral da antijuridicidade ressaltava espécies de dolo, com graus e significados distintos de vontade e consciência – dentre os quais ficou especialmente conhecido o *dolus malus* (ARAUJO; VALLE, 2018, p. 28-31, 47-49).

E isto não se deu sem razão, uma vez que a primeira categoria a suscitar questões em torno do conceito de delito surgiu do processo criminal: o corpo de delito (*corpus delicti* ou *Tatbestand*), consistente no “conjunto de elementos de que se compõe o delito, abrangendo assim em seu conteúdo a antijuridicidade, a culpabilidade e a materialidade do fato criminoso” e que permitia, por consequência, a aplicação da pena (MARQUES, 1950, p. 31-32; BRANDÃO, 2014; BUSATO; CAVAGNARI, 2017). Foi devido a esse conceito que, em 1906, Ernst von Beling realizou a distinção moderna entre conduta delituosa e tipo penal, dividindo a noção de injusto em descrição objetiva do crime (tipo) e em conteúdo objetivo-valorativo (antijuridicidade), além do elemento descritivo-subjetivo (psicológico) da culpabilidade (BUSATO, 2018, p. 204-206, 437-440). Entendemos que isso não teria ocorrido se o direito canônico não tivesse debatido a respeito da teoria das provas e indícios a ser aplicada pelos juízes, de modo que o conceito jurídico de crime já foi intimamente vinculado à história do processo e da justiça criminal.

Portanto, não sendo suficiente o “sentido social político” que o processo é capaz de mobilizar em seu conteúdo, mesmo sob a aparência do formalismo (ARAUJO; VALLE, 2018, p. 50-51, 60-61, 74, n. 127), ressaltamos, como possível objeto de análise do pesquisador, as adaptações contínuas e os eventuais desencontros entre as finalidades do processo e a estrutura conceitual do direito penal. O caso particular do delito de feitiçaria, por exemplo, é exemplar da prática de um delito sem vínculo

causal-natural, o que foi teoricamente admitido em matéria penal até o século XIX, quando então seu fundamento moral seria esvaziado na jurisdição secular e o crime se tornaria impossível.

Se pretendemos fazer, associada à história do direito, também uma história social, devemos desvendar as alegações e as razões das partes nos processos, especialmente, ao narrar o cotidiano e as sensibilidades compartilhadas por sua comunidade. Paolo Grossi (2006a, p. 124) afirma que muitas vezes, além de produzirmos uma história jurídica, também desenvolvemos ou recorremos à história social. Por conta disso, Sbricoli (2019, p. 310) entende que o historiador do direito deve possuir a dupla competência de jurista historiador e historiador da sociedade. Isto é, o historiador do direito é um ser bilíngue que também deve falar a língua da história.

Outra dúvida que nós, pesquisadores, temos diante do processo criminal como fonte histórica é se devemos, ou não, escrever o contexto dos fatos e dos direitos mais próximos e também o mais amplo, que fundamenta a sociedade e define os seus grandes horizontes, dos quais nenhum dos personagens consegue escapar. O tema é polêmico nos debates historiográficos; para Ginzburg, por exemplo, a escrita do contexto é apenas opcional, pois em realidade ele deve atravessar o exame das fontes e dialogar com elas em jogo de escala.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> De um lado, temos Ginzburg que critica aqueles que fazem do contexto algo imprescindível para história, como faz, por exemplo, Natalie Davis (GINZBURG, 2011a, p. 355). De outro lado, temos o texto de Dominick LaCapra, que tece diversas críticas a obra *O queijo e os vermes* e que, no seu ver, contém e sintetiza todas as vantagens e desvantagens das tendências da profissão do historiador. As tendências são “uma inclinação a apoiar-se em uma definição social de contexto como uma matriz explanatória; uma guinada em direção a um interesse pela cultura popular; uma reconceitualização da cultura em termos de discursos coletivos, mentalidades, visões de mundo, e mesmo ‘linguagens’; uma redefinição da história intelectual como o estudo dos significados sociais historicamente constituídos; e um realismo documental arquivístico, que trata os artefatos como jazidas de fatos na reconstrução das sociedades e culturas do passado” (LACAPRA, 2005, p. 295). Apesar dos avanços, para o historiador estadunidense, muitas das pretensões elencadas tendem a se tornarem ambíguas “quando engendram sociocentrismo dogmático, populismo metodológico, a recusa em reconhecer a significância histórica de aspectos excepcionais da cultura e uma compreensão ultrassimplificada da linguagem

O caso por si só não se explica e, como não se pretende permanecer na mera narrativa, há que se estabelecer ligações com o contexto. São exatamente tais conexões que permitirão a leitura de um caso como anômalo (em relação à norma). A anomalia traz em si a norma, daí a maior relevância de seu estudo, pois a análise da norma, ao contrário, não nos permite apreender a anomalia. (PEREIRA, 2012, p. 37)

Para arrematar, no momento de análise do crime, não podemos esquecer, conforme já visto, que o processo criminal em sua materialidade, como autos, “é uma encruzilhada de muitas lutas” (CHALHOUB, 2001, p. 41–42), pois envolve dois tipos de acontecimentos diversos: o fato inicial que gerou a transgressão da regra (o crime) e que, por si só, já é um fenômeno que enreda múltiplos fatores; e a linha temporal que se instaura a partir da atuação da justiça com o objetivo de estabelecer a “verdade” da qual resultará a punição ou absolvição; e que cada ato e procedimento registrado nos autos, corresponde, no limite, a ações isoladas, cujo fio condutor se perdeu.

Como quer que seja, para a produção da história do direito/da justiça criminal, mais do que compreender o que efetivamente ocorreu entre as partes, devemos perceber a finalidade do processo como um todo, verificar as versões e desvendar os significados nas relações jurídico-sociais estabelecidas nos autos. Vale dizer, devemos identificar a forma (como) pela qual os discursos e as práticas se articularam diante das possibilidades jurídicas existentes. Assim, capturamos e construímos uma história jurídica cultural. Esta perspectiva não prejudica ouvir as vozes da sociedade e dos “criminosos” sob julgamento, pois é possível superar as teses, posturas, perspectivas e estratégias subjacentes ao embate jurídico e social e assumidas por personagens que representam e constituem a justiça (ROSEMBERG; SOUZA, 2009, p. 168), como visto ao longo deste artigo.

---

e do significado, frequentemente acompanhada de um uso reduutivo de textos e documentos” (LACAPRA, 2005, p. 295).

### 3 UM LABIRINTO JÁ EXPLORADO: PROCESSOS CRIMINAIS DE FEITIÇARIA E A CULTURA COLONIAL

Com base nas reflexões historiográficas e orientações metodológicas acima, exploramos alguns processos criminais de feitiçaria que tramitaram na justiça secular das Vilas de Curitiba e Paranaguá no século XVIII, ou seja, na justiça régia dos confins da América Meridional Portuguesa, com o objetivo de contribuir na produção de uma história da cultura jurídica colonial criminal.

Apesar deste estudo ter como foco processos criminais de feitiçaria que tramitaram na justiça régia, não podemos perder de vista que o contexto jurídico do período colonial época era de multinormatividade - ou, em outros termos, do pluralismo político-jurídico (DUVE, 2017; HESPANHA, 2005). O pluralismo jurídico da época moderna pode ser compreendido como a coexistência social de ordens normativas distintas (com legitimidade e conteúdos diferentes), sem que existissem regras fixas e sistematizadas que delimitassem, previsivelmente, o âmbito de vigência de cada ordem jurídica. Ademais, nesse sistema havia uma prevalência da doutrina (tradição jurídica) sobre a lei como fonte do direito, especialmente na prática jurídica. O pluralismo jurídico do período se contrapõe, portanto, ao paradigma legalista-estatal surgido no século XIX, que tem como principal fonte do direito a lei estatal, a qual é alçada ao *status* de dispositivo conformador e civilizador da sociedade (COSTA, 2006, p. 102; HESPANHA, 2005, p. 118).

Por conta disso, podemos dizer que a feitiçaria se caracterizava por ser uma categoria normativa múltipla, vale dizer, era tanto um *delito* (dissidência social), estipulado nas Ordenações do Reino, a ser julgado pela justiça secular, como também um *pecado* fixado nas Constituições de diversos Arcebispados – inclusive no da Bahia, no século XVIII – e a ser julgado pela justiça eclesiástica, ou uma *heresia* (desvio da ética e dos dogmas da fé) de jurisdição da Inquisição, conforme previsto no título 14, §5º, do Livro 3 do Regimento de 1640.

Do ponto de vista institucional, o uso dos processos criminais de feitiçaria – associado a outras fontes, como atas camarárias, eleitorais e da almotaçaria<sup>14</sup> – permitiu concluirmos que a justiça secular na

---

<sup>14</sup> Instituição prevista nas Ordenações do Reino, que remonta ao período mouro, mas que permaneceu após a reconquista católica, provavelmente, em



região estava organizada nos termos das Ordenações do Reino, ou seja, em Câmaras Municipais e Ouvidorias. Essas instituições funcionavam em uma lógica jurídica diferente da atual, sem que fizessem sentido os princípios da tripartição dos poderes, da legalidade, da superioridade normativa da constituição e, por conseguinte, sem operar com a noção de direitos fundamentais.

A Câmara Municipal – presidida e constituída por um ou dois juízes, vereadores, almotacéis, cartorários ou outros oficiais – tinha seus ofícios públicos ocupados por “homens bons”, ou seja, proprietários eleitos por outros “homens bons”. Apesar dessa constante, também conseguimos observar que o exercício de tais ofícios significou mobilidade e ascensão social para alguns membros da população, que em tese e por lei estavam proibidos, como era o caso dos comerciantes (ARAUJO, 2011, 2016).

Notamos também que, mesmo não possuindo formação jurídica, alguns oficiais camarários, com o decorrer do tempo, desenvolveram habilidades técnico-jurídicas e as utilizaram, inclusive, em benefício do poder local em detrimento do poder da Coroa – esta, representada pela Ouvidoria, que ficava em Paranaguá. Luís Fernando Lopes Pereira analisou a atuação de Francisco de Siqueira Cortes, que foi juiz ordinário da Vila de Curitiba por dez vezes, e verificou que, no início de suas atividades como juiz, apenas assinava despachos, formais e concisos. Porém, com o decorrer do tempo, passou a despachar de próprio punho e a assinar seu nome de forma mais rebuscada (PEREIRA, 2008, p. 43).

A Ouvidoria, como instituição judiciária de segunda instância na região, também estava devidamente organizada em torno de oficiais reinóis letrados, que cumpriam funções administrativas, legislativas e judiciárias. Aos Ouvidores, coube traduzir e “vulgarizar”<sup>15</sup> o direito contido

---

virtude de seu viés moral, que visava ordenar e disciplinar as cidades e as populações do período colonial (ARAUJO, 2011).

<sup>15</sup> O direito vulgar, resumidamente, consiste em uma visão e percepção menos técnica e mais popular do direito. O conceito foi elaborado por Otto Brunner que verificou como se deu a sobrevivência do direito romano no período medieval. Acerca da vulgarização do direito, recomendamos a leitura do artigo de Bernal (1994), que explica tal categoria no âmbito da América Espanhola. Para a América Portuguesa, o tema pode ser localizado nos debates entre rústicos e letrados, minuciosamente analisado por António Manuel Hespanha (2010b).

nas Ordenações mediante Provimentos, redigidos em uma linguagem mais acessível para a população, mas também para os oficiais camarários (ARAÚJO, 2016). Os Provimentos levaram o direito da Coroa para mais próximo de seus súditos e instituições, especialmente quanto “ao seu formato, às suas representações roupagens e procedimentos”. Não à toa, os Ouvidores são considerados promotores de um “intercâmbio entre uma linguagem própria (jurídica) possuidora de técnica específica e ritos regulamentados e a rusticidade das vilas brasileiras”. (PEREIRA, 2008, p. 26)

Do ponto de vista social e de gênero, visualizamos a estratificação e a hierarquização da sociedade colonial nas fontes, determinando inclusive a configuração estabelecida entre as partes processuais em virtude do próprio acesso à justiça pelos “homens bons”. Sempre tivemos, de um lado, um querelante ou denunciante reclamando que suas propriedades – mulheres, escravos e imóveis – foram enfeitiçadas por mulheres indígenas e/ou mestiças administradas e, de outro lado, escravas indígenas que se tornaram réis em autos criminais. Efetivamente, o fato de ser mulher e descendente da população indígena ou da africana, em conjunto com a condição jurídica imposta (de administrada ou escrava), muitas vezes bastou para incriminar e condenar alguém como feitiçeira (ARAÚJO, 2019).

No fundo de todas as denúncias e delações contra as feitiçeras, estavam o patriarcalismo, a misoginia e a intolerância a crenças não católicas. A despeito do fato que essas denúncias autorizassem, como estabeleciam as normas, que o juiz ou o Ouvidor recorresse a torturas e até fixassem a pena de morte às feitiçeras coloniais, elas não foram aplicadas. Entendemos que a Vila de Curitiba, como a maioria das Vilas coloniais da América Meridional Portuguesa, dependia da feitiçaria para a promoção de curas e para explicação das mazelas da vida, motivo decisivo para que juízes proferissem mais absolvições ou degredos do que outras penas, como a “morte natural”.

Do ponto de vista da cultura jurídica, os processos criminais nos mostraram que, apesar dos procuradores das réis e dos réus não possuírem formação jurídica acadêmica – chamados de rábulas ou “práticos” – estes conheciam as formalidades do direito e do processo, de modo a desenvolverem bem suas funções de defesa. O mesmo pode ser dito a respeito dos promotores, que não eram letrados, e exerciam outras funções na Câmara.

As petições estavam todas elaboradas na forma de artigos, como mandava as Ordenações do Reino, e em diversas passagens os rúbulas recorriam a argumentos de autoridade sintonizados com a melhor doutrina criminal da época moderna. Essas referências variavam entre teólogos, juristas, textos bíblicos e pagãos, além de diversos trechos em latim que remontavam a períodos mais remotos e clássicos do direito (ARAUJO, 2016).

Um dos autores identificados foi Prospero Farinacci, um importante criminólogo italiano do século XVI, que teve sua obra bem recepcionada em Portugal, onde se elaborou um manual, para os inquisidores portugueses, totalmente ancorado nas suas lições.<sup>16</sup> Outro autor identificado foi Martín Del Río, teólogo espanhol cuja obra teve muita circulação em Portugal em razão de orientar juízes, mas que foi banida por Pombal. Além desses autores, Cícero foi citado para reforçar que a função da defesa era auxiliar o juiz na leitura dos fatos. Conforme escreve António Manuel Hespanha (2015, p. 145–146), o autor foi um dos clássicos mais bem recepcionados por autores cristãos, influenciando o pensamento jurídico e político.

O uso de tal literatura nas peças jurídicas de processos criminais de feitiçaria, contudo, deve ser lido sem perder de vista que se tratava de fundamentos jurídicos extraídos de livros praxistas (ARAUJO, 2016; CABRAL, 2017). Quer dizer: não significa que os operadores jurídicos tivessem acesso físico ou conhecimento profundo a respeito dos textos clássicos da cultura jurídica e teológica erudita, mas também não significa que não possuíssem quaisquer noções sobre seu conteúdo. A forma com que os autores são citados na petição, associado às condições em que os rúbulas atuavam, nos permite concluir que mesmo nos confins da América Portuguesa, os livros práticos de direito circularam e constituíram a formação de seu público (ARAUJO, 2016).

Ainda do ponto de vista da cultura jurídica criminal, notamos a estratégia de absolvição das rés, por parte de seus procuradores, com a busca de provas de sua religiosidade, dada a natureza do crime de feitiçaria. Para tanto, alegavam a educação católica, o comparecimento às missas, bem como recorriam a testemunhos com peso comprobatório

---

<sup>16</sup> ARQUIVO NACIONAL DA TORRE DO TOMBO (ANTT). *Tribunal do Santo Ofício, Inquisição de Lisboa*, Livro 78.

superior, tal como o de um cristão-velho. Os rúbulas promoviam também a “desqualificação” dos delatores e de outras testemunhas de acusação, recorrendo, especialmente, aos argumentos de pobreza e de raça, que estavam juridicamente atrelados a pessoas menos dignas e confiáveis.

De uma perspectiva processual, eram frequentes os pedidos de nulidade dos processos criminais por falta de cumprimento dos requisitos jurídicos. Em um dos processos examinados, verificamos que um dos procuradores pediu a nulidade por não ter a acusação juntado um laudo de corpo de delito, o qual era lavrado por médico ou exorcista e comprovaria o nexos causal entre a morte e a suposta conduta criminosa da feiticeira, tal como recomendava a melhor doutrina e a jurisprudência dos Tribunais.

Também nos interessou o exame da construção da verdade pelos agentes autorizados a atuarem nos processos, ou seja, como o discurso criminal funcionou e como nele se operaram as diversas mediações. Levando em conta que as regras de processo criminal no século XVIII conferiam pouca voz aos acusados, percebemos que, nos momentos de inquirição das feiticeiras e de suas testemunhas, juizes e tabeliães atuaram dentro de seus poderes normativos e dentro dos moldes formulários das Ordenações e Provimentos. As inquirições, portanto, foram diretas e não se caracterizaram como dúbias ou incriminadoras, tal como ocorria e era permitido na Inquisição.

Atentamos, todavia, para o fato de que, em um dos autos de processo-crime, o juiz não tenha se interessado por uma delação indicativa da ocorrência de idolatrias em um suposto “cartório de feiticeiras”, que ocorria na casa de uma mulher proprietária. O desinteresse comprova a tese de que a justiça secular estava mais preocupada em apurar o dano causado pelo ato maléfico do que em investigar as crenças, tarefa precípua das justiças inquisitorial e eclesiástica na América Portuguesa. Ainda assim, devemos registrar que as menções ao Diabo estiveram mais presentes nas vozes das autoridades, dos denunciante e dos delatores do que nos próprios depoimentos das feiticeiras. Uma delas – por sinal, Januária, a mais sábia – disse que até via o Diabo, mas que com ele não conversava (ARAÚJO, 2016).

Podemos dizer, dessa maneira, que a particularidade do direito colonial foi a própria circularidade cultural, também manifestada, no

caso especial da feitiçaria, pelo sincretismo religioso entre as noções do magismo popular e do satanismo teológico. Dito de outro modo, as particularidades jurídicas não nos levaram a uma cultura “informal” ou “rústica” da justiça criminal, mas a uma cultura prática pautada em interpretações das normas do direito régio, que eram ou reforçadas ou adaptadas conforme os interesses jurídicos ou políticos locais, dando novo sentido ao direito.

Com base na análise dos processos criminais de feitiçaria pudemos concluir que a cultura jurídica criminal e processual criminal colonial estava situada entre a erudição jurídica escolástica deglutida pelos manuais praxistas e a adaptação prática dos crimes e do procedimento processual na América Meridional Portuguesa.

Além disso, o direito produzido pelos oficiais e práticos (não-letrados) no juízo ordinário da Vila de Curitiba notabilizou-se pelo diálogo com os Ouvidores (letrados) da Vila de Paranaguá, e não por ser opor a ela. Ora reforçando o direito régio, ora os interesses da elite, a prática jurídica colonial permitia que “interesses locais patrimonialistas e trocas de favores em redes de favorecimento [fossem] escondidas sob uma roupagem jurídica com a chancela d’el Rei.” (PEREIRA, 2008, p. 23). Portanto, a partir dos processos criminais de feitiçaria, reforçamos a noção de que a justiça criminal é um fenômeno cultural que pode – e deve ser – analisado por essa perspectiva metodológica.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS: SOBREVIVENDO À TRAVESSIA**

O presente texto teve o propósito de apresentar um mapa com algumas das principais reflexões e orientações metodológicas acerca dos processos criminais como fonte histórica, especialmente, para os operadores do direito poucos habituados a encarar o labirinto processual e a refletir sobre o direito a partir de uma perspectiva da história.

Apontamos, em um primeiro momento, as principais reflexões e características que potencializam o processo criminal como fonte: a polifonia, a intensividade e o valor etnográfico. Esperamos ter deixado claro que, apesar da relutância historiográfica quanto ao seu uso para a produção de uma história dos vencidos – o que em nossa visão inclui uma

história da justiça criminal diferente daquela prevista nas normas e/ou praticada pela elite jurídica – a questão parece ultrapassada e superada, sobretudo se observarmos a atual produção historiográfica.

Em um segundo momento do texto, elaboramos um mapa do labirinto, que teve como objetivo apresentar as armas e evidenciar as armadilhas que o pesquisador iniciante pode encontrar ao tomar o processo criminal como fonte histórica. Sublinhamos a necessidade inicial de reconhecer, na fonte, o seu contexto de produção, as regras e a doutrina de direito criminal e processual que instauram e norteiam o processo, bem como estarmos cientes das regras que regulamentam as instituições envolvidas e organizam a administração da justiça na qual os processos tramitaram.

Somente após tomarmos uma consciência mais crítica da documentação é que recomendamos o exame de seu conteúdo e das mensagens que o processo transporta sobre o crime. Mais do que compreender o que efetivamente ocorreu entre as partes, entendemos necessário perceber a finalidade do processo como um todo, desvendando, nas versões apresentadas pelas partes e aceitas pelo juízo, os significados das relações jurídico-sociais estabelecidas. Vale dizer, devemos identificar *como* os discursos e as práticas se articularam diante das formas jurídicas condicionantes e das possibilidades existentes.

Vimos que tal perspectiva não prejudica nossa “audição” e compreensão das vozes da sociedade e dos réus sob julgamento, pois é possível colocá-las em um plano de análise para além das teses, posturas, perspectivas e estratégias subjacentes ao embate jurídico-social, as quais são assumidas por personagens que representam e constituem a justiça, como visto ao largo deste artigo. Desse modo, outras jurisdições, direitos, sujeitos e práticas podem ser retirados da invisibilidade histórica a que foram submetidos, tornando muito mais complexo o cenário jurídico e o da história do direito criminal.

Amparadas nessas mesmas premissas, analisamos os processos feitiçaria que tramitaram numa vila “insignificante” – como tantas outras e, justamente por isso, significativa – da América Portuguesa, no século das luzes (XVIII). Com o auxílio dos processos criminais, junto a outras fontes provenientes do Juízo ordinário de Curitiba e da Ouvidoria de Paranaguá, conseguimos não só recuperar o espaço institucional, com

os seus principais agentes camarários, mas apresentar uma outra história jurídica da cultura jurídica colonial criminal, bem diferente daquela que só enxerga, no passado, as Ordenações Filipinas ou a tradição jurídica. É justamente nesse aspecto que o historiador do direito pode contribuir, pois uma abordagem crítico-jurídica ajuda em construções e desconstruções históricas não apenas jurídicas, considerando a distância entre teoria e prática no direito, mas também socioculturais.

Em síntese, encorajamos a pesquisa com processos criminais, em acréscimo a outras fontes, pois permite romper generalidades típicas de grandes sínteses, que se apartam de sujeitos subalternizados e de certos aspectos jurídico-culturais que acrescentariam novas percepções a respeito da cultura jurídica criminal e processual criminal.

## REFERÊNCIAS

ARAUJO, Danielle Regina Wobeto de. Feitiçaria na vila de Curitiba: direito e misoginia (XVIII). *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 10, p. 222-249, 2019. <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2018/31930>

ARAUJO, Danielle Regina Wobeto de. *Um “Cartório de Feiticeiras”*: direito e feitiçaria na Vila de Curitiba (1750-1777). Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016. <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/45470>

ARAUJO, Danielle Regina Wobeto de; VALLE, Gabrielle Stricker do. *Processo dos Delitos e das Heresias*: um guia de leitura das Ordenações Filipinas (1603) e do Regimento Inquisitorial de 1640. Porto Alegre: Editora Fi. 2019. <https://www.editorafi.org/593delitos>

BARROS, José D’Assunção. O tratamento historiográfico de fontes dialógicas. *Revista Expedições: Teoria da História & Historiografia*, Morrinhos, v. 3, n. 1, p. 9-37, 2012. [https://www.revista.ueg.br/index.php/revista\\_geth/article/view/288](https://www.revista.ueg.br/index.php/revista_geth/article/view/288)

BAUER, Caroline. Fontes sensíveis de história recente. In: PINSKY, Carla Bassanezi; LUCA, Tania Regina (org.) *O historiador e suas fontes*. São Paulo: Contexto, 2009. p. 173-194.

BERNAL, José Sánchez-Arcilla. En torno al derecho indiano vulgar. *Cuadernos de Historia del Derecho*, Madrid, n. 1, p. 13-24, 1994. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=905903>

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do direito*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BRANDÃO, Claudio. Tipicidade e Interpretação no Direito Penal. *Sequência*, Florianópolis, v. 35, n. 68, p. 59-89, 2014. <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2013v35n68p59>

BRETAS, Marcos Luiz. *O crime na historiografia brasileira: uma revisão na pesquisa recente*. *BIB*, Rio de Janeiro, n. 32, p. 49-61, 1991.

BRETAS, Marcos Luiz; GRUNER, Clóvis (orgs). Apresentação. *Revista História: Questões e debates*, Curitiba, vol. 64, n. 1, jan./jun., 2016. <https://doi.org/10.5380/his.v64i1.47670>

BRIGHTENTE, Liliam Ferraresi. *A condição jurídica criminal do escravo no Império do Brasil: um estudo a partir de Castro, província do Paraná (1850-1888)*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019. <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/62347>

BOURDÉ, Guy; MARTIN, Hervé. *As Escolas Históricas*. Lisboa: Publicações Europa-América, 1990.

BUENO, Almir de Carvalho. Processos-crime e micro-história: perspectivas e limitações em um estudo de caso. *Mneme - Revista de humanidades*, Caicó, v. 14, n. 32, p. 1-12, 2013. <https://periodicos.ufrn.br/mneme/article/view/5422>

BUSATO, Paulo Cesar. *Direito Penal: parte geral*. v. 1. 4. ed. rev. ampl. Curitiba: Atlas, 2018.

BUSATO, Paulo Cesar; CAVAGNARI, Rodrigo. Tipicidade penal finalista e tipo de ação significativo. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 9, n. 16, p. 147-180, 2017. <https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/view/101/87>

CABRAL, Gustavo César Machado. *Literatura jurídica na idade moderna: as decisões no reino de Portugal (séculos XVI e XVII)*. Rio de Janeiro, 2017.

CANTISANO, Pedro; PAES, Mariana Armond Dias. Apresentação: Processos judiciais e escrita da história na América Latina. *Varia História*, Belo Horizonte, v. 37, n. 74, p. 353-360, 2021. <https://doi.org/10.1590/0104-87752021000200002>

CASTELNAU-L'ESTOILE, Charlotte de. *Páscoa Vieira, diante da Inquisição*. Uma escrava entre Angola, Brasil e Portugal. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2020.

CAULFIELD, Sueann. *Em defesa da honra: moralidade, modernidade e nação no Rio de Janeiro (1918-1940)*. Campinas: Unicamp, 2000.

CHALHOUB, Sidney. *Trabalho, lar e botequim: o cotidiano dos trabalhadores do Rio de Janeiro na Belle Époque*. São Paulo: Brasiliense, 2001.



CORREA, Mariza. *Morte em família: representações jurídicas de papéis sexuais*. Rio de Janeiro: Graal, 1983.

CRENSHAW, Kimberlé Williams. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 10, n. 1, p. 171-188, 2002. <https://doi.org/10.1590/s0104-026x2002000100011>

COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 95-198.

COSTA, Pietro. *O conhecimento do passado: dilemas e instrumentos da historiografia*. Curitiba: Juruá, 2007.

COSTA, Pietro. Discurso jurídico e imaginação: hipóteses para uma antropologia do jurista. In: PETIT, Carlos (org.). *Paixões do Jurista: amor, memória, melancolia, imaginação*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 167-226.

DANTAS, Monica Duarte; NICOLETTI, Filipe Ribeiro. A importância dos acervos judiciais para a pesquisa em história: um percurso. *Cultlex*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 47-87, 2020. <http://lexcultccjf.trf2.jus.br/index.php/LexCult/article/view/418>.

DUVE, Thomas. Was ist ›Multinormativität‹? – Einführende Bemerkungen. *Rechtsgeschichte - Legal History*, Frankfurt, n. 25, p. 88–101, 2017. <https://doi.org/10.12946/rg25/088-101>

FARGE, Arlette. *O sabor do arquivo*. São Paulo: Edusp, 2009.

FAUSTO, Boris. *Crime e cotidiano. A criminalidade em São Paulo (1880-1924)*. São Paulo: Brasiliense, 1984.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5 ed. São Paulo, Atlas, 2007.

FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica à História do Direito*. Curitiba: Juruá, 2009.

FURMANN, Ivan. *Cultura jurídica e transição entre Colônia e Império: a experiência da Ouvidoria de Paranaguá e Curitiba*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/32532>

GARAPON, Antoine. *Bem Julgar: ensaio sobre o ritual judiciário*. Direito e Direitos do Homem, 9. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

GINZBURG, Carlo. *Mitos, emblemas, sinais: morfologia e história*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

GINZBURG, Carlo. O Inquisidor como antropólogo: uma analogia e as suas implicações. In: GINZBURG, Carlo, CASTELNUOVO, Enrico; PONI, Carlo. *A micro-história e outros ensaios*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1991.

GINZBURG, Carlo. *Relações de Força: história, retórica, prova*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GINZBURG, Carlo. *O queijo e os vermes*. 5 reimpr. São Paulo: Companhia das Letras, 2011a.

GINZBURG, Carlo. Controlando a evidência. In: NOVAIS, Fernando; SILVA, Rogério F. da (orgs.). *Nova história em perspectiva*. São Paulo: CosacNaif, 2011b.

GRINBERG, Keila. A história nos porões dos arquivos judiciários. In: PINKY, Carla Bassanezi; LUCA, Tania Regina (org.) *O historiador e suas fontes*. São Paulo: Contexto, 2009.

GROSSI, Paolo. *El orden jurídico medieval*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006a.

GROSSI, Paolo. *Primeira lição sobre direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2006b.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HESPANHA, António Manuel. Categorias: um pouco de teoria da história. In: HESPANHA, António Manuel. *Imbecillitas: as bem-aventuranças da inferioridade nas sociedades do Antigo Regime*. São Paulo: Annablume, 2010a.

HESPANHA, António Manuel. Rústicos. In: HESPANHA, António Manuel. *Imbecillitas: as bem-aventuranças da inferioridade nas sociedades do Antigo Regime*. São Paulo: Annablume, 2010b, p. 141-198.

HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópico do direito*. O direito e a justiça nos dias de hoje. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milênio*. 3. ed. Lisboa: Europa-América, 2005.

LACAPRA, Dominick. O queijo e os vermes: o cosmo de um historiador do século XX. *Topoi*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 30, p. 293-312, 2015. <https://doi.org/10.1590/2237-101X016030011>

LACCHÈ, Luigi. “*Não Julgueis*”: antropologia da justiça e figuras da opinião pública entre os séculos XIX e XX. Belo Horizonte: Lafayette, 2020.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Curso de Filosofia do direito*. O direito como prática. São Paulo: Atlas, 2021.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *História da justiça e do processo no Brasil do século XIX*. Curitiba: Juruá, 2017.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. São Paulo: Elsevier, 2008.

MARQUES, José Frederico. *Da Tipicidade Penal*. Instituto dos Advogados de São Paulo. Conferência realizada em 03/11/1950, no Curso de Especialização em Direito Penal. <http://www.revistajustitia.com.br/revistas/892735.pdf>

NOBRE, Marcos. Apontamentos sobre a pesquisa em direito no Brasil. *Cadernos direito GV*, p. 1-19, 2009. <http://hdl.handle.net/10438/2779>

PAES, Mariana Armond Dias. *Escravidão e direito*. O estatuto jurídico dos escravos no Brasil oitocentista (1860-1888). São Paulo: Alameda, 2019.

PEREIRA, Luís Fernando Lopes. A circularidade da cultura jurídica: notas sobre o conceito e sobre o método. In: FONSECA, Ricardo Marcelo. *Nova História Brasileira do Direito*: ferramentas e artesanias. Curitiba: Juruá, 2012.

PEREIRA, Luís Fernando Lopes. Estruturas político-jurídicas na América Portuguesa: entre centro e periferia. In: *I Congresso Latino Americano de História do Direito*, 2008, Puebla, México. Anais..., Puebla, 2008.

PEREIRA, Luís Fernando Lopes. Discurso histórico e direito. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). *Direito e discurso*. Florianópolis: Boiteux, 2006.

ROSEMBERG, André, SOUZA Luís Antônio Francisco de. Notas sobre o uso de documentos judiciais e policiais como fonte de pesquisa histórica. *Revista Patrimônio e Memória*, Assis, v. 5, n. 2, p. 159-173, 2009. <http://pem.assis.unesp.br/index.php/pem/article/view/175/534>

SABADELL, Ana Lucia. *Manual de sociologia jurídica*. Introdução a uma leitura externa do direito. 7. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SBRICCOLI, Mario. História do Direito e História da Sociedade: questões de método e problema de pesquisa. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 82, 2019. p. 288-312. <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2019v41n82p288>

SBRICCOLI, Mario. Fontes judiciárias e fontes jurídicas. Reflexões sobre a fase atual dos estudos de história do crime e da justiça criminal. In: NUNES, Diego (org.). *Estudos em história do direito penal e da justiça criminal*. Uberlândia: LAECC, 2020. <https://doi.org/10.12818/p.0304-2340.2019v74p135>

SILVA, Luisa Stella de Oliveira Coutinho. *Nem teúdas, nem manteúdas*: História das Mulheres e Direito na capitania da Paraíba (Brasil, 1661–1822). Frankfurt am Main: Max Planck Institute for European Legal History, 2020. <https://doi.org/10.12946/gplh15>

SIQUEIRA, Gustavo. *Pequeno Manual de Metodologia da Pesquisa Jurídica*: Roteiro de pesquisa para estudantes de Direito. Belo Horizonte: Instituto Pazes, 2020.

SIROTTI, Raquel Razente. Direito penal e política na Primeira República: uma análise dos processos judiciais relacionados à tentativa de assassinato de Prudente de Moraes em 1897. *Varia História*, Belo Horizonte, v. 37, n. 74, p. 429-462, 2021. <https://doi.org/10.1590/0104-87752021000200005>

VAINFAS, Ronaldo. História das mentalidades e história cultural. In: VAINFAS, Ronaldo; CARDOSO, Ciro Flamiron. *Domínios da História*. 2. ed. São Paulo: Elservier, 2011.

### **Additional information and author's declarations (scientific integrity)**

*Acknowledgement:* We thank our dearly missed Prof. Dr. António Manuel Hespanha, whose reflections and incentives encourage a large community of legal historians, including this present article. We also express our gratitude to Prof. Dr. Luis Fernando Lopes Pereira, who guided our methodological path in the treatment of the processes as a historical source.

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

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

- *Danielle Regina Wobeto de Araújo:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Gabrielle Stricker do Valle:* conceptualization, methodology, writing and validation – review and editing, final version approval.

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

### Editorial process dates

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

- Submission: 15/05/2021
- Desk review and plagiarism check: 01/06/2021
- Review 1: 08/06/2021
- Review 2: 08/06/2021
- Review 3: 22/06/2021
- Preliminary editorial decision: 30/06/2021
- Correction round return: 19/07/2021
- Final editorial decision: 19/07/2021

### Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 1 (RS e MG)
- Reviewers: 3

### HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

ARAÚJO, Danielle R. W.; VALLE, Gabrielle S. O fio de Ariadne: um mapa metodológico para o labirinto das narrativas do processo criminal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 7, n. 2, p. 1187-1224, mai./ago. 2021. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i2.576>



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

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

---

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

---






# The defendant's guilt beyond a reasonable doubt in the Italian criminal justice system

*A culpabilidade do réu além de qualquer dúvida razoável no sistema de justiça penal italiano*

**Francesco Callari<sup>1</sup>**

University of Pisa, Italy

francesco.callari@jus.unipi.it

 <https://orcid.org/0000-0003-1815-0149>

---

**ABSTRACT:** The criminal law standard of *Beyond A Reasonable Doubt* (BARD) constitutes an evidentiary and judicial rule, formulated and applied for centuries in common law jurisdictions, which was expressly stated in the Italian Code of Criminal Procedure only about fifteen years ago. Unfortunately, the concept of reasonable doubt is inherently complex and does not easily lend itself to definition or refinement. In this regard, the Author examines especially the various positions and elaborations developed by legal literature and case-law in Italy, proposing a specific interpretation of the BARD rule that enhances and completes the particular procedural connotations of the adversarial system adopted in the Italian criminal justice.

**KEYWORDS:** reasonable doubt; criminal procedure; presumption of innocence; burden of proof; standard of proof; judicial reasoning method; fair trial.

**RESUMO:** O *standard penal do Beyond A Reasonable Doubt (BARD)* constitui uma regra de prova e de juízo, formulada e aplicada durante séculos em jurisdições de *common law*, que foi expressamente introduzida no Código de Processo Penal italiano apenas cerca de quinze anos atrás. Infelizmente, o conceito de

---

<sup>1</sup> PhD in Criminal Procedure, University of Palermo (Italy). Professor of Criminal Procedure, Department of Law, Pisa University (Italy). Teaching Fellow at the RWTH Aachen University (Germany). Expert Judge at the Surveillance Tribunal of Palermo.

*dúvida razoável é inerentemente complexo e não se presta facilmente a uma definição ou a uma melhor delimitação. Diante disso, o autor examina sobretudo as diferentes posições e elaborações desenvolvidas pela doutrina e pela jurisprudência na Itália, oferecendo uma interpretação específica da regra BARD que valoriza e completa as conotações processuais particulares do sistema acusatório adotado na justiça penal italiana.*

**PALAVRAS-CHAVE:** *dúvida razoável; processo penal; presunção de inocência; ônus da prova; standard de prova; método de raciocínio judicial; justo processo.*

**TABLE OF CONTENTS:** 1. Establishing Criminal Liability Beyond a Reasonable Doubt: Introduction. - 2. The Italian Codification of a Common Law Legal Formula. - 3. "Beyond any Reasonable Doubt" as Evidentiary and Judicial Rule in the Italian Criminal Trial. - 4. Conclusion.

---

## **1. ESTABLISHING CRIMINAL LIABILITY BEYOND A REASONABLE DOUBT: INTRODUCTION.**

The judgment criterion of the "Beyond A Reasonable Doubt" (BARD) rule has a direct impact on the forceful reasons protecting both personal freedom and innocence, which for centuries have been a core subject of reflection on the establishment of the criminal liability in Western legal culture, and in particular in Anglo-American law tradition<sup>2</sup>. However, it is to be noted that currently in Italy there is a renewed

---

<sup>2</sup> For a thorough historical reconstruction of the BARD, see LANGBEIN, John H. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford and New York: Oxford University Press, 2003, p. 261 f.; SHAPIRO, Barbara J. "Beyond Reasonable Doubt" and "Probable Cause". *Historical Perspectives on the Anglo-American Law of Evidence*. Berkeley: University of California Press, 1991, *passim*; SHEPPARD, Steve. The Metamorphoses of Reasonable Doubt: How Changes in the Burden of Proof Have Weakened the Presumption of Innocence. *Notre Dame Law Rev.*, 2003, p. 1166 f.; WALDMAN, Theodore. Origins of the legal doctrine of reasonable doubt. *Journal of the History of Ideas*, 1959, p. 299 f.; WHITMAN, James Q. *The origins of reasonable doubt. Theological roots of the criminal trial*. New Haven: Yale University Press, 2008, *passim*.

attention within legal literature and case-law towards this principle, due to the legislative reform of the Italian Code of Criminal Procedure (hereinafter CCP).

In the point of fact, the Italian Law No. 46, February 20, 2006, by amending Art. 533, ph. 1, CCP, has explicitly stated that the Judge renders a decision against the defendant in the criminal proceedings «if the accused is found guilty of the alleged offence beyond any reasonable doubt». Hence, the Italian legislator has explicitly and solemnly included in the criminal procedure code the judgment criterion of “beyond any reasonable doubt” as a negative condition of the conviction against the accused.

In particular, from a logical-textual point of view, in the Italian codicistic discipline the BARD rule is formulated in a “negative” way (*i.e.* paying attention to the evidentiary situation that legitimizes the condemnation of the accused) and not in a “positive” way (that is to say in the perspective of the evidence that determines the acquittal), because – according to the traditional distribution of the *onus probandi* in the criminal proceeding – it is up to the prosecution to bring such evidence as to eliminate any reasonable doubt about the guilt of a defendant, who is presumed to be innocent until the contrary is proven.

Nevertheless, to the present day the evaluative criterion to establish criminal liability “beyond a reasonable doubt” is still generally characterized by substantial ambiguity and conceptual vagueness. Unfortunately, the concept of reasonable doubt is inherently complex and does not easily lend itself to definition or refinement. Therefore, in over fifteen years, in Italy the legislative introduction has not prevented a recurrence of different interpretations that mutually rebut each other in a fervid debate.

Precisely in this regard, this essay – through a careful analysis of various positions and elaborations developed in Italy by legal literature and case-law – aims to highlight that, in Italian criminal proceedings, the probatory and judgment criterion of reasonable doubt, without being reduced only to the subjective extent of judicial belief, is called to constitute (in implementation of the fundamental principle of *favor innocentiae*) a specific *legal method* of parties’ evidentiary argumentation, of judge’s conviction and, correlatively, of decision’s rational justification. In this perspective, therefore, the reconstructive key of the reasonable doubt concept, far from postulating the need for the establishment of a static

and abstract evidentiary standard, is based on the identification of a methodological path – capable of providing prescriptive modalities for the concrete formation of the judge’s conviction – to be pursued to reach that threshold of *legal certainty* necessary to justify the accused’s condemnation.

## 2. THE ITALIAN CODIFICATION OF A COMMON LAW LEGAL FORMULA.

In some common law countries, such as the United States of America, the evidentiary and judgment rule of the “beyond a reasonable doubt” has represented for centuries a real source of pride of their democracies, as well as the cornerstone of their criminal justice.

Under careful reflection, it appears to be almost impossible to relocate without due care and necessary adjustments the BARD formula – arisen and developed at the heart of common law, through a centuries-old elaboration both of legal literature<sup>3</sup> and of case-law<sup>4</sup> – to civil law trial

---

<sup>3</sup> For an analysis of this regulatory scheme in the common law legal literature, see, in particular, ALLEN, Jessie. Blind Faith and Reasonable Doubts: Investigating Beliefs in the Rule of Law. *Seattle Univ. Law Rev.*, 2001, p. 691 f.; CLARK, Sherman J. The Juror, the Citizen, and the Human Being: The Presumption of Innocence and the Burden of Judgment. *Crim. Law and Philos.*, 2014, p. 421 f.; LAUDAN, Larry. Is Reasonable Doubt Reasonable?. *Legal Theory*, 2003, 9, p. 295 f.; LAUDAN, Larry. *Truth, Error, and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 32 f.; LILLQUIST, Erik. Recasting Reasonable Doubt: Decision Theory and the Virtues of Variability. *U.C. Davis Law Rev.*, 2002, p. 86 f.; LIPPKE, Richard L. The Prosecutor and the Presumption of Innocence. *Crim. Law and Philos.*, 2014, p. 337 f.; MINHAS, Azhar J. Proof Beyond any reasonable doubt: Shifting Sands of a Bedrock. *Northern Illinois Univ. Law Rev.*, 2003, p. 46 f.; NEWMAN, John O. Beyond “Reasonable Doubt”. *New York Univ. Law Rev.*, 1993, p. 984 f.; RAMADAN, Hisham M. Reconstructing Reasonableness in Criminal Law: Moderate Jury Instruction Proposal. *Journal of legislation*, 2003, p. 233 f.; RAMADAN, Hisham M., The Challenge of Explaining “Reasonable Doubt”. *Criminal Law Bulletin*, 2004, p. 65 f.; ROBERTS, Paul; ZUCKERMAN, Adrian. *Criminal Evidence*, II ed., Oxford and New York: Oxford University Press, 2010, p. 366 f.; STEIN, Alex. *Foundations of Evidence Law*. Oxford and New York: Oxford University Press, 2005, p. 172 f.; WRIGHT, Richard W. Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts. *Iowa Law Rev.*, 1988, p. 1002.

<sup>4</sup> In particular, regarding the exact content of the numerous case-law decisions that in the United States have succeeded one another and have faced this

systems, where the administration of criminal justice is based on the formulation of reasoned decisions with grounds stated by professional Judges, and not on groundless verdicts issued by juries.

In truth, whereas a judicial system based on a jury poses the crucial problem of ensuring that a fair state of mind of the jurors, an “abiding conviction” on the criminal liability of the accused, is reached, in the Italian criminal procedural law the pure and simple personal belief of the Judge is irrelevant. What matters is the rational acceptability of the decision, as expressed in the *pars motiva* of the judgement<sup>5</sup>.

---

vexata quaestio, it is possible to ideally surmise an essential distinction: on the one hand, there are those judgments focusing on highlighting the ethical and political values expressed by the “beyond a reasonable doubt” rule [(*In re Winship*, 397 U.S. 358 (1970); *Victor v. Nebraska*, 512 U.S. 1 (1994); *Foucha v. Louisiana*, 504 U.S. 71 (1992); *Arizona v. Fulminante*, 499 U.S. 279 (1992); *Medina v. California*, 505 U.S. 437 (1992)]; on the other hand, there are conspicuously more important, diversified, and complex judgments that also aim at identifying the conceptual entity and the material elements of the heuristic formula of BARD [*McCullough v. State*, 99 Nev. 72, 75, 657 P.2d 1157, (1983); *Sullivan v. Louisiana*, 508 U.S. 257 (1993); *Jones v. United States*, 526 U.S. 227 (1999); *Moran v. Ohio*, 469 U.S. 984 (1984); *Cage v. Louisiana*, 498 U.S. 39 (1990); *The people of the State of California v. Orenthal James Simpson*, No. Ba097211 (1995); *Almendarez-Torres v. United States*, 523 U.S. 234 (1998); *Jones v. United States*, 526 U.S. 227 (1999)].

<sup>5</sup> Indeed, in judicial systems with a common law jury the fundamental point is to safeguard that a correct mental state of the judging body is formed, while the cognitive process culminating in the verdict cannot be really verified. On the contrary, in many continental Europe countries, such as Italy, the judicial system, foremost, requires that the judge demonstrate that he has not let himself be overcome by prevention and sentiment, as well as that he has not let himself be carried away by impulse and uncontrolled intuition. Furthermore, this kind of jurisdictional system wants the judge to demonstrate how he reached his conviction and the evidence used in the argumentative procedure, so explaining in the judgment motivation the logical process followed and how evidentiary elements were assessed with a positive or negative value. In this regard, see JONAKAIT, Randolph N. *The American Jury System*. New Haven and London: Yale University Press, 2003, p. 2 f.; LANGBEIN, John H. *op. cit.*, p. 321 f.; NAJDOWSKI, Cynthia J.; STEVENSON, Margaret C. (ed.). *Criminal juries in the 21st century. Contemporary issues, psychological science, and the law*. New York: Oxford University Press, 2019, p. 19 f.; VIDMAR, Neil (ed.). *World Jury Systems*. Oxford and New York: Oxford University Press, 2000, p. 23 f.

By way of explanation, in common law trial systems, while it is not possible to assess the cognitive process resulting in the verdict, the type of information provided to the jury is easy to control. Conversely, within the Italian criminal justice system, the Judge's task must be transferred in a precise and cogent legal ground for the taken decision. As a matter of fact, in light of the legislative provision, the judgment must be first and foremost expressed «specifying the reached results and the adopted criteria in the grounds of the judgment» (Art. 192, ph. 1, CCP). Furthermore, even after the recent approval of the Law No. 103, June 23, 2017, the reasons adduced for a judgment must be necessarily stated in a binary structure in which concisely the evidence fundamental for the decision and the «explanations on why the evidence in rebuttal are deemed to be unreliable» (with particular regard to some points expressly specified *ex lege*) are both indicated (Art. 546, ph. 1, Lett. E, CCP). The aim of all this is to legitimize, in a thorough manner, the judicial compliance with a determined historical reconstruction and the rebuttal of opposing hypotheses<sup>6</sup>.

Certainly, the meaning of “reasonable doubt” as codified in the *California Penal Code*<sup>7</sup> and mentioned in the *California Criminal Jury*

<sup>6</sup> In this regard, see CERESA-GASTALDO, Massimo. Nuovi (discutibili) profili dell'inammissibilità delle impugnazioni. In: BARGIS, Marta; BELLUTA Hervé (ed.). *La riforma delle impugnazioni tra carenze sistematiche e incertezze applicative (Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103 e al d.lgs. 6 febbraio 2018, n. 11)*. Torino: Giappichelli, 2018, p. 11 f.; CAPONE, Arturo. La motivazione della sentenza. In: GIULIANI, Livia; ORLANDI, RENZO (ed.). *Indagini preliminari e giudizio di primo grado. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*. Torino: Giappichelli, 2018, p. 297 f.; DELLA MONICA, Giuseppe. *Contributo allo studio della motivazione*. Padova: Cedam, 2002, p. 98 f.; IACOVIELLO, Francesco Mauro. *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*. Milano: Giuffrè, 1997, p. 226 f.; IACOVIELLO, Francesco Mauro. Lo standard probatorio dell'al di là di ogni ragionevole dubbio e il suo controllo in cassazione. *Cassazione Penale*, 2006, p. 3874; MENNA, Mariano. *La motivazione del giudizio penale*. Napoli: Jovene, 2000, p. 61 f.

<sup>7</sup> Of course, a definition of reasonable doubt, representing a cornerstone of the conceptual evaluation in common law, is reached in the *California Penal Code Section 1096*: «it is not a mere possible doubt; because everything relating to human affairs is open to some possible or imaginary doubt. It is that state of the case, which, after the entire comparison and consideration of all the evidence, leaves the minds of jurors in that condition that they cannot say they feel an abiding conviction of the truth of the charge».

*Instructions* has the absolute merit of binding, concretely and indissolubly, the «*abiding conviction*» with the «*entire comparison and consideration of all the evidence*». Nevertheless, it is not easy to contest that «*considering all the evidence and weighing it in an appropriate way are very distinct things*»<sup>8</sup>. This formula atones also for its shortcoming of focus on the *subjective state of the juror*, suggesting very little about the *kind of evidence necessary for conviction*, but above all ignoring the *process of reasoning through the evidence* altogether.

After all, this might be one of the salient points leading today towards an increasingly open discussion about the BARD “failure” in the common law experience<sup>9</sup>. In other words, the problem lies not so much in the undeniable hurdle of understanding and formalizing a notion of “reasonable doubt” that overcomes the objective ambiguity and the succinctness of this linguistic and conceptual formula<sup>10</sup>, but rather in

---

<sup>8</sup> LAUDAN, Larry. Is Reasonable doubt Reasonable?, *loc. cit.*, p. 305.

<sup>9</sup> Laudan expressly states, categorically and from different points of view, that «*BARD is failing*», so much so that he efficaciously concludes the following: «*BARD’s day has come and gone*» (*Truth, Error, and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology, loc. cit.*, p. 51 and 62). For a coherent critique of Laudan’s speculative position *in subiecta materia*, see STELLA, Federico; GALAVOTTI, Maria Carla. «*L’oltre il ragionevole dubbio*» come standard probatorio. *Le infondate divagazioni dell’epistemologo Laudan. Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2005, p. 883 f.

<sup>10</sup> It is interesting to note that a particular interpretation claims the concept of “reasonable doubt” to be *self-evident* or *self-defining*, and, therefore, already existing in the minds of the jurors. It is, hence, maintained that a prior definition, provided in the jury instructions, explaining the level of proof necessary to consider an accused guilty of a specific crime, is superfluous, or even inopportune and harmful: «*“reasonable doubt” must speak for itself. Jurors know what is “reasonable” and are quite familiar with the meaning of “doubt” Judges’ and lawyers’ attempts to inject other amorphous catch-phrases into the “reasonable doubt” standard, such as “matter of the highest importance”, only muddy the water. It is, therefore, inappropriate for judges to give an instruction defining “reasonable doubt”, and fit is equally inappropriate for trial counsel to provide their own definition*» (*U.S. v. Glass*, 846 F.2d 386, 1988). On closer inspection, nevertheless, this stand seems to be justified by the objective difficulty in formalizing a notion of this concept that could be largely embraced, rather than by the real existence of an immediate and general notion of a univocal meaning of the saying “reasonable doubt”. In truth, it was noted that «*the term “beyond a reasonable doubt” may be in common usage by the populace of this nation, but there is no demonstrable or reliable evidence that a reasonably appropriate*

the – more or less – obstinacy of legal practice and theory that keep on defining it in terms of *target mental state of the jurors*, thus leaving in a cryptic perspective the epistemic relevance of adversarial principle, probatory inferences, the assessment of alternative hypotheses, and the connections between evidence and final decision, hence, the whole dynamic aspect of the cognitive material operation<sup>11</sup>. On the other hand, the idea according to which «*it is not essential that a juror be able to give “some proper reason for entertaining it”; it may exist without his being able to formulate any reason for it*»<sup>12</sup> – typical of the *common law* tradition – appears to be intrinsically structured in a judicial system based on a verdict lacking the obligation to state grounds for it. In so reasoning, however, it is unchallengeable that «*if a juror’s doubt cannot be expressed, we cannot parse it along the axis that separates the rational from the irrational*»<sup>13</sup>.

Therefore, an effective and adequate reconstruction of the formula transplanted from the common law tradition to the criminal procedure code in force will have to confront the distinctive features of the Italian legal experience, in which this procedural institution – far from coming to a decision only according to the subjective measure of the Judge’s belief – is basically held liable for the creation of a legal method for the parties’ argumentations, the cognition of the judicial body, and the rational explanation on the adopted decisions. When facing the codification of

---

*definition is in common usage or well understood by prospective citizen jurors» (Concurring opinion by Anderson, in U.S. v. Witt, 648 F.2d 608, 612, 9<sup>th</sup> Cir. 1981). Furthermore, it should be noted that in the English system, where the criterion of *beyond a reasonable doubt* was coined, is currently practice to avoid explanations and clarifications on the material content of this rule, as such practice is deemed to negatively influence the juries.*

<sup>11</sup> It is no coincidence that LAUDAN, Larry. *Is Reasonable Doubt Reasonable?*, *loc. cit.*, p. 305, in relation to the centuries-old and invincible «*fundamental conceptual confusion*» on BARD and on the consequential problematic nature of its applicability, expressively recalls the importance to focus this rule on the *proofs necessary to justify a well-founded belief*, stating also that «*instead of instructing jurors as to what mental state they should have in order to vote to convict, courts would do better to inform jurors in a general way about the epistemic or logical features that a case must exhibit before it can properly be regarded as putting the accused’s guilt beyond reasonable doubt*».

<sup>12</sup> *Pennsylvania v. Dauphinee*, 121 Pa. Super. 565, 590 (1936).

<sup>13</sup> LAUDAN, Larry. *Is Reasonable Doubt Reasonable?*, *loc. cit.*, p. 308.



the probatory and judgment criterion characterizing the Anglo-American world, legal professionals have to deal with the impact of this innovation in the Italian justice system, as well as especially acknowledging, steering, and developing the strong correlation established between the “beyond any reasonable doubt” criterion and the dynamic structures of the criminal procedure adopted in Italy, where the burden of proof borne by the prosecution adds up to the obligation to state grounds for the judicial decisions<sup>14</sup>.

In the wake of the 2006 reform, a position emerged in the legal literature, aiming at minimizing the real enlightening significance of this new regulation<sup>15</sup> by supporting the nature of acknowledgement

---

<sup>14</sup> On the merits, it is interesting to notice that, according to the jurisdiction of the International Criminal Court, if on the one hand the Rome Statute establishes that, «*in order to convict the accused, the Court must be convinced of the guilt of the accused beyond reasonable doubt*» (Art. 66, ph. 3, SCPI), on the other hand, it provides that «*the decision shall be in writing and shall contain a full and reasoned statement of the Trial Chamber's findings on the evidence and conclusions*» (Art. 74, ph. 5, SCPI). In this regard, in particular, see FANCHIOTTI, Vittorio. *Il giudizio*. In: LATTANZI, Giorgio; MONETTI, Vito (ed.). *La Corte penale internazionale. Organi - Competenza - Reati - Processo*. Milano: Giuffrè, 2006, p. 1221 f.; FANCHIOTTI, Vittorio; MIRAGLIA, Michela; PIERINI, Jean Paul. *La Corte penale internazionale. Profili sostanziali e processuali*. Torino: Giappichelli, 2014; SCHABAS, William A. *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, II ed., Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 1635 f.; VAGIAS, Michail; FERENCZ, Janos. *Burden and Standard of Proof in Defence Challenges to the Jurisdiction of the International Criminal Court*. *Leiden Journal of International Law*, 2015, 28, 1, p. 133 f.

<sup>15</sup> For an interpretation towards a mitigation of the innovative scope of the reform, see F. D'ALESSANDRO, *L'oltre ogni ragionevole dubbio nella valutazione del nesso causale e della colpa: passi avanti della più recente giurisprudenza di merito e di legittimità*. *Cassazione penale*, 2006, p. 2406; V. GAROFOLI, *I nuovi standards valutativi e gli epiloghi decisori nel giudizio*. In: A. GAITO (ed.). *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la “legge Pecorella”*. Torino: Utet, 2006, p. 77 f.; G. ILLUMINATI, *Giudizio*. In: CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio; BARGIS, Marta. *Compendio di procedura penale*, IX ed., (Padova: Cedam, 2018, p. 882; LOZZI, Gilberto. *Lezioni di procedura penale*, XIV ed., Torino: Giappichelli, 2020, p. 599; PAPAGNO, Claudio. *L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie*. Milano: Giuffrè, 2009, p. 349; PERCHINUNNO, Vincenzo. *La fase del giudizio*. In: PISANI, Mario; MOLARI, Alfredo; PERCHINUNNO, Vincenzo; CORSO, Piermaria; DOMINIONI, Oreste; GAITO, Alfredo; SPANGHER, Giorgio. *Manuale di procedura penale*, VIII ed., Bologna: Monduzzi, 2008, p. 508; PISANI, Mario. *Riflessioni*

of a judgment rule already existing in the criminal justice system and, most of all, highlighting its abstract and programmatic nature for being a mere “token law”<sup>16</sup>.

It was stated that BARD was already an immanent rule in the Italian procedural law, as it naturally accompanies the basic principle of the presumption of innocence<sup>17</sup>. Art. 27, ph. 2 of the Italian Constitution (as well as by the more “precise” provision set forth in Art. 6, ph. 2, ECHR<sup>18</sup>), in particular, already provided the grounds for this guarantee criterion by considering that the persistence of any reasonable doubt on the defendant’s responsibility could never have allowed surmounting the obstacles of such guarantee. In support of the preexistence of the principle introduced by the 2006 reform of Art. 533, ph. 1, CCP in the Italian legal order, it has been especially emphasized that the codification of the “beyond any reasonable doubt” rule appears to be quite redundant,

---

sul tema del “ragionevole dubbio”. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, p. 1253 f.; TRIGGIANI, Nicola. Lo standard dimostrativo nella decisione di colpevolezza. In: INCAMPO, Antonio; SCALFATI, Adolfo (ed.). *Giudizio penale e ragionevole dubbio*. Bari: Cacucci, 2017, p. 327 f.; UBERTIS, Giulio. Fatto, prova e verità (alla luce del principio dell’oltre ogni ragionevole dubbio). *Criminalia*, 2009, p. 327.

<sup>16</sup> On this point, CORDERO, Franco. *Procedura penale*, VIII ed., Milano: Giuffrè, 2006, p. 1001, spoke in a critical way about a “banal Americanism” and “obvious truth”, considering the coded formula to be downright emphatic and unrealistic.

<sup>17</sup> On the same conclusion, see CAPRIOLI, Francesco. item “Condanna” (*diritto processuale penale*), in *Enciclopedia del diritto*, Ann. II, tome I, 2008, p. 103; FERRUA, Paolo. Il giudizio penale: fatto e valore giuridico. In: FERRUA, Paolo; GRIFANTINI, Fabio M.; ILLUMINATI, Giulio; ORLANDI, Renzo. *La prova nel dibattimento penale*, IV ed., Torino: Giappichelli, 2010, p. 381; KOSTORIS, Roberto E. item “Giudizio” (*diritto processuale penale*), in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XV, 1997, p. 9 f.; KOSTORIS, Roberto E. Le modifiche al codice di procedura penale in tema di appello e di ricorso per cassazione introdotte dalla cd. “legge Pecorella”. *Rivista diritto processuale*, 2006, p. 642; PAULESU, Pier Paolo. item “Presunzione di non colpevolezza”, in *Digesto penale*, vol. IX, 1995, p. 694.

<sup>18</sup> On the same subject, see in particular CHIAVARIO, Mario. Sub Art. 6. In: BARTOLE, Sergio; CONFORTI, Benedetto; RAIMONDI, Guido (ed.). *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*. Padova: Cedam, 2001, p. 153, and APRILE, Ercole. *Diritto processuale penale europeo e internazionale*. Padova: Cedam, 2007, p. 185 f.

since it was already stated in Art. 530, ph. 2, CCP, which expressively imposes the acquittal of the defendant, should the evidence be insufficient or contradictory<sup>19</sup>.

The trend in denying a true innovative value of the terms expressed in Art. 533 of the CCP could initially be found also in case-law. The first judgments of the Supreme Court after the entry into force of Law No. 46/2006 have acknowledged a mere descriptive nature of the legislative formula and maintained that the “reasonable doubt” on the guilt of the accused would already have entailed the acquittal pursuant to Art. 530, ph. 2, CCP<sup>20</sup>. The Court of Cassation has also pointed out that the legislator – by introducing the principle according to which a Judge renders an adverse decision only if the accused is found to be «guilty of the alleged crime beyond any reasonable doubt» – did not intend to decree a different and stricter criterion to evaluate the evidence<sup>21</sup>, insofar as Law No. 46/2006 has simply formalized a rule that was already absorbed by the case-law, and according to which a conviction is possible only if during the proceedings emerges the certitude of the defendant’s liability<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> In particular, see DIDONE, Antonio. La c.d. “Legge Pecorella” e i giudizi pendenti in cassazione: prime riflessioni. *Cassazione penale*, 2006, p. 391.

<sup>20</sup> Court of Cassation, I Division, June 28, 2006, Volpon, in *Electronic Documentation Centre of the Court of Cassation*, No. 234374; Court of Cassation, II Division, April 21, 2006, Serino, *ib.*, No. 233785; in compliance with Court of Cassation, II Division, November 9, 2012, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2014, p. 361.

<sup>21</sup> For the reasons that pushed the Italian legislator to code the judgment rule of the “beyond any reasonable doubt”, see CATALANO, Elena Maria. *Ragionevole dubbio e logica della decisione. Alle radici del giusnaturalismo processuale*. Milano: Giuffrè, 2016, p. 43 f.; CONTI, Carlotta. Al di là del ragionevole dubbio. In: SCALFATI, Adolfo (ed.). *Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio. Legge 20 febbraio 2006, n. 46, “legge Pecorella”*. Milano: Ipsoa, 2006, p. 87; DALIA, Gaspare. *Convincimento giudiziale e ragionevole dubbio*. Milano: Wolters Kluwer, 2018, p. 7 f.; MARZADURI, Enrico. *Sub Art. 5 l. 20 febbraio 2006 n. 46. Legislazione penale*, 2007, p. 88 f.; RUGGIERI, Francesca. Beyond any reasonable doubt: una matrice di common law. In: INCAMPO, Antonio; SCALFATI, Adolfo (ed.). *Giudizio penale e ragionevole dubbio, loc. cit.*, p. 307 f.

<sup>22</sup> Court of Cassation, I Division, May 11, 2006, Ganci, in *Electronic Documentation Centre of the Court of Cassation*, No. 234111. Indeed, in many judgments of the Supreme Court, rendered when the original formulation of Art. 533 was still into force, it is possible to come upon more or less explicit references to the “reasonable doubt” rule defined as criterion, as can be gathered

A different interpretation soon emerged within the complex debate on the real effects of the reform of Art. 533, ph. 1, CCP, aiming at representing the codification of the “beyond any reasonable doubt” principle if not as some sort of “Copernican revolution” in the trial assessment of the facts and of the criminal liability<sup>23</sup>, at least as a regulatory corroboration – according to the perspective of the completion of the adversarial procedure<sup>24</sup> and strengthening of the guarantees provided by a “fair trial” – of a specific epistemological statute.

Although admitting that the prove on the “reasonableness” of the doubt can rely on complicated judgments of value<sup>25</sup>, the idea of reducing this essential characteristic to a mere issue of personality that expresses generically the outcome of a judgment balancing the

---

from Art. 530, ph. 2, CCP, pursuant to which, should the evidence of guilt be insufficient or contradictory, the accused must be acquitted. To this end, see Court of Cassation, IV Division, January 23, 2002, Orlando, in *Rivista penale*, 2002, p. 671 f.; Court of Cassation, IV Division, September 25, 2001, Covili, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2002, p. 737 f. On the other hand, when the repealed code of procedure was still into force, it was possible to understand the *idée en germe* of this rule of judgment in some rare decisions of the Court of Cassation (Court of Cassation, I Division, July 1, 1987, Ingemi, in *Cassazione penale*, 1998, p. 1845; Court of Cassation, I Division, May 4, 1987, Lombardi, in *Rivista penale*, 1988, p. 512; Court of Cassation, I Division, April 27, 1987, Mazzotta, in *Cassazione penale*, 1988, p. 1699; Court of Cassation, V Division, December 12, 1975, Giannetta, in *Electronic Documentation Centre of the Court of Cassation*, No. 133816).

<sup>23</sup> See PALIERO, Carlo Enrico. Il «ragionevole dubbio» diventa criterio, *Guida al diritto*, 2006, 10, p. 73; in the same vein, see PIERGALLINI, Carlo. La regola dell’“oltre ragionevole dubbio” al banco di prova di un ordinamento di civil law. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, p. 593 f.

<sup>24</sup> For the codification of the “beyond any reasonable doubt” criterion as adjustment measure of the Italian trial system to the standard of the adversarial model, see CARLIZZI, Gaetano. *Liberò convincimento e ragionevole dubbio nel processo penale*. San Lazzaro di Savena: Bonomo, 2018, p. 10 f.; GUALTIERI, Piero. Diritto di difesa e prova scientifica. *Diritto penale e processo*, 2011, p. 494; LORUSSO, Sergio. La regola del “ragionevole dubbio” e la riforma delle impugnazioni. In: GAROFOLI, Vincenzo (ed.). *La sentenza della corte costituzionale 6 febbraio 2007, n. 26: un energico richiamo al metodo della giurisdizione*, *Atti del Convegno, Trani, 2-3 febbraio 2007*. Milano: Giuffrè, 2007, p. 95.

<sup>25</sup> See FERRUA, Paolo. La colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio. In: FILIPPI, Leonardo (ed.). *Il nuovo regime delle impugnazioni tra Corte costituzionale e Sezioni unite*. Padova: Cedam, 2007, p. 144.

blatancy of the inculpatory evidence and the abstract admissibility of the doubt does not seem to be shareable. The logical characteristic of “reasonableness” provides the doubt with the tangible and objective practicality nature avoiding that the outcome of the trial rests upon discretionary appreciations verging on a mere personal choice<sup>26</sup>.

Any nihilistic tendency to a skepticism portraying the “reasonableness” as an intrinsically indeterminate and fatally impossible to be determinate concept must be warded off, together with the approximate idea that it represents a datum perfectly intelligible through our most common intuition, as if it were a pure and simple feature of balance and moderation. In reality, *in subiecta materia*, “reasonableness” concept constitutes a rationality paradigm regarding a practical explanation, that is to say a logical pattern related to the issue of stating grounds as well as – and above all – to the intersubjective communication, control, and acceptability of these grounds during the proceedings. It is an argumentative rather than demonstrative (typical of the episteme) rationality that substantiates a justifying model aiming at making the reasons universal (rational acceptability)<sup>27</sup>.

In truth, the codification of the “beyond any reasonable doubt” evidentiary and judgment rule neither represents a useless frill, nor even an “Americanism”, but it constitutes an opportune (or at least clarifying) additional intervention with the aim of filling the vast “black hole”<sup>28</sup> left in the code of procedure of 1988 (that is to say the incomplete formulation

---

<sup>26</sup> On the other hand, the new literal formulation of Art. 533, ph. 1, CCP, associating the guilt decision to the fact that the accused is “found to be”, and not “deemed to be” guilty beyond any reasonable doubt, clearly alludes to the objective level of reasonableness of the responsibility analysis, rather than to the more or less relevant subjective levels of the deemed validity of the allegation (see F. Caprioli, *L'accertamento della responsabilità penale “oltre ogni ragionevole dubbio”*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2009, p. 65).

<sup>27</sup> On the merits, see STELLA, Federico. *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, III ed., Milano: Giuffrè, 2003, p. 169; MARZADURI, Enrico. Il mutamento delle scienze processualistiche. L'unità del sapere penalprocessualistico. In: GAROFOLI, Vincenzo (ed.). *L'unità del sapere giuridico tra diritto penale e processo, Atti del Convegno. Bari, 21-22 maggio 2004*. Milano: Giuffrè, 2005, p. 88, and TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 368.

<sup>28</sup> See STELLA, Federico, *op. cit.*, p. 141.

of Art. 530, ph. 2, CCP), an intervention that determines *ope legis* a general criterion of discernment – objective (*i.e.* existing *per se* as it is not bound to the mere subjective perception) and preceptive (*i.e.* not left to the good conscience of each Judge) – to identify an insufficient or contradictory probatory outcome.

Therefore, it appears that it is not possible to endorse the eminent and evocative doctrinal theory that aims at reducing the significance of the coded formula to a purely connotative-didactic value, as if it were a simple invitation from the legislator to urge upon the Judge caution and severity in evaluating: a sort of standard of caution, an ethical principle with a benefic pedagogical effect, as a strong reference to the need for the conviction to be the result of a prudent and circumspect examination of evidence<sup>29</sup>. It is easy to object that by simply shaping the “beyond any reasonable doubt” rule as a principle falling outside of the legal framework – on the basis of which the trier of fact can convict someone only if sure about the defendant’s guilt – the issue of having an objective standard to assess the evidence is moved to an essentially subjective dimension, in light of the fact that the caution addressing the Judge’s ethical behavior concerns his personal belief, and appears to refer to the individual and irrational *intime conviction* of the French, rather than a rational assessment of evidence<sup>30</sup>.

The reference, in first instance, to the assessment of a criminal liability “beyond any reasonable doubt” certainly removes all juridical value in the criminal judgment from the purely skeptic doubt, that is that doubt lacking any specific motive referred to what we have reason to think in given circumstances<sup>31</sup>.

Secondly, the BARD legal formula is needed to reiterate the essentially “probabilistic” nature of the guilty judgment, given that the

---

<sup>29</sup> See FERRUA, Paolo. La colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio, *op. cit.*, p. 141. In this sense, see also DANIELE, Marcello. Una prima applicazione giurisprudenziale della regola dell’al di là di ogni ragionevole dubbio. *Rivista di diritto processuale*, 2007, p. 254.

<sup>30</sup> See TARUFFO, Michele. Fatto, prova e verità (alla luce del principio dell’oltre ogni ragionevole dubbio). *Criminalia*, 2009, p. 310.

<sup>31</sup> See MARCONI, Diego. *Per la verità. Relativismo e filosofia*. Torino: Einaudi, 2007, p. 25.

evidentiary reasoning generates conclusions providing information that is not necessarily wholly included in the preambles. For these reasons, on the judgment of guilt it is never possible to confer complete certainty, but a more or less substantial probability degree<sup>32</sup>. Naturally, such “probability” is not merely quantitative, but it is a logical relationship between available evidence and the allegations to be verified.

Nevertheless, there is a *quid pluris* in the legislative formula coded in 2006: the introduction in the Italian criminal trial system of the “beyond any reasonable doubt” judgment rule does not call for a static (quite obvious and politically correct) evidentiary standard with reference to the gnoseological judicial ascertainment of guilt<sup>33</sup>. This rule codification, completing a multiannual legislative, academic and jurisprudential effort, aims at creating a legal method (but not a legalistic one) of juridical reasoning in the discriminating evaluation of proof and rational justification of the adopted decision.

When experiencing the reality of the Italian criminal trial system, one must inspect the substantial nature of the “beyond any reasonable

---

<sup>32</sup> See FESTA, Roberto. Induzione, probabilità e verisimilitudine. In: GIORELLO, Giulio (ed.). *Introduzione alla filosofia della scienza*, II ed., Milano: R.C.S., 1999, p. 285.

<sup>33</sup> On the merits, KOSTORIS, Roberto E., item “*Giudizio*” (*diritto processuale penale*), *loc. cit.*, p. 13, points out that it is impossible to define in the abstract the exact threshold according to which the evidence must be considerate as sufficient to justify a statement of guilt. Furthermore, in legal literature there is the belief that Art. 533, CCP establishes the qualitative standard required as proof of the defendant’s criminal liability, i.e. the threshold of certitude to which the evidence obtained during the proceedings must aim for in order to render a conviction (see DELLA MONICA, Giuseppe. *Il principio del libero convincimento*. In: CATALANO, Elena Maria; CURTOTTI NAPPI, Donatella; DELLA MONICA, Giuseppe; LORUSSO, Sergio; MONTAGNA, Mariangela; PROCACCINO, Angela. *Prova penale e metodo scientifico*. Torino: Utet, 2009, p. 211; in the same vein, FERRUA, Paolo. *Giusto processo: l’attuazione si misura con le incertezze della giurisdizione*. *Diritto e giustizia*, 2001, 26, p. 31; LORUSSO, Sergio. *La prova scientifica*. In: GAITO, Alfredo (directed by), *La prova penale*, vol. I, Torino: Utet, 2008, p. 341). Nevertheless, on a closer inspection, if the “reasonable doubt” is basically intended as a standard to overcome for the defendant’s conviction, the attention is brought on the *an* of the rational acceptability of the decision, whereas the dynamic aspect of the *quomodo* of such overcoming during the evaluative and decisional phase of the proceedings remains overshadowed.

doubt”, that is to say its objective projection and the operative schemes that can help the judicial implementation of this rule<sup>34</sup>. This is the only way to bring out the mainly dynamic nature of the functional interaction between the evidentiary and judgment rule under discussion and the inner conviction of the Judge, considering, in prospect, the subsequent activity of logically and juridically supporting it in the grounds of the judgment<sup>35</sup>.

### **3. “BEYOND ANY REASONABLE DOUBT” AS EVIDENTIARY AND JUDICIAL RULE IN THE ITALIAN CRIMINAL TRIAL.**

Even before the codification of the “beyond any reasonable doubt” criterion, it is possible to observe how the most mindful Italian case-law never backed out from the intellectual effort to formalize the *modus operandi* of this rule. Nonetheless, this case-law has taken good care of avoiding getting stuck in abstract schemes or sterile algorithms, and never rested upon the illusion of magic or miraculous formulae. The attention on the effort to provide a concrete meaning to the “reasonable doubt” concept focused on the field of the scientific evidence, which has always brought about cognitive problems that tend to overcome the common experience, and that request more solid grounds for the guilty decision.

Many Supreme Court decisions (such as the “Franzese” case) did not limit themselves to apodictically stating that insufficient, contradictory or uncertain evidence – that is to say the disclosure of the “reasonable doubt” – entails the neutralization of the charges and the consequent acquittal, but rather tried to elucidate the evidential reasoning that must lead to the guilty verdict. After having differentiated the statistical

---

<sup>34</sup> In this sense, PAULESU, Pier Paolo. *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, II ed., Torino: Giappichelli, 2009, p. 192, stressed that the already made codification of the “beyond any reasonable doubt” judgment rule set forth in Art. 533, ph. 1, CCP does not solve, but rather raises a problem on the decision about an uncertain fact that can find today, as in the past, an adequate solution only in terms of interpretation; as a consequence, he hoped for the determination of some conceptual coordinates that can be “reasonably” shared.

<sup>35</sup> See FERRUA, Paolo. *La colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio*, *op. cit.*, p. 145.



probability (relevant to the «empiric verification of the frequency regarding the sequence of events») from the logical probability (that «by following the inductive advancement of the evidential reasoning to establish the degree of confirmation of the alleged hypothesis on a specific circumstance to be proven, it includes the additional verification, on the grounds of the whole available evidence, [...] of the persuasive and rational credibility of the judicial ascertainment»), this decision has highlighted how, within criminal proceedings, the logical method must lead to a conclusion showing a “high degree of rational credibility”, hence to the “trial certainty”» so that «the interference of different developments is avoided»<sup>36</sup>.

Recently, Judges of the Supreme Court have specified in some judgements that, pursuant to the new statement of Art. 533, ph. 1, CCP, it is mandatory to pass a conviction when the obtained evidence leaves out only the remote possibility that, even if expressible in abstract and imaginable as possible *in rerum natura*, does not find the slightest validation when compared to trial findings, thus standing outside the natural order of things and of the normal human rationality<sup>37</sup>.

Certainly, these well-structured propositions cannot sum up the whole systemic operating process of the “beyond any reasonable doubt” criterion. In any case, even if still undeniably perfectible, they have the unquestionable merit of focusing on a distinctive connotation

---

<sup>36</sup> Court of Cassation, Joint Chambers, July 10, 2002, Franzese, in *Cassazione Penale*, 2002, p. 3643 (trans. vers.).

<sup>37</sup> See Court of Cassation, I Division, May 21, 2008, Franzoni, in *Cassazione penale*, 2009, p. 1840; Court of Cassation, I Division, May 26, 2010, Erardi, in *Diritto penale e processo*, 2011, p. 23; Court of Cassation, II Division, December 19, 2014, Segura, in *Electronic Documentation Centre of the Court of Cassation*, No. 262280; Court of Cassation, IV Division, February 19, 2016, in *Guida al diritto*, 2006 (29), p. 62; Court of Cassation, I Division, April 12, 2016, in *Electronic Documentation Centre of the Court of Cassation*, No. 266941; Court of Cassation, IV Division, May 3, 2016, in *Diritto e giustizia*, 2016; Court of Cassation, VI Division, December 6, 2016, S.M., in *Diritto penale e processo*, 2017, p. 309; Court of Cassation, VI Division, January 17, 2017, in *Giurisprudenza italiana*, 2018, p. 468; Court of Cassation, VI Division, February 14, 2017, Albano, in *Electronic Documentation Centre of the Court of Cassation*, No. 270299; Court of Cassation, IV Division, June 19, 2018, Castelli, *ib.*, No. 274358; Court of Cassation, V Division, November 12, 2018, Segreto, *ib.*, No. 275299; Court of Cassation, I Division, November 18, 2020, S., *ib.*, No. 280605.

of this regulatory provision: the statement of criminal liability in terms of certainty does not exclude the presence of the most abstract and remote possibility or any verisimilitude whatsoever, but the serious possibility to advance any other reasonable solution.

Furthermore, it is even more important to note that such statements attest how the “beyond any reasonable doubt” criterion does not represent the subjective measure of the Judge’s belief, but rather the objective condition of confirming the allegation on the basis of the available evidence, taken as basis for the guilty decision.

Therefore, by restating Art. 533, ph. 1, CCP, the legislator did not mean to enter the “forbidden garden” of the free conviction of the Judge, but only to overcome the traditional dichotomy between the legal evidence system and the *intime conviction*, in favor of a criminal justice administration that conciliates the free appraisal of the evidence with the rational predictability of the judgment<sup>38</sup>. Having coded the heuristic formula of the “beyond any reasonable doubt” means having adopted the argumentative *vis* of the doubt as a cognitive and communicable critical evaluation tool both of evidence and opposing allegations on the fact<sup>39</sup>.

In this respect, the “reasonableness” begins to be “the measure of all things”, whereas the criminal judgment – permanently ceasing to

---

<sup>38</sup> After all, the judgment rule expresses a “fundamental need for freedom”, tightly bounded to the rational nature of the modern trial (see PAULESU, Pier Paolo. *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, loc. cit., p. 180), which does not allow to leave the procedural assessment of truth to a Judge’s discretionary power of decision. Hence, the codification of the “reasonable doubt” criterion is necessary to avoid the contingency that the inner conviction is transformed from typical symbol of the adversary criminal trial (see NOBILI, Massimo. *Il principio del libero convincimento del giudice*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 32) into a “crowbar in the Judge’s hands” (see CORDERO, Franco, *op. cit.*, p. 588), which would be characterized by a substantial arbitrariness.

<sup>39</sup> Accordingly, the Judges from the Court of Cassation have also recently asserted that the “beyond any reasonable doubt” rule, introduced by Law No. 46/2006, imposes to the Judge a dialectic way of verifying the allegation according to the “doubt” criterion, so as to avoid any inner (self-contradiction or explanatory incapability) or external (existence of an alternative hypothesis provided with rationality and practical plausibility) doubts (see Court of Cassation, I Division, October 24, 2011, Javad, in *Electronic Documentation Centre of the Court of Cassation*, No. 251507; Court of Cassation, V Division, December 12, 2015, Stasi, in *Diritto penale contemporaneo* (web), June 29, 2016, p. 110).

constitute the solipsism of the judicial body – fully becomes a dialectic dispute between the parties of the trial before an independent Judge (*in medio cognoscens*). In short, the criminal trial becomes an *actus trium personarum* [a proceedings before three different actors], in which, by means of a rigorous process of a falsifying epistemology, the allegation undergoes multiple and systematic rebuttal so as to thoroughly sift the logical coherence and the compatibility with the evidence.

Through the rule of the “beyond any reasonable doubt”, as criterion for judicial assessment of evidence, the epistemological principle of the adversarial process permeates not only the evidential and reasoning procedure of the parties, but also the work of knowledge and rational explanation carried out by the Judge<sup>40</sup>. In truth, only by untangling all knots of the dialectic discussion developed during the course of the proceedings, both on antagonistic reconstructions and evidence, it is possible to have proper control on the possible alternative statement of facts capable of leading to the exclusion of a “reasonable doubt” margin on the guilt of the accused.

Finally, with one last notation, it is interesting to observe that in Italy the “beyond any reasonable doubt” criterion permeates the main lines of the criminal procedural system and gives salient expression to the cognitive status of justice *in criminalibus*, which gravitates around the fundamental principles of *orality* of trial and of *immediacy* in the formation of evidence.

This emerges with particular reference to the overturning of the first-instance acquittal, especially with regard to the judicial evaluation of the declarative evidence<sup>41</sup>. In fact, the BARD criterion requires generally

---

<sup>40</sup> The epistemological principle of the adversarial system is translated in a tool to stimulate a thorough investigation on any advanced hypothesis, demanding attention and openness of the judicial body toward the ascertainment of any alternative potentially undermining the original formulation of the Public Prosecutor (see GAITO, Alfredo. Il procedimento probatorio (tra vischiosità della tradizione e prospettive europee). In: ID. (directed by) *La prova penale*, vol. I, *loc. cit.*, p. 102).

<sup>41</sup> On the issue of the overturning on appeal, see COPPI, Franco. No all'appello del pm dopo la sentenza di assoluzione. *Il giusto processo*, 2003, p. 27 f.; PADOVANI, Tullio. Il doppio grado di giurisdizione: appello dell'imputato, appello del P.M., principio del contraddittorio. *Cassazione penale*, 2003, p. 4023

that, in the absence of occurred elements, any pejorative review carried out on appeal must be supported by resolute arguments, able to highlight objective inadequacies or insufficiencies of the acquittal decision<sup>42</sup>. In other words, in case of overturning on appeal, the first-instance acquittal of the accused must be no longer sustainable, even in the sense of leaving residual reasonable doubts open on the assertion of guilt. This means that a different judicial evaluation of equivalent plausibility, with respect to the assessment of the first judge, is not enough to overturn an acquittal; on the contrary, it is necessary, on the level of the rational justification of conviction, a “superior persuasive force”<sup>43</sup>, capable of bringing down any reasonable doubt.

However, in order to realize actually a “reinforced” motivation of the overturning that achieves and supports a decision of guilt “beyond a

---

f.; SPANGHER, Giorgio. Sistema delle impugnazioni penali e durata ragionevole del processo. *Corriere giuridico*, 2002, 10, p. 1262 f.; STELLA, Federico. Sul divieto per il pubblico ministero di proporre appello contro le sentenze di assoluzione. *Cassazione penale*, 2004, p. 756 f.; LOZZI, Gilberto. *Reformatio in peius* del giudice di appello e *cognitio facti ex actis* della Corte di cassazione. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2004, p. 641 f.; PISANI, Mario. Durata ragionevole del processo penale e appellabilità delle sentenze. *Rivista di diritto processuale*, 2006, p. 3 f.; TRANCHINA, Giovanni; DI CHIARA, Giuseppe, item “Appello” (diritto processuale penale), in *Enciclopedia del diritto*, Agg. III, Milano, 1999, p. 202 f.

<sup>42</sup> In this sense, see Court of Cassation, VI Division, November 21, 2012, in *Electronic Documentation Centre of the Court of Cassation*, No. 253909; Court of Cassation, VI Division, January 24, 2013, *ib.*, No. 254113; Court of Cassation, III Division, November 27, 2014, *ib.*, No. 262524; Court of Cassation, II Division, April 9, 2015, *ib.*, No. 263763; Court of Cassation, V Division, September 14, 2017, *ib.*, No. 272082; Court of Cassation, IV Division, March 14, 2017, *ib.*, No. 269610; Court of Cassation, IV Division, January 18, 2018, *ib.*, No. 272224.

<sup>43</sup> See Court of Cassation, Joint Chambers, april 28, 2016, Dasgupta, in *Electronic Documentation Centre of the Court of Cassation*, No. 267486. For an analysis of this decision, see AIUTI, Valerio. Poteri d’ufficio della Cassazione e diritto all’equo processo. *Cassazione penale*, 2016, p. 3214 f.; CAPONE, Arturo. Prova in appello: un difficile bilanciamento. *Processo penale e giustizia*, 2016, p. 52 f.; LORENZETTO, Elisa. *Reformatio in peius* in appello e processo equo (art. 6 Cedu): fisiologia e patologia secondo le Sezioni unite. *Diritto penale contemporaneo* (web), October 5, 2016; TESORIERO, Salvatore. Luci e ombre della rinnovazione dell’istruttoria dibattimentale in appello per il presunto innocente. *Giustizia penale*, 2017, III, c. 79 f.

reasonable doubt”, it is not possible to do without orality and immediacy in the reassuming of the declarative evidence turned out to be *decisive*. Otherwise, the *pars motiva* of the judgement would be compromised by the logical aporia deriving from the fact that the overturning of acquittal, made on the basis of a mere paper valuation of the evidence available to the first judge, «contains in itself the implicit reasonable doubt determined by the adoption of conflicting decisions»<sup>44</sup>. In such cases, in direct consideration of the canons of “fair trial” in criminal proceedings – contained in Art. 111 of the Italian Constitution, as well as in Art. 6 ECHR – the reasonable doubt about the accused’s guilt can be overcome only by using the “best” method for forming evidence. In this sense, in 2017 the Italian legislator (Law No. 103, June 23, 2017)<sup>45</sup> – also for the primary purpose of incorporating

---

<sup>44</sup> Court of Cassation, Joint Chambers, January 19, 2017, Patalano, in *Electronic Documentation Centre of the Court of Cassation*, No. 269786 (trans. vers.). On this point, see, in particular, APRATI, Roberta, *Overturning sfavorevole in appello e mancanza del riesame*. *Cassazione penale*, 2017, p. 2672 f.; BELLUTA, Hervé; LUPÁRIA, Luca. Ragionevole dubbio e prima condanna in appello: solo la rinnovazione ci salverà? *Diritto penale contemporaneo* (web), May 8, 2017; ROMBI, Natalia. Le Sezioni unite e le condanne cartolari nel giudizio abbreviato d’appello. *Processo penale e giustizia*, 2017, p. 806 f.

<sup>45</sup> In this regard, see AIUTI, Valerio. Obbligo di rinnovazione e prova dichiarativa. In: MARANDOLA, Antonella; BENE, Teresa (ed.). *La riforma della giustizia penale. Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all’ordinamento penitenziario (L.103/2017)*, Milano: Giuffré, 2017, p. 254 f.; BARGIS, Marta. Riforma in due fasi per la disciplina dell’appello penale. *Diritto penale contemporaneo* (web), June 13, 2018; BELLUTA, Hervé; LUPÁRIA, Luca. La rinnovazione dell’istruttoria dibattimentale fra legge e giurisprudenza: punti fermi... e non. *Sistema penale* (web), November 20, 2019; BRONZO, Pasquale. La nuova ipotesi di rinnovazione dell’istruzione dibattimentale in appello. In: BACCARI, Gian Marco; BONZANO, Carlo; LA REGINA, Katia; MANCUSO, Enrico Maria (ed.). *Le recenti riforme in materia penale*, Milano: Cedam, 2017, p. 413 f.; CAPRARO, Laura. Novità per l’appello: concordato sui motivi e obbligo di rinnovazione istruttoria. In: SCALFATI, Adolfo (ed.). *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, Torino: Giappichelli, 2017, p. 211 f.; CAPONE, Arturo. Appello del pubblico ministero e rinnovazione istruttoria. In: BARGIS, Marta; BELLUTA, Hervé. *La riforma delle impugnazioni tra carenze sistematiche e incertezze applicative (Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103 e al d.lgs. 6 febbraio 2018, n. 11)*, Torino: Giappichelli, 2018, p. 53 f.; MARANDOLA, Antonella. Prime riflessioni sul “nuovo” giudizio d’appello, *Diritto penale contemporaneo*, 2018, 2, p. 169 f.; MONTAGNA, Mariangela. La rinnovazione obbligatoria della prova in appello: problematiche applicative. *Processo penale e giustizia*, 2018, p. 1151

in the normative provisions the indications emerged in the Strasbourg Court's case-law<sup>46</sup> – has established that the judge provides the renewal of the trial evidentiary hearing, in the event of an appeal by the Public Prosecutor against an acquittal for reasons regarding the assessment of the declarative evidence (Art. 603, ph. 3-*bis*, CCP)<sup>47</sup>.

Therefore, even in this juridical dimension, the BARD formula results as a “very general criterion” of the criminal procedural system<sup>48</sup>, which constitutes, through a specific ontological and operative connotation, the “eye” through which to pass whenever a decision has to be made<sup>49</sup>.

---

f.; SPANGHER, Giorgio. Il “nuovo” giudizio di appello. *Diritto penale e processo*, 2018, p. 1329; SURACI, Leonardo. La rinnovazione del dibattimento in caso di proscioglimento. In: SPANGHER, Giorgio (ed.), *La riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, Pisa: Pacini, 2017, p. 262 f.

<sup>46</sup> European Court of Human Rights, October 5, 2011, *Dan v. Moldova*, § 33; European Court of Human Rights, July 5, 2016, *Lazu v. Moldova*, § 40; European Court of Human Rights, February 28, 2017, *Manoli v. Moldova*, § 32-33; European Court of Human Rights, June 29, 2017, *Lorefice v. Italy*, § 45. In this regard, more recently, see European Court of Human Rights, November 10, 2020, *Dan v. Moldova*, (No. 2), § 47; European Court of Human Rights, October 22, 2020, *Tondo v. Italy*, § 38; European Court of Human Rights, March 25, 2021, *Di Martino e Molinari v. Italy*, § 28.

<sup>47</sup> On this point, in particular, see Court of Cassation, IV Division, January 26, 2021, in *Electronic Documentation Centre of the Court of Cassation*, No. 281049; Court of Cassation, II Division, February 21, 2010, *ib.*, No. 279146; Court of Cassation, V Division, June 18, 2018, *ib.*, No. 274593. Moreover, *de iure condendo*, the *Study Commission for the reform of the justice system*, chaired by Giorgio Lattanzi, has recently proposed to abolish the appeal of the Public Prosecutor. This legislative proposal derives, with regard to the acquittal decisions, «from the standard of beyond any reasonable doubt, which [...] makes it logically inconceivable that the procedural certainty could be achieved after an absolution, except in the presence of vices of motivation that exclude the possibility of re-proposing the alternative assessment, and as a result of a complex and problematic renewal inquiry» (*Final Report of the Study Commission*, May 24, 2021 - *trans. vers.*).

<sup>48</sup> See Court of Cassation, Joint Chambers, January 19, 2017, Patalano, in *Electronic Documentation Centre of the Court of Cassation*, No. 269786.

<sup>49</sup> See BELLUTA, Hervé; LUPÁRIA, Luca. La parabola ascendente dell'istruttoria in appello nell'esegesi “formante” delle Sezioni Unite. *Diritto penale contemporaneo*, 3, 2017, p. 156.

#### 4. CONCLUSION.

In Italy, the BARD criterion pervades the fundamental structure of the criminal procedural system and gives significant expression to some of the principal guarantees *in causis criminalibus*: the presumption of innocence of the accused, the burden of evidence placed on the prosecution and the decision formula *in dubio pro reo*, as well as the obligation of rational justification of judgements.

Without meaning to build any abstruse heuristic paradigms, naively aiming at assimilating the *quomodo* of the trial knowledge to the methodological rigor of natural sciences, it is possible to state that the “beyond any reasonable doubt” criterion prevents the Judge from rendering a conviction every time that there is space left for incertitude that rests upon the inadequacy of the accusation (when the inculpatory evidence does not cover all the elements constituting the criminal offence or, in any case, is invalidated by counterproofs of the same demonstrating attitude) or on the existence of an alternative hypothesis – corroborated by solid evidence – that was not neutralized on its explanatory significance.

It is not sufficient that the allegation is simply proven to be more probable, plausible, or preferable if compared to the defense position, just because it is more conform to the facts relevant to assert the guilt. The decision convicting the defendant is denied when the allegation simply prevails – regardless of its margin of advantage – in light of the fact that it must categorically impose itself on any other probable factual hypothesis reconstruction, as if it had some sort of uncontested logical supremacy on the antagonistic reconstructions regarding the circumstances *sub iudice*<sup>50</sup>. In this manner, the burden of proof lying

---

<sup>50</sup> In this sense, the Judges of the Supreme Court uphold that the rule of the beyond any reasonable doubt permanently puts a strain on that jurisprudential orientation according to which, when facing more than one thesis in reconstructing the facts, a Judge could embrace one among them only because he deemed it to be the most probable one. This will not be allowed anymore because, in order to reach a conviction, a Judge must consider the reconstruction of the fact leading to the acquittal of the defendant as improbable, but must also believe that this alternative hypothesis is unreasonable (the hypothesis must be unreliable or lacking any corroboration) (see Court of

with the Public Prosecutor is added to the need to rebut the opposing explanations, even if not provided with sound evidence<sup>51</sup>. On the other hand, the burden of proof lying with the defense must only highlight the existence of plausible alternatives to the one – even if proven – of the prosecutor, in order to raise a “reasonable doubt” that the facts could have occurred in a different way<sup>52</sup>. Should this be the case, the rational existence of an exclusive and univocal certainty on the allegation would be therefore undermined<sup>53</sup>.

To conclude, the Italian legislator, with the normative interpolation of 2006, intended to include unequivocally and solemnly in the criminal procedure code the BARD rule, arisen and developed in the heart of the Anglo-American legal experience. However, in Italy both legal literature and jurisprudence had to manage a complex route of normative

---

Cassation, IV Division, November 12, 2009, Durante, in *Electronic Documentation Centre of the Court of Cassation*, No. 245879; Court of Cassation, V Division, February 19, 2014, *ib.*, No. 260409).

<sup>51</sup> For that matter, the doubt goes in favor of the accused even when the burden of proof lies with him, that is to say when he has to convince the Judge of the existence of a favorable fact. In truth, pursuant to Art. 530, ph. 3, CCP, «if there is proof that the fact is committed under a cause of justification, a personal reason of non-liability, or when there is a doubt on the existence of both these circumstances, the Judge pronounces an acquittal». See VAR-RASO, Gianluca. Ragionevole dubbio e prova delle esimenti. In: INCAMPO, Antonio; SCALFATI, Adolfo (ed.). *Giudizio penale e ragionevole dubbio*, *loc. cit.*, p. 339 f.

<sup>52</sup> See Court of Cassation, VI Division, December 5, 2018, in *Electronic Documentation Centre of the Court of Cassation*, No. 275290; Court of Cassation, VI Division, November 12, 2019, *ib.*, No. 277682.

<sup>53</sup> In an interesting decision, the Court of Cassation stated that the “reasonable doubt” must be grounded on matters of fact allowing an alternative reading of the value as evidence of the same elements used for the reconstructions, taking away from the opposing interpretation the persuasive univocality (see Court of Cassation, VI Division, April 4, 2013, No. 19749). On the other hand, in a more recent judgment, the Judges of the Court of Cassation reasserted how the conviction “beyond any reasonable doubt” entails that, should an alternative reconstruction of facts be proposed, the elements confirming the accepted reconstruction hypothesis have to be identified, so as to show the un-rationality of the doubt deriving from the same opposing hypothesis (see Court of Cassation, II Division, December 10, 2013, in *Electronic Documentation Centre of the Court of Cassation*, No. 1405; Court of Cassation, V Division, February 21, 2014, *ib.*, No. 16397).



implementation. They could not benefit *sic et simpliciter* from the precious and stratified heritage of common law experience, but had to deal with the particular juridical reality of a civil law system, in which specific emphasis is given to the procedural guarantee of the control over the evaluative, logical and argumentative process carried out by the judge and resulting from the decision's motivation. In this regard, the legislative acceptance of the BARD criterion in the Italian adversary criminal trial – far from being reduced only to a more rigorous assessment of evidence – has resulted in a legal method of evidentiary reasoning, through which to discern between the antagonistic hypotheses of innocence and guilt. In particular, the modification to Art. 533, ph. 1, CCP represents the formal and genuine recognition of a specific legal method which elevates the dialectic strength of reasonable doubt as an instrument for evaluating evidence and assumptions about facts in the finalistic perspective of the judgment motivation.

## BIBLIOGRAPHY

AIUTI, Valerio. Poteri d'ufficio della Cassazione e diritto all'equo processo. *Cassazione penale*, Milano, p. 3214, 2016.

AIUTI, Valerio. Obbligo di rinnovazione e prova dichiarativa. In: MARANDOLA, Antonella; BENE, Teresa (ed.). *La riforma della giustizia penale. Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario (L.103/2017)*, Milano: Giuffrè, 2017, p. 243.

ALLEN, Jessie. Blind Faith and Reasonable Doubts: Investigating Beliefs in the Rule of Law. *Seattle Univ. Law Rev.*, Seattle, p. 691, 2001.

APRATI, Roberta, *Overturing sfavorevole in appello e mancanza del riesame. Cassazione penale*, Milano, p. 2672, 2017.

APRILE, Ercole. *Diritto processuale penale europeo e internazionale*. Padova: Cedam, 2007.

BRONZO, Pasquale. La nuova ipotesi di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello. In: BACCARI, Gian Marco; BONZANO, Carlo; LA REGINA, Katia; MANCUSO, Enrico Maria (ed.). *Le recenti riforme in materia penale*, Milano: Cedam, 2017, p. 409.

BARGIS, Marta. Riforma in due fasi per la disciplina dell'appello penale. *Diritto penale contemporaneo* (web), June 13, 2018.

BELLUTA, Hervé; LUPÁRIA, Luca. Ragionevole dubbio e prima condanna in appello: solo la rinnovazione ci salverà? *Diritto penale contemporaneo* (web), May 8, 2017.

BELLUTA, Hervé; LUPÁRIA, Luca. La parabola ascendente dell'istruttoria in appello nell'esegesi "formante" delle Sezioni Unite. *Diritto penale contemporaneo*, Milano, 3, p. 151, 2017.

BELLUTA, Hervé; LUPÁRIA, Luca. La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale fra legge e giurisprudenza: punti fermi... e non. *Sistema penale* (web), November 20, 2019.

CAPONE, Arturo. Prova in appello: un difficile bilanciamento. *Processo penale e giustizia*, Torino, p. 52, 2016.

CAPONE, Arturo. La motivazione della sentenza. In: GIULIANI, Livia; ORLANDI, Renzo (ed.). *Indagini preliminari e giudizio di primo grado. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*. Torino: Giappichelli, 2018, p. 297.

CAPONE, Arturo. Appello del pubblico ministero e rinnovazione istruttoria. In: BARGIS, Marta; BELLUTA, Hervé. *La riforma delle impugnazioni tra carenze sistematiche e incertezze applicative (Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103 e al d.lgs. 6 febbraio 2018, n. 11)*, Torino: Giappichelli, 2018, p. 53.

CAPRARO, Laura. Novità per l'appello: concordato sui motivi e obbligo di rinnovazione istruttoria. In: SCALFATI, Adolfo (ed.). *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, Torino: Giappichelli, 2017, p. 201.

CAPRIOLI, Francesco. item "Condanna" (*diritto processuale penale*), in *Enciclopedia del diritto*, Ann. II, tome I, Milano, 2008, p. 103.

CAPRIOLI, Francesco. L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio". *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, p. 65, 2009.

CARLIZZI, Gaetano. *Libero convincimento e ragionevole dubbio nel processo penale*. San Lazzaro di Savena: Bonomo, 2018.

CATALANO, Elena Maria. *Ragionevole dubbio e logica della decisione. Alle radici del giusnaturalismo processuale*. Milano: Giuffrè, 2016.

CERESA-GASTALDO, Massimo. Nuovi (discutibili) profili dell'inammissibilità delle impugnazioni. In: BARGIS, Marta; BELLUTA, Hervé (ed.). *La riforma delle impugnazioni tra carenze sistematiche e incertezze applicative (Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103 e al d.lgs. 6 febbraio 2018, n. 11)*. Torino: Giappichelli, 2018, p. 11.

CHIAVARIO, Mario. *Sub Art. 6*. In: BARTOLE, Sergio; CONFORTI, Benedetto; RAIMONDI, Guido (ed.). *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*. Padova: Cedam, 2001, p. 153.

CLARK, Sherman J. The Juror, the Citizen, and the Human Being: The Presumption of Innocence and the Burden of Judgment. *Crim. Law and Philos.*, Dordrecht, p. 421, 2014. <https://doi.org/10.1007/s11572-013-9246-5>

CONTI, Carlotta. Al di là del ragionevole dubbio. In: SCALFATI, Adolfo (ed.). *Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio. Legge 20 febbraio 2006, n. 46, "legge Pecorella"*. Milano: Ipsoa, 2006, p. 87.

COPPI, Franco. No all'appello del pm dopo la sentenza di assoluzione. *Il giusto processo*, Milano, p. 6, 2003.

CORDERO, Franco. *Procedura penale*, VIII ed., Milano: Giuffrè, 2006.

D'ALESSANDRO, Francesco. L'oltre ogni ragionevole dubbio nella valutazione del nesso causale e della colpa: passi avanti della più recente giurisprudenza di merito e di legittimità. *Cassazione penale*, Milano, p. 2406, 2006.

DALIA, Gaspare. *Convincimento giudiziale e ragionevole dubbio*. Milano: Wolters Kluwer, 2018.

DANIELE, Marcello. Una prima applicazione giurisprudenziale della regola dell'al di là di ogni ragionevole dubbio. *Rivista di diritto processuale*, Padova, p. 254, 2007.

DELLA MONICA, Giuseppe. *Contributo allo studio della motivazione*. Padova: Cedam, 2002.

DELLA MONICA, Giuseppe. *Il principio del libero convincimento*. In: CATALANO, Elena Maria; CURTOTTI NAPPI, Donatella; DELLA MONICA Giuseppe; LORUSSO Sergio; MONTAGNA, Mariangela; PROCACCINO, Angela, *Prova penale e metodo scientifico*. Torino: Utet, 2009, p. 211.

DIDONE, Antonio. La c.d. "Legge Pecorella" e i giudizi pendenti in cassazione: prime riflessioni. *Cassazione penale*, Milano, p. 391, 2006.

FANCHIOTTI, Vittorio. *Il giudizio*. In: LATTANZI, Giorgio; MONETTI Vito (ed.). *La Corte penale internazionale. Organi - Competenza - Reati - Processo*. Milano: Giuffrè, 2006, p. 1221.

FANCHIOTTI, Vittorio; MIRAGLIA, Michela; PIERINI Jean Paul, *La Corte penale internazionale. Profili sostanziali e processuali*. Torino: Giappichelli, 2014.

FERRUA, Paolo. Giusto processo: l'attuazione si misura con le incertezze della giurisdizione. *Diritto e giustizia*, Milano, n. 26, p. 31, 2001.

FERRUA, Paolo. La colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio. In: FILIPPI, Leonardo (ed.). *Il nuovo regime delle impugnazioni tra Corte costituzionale e Sezioni unite*. Padova: Cedam, 2007, p. 144.

FERRUA, Paolo. Il giudizio penale: fatto e valore giuridico. In: FERRUA, Paolo; GRIFANTINI, Fabio M.; G. ILLUMINATI Giulio; ORLANDI, Renzo, *La prova nel dibattimento penale*, IV ed., Torino: Giappichelli, 2010, p. 381.

FESTA, Roberto. Induzione, probabilità e verisimilitudine. In: GIORELLO, Giulio (ed.). *Introduzione alla filosofia della scienza*, II ed., Milano: R.C.S., 1999, p. 285.

GAITO, Alfredo. Il procedimento probatorio (tra vischiosità della tradizione e prospettive europee). In: ID. (directed by) *La prova penale*, vol. I, Torino: Utet, 2008, p. 102.

GAROFOLI, Vincenzo. I nuovi standards valutativi e gli epiloghi decisori nel giudizio. In: GAITO Alfredo (ed.). *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la "legge Pecorella"*. Torino: Utet, 2006, p. 77.

GUALTIERI, Piero. Diritto di difesa e prova scientifica. *Diritto penale e processo*, Milano, p. 494, 2011.

IACOVIELLO, Francesco Mauro. *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*. Milano: Giuffrè, 1997.

IACOVIELLO, Francesco Mauro. Lo standard probatorio dell'al di là di ogni ragionevole dubbio e il suo controllo in cassazione. *Cassazione Penale*, Milano, p. 3874, 2006.

ILLUMINATI Giulio, Giudizio. In: CONSO Giovanni; GREVI, Vittorio; BARGIS, Marta, *Compendio di procedura penale*, IX ed., Padova: Cedam, 2018, p. 882.

JONAKAIT, Randolph N. *The American Jury System*. New Haven and London: Yale University Press, 2003.

KOSTORIS, Roberto E. item "Giudizio" (*diritto processuale penale*), in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XV, Roma, 1997, p. 9.

KOSTORIS, Roberto E. Le modifiche al codice di procedura penale in tema di appello e di ricorso per cassazione introdotte dalla cd. "legge Pecorella". *Rivista diritto processuale*, Padova, p. 642, 2006.

LANGBEIN, John H. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford and New York: Oxford University Press, 2003. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199287239.001.0001>

LAUDAN, Larry. Is Reasonable Doubt Reasonable?. *Legal Theory*, New York, n. 9, p. 295, 2003.

LAUDAN, Larry. *Truth, Error, and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511617515>

LILLQUIST, Erik. Recasting Reasonable Doubt: Decision Theory and the Virtues of Variability. *U.C. Davis Law Rev.*, Davis, p. 86, 2002. <https://doi.org/10.2139/ssrn.349820>

LIPPKE, Richard L. The Prosecutor and the Presumption of Innocence. *Crim. Law and Philos.*, Dordrecht, p. 337, 2014. <https://doi.org/10.1007/s11572-013-9208-y>

LORENZETTO, Elisa. *Reformatio in peius* in appello e processo equo (art. 6 Cedu): fisiologia e patologia secondo le Sezioni unite. *Diritto penale contemporaneo* (web), October 5, 2016.

LORUSSO, Sergio. La regola del “ragionevole dubbio” e la riforma delle impugnazioni. In: GAROFOLI, Vincenzo (ed.). *La sentenza della corte costituzionale 6 febbraio 2007, n. 26: un energico richiamo al metodo della giurisdizione*, Atti del Convegno, Trani, 2-3 febbraio 2007. Milano: Giuffrè, 2007, p. 95.

LORUSSO, Sergio. La prova scientifica. In: GAITO, Alfredo. (directed by). *La prova penale*, vol. I, Torino: Utet, 2008, p. 341.

LOZZI, Gilberto. *Reformatio in peius* del giudice di appello e *cognitio facti ex actis* della Corte di cassazione. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, p. 631, 2004.

LOZZI, Gilberto. *Lezioni di procedura penale*, XIV ed., Torino: Giappichelli, 2020.

MARANDOLA, Antonella. Prime riflessioni sul “nuovo” giudizio d’appello, *Diritto penale contemporaneo*, Milano, 2, p. 159, 2018.

MARCONI, Diego. *Per la verità. Relativismo e filosofia*. Torino: Einaudi, 2007.

MARZADURI, Enrico. Il mutamento delle scienze processualistiche. L’unità del sapere penalprocessualistico. In: V. Garofoli (ed.). *L’unità del sapere giuridico tra diritto penale e processo*, Atti del Convegno. Bari, 21-22 maggio 2004. Milano: Giuffrè, 2005, p. 88.

MARZADURI, Enrico. *Sub Art. 5 l. 20 febbraio 2006 n. 46. Legislazione penale*, Torino, p. 88, 2007.

MENNA, Mariano. *La motivazione del giudizio penale*. Napoli: Jovene, 2000.

MINHAS, Azhar J. Proof Beyond any reasonable doubt: Shifting Sands of a Bedrock. *Northern Illinois Univ. Law Rev.*, DeKalb, p. 46, 2003.

MONTAGNA, Mariangela. La rinnovazione obbligatoria della prova in appello: problematiche applicative. *Processo penale e giustizia*, Torino, p. 1150, 2018.

NAJDOWSKI Cynthia J.; STEVENSON, Margaret C. (ed.). *Criminal juries in the 21st century. Contemporary issues, psychological science, and the law*. New York: Oxford University Press, 2019. <https://doi.org/10.1093/oso/9780190658113.001.0001>

NEWMAN, Jon O. Beyond “Reasonable Doubt”. *New York Univ. Law Rev.*, New York, p. 984, 1993.

NOBILI, Massimo. *Il principio del libero convincimento del giudice*. Milano: Giuffrè, 1974.

PADOVANI, Tullio. Il doppio grado di giurisdizione: appello dell'imputato, appello del P.M., principio del contraddittorio. *Cassazione penale*, Milano, p. 4023, 2003.

PALIERO, Carlo Enrico. Il «ragionevole dubbio» diventa criterio. *Guida al diritto*, Milano, n. 10, p. 73, 2006.

PAPAGNO, Claudio. *L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie*. Milano: Giuffrè, 2009.

PAULESU, Pier Paolo. item “Presunzione di non colpevolezza”, in *Digesto penale*, vol. IX, Torino, 1995, p. 694.

PAULESU, Pier Paolo. *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, II ed., Torino: Giappichelli, 2009.

PERCHINUNNO, Vincenzo. La fase del giudizio. In: PISANI, Mario; MOLARI, Alfredo; PERCHINUNNO, Vincenzo; CORSO, Piermaria; DOMINIONI, Oreste; GAITO, Alfredo; SPANGHER, Giorgio, *Manuale di procedura penale*, VIII ed., Bologna: Monduzzi, 2008, p. 508.

PIERGALLINI, Carlo. La regola dell’“oltre ragionevole dubbio” al banco di prova di un ordinamento di civil law. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, p. 593, 2007.

PISANI, Mario. Durata ragionevole del processo penale e appellabilità delle sentenze. *Rivista di diritto processuale*, Milano, p. 3, 2006.

PISANI, Mario. Riflessioni sul tema del “ragionevole dubbio”. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, p. 1253, 2007.

RAMADAN, Hisham M. Reconstructing Reasonableness in Criminal Law: Moderate Jury Instruction Proposal. *Journal of legislation*, Notre Dame, p. 233, 2003.

RAMADAN, Hisham M. The Challenge of Explaining “Reasonable Doubt”. *Criminal Law Bulletin*, Boston, p. 65, 2004.

ROBERTS Paul; ZUCKERMAN, Adrian. *Criminal Evidence*. II ed., Oxford and New York: Oxford University Press, 2010.

ROMBI, Natalia. Le Sezioni unite e le condanne cartolari nel giudizio abbreviato d’appello. *Processo penale e giustizia*, Torino, p. 806, 2017.

RUGGIERI, Francesca. Beyond any reasonable doubt: una matrice di common law. In: INCAMPO, Antonio; SCALFATI, Adolfo (ed.). *Giudizio penale e ragionevole dubbio*. Bari: Cacucci, 2017, p. 307.

SCHABAS, William A. *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, II ed., Oxford: Oxford University Press, 2016.

SHAPIRO, Barbara J. “Beyond Reasonable Doubt” and “Probable Cause”. *Historical Perspectives on the Anglo-American Law of Evidence*. Berkeley: University of California Press, 1991.

SHEPPARD, Steve. The Metamorphoses of Reasonable Doubt: How Changes in the Burden of Proof Have Weakened the Presumption of Innocence. *Notre Dame Law Rev.*, Notre Dame, p. 1166, 2003. <https://doi.org/10.2139/ssrn.411101>

SPANGHER, Giorgio. Sistema delle impugnazioni penali e durata ragionevole del processo. *Corriere giuridico*, Milano, 10, p. 1261, 2002.

SPANGHER, Giorgio. Il “nuovo” giudizio di appello. *Diritto penale e processo*, Milano, p. 1329, 2018.

STEIN, Alex. *Foundations of Evidence Law*. Oxford and New York: Oxford University Press, 2005. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198257363.001.0001>

STELLA, Federico. *Giustizia e modernità. La protezione dell’innocente e la tutela delle vittime*, III ed., Milano: Giuffrè, 2003.

STELLA, Federico. Sul divieto per il pubblico ministero di proporre appello contro le sentenze di assoluzione. *Cassazione penale*, Milano, p. 756, 2004.

STELLA, Federico; GALAVOTTI, Maria Carla. «L'oltre il ragionevole dubbio» come standard probatorio. Le infondate divagazioni dell'epistemologo Laudan. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, p. 883, 2005.

SURACI, Leonardo. La rinnovazione del dibattimento in caso di proscioglimento. In: SPANGHER, Giorgio (ed.), *La riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, Pisa: Pacini, 2017, p. 255.

TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*. Milano: Giuffrè, 1992.

TARUFFO, Michele. Fatto, prova e verità (alla luce del principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio). *Criminalia*, Pisa, p. 310, 2009.

TESORIERO, Salvatore. Luci e ombre della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello per il presunto innocente. *Giustizia penale*, Roma, III, c. 79, 2017.

TRANCHINA, Giovanni; DI CHIARA, Giuseppe, item "Appello" (diritto processuale penale), in *Enciclopedia del diritto*, Agg. III, Milano, 1999, p. 202.

TRIGGIANI, Nicola. Lo standard dimostrativo nella decisione di colpevolezza. In: INCAMPO, Antonio; SCALFATI, Adolfo (ed.). *Giudizio penale e ragionevole dubbio*. Bari: Cacucci, 2017, p. 327.

UBERTIS, Giulio. Fatto, prova e verità (alla luce del principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio). *Criminalia*, Pisa, p. 327, 2009.

VAGIAS, Michail; FERENCZ, Janos. *Burden and Standard of Proof in Defence Challenges to the Jurisdiction of the International Criminal Court*. *Leiden Journal of International Law*, Leiden, n. 28 (1), p. 133, 2015. <https://doi.org/10.1017/s0922156514000570>

VARRASO, Gianluca. Ragionevole dubbio e prova delle esimenti. In: INCAMPO Antonio; SCALFATI, Adolfo (ed.). *Giudizio penale e ragionevole dubbio*. Bari: Cacucci, 2017, p. 339.

VIDMAR, Neil. (ed.). *World Jury Systems*. Oxford and New York: Oxford University Press, 2000. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198298564.001.0001>

WALDMAN, Theodore. Origins of the legal doctrine of reasonable doubt. *Journal of the History of Ideas*, New York, p. 299, 1959. <https://doi.org/10.2307/2708111>

WHITMAN, James Q. *The origins of reasonable doubt. Theological roots of the criminal trial*. New Haven: Yale University Press, 2008.



WRIGHT, Richard W. Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts. *Iowa Law Rev.*, Iowa city, p. 1002, 1988.

### **Additional information and author's declarations (scientific integrity)**

*Conflict of interest declaration:* The author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

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

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

### **Editorial process information**

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

- |   |   |
|---|---|
| <ul style="list-style-type: none"><li>▪ Submission date: 12.05.2021</li><li>▪ Preliminary control and similarity verification: 13.05.2021</li><li>▪ Review 1: 05.06.2021</li><li>▪ Review 2: 07.06.2021</li><li>▪ Editorial decision 1: 07.06.2021</li><li>▪ Correction round return: 23.06.2021</li><li>▪ Final editorial decision: 24.06.2021</li></ul> | <b>Editorial team responsible</b> <ul style="list-style-type: none"><li>▪ Editor-in-chief: 1 (VGV)</li><li>▪ Associated-editor: 1 (BC)</li><li>▪ Reviewers: 2</li></ul> |
|---|---|

### HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

CALLARI, Francesco. The defendant's guilt beyond a reasonable doubt in the Italian criminal justice system. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 7, n. 2, p. 1227-1260, mai./ago. 2021.  
<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i2.577>




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

# Convenience or inconvenience of requiring the unanimous consent of the co-defendants for the negotiated criminal justice mechanisms (in a restricted sense) in the Chilean criminal procedural system

*Conveniencia o inconveniencia de exigir el consentimiento unánime de los coimputados para los mecanismos de justicia penal negociada (en sentido estricto) en el sistema procesal penal chileno*

**Guillermo Oliver<sup>1</sup>**

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile  
guillermo.oliver@pucv.cl

 <https://orcid.org/0000-0003-4485-1870>

---

**ABSTRACT:** The main objective of this work is to analyze the convenience or inconvenience of requiring the unanimous consent of all the co-defendants for the adoption of agreements in the criminal process (in a restricted sense). Its secondary objective is to reflect on the possibility of making a legal modification on the subject for the Chilean criminal procedural system.

**KEYWORDS:** plea bargaining; negotiated criminal justice; agreements in criminal proceedings; co-defendants; abbreviated procedure.

**RESUMEN:** *Este trabajo tiene, como objetivo principal, analizar la conveniencia o inconveniencia de exigir el consentimiento unánime de todos los coimputados para la adopción de acuerdos en el proceso penal (en sentido restringido). Su objetivo secundario es reflexionar acerca de la posibilidad de efectuar una modificación legal sobre el tema para el ordenamiento procesal penal chileno.*

**PALABRAS CLAVE:** *plea bargaining; justicia penal negociada; acuerdos en el proceso penal; coimputados; procedimiento abreviado.*

---

<sup>1</sup> Professor and Head of the Department of Criminal Law and Criminal Procedure Law at the Law School of the Pontifical Catholic University of Valparaíso, Chile. Doctor Iuris, University of Barcelona, Spain. Master in Criminal Law and Criminal Sciences, Universities of Barcelona and Pompeu Fabra, Spain. Criminal lawyer.

**SUMMARY:** Introduction; 1. Agreements in the criminal process and general risk for equality before the law; 2. The individualist model and the consensual model: advantages and disadvantages; 3. Possibilities of a proposal for the Chilean legal system; Final considerations; References.

---

## INTRODUCTION

The expressions “negotiated criminal justice” and “agreements in the criminal process” can be understood in a broad sense or in a restricted sense. In a broad sense, they are used to refer to any agreement that takes place in the criminal process, even if it does not lead to a conviction or acquittal. In a restricted sense, they are used to refer only to an agreement that leads to a sentence that convicts or acquits the defendant<sup>2-3</sup>. In this work, such expressions are used in a restricted sense.

Since the end of the last century, for different reasons, negotiated criminal justice mechanisms, whose origin is usually seen in the plea bargaining of the United States criminal system, have proliferated in the criminal procedure laws of different countries belonging to or adhering to the continental European legal system<sup>4</sup>. Since the so-called *patteggiamento* emerged in Italy in the 1980s, following a recommendation from the

---

<sup>2</sup> See both senses of these expressions in HERRERA GUERRERO, Mercedes. La negociación en el nuevo proceso penal. Un análisis comparado, pp. 57-69.

<sup>3</sup> A different terminology uses ALBERGARIA, Pedro Soares de. Plea Bargaining. Aproximação à justiça negociada nos E.U.A., pp. 17-18, who points out that *consensual justice* (which is opposed to imposed or conflictual justice) would be the *gender* and that *negotiated justice* would be the *species* (which encompasses more cases than those that in this paper are called negotiated criminal justice mechanisms in a restricted sense).

<sup>4</sup> A brief explanation about the different causes that explain this proliferation can be seen in PRADO, Geraldo. Transação penal, pp. XXVII-XXIX. Highlights the impact that the increase in crime rates has had on this, LANGER, Máximo. From legal transplants to legal translations. The globalization of plea bargaining and the Americanization thesis in criminal procedure: “The reasons vary from jurisdiction to jurisdiction, but one common reason has been increasing crime rates in most of these countries in recent years. This

Committee of Ministers of the Council of Europe in 1987<sup>5</sup>, different forms of agreements in criminal proceedings have been recognized in different European countries, such as, for example, in France, the *plaider coupable*; in Germany, the *Absprache*; in Spain, the *conformidad*<sup>6</sup>, etc.

In the context of the criminal procedure reforms in Latin America that began at the end of the last century, different forms of agreements were also incorporated into the laws of various countries in this area, without much reflection<sup>7-8</sup>, such as, for example, in Nicaragua, the *acuerdos*; in Colombia, the *preacuerdos* and *negociaciones*; in Peru, the *terminación anticipada*; in Bolivia, in some provinces of Argentina and in Chile, the *procedimiento abreviado*, and so on.

Regardless of the greater or lesser effect that negotiated criminal justice mechanisms can produce for decongesting any criminal procedural system, the truth is that, over time, these agreements have received various criticisms. Among other defects, they have been attributed a coercive nature<sup>9</sup>, the deficient quality of the procedural truth that is reached

---

situation has produced an increasing burden on their criminal procedures, requiring them to handle more criminal cases in less time than before” (p. 48).

<sup>5</sup> Strictly speaking, the first antecedents of the *patteggiamento* predated that recommendation, since its first draft took place by means of a 1981 law. See CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*, p. 302.

<sup>6</sup> Strictly speaking, the *conformidad* is quite old in Spain and its antecedents even predate the Criminal Procedure Law of 1882 (see BARONA VILAR, Silvia. *La conformidad en el proceso penal*, pp. 239-244), but in the last decades, successive legal modifications have considerably expanded its scope of application.

<sup>7</sup> Recognizes it, for the Argentine case, MAIER, Julio B. J., *Prólogo*, pp. II-III.

<sup>8</sup> See a criticism of said “import” in ANITUA, Gabriel Ignacio. *La importación de mecanismos consensuales del proceso estadounidense, en las reformas procesales latinoamericanas*, pp. 43-65.

<sup>9</sup> In this sense, alluding to the plea bargaining of the United States, see LANGBEIN, John H. *Torture and Plea Bargaining*, pp. 3-22. The greater the distance that exists between the penalties imposed after criminal negotiation and the penalties that may be applied in oral trials, the lower the degree of voluntariness and freedom of the accused to waive the trial. In this sense, see SCHÜNEMANN, Bernd. *La reforma del proceso penal*, pp. 107-108.

However, Máximo Langer states that in order to consider the prosecutor’s offer as coercive, the existence of a large difference between the sentence applicable after negotiation and the sentence applicable at trial is not enough,

when such agreements are adopted has been criticized<sup>10</sup>, the consequent increased risk of conviction of innocents has been also criticized<sup>11</sup>, the decrease they produce in the preventive effectiveness of penalties has been also criticized<sup>12</sup>, it has been pointed out that they represent a danger to equality before the law<sup>13</sup>, etc<sup>14</sup>.

Regarding this last criticism, this paper examines some problems that negotiated criminal justice mechanisms may have in cases of co-defendants, depending on whether or not the unanimous consent of all of them is required, in order to evaluate the merits and demerits of the Chilean regulation on the point. Some of these problems could also appear in other agreements in the criminal process. But I will concentrate on the negotiated criminal justice mechanisms in a restricted sense, because in them such problems can be more intense. First of all, in this work, the danger of these agreements in criminal proceedings for equality before the law is analyzed, because this danger increases when there are co-accused. Next, the advantages and disadvantages of the two models observed in the Latin American panorama regarding the need for the consent of all co-defendants are examined<sup>15</sup>. This is the main objective

---

but it is also necessary for the prosecutor to alter the normal course of the process, for example, threatening to prosecute a weak case, charging with more serious offenses than those appropriate to the facts or requesting higher penalties than those that legally correspond. See LANGER, Máximo. Rethinking plea bargaining: the practice and reform of prosecutorial adjudication in American criminal procedure, pp. 231-243.

<sup>10</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. ¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?), p. 299.

<sup>11</sup> DUCE JULIO, Mauricio. Los procedimientos abreviados y simplificados y el riesgo de condenas erróneas en Chile: resultados de una investigación empírica, pp. 2, 4-11.

<sup>12</sup> NÚÑEZ OJEDA, Raúl. Código Procesal Penal, p. 393.

<sup>13</sup> RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. La justicia penal negociada. Experiencias de derecho comparado, pp. 96-97.

<sup>14</sup> An examination of some of such criticisms can be seen in OLIVER CALDERÓN, Guillermo. Reflexiones sobre los mecanismos de justicia penal negociada en Chile, pp. 455-457.

<sup>15</sup> The importance of comparative law for the criminal process of Latin American countries is highlighted by STIPPEL, Jörg and MARCHISIO, Adrián. Principio de oportunidad y salidas alternativas al juicio oral en América Latina, pp. 21-22. In any case, this work is not intended to conduct a comparative law

of the paper. As a secondary objective, the possibilities of a proposal of modification on the point are examined below for the Chilean criminal procedural system, based on the analysis of the defects and virtues of such models and on certain statistical data. The paper closes with some final conclusions.

## **1. AGREEMENTS IN THE CRIMINAL PROCESS AND GENERAL RISK FOR EQUALITY BEFORE THE LAW**

As I have anticipated, one of the various criticisms that have been raised against negotiated criminal justice systems consists of the attack that their application may imply on the principle of equality. The basis for this criticism is found in the arbitrariness with which the prosecutor can decide to negotiate with one defendant and not with another, despite the fact that both may find themselves in an identical situation and there are no reasons for a different punitive treatment<sup>16</sup>.

Several factors can contribute to the fact that agreements in the criminal process constitute a danger to equality before the law, factors that depend on how the mechanisms of negotiated criminal justice are regulated in the different criminal procedure legislations. For example, if the conclusion of such agreements depends on the will of the prosecutor and not on an objective element, such as the penalty with which the law punishes the crime, a risk to equality may arise. The same can happen if the prosecutor is not obliged to provide reasons for not offering a

---

research. The references made to different laws are only intended to recognize those models.

<sup>16</sup> In this sense it can be seen RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. La justicia penal negociada. Experiencias de derecho comparado, pp. 96-97; CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. El Ministerio Público y la justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica, pp. 272-273; DA SILVA BRANDALISE, Rodrigo. Justiça Penal Negociada. Negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes, p. 194; GIACOMOLLI, Nereu, José. Legalidad, oportunidad y consenso en el proceso penal, pp. 123-131. In a similar sense, but referring in general to the manifestations of the principle of opportunity, see OLAIZOLA NOGALES, Inés. El principio de oportunidad. ¿Modernización o crisis del Derecho penal?, p. 29.

settlement to a defendant, nor is there a legal need to judicially control his decision not to do so<sup>17</sup>.

This is one of the reasons why the main mechanism of criminal justice negotiated in Chile has been criticized by a sector of the doctrine of that country<sup>18</sup> (although this is not the aspect that has been criticized the most). In addition to the necessary consent of the defendant, the Chilean *procedimiento abreviado* requires the will of the prosecutor, so if he does not agree, it cannot take place. Likewise, its application does not depend on what is the penalty with which the law punishes the crime, but on what is the specific penalty that the prosecutor asks for in his accusation<sup>19</sup>.

This criticism loses some force when it comes to another Chilean mechanism of negotiated criminal justice: the *admisión de responsabilidad en el procedimiento simplificado*. This is so, because in this case it is the law that establishes a mandatory procedure that consists of the court asking the accused if he admits responsibility. In other words, the waiver of the trial by the accused does not depend on the will of the prosecutor<sup>20</sup>. However, since the *procedimiento simplificado* depends on the penalty requested by the prosecutor and not on an objective criterion, the danger to equality before the law remains<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup> See BIBAS, Stephanos. Designing plea bargaining from the ground up: accuracy and fairness without trials as backstops, p. 1069: “allowing appeals of prosecutors’ charging and plea-bargaining decisions can force them to justify their offers”.

<sup>18</sup> DEL RÍO FERRETTI, Carlos. Proceso penal, consenso de las partes y enjuiciamiento jurisdiccional, pp. 31-32; PECCHI CROCE, Carlos. El procedimiento abreviado en el nuevo Código Procesal Penal, p. 133.

<sup>19</sup> See RODRÍGUEZ VEGA, Manuel. Discrecionalidad del Ministerio Público objeto del juicio abreviado, pp. 517-519, who points out that this risk can be controlled with a standardization of criteria through general instructions issued by the Public Ministry. Among other general instructions of the National Prosecutor of the Public Ministry, see instructions N° 286/2010, of May 31, 2010, and N° 402/2016, of July 5, 2016.

<sup>20</sup> OLIVER CALDERÓN, Guillermo. Reflexiones sobre los mecanismos de justicia penal negociada en Chile, p. 468.

<sup>21</sup> See the general instruction of the National Prosecutor of the Public Ministry, No. 286/2010, of May 31, 2010, in which it is stated that the application of the *procedimiento simplificado* depends on the decision of the prosecutor (p. 3).



Eventually, in order to ward off this danger to equality before the law, the advisability of dispensing with the requirement of having the will of the prosecutor for the accused to waive the trial could be evaluated, demanding only some objective requirements and the will of the defendant. Something like this happened with a reform to the Italian *giudizio abbreviato* in 1999, a legal modification from which the authentic negotiation characteristic of this procedure has been questioned, precisely because of the disregard of the will of the prosecutor<sup>22</sup>.

In any case, it is evident that the risks that the use of negotiated criminal justice mechanisms produce for equality before the law are increased when it comes to co-defendants<sup>23</sup>, since in these cases it is more likely that the two or more people who are persecuted for the same crime they are in the same situation and, therefore, deserve the same punitive treatment<sup>24</sup>. The confrontation of these risks is different depending on whether the criminal procedural legislation in question is based on an *individualist* model or on a *consensual* model<sup>25</sup>.

## **2. THE INDIVIDUALIST MODEL AND THE CONSENSUAL MODEL: ADVANTAGES AND DISADVANTAGES**

In criminal procedural legislations that follow the *individualist* or *particularist* model, the possibility that agreements are adopted with only one of several co-defendants is allowed. This is the case, for example, of Ecuador, whose Code of Criminal Procedure, alluding to the *procedimiento abreviado*'s rules, indicates that “the existence of co-prosecuted persons

---

<sup>22</sup> In this sense, DEL RÍO FERRETTI, Carlos. Proceso penal, consenso de las partes y enjuiciamiento jurisdiccional, pp. 22-23, 76, 193-195.

<sup>23</sup> Suggest it ALBERGARIA, Pedro Soares de. Plea Bargaining. Aproximação à justiça negociada nos E.U.A., p. 122.

<sup>24</sup> Therefore, the *American Bar Association*, in its *Criminal Justice Standards*, points out the following: “Similarly situated defendants should be afforded equal plea agreement opportunities” (standard 14-3.1(d)).

<sup>25</sup> I have taken this way of naming the models that are described below in this work, from RIVERA LEÓN, Mauro Arturo. Algunas consideraciones sobre el procedimiento abreviado, p. 48.

does not prevent the application of these rules to any of them”<sup>26</sup> (art. 369). Similar provisions, all referring to the *procedimiento abreviado* or *proceso abreviado*, are found in the Codes of Criminal Procedure of, among other countries, Bolivia (art. 373), Uruguay (art. 272), Paraguay (art. 420), Costa Rica (art. 373), Guatemala (art. 464), El Salvador (art. 417), Dominican Republic (art. 363) and Mexico (art. 207), as in the new Argentine Federal Criminal Procedure Code (art. 323), all of which, in general, emulate the Model Criminal Procedure Code for Latin America (art. 371). This is also the case of Chile, in whose Criminal Procedure Code it is stated that “the existence of several accused or the attribution of several crimes to the same accused will not prevent the application of the abbreviated procedure rules to those accused or crimes with respect to which the assumptions indicated in this article concur”<sup>27</sup> (art. 406).

On the other hand, in the legislations that are based on the so-called *consensual* model, when there are co-defendants, all of them must consent to the conclusion of the agreement for it to take place. For example, the still in force Code of Criminal Procedure of the Argentine Nation is based on this model, which establishes that “when there are several defendants in the case, the abbreviated trial can only be applied if all of them agree”<sup>28</sup> (art. 431 bis N ° 8). A similar provision is found in the Criminal Procedure Code of Peru, regarding the *terminación anticipada* (art. 469)<sup>29</sup>.

There are also some legislations which do not make any reference to what happens when there are co-defendants, so they can hardly be qualified as representative of either of the two models. This is what happens, for example, in the Criminal Procedure Code of the Argentine Province of Córdoba (art. 415).

Both the individualist and the consensual models have virtues and defects. Among the advantages of the individualist model, it is worth mentioning the fact that it is better adjusted to the considerations

---

<sup>26</sup> Free translation.

<sup>27</sup> Free translation.

<sup>28</sup> Free translation.

<sup>29</sup> However, a similar institution contained in the same Code, the *conclusión anticipada del juicio*, is based on the individualist model (art. 372.4).

that explain the emergence of negotiated criminal justice mechanisms. It is often stated that the proliferation of these mechanisms has been due to the need to seek efficiency in the use of the always scarce resources of the criminal procedural system<sup>30-31</sup>, an efficiency that is also projected in saving time and resources for the accused and for the victim<sup>32</sup>. The particularist model is more efficient than the consensual one, since it allows that, at least with respect to some of the co-defendants –those who accept the agreement and renounce the trial–, there is a saving of time and resources, along with facilitate the prosecutor to reduce the complexity –given by the number of co-defendants– of the causes that he takes to trial. The consensual model, on the other hand, by requiring the consent of all the co-defendants, could make it difficult to adopt agreements in criminal matters, which could lead to fewer cases ending up through negotiation and more cases having to be brought to trial, with the risk that this would have for the efficiency of the system.

However, the individualist model also has disadvantages. Among them is the obvious risk it has to equality before the law. If the consent of all the co-defendants is not necessary for the negotiation to succeed, there is a danger that only some of them will be “chosen” by the prosecutor to offer

---

<sup>30</sup> Very clearly, PUENTE SEGURA, Leopoldo. La conformidad en el proceso penal español: “En suma, desde esta perspectiva práctica se reconoce simplemente, sin esfuerzo de construcción conceptual alguna que pretenda justificarlo, que la introducción de este tipo de fórmulas aplicadas al proceso penal no tiene otra finalidad que la descongestión de la maltrecha administración de justicia, cuya relativa ineficacia es particularmente insoportable en el ámbito del orden jurisdiccional penal” (pp. 31-32).

<sup>31</sup> See VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. As tendências de expansão da justiça criminal negocial em âmbito internacional: a barganha como instituto importado em convergências entre sistemas, p. 162; THE SAME. Barganha e justiça criminal negocial. Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro, pp. 150-159. This author considers that this reason does not allow to legitimize the proliferation of such mechanisms. In the same sense, see GROSSI, Ana Claudia. Pode o acordo ser uma solução para os problemas da morosidade e sobrecarga da Justiça? Subsídios para um debate, a partir da experiência alemã, pp. 133-171.

<sup>32</sup> RIEGO RAMÍREZ, Cristián. El procedimiento abreviado, p. 208; MARTÍNEZ, Santiago. La víctima y el juicio abreviado, pp. 55-56.

them a settlement, despite the fact that they are all in the same situation<sup>33</sup>. From this point of view, the consensual model is more respectful of the principle of equality.

Another disadvantage of the individualist model is that it allows apparently contradictory sentences to be produced, since the co-defendant who accepts the agreement and waives the trial will most likely be convicted, but the co-defendant who participated in the same crime and who is brought to trial could eventually be acquitted<sup>34</sup>. This is something that could be difficult for society to understand or accept. In the consensual model this situation is avoided, which can be considered an advantage of this model<sup>35</sup>.

On the other hand, the particularist model allows a series of risky situations to occur for the presumption of innocence of the co-defendants who are not “chosen” to enter into the agreement with the prosecutor and who are taken by the prosecutor to the trial. For example, (a) the sentence that condemns those who entered into the agreement, could identify the other co-defendants as participants in the crime, even though they did not intervene in the negotiation procedure. It could also happen (b) that in the trial against the co-defendants who were not part of the agreement, the prosecutor offers as evidence the conviction obtained, and that the court bases the new conviction on that sentence. Or, (c) it could happen that in the trial against those who did not enter into the agreement, the prosecutor offers as witnesses those defendants who were convicted after the negotiation, although it is debatable that

---

<sup>33</sup> In Chile, however, and despite the fact that equality before the law is recognized in the Constitution (art. 19 No. 2), the Constitutional Court has held that this characteristic of the *procedimiento abreviado* does not necessarily mean unconstitutionality, provided that the exercise of the prosecutor’s discretionary power is not arbitrary. See judgment of May 10, 2011, case No. 1481-2009.

<sup>34</sup> See RIED UNDURRAGA, Ignacio. El efecto de la sentencia condenatoria del procedimiento abreviado en el juicio indemnizatorio por responsabilidad civil *ex delicto*, p. 615, who points out that this may give rise to a paradoxically arbitrary situation.

<sup>35</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio and GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. ¿Por qué se conforman los inocentes?, p. 9; LOZANO EIROA, Marta. Conformidad y pluralidad de acusados, p. 349.

they are true witnesses, since they would not testify on a foreign fact, but on an own fact<sup>36-37</sup>.

These problems are not only theoretical, as they are observed in the practice of those criminal procedure systems based on the individualist model. Some of these problems have even come to the attention of international human rights courts, not the Inter-American Court of Human Rights, but the European Court of Human Rights.

In the case *Navalny and Ofitserov versus Russia*<sup>38</sup> (2016), the applicants, who were co-defendants, alleged that their right to the presumption of innocence was violated and the European Convention on Human Rights was also violated, because in their opinion the national court convicted them on the basis for the conviction of another co-defendant who had been convicted of the same crime after the adoption of an agreement with the prosecutor.

In relation to the first problem (a), the Strasbourg Court held that in the drafting of judicial decisions one must be especially careful not to incur a prejudice on the guilt of third parties who do not intervene in the same procedure (paragraph 99). And the Court added that, if, due to the nature of the charges, it is practically unavoidable to involve third parties in the procedure, this would have to constitute a serious impediment to a separate trial of the co-defendants (paragraph 104).

---

<sup>36</sup> Affirms that they would state as defendants, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La mínima actividad probatoria en el proceso penal, pp. 206-208. Claim that they would be true witnesses, DE DIEGO DÍEZ, Luis-Alfredo. La conformidad del acusado, pp. 358-359; DÍAZ PITA, María Paula. Conformidad, reconocimiento de hechos y pluralidad de imputados en el procedimiento abreviado, pp. 115-123.

<sup>37</sup> As a demonstration of the difficulty of affirming that these cases are witnesses, it should be noted that, in Italy's *Codice di Procedura Penale*, there is an intermediate figure applicable in these cases: the defendant in a related proceeding or in a crime related (art. 210). He is similar to the witness, because he is required to appear in court. But he also resembles the accused, insofar as he is guaranteed that he is assisted by a defense attorney and the court advises him that he has the power not to answer the questions that are asked of him.

<sup>38</sup> In Russia, the criminal process follows the individualist model for negotiated criminal justice mechanisms.

Regarding the second problem (b), the European Court pointed out that, in the judgment of the applicants, the facts that founded the conviction of the co-defendant who accepted the agreement could not have been taken as proven, adding that such facts, because evidence had not been provided to prove them, they were not really proven, but legally assumed in the negotiation (paragraph 105).

Regarding the third problem (c), the Court affirmed that the co-defendant who had been convicted after an agreement with the prosecutor, when testifying as a witness in the trial against the applicants, was forced to repeat the statements he had made previously, those that did not refer to truly proven facts, without their assertions being corroborated with other evidence in the trial, so that the facts could not be considered proven (paragraph 109).

The requirement that there be evidence to corroborate the statements of a co-defendant who testifies as a witness in court and who has previously been convicted through a negotiated criminal justice mechanism, was again formulated by the Strasbourg Court in the case *Razvozhayev versus Russia and Ukraine and Udaltsov versus Russia* (2019).

In any case, for the European Court, the simple fact that co-defendants convicted after an agreement with the prosecutor testify as witnesses in the trial against other co-defendants, does not *per se* represent a violation of the European Convention on Human Rights, provided that their statements are confronted and are consistent with additional evidence rendered at trial. This was argued in the case *Kadagishvili versus Georgia*<sup>39</sup> (2020).

The Chilean Supreme Court also does not see problems when co-defendants already convicted testify in court as witnesses against other co-defendants for the same crime<sup>40,41</sup>. This is so, despite the fact that, according to the Criminal Procedure Code of that country, the status of the accused is not lost until the execution of the sentence is finished (art. 7°). As long as the execution of the sentence that condemns him after

---

<sup>39</sup> As in Russia, the criminal process in Georgia follows the individualist model.

<sup>40</sup> See its judgment of July 12, 2010, in case No. 3003-2010.

<sup>41</sup> The possibility of this happening is favored by Article 185 of the Chilean Criminal Procedure Code, which allows the Public Ministry to separate criminal investigations without any limitation.

the negotiation is not completed, the co-defendant maintains his right to remain silent, so he cannot be forced to testify in court as a witness for the same act against another co-defendant<sup>42</sup>.

Regardless of whether the European Court of Human Rights and the Chilean Supreme Court do not consider these situations problematic, the existence of these inconveniences could be considered another disadvantage of the individualist model<sup>43</sup>. The consensual model, on the other hand, does not provide fuel for the emergence of this kind of problems.

However, the consensual model also has drawbacks, in addition to the limited contribution it makes to the efficiency of the criminal procedure system, as noted above. On the one hand, by requiring the unanimous consent of all the co-defendants for the agreement to be concluded, it produces the inconvenience that the refusal of just one of them may prevent the others from enjoying the benefits that the negotiation can bring them. On the other hand, given the refusal of only one of the various co-defendants, the need to obtain unanimity for the negotiation to prosper could lead to all kinds of pressure against him to convince him to end up accepting<sup>44</sup>. Furthermore, the consensual model obliges not to take into account differences that could exist between the co-defendants, such as the fact that some are repeat offenders and others have never been convicted, differences that could justify a different punitive treatment.

### **3. POSSIBILITIES OF A PROPOSAL FOR THE CHILEAN LEGAL SYSTEM**

The analysis carried out above shows that both the individualist and the consensual models have disadvantages. Indeed, and recapitulating, the particularist model has the defect that it can violate equality before the law, can give rise to contradictory sentences and can give rise to risky situations for the right to presumption of innocence of the co-defendants

---

<sup>42</sup> In this sense, HERMOSILLA IRIARTE, Francisco. Valoración de las declaraciones de acusados y coimputados, pp. 275-277. Against this view, see HORTIZ LENNON, María Inés. Derecho Procesal Penal Chileno, pp. 316-318, 526.

<sup>43</sup> This is how consider it LOARCA, Carlos and BERTELOTTI, Mariano. El procedimiento abreviado en Guatemala, pp. 425-426.

<sup>44</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio and GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. ¿Por qué se conforman los inocentes?, p. 9.

who do not participate in the negotiation with the prosecutor and are taken by him to the trial. The consensual model presents the problem that it contributes less to introduce efficiency in the system, can give rise to situations of undue pressure from some co-accused to others, with the aim that all end up consenting to the agreement offered by the prosecutor, and obliges not to take into account differences that could exist between the co-defendants and that could justify a different treatment.

Of course, if a decision were made to substitute in Chile the individualist model for a consensual one<sup>45</sup>, it would be necessary to demand the agreement of all the co-defendants regarding the *same fact* that is attributed to them. It would be meaningless to require that two or more people who have been accused of participating in different crimes, in order to negotiate with the prosecutor, must all agree, just because the prosecutor has decided to include them in the same accusation because he considers that they have some connection between them<sup>46</sup>. From this point of view, it seems a good example to imitate that of the Criminal Procedure Code of Peru, in which article 469, regarding the *terminación anticipada*, after stating that “in the processes for plurality of punishable acts or of the accused, the agreement of all the accused will be required and for all the charges incriminating each one”, it is indicated that, “nevertheless, the Judge may approve partial agreements if the lack of agreement refers to related crimes and in relation to the other defendants, unless this damages the investigation or if the accumulation is indispensable”<sup>47</sup>.

In any case, in order to decide to keep the individualist model in Chile or to replace it with a consensual model, first of all, perhaps it would be necessary to have in view some characteristics of practical operation of the criminal procedure system in this country.

---

<sup>45</sup> In Chile, suggests adopting the consensual model, RIED UNDURRAGA, Ignacio. El efecto de la sentencia condenatoria del procedimiento abreviado en el juicio indemnizatorio por responsabilidad civil *ex delicto*, p. 618.

<sup>46</sup> In a similar sense, see DE DIEGO DÍEZ, Luis-Alfredo. La conformidad del acusado, pp. 340-343, who, alluding to the *conformidad* in Spain, a negotiated criminal justice mechanism based on the consensual model, affirms that it is appropriate to dispense with the requirement for the consent of all co-accused when those who do not consent to the agreement are charged with crimes related. Very similar, LOZANO EIROA, Marta. Conformidad y pluralidad de acusados, pp. 353-357.

<sup>47</sup> Free translation.



In Chilean practice, although according to the law the judge must verify that whoever accepts the *procedimiento abreviado* and resigns from the trial “has not been subjected to coercion or undue pressure” (art. 409 Criminal Procedure Code)<sup>48</sup>, the judicial control of the voluntary nature of the waiver of the trial has been not too rigorous<sup>49</sup>, and it’s really hard to imagine that this will change<sup>50</sup>. This should be considered if the consensual model is to be adopted in this country, because the possible pressure that some co-defendants could exert against others to convince them to accept the agreement offered by the prosecutor, could hardly be noticed and avoided by the judge.

On the other hand, it would be necessary to consult statistics on the mechanisms of negotiated criminal justice in Chile, for which it is useful to review the following table.

Procedure	2017	2018	2019	2020
<i>Abreviado</i> (abbreviated)	35.817 (16,34%)	37.707 (17,14%)	43.129 (19,61%)	32.140 (8,89%)
<i>Simplificado</i> (simplified)	96.706 (44,13%)	96.651 (43,94%)	90.257 (41,03%)	40.106 (11,09%)
<i>Monitorio</i> (penal order)	75.527 (34,47%)	75.267 (34,22%)	76.903 (34,96%)	285.477 (78,96%)
<i>Juicio oral</i> (oral trial)	11.049 (5,04%)	10.305 (4,70%)	9.661 (4,39%)	3.816 (1,05%)
Total	219.099 (100%)	219.930 (100%)	219.950 (100%)	361.539 (100%)

TABLE. Number and percentages of cases terminated in Chile by final judgment, according to type of procedure, in 2017-2020<sup>51</sup>

<sup>48</sup> Free translation.

<sup>49</sup> This is verified by ZAGMUTT VENEGAS, Valentina. *Procedimiento abreviado y simplificado en la práctica de audiencias chilenas. ¿Alguna vinculación con la condena de inocentes?*, pp. 115-121; DUCE JULIO, Mauricio. *Los procedimientos abreviados y simplificados y el riesgo de condenas erróneas en Chile: resultados de una investigación empírica*, p. 29-31.

<sup>50</sup> In any case, this does not seem to be a problem that exists only in Chile. Also in the United States of America the control of the willfulness of the guilty pleas is superficial. See LANGER, Máximo. *Rethinking plea bargaining: the practice and reform of prosecutorial adjudication in American criminal procedure*, p. 249.

<sup>51</sup> In this table, the information on oral trials has been extracted from the Annual Statistical Bulletins of the Public Ministry, available on the website of said institution ([www.fiscaliadechile.cl](http://www.fiscaliadechile.cl)). The data on abbreviated, simplified

Compared to the North American plea bargaining, whose efficiency in the US system has been and is increasingly higher –according to Alschuler, 90% of the cases that ended with a sentence ended through said agreement<sup>52</sup>; subsequently, Devers pointed out that this occurs in 90-95% of cases<sup>53</sup>; and more recently, Mallord has argued that this occurs in 95% of cases<sup>54</sup> and Dervan and Edkins have stated that this occurs in 97% of the convictions in the federal system<sup>55</sup>–, the rate of application of the Chilean *procedimiento abreviado* corresponds to a much lower percentage of all cases that end with a sentence. After the gradual entry into force of the new criminal process in some regions of Chile in 2000, the *procedimiento abreviado* was applied in an even lower percentage of cases, but when the new system was already in force throughout the country in 2005, as a consequence of certain legal modifications that allowed to advance the procedural moment from which this procedure can be requested, its application experienced an increase, reaching up to 16-17% of the cases finalized by sentence, its application remaining stable around to this figure since then<sup>56</sup>, reaching 19% in 2019<sup>57</sup>.

In any case, the function of issuing sentences (generally convictions) without reaching a trial in Chile is not exclusive to the *procedimiento abreviado*, but is shared with the *procedimiento monitorio*, a type of procedure by criminal order (art. 392 Criminal Procedure Code), and also with the *procedimiento simplificado* when, as occurs in the great majority of cases in this procedure, it operates as a negotiated criminal justice mechanism and the accused admits responsibility (art. 395 Criminal

---

and penal order procedures has been provided by the Regional Prosecutor's Office of the Public Ministry of Valparaíso.

<sup>52</sup> ALSCHULER, Albert W. Plea bargaining and its history, p. 1.

<sup>53</sup> DEVERS, Lindsey. Plea and Charge Bargaining. Research summary, pp. 1 y 3.

<sup>54</sup> MALLORD, Joel. Putting plea bargaining on the record, p. 688.

<sup>55</sup> DERVAN, Lucian and EDKINS, Vanessa. The innocent defendant's dilemma: an innovative empirical study of plea bargaining's innocence problem, p. 7.

<sup>56</sup> OLIVER CALDERÓN, Guillermo. Reflexiones sobre los mecanismos de justicia penal negociada en Chile, pp. 457-458.

<sup>57</sup> The drop to 8% in 2020 is explained by the suspension of many hearings, due to the current pandemic situation, and by a radical increase in the *procedimiento monitorio* (penal order procedure), due to its massive use in violations of health regulations issued to face the pandemic.

Procedure Code)<sup>58</sup>. If the table that appears above is observed, it can be verified that the joint consideration of the *procedimiento abreviado*, the *procedimiento monitorio* and the *procedimiento simplificado* corresponds to approximately 95% of the cases that end with a sentence.

A recent empirical research led by Langer shows that, in Chile, the “rate of administratization of criminal convictions”, that is, the percentage of total sentences handed down that are obtained without an oral trial, corresponds to 91%<sup>59</sup>. According to this research, the United States rate is 98%. As can be seen, both figures are not far from each other.

These considerations would allow questioning the correctness of proposing the substitution in Chile of the individualist model for the consensual one. The fact that, in a global vision of the Chilean mechanisms of negotiated criminal justice, the *procedimiento abreviado* and the *procedimiento simplificado con admisión de responsabilidad* seem to contribute greatly to the efficiency of the system, could suggest the inconvenience of restricting their operation by requiring, when there are co-defendants, that everyone agree with that procedures. At least, such inconvenience would exist as long as there is no statistical information available about the number of criminal cases in which there are co-defendants.

In addition, as can be seen in the table above, between 2017 and 2019, the application of the *procedimiento abreviado* has increased and the number of oral trials has decreased. This could be due to Law No. 20,931, of 2016, which increased the severity of the penalties for thefts and robberies, crimes that account for around 40 percent of crime in Chile<sup>60</sup>. By virtue of this legal modification, in many cases, the only possibility that the convicted defendant does not go to jail is that he has

---

<sup>58</sup> According to DUCE JULIO, Mauricio. Los procedimientos abreviados y simplificados y el riesgo de condenas erróneas en Chile: resultados de una investigación empírica, p. 16, between the years 2005 and 2016, the admission of responsibility was present, on average, in 98.66% of the *procedimientos simplificados*.

<sup>59</sup> LANGER, Máximo. Plea bargaining, conviction without trial and the global administratization of criminal convictions, p. 21.

<sup>60</sup> OLIVER CALDERÓN, Guillermo. Reflexiones sobre los mecanismos de justicia penal negociada en Chile, p. 462.

waived the trial and has accepted a *procedimiento abreviado*<sup>61</sup>. This could also make it inconvenient to adopt the consensual model in this country.

In any case, an opposition to replacing the individualist model with the consensual one, in view of the greater efficiency of that one over this one, it could not mean an extreme defense of said model. In other words, if a decision were made to maintain the particularist model so as not to reduce the efficiency of the system, the disadvantages that are usually attributed to it should be taken into account, introducing some modifications that tend to avoid its main defects.

For example, in order to avoid the risk of situations of violation of the presumption of innocence of those co-defendants who are not part of the agreement and are brought by the prosecutor to trial, it would be convenient to incorporate some provision that would protect them from possible prejudices, both in the *procedimiento abreviado* and in the *procedimiento simplificado*'s regulation. In this sense, a good example to follow is the Code of Criminal Procedure of Honduras, according to which, "when there are several defendants, the acceptance of the abbreviated procedure by any of them will not be extended to the others nor will it prejudice their guilt" (art. 403)<sup>62</sup>.

For the same purpose, it would be convenient to incorporate in the regulation of both Chilean negotiated criminal justice mechanisms, some precept that prevents in the trial against those co-defendants who did not sign the agreement with the prosecutor, from offering the conviction obtained after negotiation with the other co-defendants as evidence. In this sense, it is a good example to emulate that of the Uruguayan Code of Criminal Procedure, which, referring to the *procedimiento abreviado*'s rules, after stating that "the existence of several defendants will not prevent the application of these rules to some of them", it adds that "in

---

<sup>61</sup> See RIEGO RAMÍREZ, Cristián. El procedimiento abreviado en la ley 20.931, pp. 1097-1098. This author, in 2017, predicted that Law No. 20,931 would lead to an increase in the application of the *procedimiento abreviado* and to a decrease in the number of oral trials. In the same sense, see RIEGO RAMÍREZ, Cristián. La renuncia a las garantías del juicio oral por medio del procedimiento abreviado en Chile, pp. 842-843.

<sup>62</sup> Free translation.

that case, the agreement entered into with one defendant may not be used as evidence against the rest” (art. 272)<sup>63</sup>.

Regarding the risk that the individualist model produces for equality before the law, this danger could be controlled if a duty of the prosecutor was established in the Chilean regulation of both agreements to explain to the judge, when approving the agreement that is submitted for his consideration, the reasons why the prosecutor has offered it to some co-defendants and not to others who have also requested it. In this way, the risk of arbitrariness would be reduced. Something similar, although it is not exclusively applicable to the cases of co-defendants, happens in the Italian *Codice di Procedura Penale* regarding the *patteggiamento*. It is established there that the accused can request the application of this instrument and that “*il pubblico ministero, in caso di dissenso, deve, enunciarne le ragioni*” (art. 446.6). If the judge considers the reasons unfounded, the decision must be adopted in the terms demanded by the accused<sup>64</sup>.

Finally, the possibility that, in an individualist model, the co-defendants who negotiate with the prosecutor are convicted and that, on the other hand, those who participated in the same crime, but do not negotiate and are brought to trial, are acquitted, will always exist; it is something impossible to avoid in this model<sup>65</sup>. And although it is true that when this happens, it can cause some perplexity –but not constitute an authentic contradiction, because it is not convicting and acquitting the same person and for the same fact<sup>66</sup>–, a clear explanation to society

---

<sup>63</sup> Free translation.

<sup>64</sup> CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*, p. 305.

<sup>65</sup> For example, see the judgments of the Viña del Mar Guarantee Court (*Juzgado de garantía de Viña del Mar*), of August 18, 2018, and of the Viña del Mar Court of Oral Criminal Trial (*Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar*), of January 15, 2021, both issued in the case RUC 1800167584 -9. The first sentence convicted one of the co-defendants in abbreviated procedure (*procedimiento abreviado*) and the other acquitted another co-defendant in oral trial (*juicio oral*) for the same crime. In the same sense, see the judgments of the Copiapó Guarantee Court (*Juzgado de garantía de Copiapó*), of July 30, 2019, in abbreviated procedure (*procedimiento abreviado*), and of the Copiapó Court of Oral Criminal Trial (*Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Copiapó*), in oral trial (*juicio oral*), in the case RUC 1900350243-3.

<sup>66</sup> In this sense, DE DIEGO DÍEZ, Luis-Alfredo. *La conformidad del acusado*, p. 347.

that each process is different and the result of each trial depends on the evidence that is rendered could be enough to avoid such strangeness.

## **FINAL CONSIDERATIONS**

It has been found in this work that when it comes to using negotiated criminal justice mechanisms in cases where there are co-defendants, there are two theoretically applicable models: the consensual, which requires the agreement of all the defendants, and the individualist, which does not demand it and allows negotiation with some of the co-defendants. It has also been found that both models have advantages and disadvantages and that both are observed in different Latin American criminal procedural legislations examined.

If it were decided to replace the individualist model with a consensual one in Chile, the conformity of all co-defendants should be required only when they are attributed participation in the same fact, in which some of the revised criminal procedural legislations can serve as an example. However, in this work it has been concluded that it is not convenient to adopt the consensual model in Chile, basically, because it could reduce the efficiency of the criminal procedure system of that country. But it has been also suggested that the decision to maintain the individualist model does not lose sight of the disadvantages of this model and the need of incorporate legal modifications that minimize the risk of attacks against the presumption of innocence of those co-defendants who are not part of the agreement and who are brought to trial, in which some of the examined procedural criminal legislations may also serve as an example. Likewise, seeking to mitigate the risk that equality before the law is violated, it has been suggested that a duty of the prosecutor be established to explain to the judge, at the time of approval of the agreement that is submitted for his consideration, the reasons why he has negotiated with some of the co-defendants and not with the others.

In summary, for the Chilean criminal procedural system, it seems preferable to keep the individualist model, but it would be advisable to make some legal modifications to correct some of its defects.

## REFERENCES

- ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining. Aproximação à Justiça Negociada nos E.U.A.* Coimbra: Almedina, 2007.
- ALSCHULER, Albert W. Plea bargaining and its history. *Columbia Law Review*, Nueva York, v. 79, n. 1, p. 1-43, 1979. <https://doi.org/10.2307/1122051>
- ANITUA, Gabriel Ignacio. La importación de mecanismos consensuales del proceso estadounidense, en las reformas procesales latinoamericanas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 1, n. 1, p. 43-65, 2015. <https://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.3>
- BARONA VILAR, Silvia. *La conformidad en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994.
- BIBAS, Stephanos. Designing plea bargaining from the ground up: accuracy and fairness without trials as backstops. *William and Mary Law Review*, Virginia, v. 57, n. 4, p. 1055-1081, 2016.
- CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. *El Ministerio Público y la justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*. Granada: Comares, 1996.
- CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*, vol. II. Bogotá: Temis, 2000.
- DA SILVA BRANDALISE, Rodrigo. *Justiça Penal Negociada. Negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes*. Curitiba: Juruá Editora, 2016.
- DE DIEGO DÍEZ, Luis-Alfredo. *La conformidad del acusado*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.
- DEL RÍO FERRETTI, Carlos. *Proceso penal, consenso de las partes y enjuiciamiento jurisdiccional*. Santiago: Librotecnia, 2009.
- DERVAN, Lucian E. and EDKINS, Vanessa A. The innocent defendant's dilemma: an innovative empirical study of plea bargaining's innocence problema. *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 103, n. 1, p. 1-48, 2013. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2071397>
- DEVERS, Lindsey. *Plea and Charge Bargaining: Research summary*. Arlington: Bureau of Justice Assistance, U.S. Department of Justice, 2011.
- DÍAZ PITA, María Paula. *Conformidad, reconocimiento de hechos y pluralidad de imputados en el procedimiento abreviado*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- DUCE JULIO, Mauricio. Los procedimientos abreviados y simplificados y el riesgo de condenas erróneas en Chile: resultados de una investigación empírica. *Revista*

*de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, vol. 26, p. 1-38, 2019. <https://doi.org/10.22199/issn.0718-9753-2019-0012>

GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidad, oportunidad y consenso en el proceso penal*. Lima: Ara Editores, 2012.

GROSSI, Ana Claudia. Pode o acordo ser uma solução para os problemas da morosidade e sobrecarga da Justiça? Subsídios para um debate, a partir da experiência alemã. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Sao Paulo, v. 14, p. 133-171, 2015. <https://doi.org/10.5585/rdb.v4i3.25>

HERMOSILLA IRIARTE, Francisco. *Valoración de las declaraciones de acusados y coimputados*. Santiago: Librotecnia, 2019.

HERRERA GUERRERO, Mercedes. *La negociación en el nuevo proceso penal: Un análisis comparado*. Lima: Palestra Editores, 2014.

HORVITZ LENNON, María Inés and LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*, v. 2. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004.

LANGBEIN, John H. Torture and Plea Bargaining. *The University of Chicago Law Review*, v. 46, N. 1, p. 3-22, 1978. <https://doi.org/10.2307/1599287>

LANGER, Máximo. Plea bargaining, conviction without trial and the global administratization of criminal convictions. *Annual Review of Criminology*, California, n. 4, p. 1-35, 2021. <https://doi.org/10.1146/annurev-criminol-032317-092255>

LANGER, Máximo. From legal transplants to legal translations. The globalization of plea bargaining and the Americanization thesis in criminal procedure. In: THAMAN, Stephen C. (ed.). *World Plea Bargaining*. Consensual procedures and the avoidance of the Full Criminal Trial. North Carolina: Carolina Academic Press, 2010, p. 3-80.

LANGER, Máximo. Rethinking plea bargaining: the practice and reform of prosecutorial adjudication in American criminal procedure. *American Journal of Criminal Law*, Texas, v. 33, n. 3, 2006, p. 223-299.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio and GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. ¿Por qué se conforman los inocentes? *In Dret. Revista para el análisis del Derecho*, n. 3, p. 1-28, 2018.

LOARCA, Carlos and BERTELOTTI, Mariano. El procedimiento abreviado en Guatemala. In: Maier, Julio and Bovino, Alberto (comp.). *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001, pp. 411-432.



LOZANO EIROA, Marta. Conformidad y pluralidad de acusados. *Revista de Derecho UNED*, Madrid, n. 10, p. 347-365, 2012. <https://doi.org/10.5944/rduned.10.2012.11101>

MAIER, Julio B. J. Prólogo. In: Maier, Julio and Bovino, Alberto (comp.). *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001, pp. I-III.

MALLORD, Joel. Putting plea bargaining on the record. *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, v. 162, p. 683-718, 2014.

MARTÍNEZ, Santiago. *La víctima y el juicio abreviado*. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido Editor, 2004.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1997.

NÚÑEZ OJEDA, Raúl. *Código Procesal Penal*. Santiago: LegalPublishing – Thomson Reuters, 2014.

OLAIZOLA NOGALES, Inés. El principio de oportunidad. ¿Modernización o crisis del Derecho penal? *Revista Nuevo Foro Penal*, Medellín, v. 10, n. 82, p. 13-32, 2014. <https://doi.org/10.17230/nfp.10.82.1>

OLIVER CALDERÓN, Guillermo. Reflexiones sobre los mecanismos de justicia penal negociada en Chile. *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, v. 46, n. 2, p. 451-475, 2019. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372019000200451>

PECCHI CROCE, Carlos. El procedimiento abreviado en el nuevo Código Procesal Penal. *Revista Actualidad Jurídica*, Santiago, n. 11, p. 119-137, 2005.

PRADO, Geraldo. *Transação penal*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

PUNTE SEGURA, Leopoldo. *La conformidad en el proceso penal español*. Madrid: Editorial Colex, 1994.

RIED UNDURRAGA, Ignacio. El efecto de la sentencia condenatoria del procedimiento abreviado en el juicio indemnizatorio por responsabilidad civil *ex delicto*. *Revista Ius et Praxis*, año 23, n. 1, 2017, p. 579-626. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122017000100016>

RIEGO RAMÍREZ, Cristián. El procedimiento abreviado en la ley 20.931. *Política Criminal*, v. 12, n. 24, p. 1085-1105, 2017. <https://doi.org/10.4067/s0718-33992017000201085>

RIEGO RAMÍREZ, Cristián. La renuncia a las garantías del juicio oral por medio del procedimiento abreviado en Chile. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 3, n. 3, p. 825-847, 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i3.80>

RIEGO RAMÍREZ, Cristián. El procedimiento abreviado. In: Carocca Pérez, Alex *et al.* *Nuevo proceso penal*. Santiago: Conosur, 2000, p. 205-226.

RIVERA LEÓN, Mauro Arturo. Algunas consideraciones sobre el procedimiento abreviado. *Revista Jurídica Online*, Guayaquil, n. 26, p. 31-51, 2009.

RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. *La justicia penal negociada: Experiencias de derecho comparado*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1997.

RODRÍGUEZ VEGA, Manuel. Discrecionalidad del Ministerio Público y objeto del juicio abreviado. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, v. 36, p. 495-529, 2011. <https://doi.org/10.4067/s0718-68512011000100014>

SCHÜNEMANN, Bernd. *La reforma del proceso penal*. Madrid: Dykinson, 2005.

SCHÜNEMANN, Bernd. ¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?) In: The Same, *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 288-302.

STIPPEL, Jörg and MARCHISIO, Adrián (coords.). *Principio de oportunidad y salidas alternativas al juicio oral en América Latina*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 2002.

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

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial*. Análise das tendencias de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. Sao Paulo: IBCCRIM, 2015.

ZAGMUTT VENEGAS, Valentina. *Procedimiento abreviado y simplificado en la práctica de audiencias chilenas: ¿Alguna vinculación con la condena de inocentes?* Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2019.

### **Additional information and author's declarations (scientific integrity)**

*Acknowledgement:* The author thanks Claudia Perivancich Hoyuelos, Regional Prosecutor of the Public Ministry of Valparaíso (Chile), for her help in finding relevant statistical information for this work. He also thanks the anonymous reviewers for their valuable comments that helped improve the work.

*Conflict of interest declaration:* the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

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

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

### **Editorial process dates**

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

- Submission: 25/02/2021
- Desk review and plagiarism check: 04/03/2021
- Review 1: 29/03/2021
- Review 2: 22/04/2021
- Review 3: 15/05/2021
- Preliminary editorial decision: 16/05/2021
- Correction round return: 15/06/2021
- Final editorial decision: 19/06/2021

### **Editorial team**

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

### HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

OLIVER, Guillermo. Convenience or inconvenience of requiring the unanimous consent of the co-defendants for the negotiated criminal justice mechanisms (in a restricted sense) in the Chilean criminal procedural system. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 7, n. 2, p. 1261-1286, mai./ago. 2021. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i2.532>



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


# Achieving Accusation by Means of Forensic Science During the Criminal Proceedings in Romania

*La fundamentación de la acusación por medio de las ciencias  
forenses en el marco del procedimiento penal en Rumanía*

**Delia Magherescu<sup>1</sup>**

Gorj Bar Association, Romania

delia\_magherescu@yahoo.com

 <http://orcid.org/0000-0003-0939-1549>

---

**ABSTRACT:** Achieving the functions of criminal procedure involves elements of forensic science used to fulfill the overall purpose of criminal proceedings. The function of accusation has a set of particularities and for this reason the approach taken is a key factor in achieving justice in criminal matters both from the judicial authorities and the defendant's perspectives. The legal mechanisms provided by the justice system must ensure equilibrium between accusation, defence and judgment. The current article focuses on the particular features of the function of accusation during the criminal proceedings as well as on the manner of its being exertion by means of forensic science. In the activity of reaching the proposed objectives, an in-depth research methodology has been used consisting of qualitative methods including case study presentations and conclusions obtained through analyzing jurisprudence in case law decisions pronounced by the courts of law in criminal matters. In this context, the forensic science is one that offers entire legal means and mechanisms in order for the judicial bodies to achieve the purpose of criminal proceedings and exercising the function of accusation implicitly.

**KEYWORDS:** Crime scene investigation; Forensic examination; Function of accusation; Investigation bodies; Investigation phase; Serious crimes.

---

<sup>1</sup> Doctor in Law since 2005 awarded at the State University of Moldova, Republic of Moldova.

**RESUMEN:** *El proceso penal incorpora elementos de las ciencias forenses, que se emplean para realizar los fines del propio procedimiento. La función de la acusación tiene una serie de particularidades, en relación con las cuales la aproximación que se realiza a esta tarea es un factor fundamental a la hora de hacer realidad los principios de justicia en el ámbito penal, desde la perspectiva tanto de las autoridades judiciales como del acusado. Los mecanismos que proporciona el sistema de justicia penal aseguran un equilibrio entre, por un lado, la acusación y la defensa y, por otro, entre la acusación y la resolución. El presente artículo se centra en ciertas características de la función de acusación en el marco de los procedimientos penales, así como en la manera en que se ejerce por medio del recurso a las ciencias forenses. Para alcanzar los objetivos propuestos, se ha empleado una metodología de investigación mixta, basada en un método cualitativo con influencia del estudio de caso y conclusiones obtenido de el análisis de la jurisprudencia en decisiones pronunciadas por los tribunales de justicia en materia penal. En este contexto, las ciencias forenses ofrecen medios y mecanismos jurídicos para que los órganos judiciales logren el objetivo del procedimiento penal, en pleno ejercicio de la función de acusación.*

**PALABRAS CLAVE:** *Investigación de la escena del delito; Examen forense; Función de la acusación; Ente de investigación; Fase de investigación; Delitos graves.*

**SUMMARY:** Introduction. – 1. Methodology of research. – 2. Conceptual approach and the typology of crimes. – 3. Discussion on the working premises. Conclusions. Bibliography.

---

## INTRODUCTION

The current paper presents the second of a series of three studies which together form a research project on the functions of criminal proceedings. It is focused on the function of accusation and its exercise by means of forensic science. The research conducted on the current topic highlights how both the forensic experts and the other professionals' opinions are accustomed to the scientific methods and techniques the forensic science provides them with upon carrying out criminal investigation. It is obvious that, achieving the function of accusation

involves the prosecutor, who is entitled to use any kind of forensic examination, regulated by the Code of penal procedure, in purpose for the court of law to find the truth - *res judicata pro veritate habetur* - in penal cases based on scientific evidence.

The classic tripartite separation of the functions of criminal procedure of accusation, defence, and judgement has featured the criminal proceedings of Romania from centuries and is still a modern one. It is the result of dialectical harmonization of traditional judicial principles with European ones in the field of criminal proceedings, taken into account after Romania became a Member State of the European Union on the 1<sup>st</sup> of January 2007.

Presently, following the European approach, the criminal procedure law in Romania would be inconceivable without adapting the domestic criminal procedure rules to the European ones<sup>2</sup>. From this point of view, the judicial bodies must take into consideration both the European legislation, established by the EU institutions and the provisions regulated by the European Convention on Human Rights as well as the jurisprudence stated by the European Court of Human Rights of Strasbourg<sup>3</sup>, due to Romania's status as a member of the Council of Europe.

Referring to the above stated provisions, in the domestic criminal procedure legislation some gaps have still been identified regarding the judicial institutions and principles of criminal procedure as a consequence of the European Court of Human Rights' decisions pronounced against Romania between 1990 and 2008. In essence, these refer to the right to trial within reasonable time, fair trial, presumption of innocence, and the right to defence during the criminal proceedings. The principle of solving penal cases within reasonable time, provided by the European

---

<sup>2</sup> PECH, Laurent, *The Rule of Law as a Guiding Principle of European Union's External Action*, The Hague: T.M.C. Asser Institute, CLEER, 2012, pp. 43-47.

<sup>3</sup> KLEINLEIN, Thomas. The procedural approach of the European Court of Human Rights: Between subsidiarity and dynamic evolution. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 68, n. 1, 2019, pp. 91-110; KOSAR, David; PETROV, Jan; SIPULOVA, Katarina; SMEKAL, Hubert; VYHNANEK, Ladislav; JANSKY, Jozef. *Domestic Judicial Treatment of European Court of Human Rights Case Law*. New York: Routledge, Taylor & Francis Group, 2020.

Convention on Human Rights at Article 6 para 1 thereof, states that persons accused of having committed an offence are entitled to have their case heard at a fair and public trial, and within reasonable time. Considering these aspects, the Romanian legislator has reacted by seeking solutions to improve the legal framework in criminal matters<sup>4</sup>.

In both the legal and judicial context, all functions of criminal proceedings have been assigned by fundamental characteristics, one of these being structured around the function of accusation, as regulated by Article 7 of Code of penal procedure of Romania corroborated with Article 309 (1) thereof.

The current paper focuses on the function of accusation as well as on its exercising by legal means provided in the field of forensic science during the criminal proceedings<sup>5</sup>, under the principle of official character of criminal proceedings, stated at Article 7 of Code of penal procedure of Romania<sup>6</sup>, corroborated with Article 14 and Article 15 thereof. As a science of progress and technology, forensic science is useful for judicial bodies in the activity of finding truth in penal cases they are invested with in such a way for guilty defendants to be judged and convicted in accordance with their guilt, on the one hand, and the innocent to be acquitted by the court of law, on the other hand<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> During the last decades, the ECtHR has pronounced several decisions against Romania on this matter. JURISPRUDENTA CEDO. European Court of Human Rights of Strasbourg. Decision of 30 September 2008: the case Dragănescu v. Romania; Decision of 16 September 2008: the case Berbaru v. Romania; Decision of 29 July 2008: the case Dumitrescu v. Romania; Decision of 16 December 2008: the case Paunoiu v. Romania, 2008. Available at: <https://jurisprudentacedo.com>. Accessed on July 14, 2020. One of the valuable involvement of the legislator in Romania was the reform of the judiciary in penal cases was finalized with the adoption of Law no. 135 of 2010 on the new Code of penal procedure, published in the Official Journal of Romania no. 486 of 15 July 2010, into force on 1 February 2014.

<sup>5</sup> FRASER, Jim. The application of forensic science to criminal investigation. In: NEWBURN, Tim; WILLIAMSON, Tom; WRIGHT, Alan (eds.). *Handbook of criminal investigation*. New York: Willan Publishing, 2007, pp. 381-402.

<sup>6</sup> BOTIAN, Elisabeta. *Drept procesual penal*. Sibiu: BURG Publishing House, 2016, pp. 21-22.

<sup>7</sup> STANCU, Emilian. *Tratat de Criminalistica*. Bucharest: Actami Publishing House, 2001, pp. 217-248.



Firstly, the current paper examines the investigation bodies' priorities in the investigation stage of criminal proceedings aimed at solving penal cases based on scientific evidence. Thus, the scope of the investigation stage is concordant with the overall objective of criminal proceedings, specifically to solve penal cases on genuine and admissible evidence<sup>8</sup>, gathered by the judicial bodies from the crime scene in such a way that criminal activity can be discovered and proven under the principle of the rapidity of proceedings<sup>9</sup>. These objectives can be achieved by scientific means and methods provided by forensic science<sup>10</sup>.

Secondly, gathering scientific evidence implies a complex activity which involves knowledge from different sciences, including forensic medicine, physics, chemistry and even mathematics. All these elements create a *corpus of rules* for achieving the results expected in criminal procedures.

Thirdly, the function of accusation supposes two possibilities taking into account the principle of *contradictory criminal proceedings*<sup>11</sup>, as stated at Article 6 para 1 of the European Convention on Human Rights. One of these refers to the legal situation in which the investigation body does not have sufficient incriminating evidence to consider that the suspect is the person who committed the offence. In such circumstances, the prosecutor must assert the suspect's innocence<sup>12</sup>. Therefore, the criminal procedure requires submitting evidence in defence.

From this perspective, forensic science clarifies certain controversial issues arising between the accusation and defence, due to the fact that the criminal procedure in Romania is not based on the

---

<sup>8</sup> SKORUPKA, Jerzy. The rule of admissibility of evidence in the criminal process of continental Europe. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 7, n. 1, 2021, pp. 93-122.

<sup>9</sup> *Idem*, p. 23.

<sup>10</sup> ROUX, Claude; CRISPINO, Frank; RIBAU, Olivier. From Forensics to Forensic Science. *Current Issues in Criminal Justice*, v. 24, n. 1, 2012, pp. 7-24.

<sup>11</sup> RAOULT, Sacha. How ownership of penal history was lost: An anti-synthesis of modern criminal law. *Journal of Law and Conflict Resolution*, v. 4, n. 2, 2012, pp. 20-26.

<sup>12</sup> ZARAFIU, Andrei. *Procedura penala. Partea generala. Partea speciala*, Second ed., Bucharest: C.H. Beck, 2015, p. 20.

accusatory principle<sup>13</sup>. For this reason, the function of accusation during the criminal proceedings in Romania features both new and traditional principles of criminal procedure.

As stated above, if the forensic examinations conclude that the accusation is not proven, then the prosecutor must waive the accusation and submit the appropriate evidence in defence. In this regard, it was highlighted that "the main purposes of the judicial bodies are those of gathering evidence, both in defence and in accusation, regarding the existence of offence as well as regarding the perpetrator"<sup>14</sup>. In this matter, doctrine has emphasized the principle of *objective character of the truth* the judicial bodies have to reach during the criminal proceedings<sup>15</sup>.

The second possibility concerns the *standard circumstances* in which the offenses are committed. The situation refers to cases in which the prosecutor has sufficient evidence to incriminate the perpetrator. In accordance with Article 309 (1) of the Code of penal procedure, corroborated with Article 7 thereof, the accusation function is exercised *ex officio* by the prosecutor during the investigation stage in cases in which it emerges that there are evidence which conclude that a person committed the offence and there is no legal impediment regulated expressly by Article 16 (1) thereof<sup>16</sup>.

The current paper on achieving the function of accusation by means of forensic science during the criminal proceedings of Romania aims to research the common legal procedure the judicial body is invested with in the investigation stage. As the paper discusses, the forensic science is faced with several controversies arising between the defendant and the victim of offence. Furthermore, the paper explains the most relevant forensic techniques of criminal investigation used in criminal proceedings to gather scientific evidence.

---

<sup>13</sup> HIGH COURT OF CASSATION AND JUSTICE of Romania. *Penal Decision no. 847 of 17 October 2018*. Available at: <https://www.scj.ro>. Accessed on March 6, 2020.

<sup>14</sup> MAGHERESCU, Delia. *Criminalistica*. Bucharest: WoltersKluwer, 2017a, p. 36.

<sup>15</sup> THEODORU, Grigore. *Tratat de drept procesual penal*, Third ed., Bucharest: Hamangiu Publishing House, 2013.

<sup>16</sup> BOTIAN, Elisabeta. *op. cit.*, p. 21.

In order to achieve this purpose, a set of aims has been established in the beginning of the research study.

(i) Conducting a conceptual research on the function of accusation and the forensic means of investigation provided in relevant penal cases.

(ii) Analyzing the most relevant topics in criminal matters, both theorists and practitioners are faced with in practice related to achieving accusation by means of forensic science.

(iii) Establishing the level of forensic science's involvement in solving penal cases particularly in those crimes where special means of investigation are needed.

(iv) Developing an action plan for finding appropriate solutions on how forensic science contributes to the better organization and management of the function of accusation in the investigation stage.

(v) Advancing *de lege ferenda* proposals the legislator should take into account in order to improve the prevailing legislation on criminal procedure.

## 1. METHODOLOGY OF RESEARCH

The current research is carried out through an in-depth qualitative method, which includes jurisprudence analysis and doctrine points of view, analyzed and discussed as the general philosophy of the topic.

The main research method applies syllogism for discovering new elements from unknown parts of the investigation profile. It is also used in forensic examinations, in those penal cases investigated both in the ordinary and special procedures in which the judicial bodies agree to order them. The paper is not based on empirical research, it neither collects, nor generates data from either public or private institutions.

The results obtained, based on the research conducted on the issue of achieving accusation by means of forensic science, have in view the observations and investigations of the experts' experiences accumulated from practical activity in penal cases when carrying out

forensic examinations in several areas, such as: homicides<sup>17</sup>, violent crimes, terrorist attacks, road accidents as well as financial crimes, including tax evasion, fraud, counterfeiting, smuggling among others<sup>18</sup>.

Last but not least, the most appropriate doctrinal references and aspects of jurisprudence are analyzed under an approach aimed at gathering the relevant viewpoints and formulating scientific directions over the sustained knowledge on achieving the function of accusation by means of forensic science. In this regard, the theories provided by doctrine are subjected to interpretation in such a manner not to divagate from the main aim of the current research, although there are several different arguments for its interpretation in one direction or another. Under the doctrine's perspective, the function of accusation, as well as its achievement during the criminal proceedings, in particular in the investigation stage, by means of forensic science is still inadequately debated in the Romanian literature. Actually, the doctrine approaches the topic from two directions dependent on scientific field of forensic examination. This means that lawyers, specialists in criminal procedure law, have adopted a clear and precise position on the elements, institutions and proceedings of the criminal procedure entirely, including the parties' rights and obligations<sup>19</sup>, while the forensic investigators are permanently focused on the forensic science activity of carrying out the forensic examinations using the principles and methods provided by this science<sup>20</sup>.

Although they appear to be independent entities, both criminal procedure law and forensic science cannot be separated due to the fact

---

<sup>17</sup> MJANES, Karin L. Testing the Organized/ Disorganized Model of Sexual Homicide. Thesis, Victoria: Simon Fraser University, 2015. Available at: <https://summit.sfu.ca/item/15907>. Accessed on September 24, 2020.

<sup>18</sup> ASLAN, Deniz; EDELMANN, Robert. Demographic and offence characteristics: a comparison of sex offenders convicted of possessing indecent images of children, committing contact sex offences or both offences. *The Journal of Forensic Psychiatry & Psychology*, v. 25, n. 2, 2014, pp. 121-134.

<sup>19</sup> THEODORU, Grigore. *op. cit.*, 2013.

<sup>20</sup> KRUSE, Corinna. Legal storytelling in pre-trial investigations: arguing for a wider perspective on forensic evidence. *New Genetics and Society*. v. 31, n. 3, 2012, pp. 299-309; CARPINEAN, Ion Cristian. Rolul probelor criminalistice in aflarea adevarului. *Revista de Criminologie, Criminalistica si Penologie*, n. 4, 2019, pp. 83-85.

that they create a nexus which follows the judicial activity in criminal matters being involved in reaching the aim of the criminal proceedings consisting of finding truth and solving the penal cases legally through an evidence-based result. This is the main purpose of establishing a research approach to finding results motivated scientifically to combine theoretically the two sides of the current research. On the one hand, it concerns criminal procedure law which characterizes criminal proceedings through its principles and specific institutions. On the other hand, I am referring to the forensic science whose principles and methods of investigation<sup>21</sup> create the judicial framework of determining the function of accusation in the knowledge that if the investigation bodies do not have sufficient evidence to accuse the suspect in a penal case of having committed the offence, then they are entitled to propose and administer defending evidence.

Considering all the aspects highlighted herein, the result of the research study on achieving accusation by means of forensic science will be analyzed from the perspective emphasized by doctrine, stated by jurisprudence and considered by practitioners and gathered via the research activity conducted for this study under a theoretical and practical perspectives, including investigation bodies, lawyers, forensic experts' experience in the field.

Thus, the research results are provided through direct opinions expressed by practitioners who have argued their opinion pertinently based on their experiences of practice.

The research activity generated conclusions which provide the current topic with particular features from each category of the forensic examinations the judicial bodies use during the investigation stage. There are differences between the perspectives stated by practitioners and theorists due to their specific involvement in the field of forensic examination. Moreover, their opinions also differ in accordance with the typology of crimes or serious crimes investigated.

---

<sup>21</sup> COVALCIUC, Ion. New investigative techniques: Regulatory provisions and practical possibilities. *Revista de Criminologie, Criminalistica si Penologie*, n. 4, 2019, pp. 67-74.

## 2. CONCEPTUAL APPROACH AND THE TYPOLOGY OF CRIMES

The issue of approaching the function of accusation and exercising its particular elements during the investigation stage has been discussed several times by the experts in criminal matters<sup>22</sup>. In this context, there is no commonly shared viewpoint on the modality of techniques and scientific methods provided by forensic science and used by the experts in the activity of investigation<sup>23</sup>.

For this reason, the idea of conducting a research on best practices in the use of forensic examination tools in the investigation phase has arisen. The activity consists of a set of conceptual issues based on working hypotheses and premises gathered from jurisprudence in criminal matters, in case law studies as well as established from a theoretical achievement.

### *General remarks*

The first theory is featured around the professional views regarding the manner in which specific techniques, scientific methods and tactics that belong to forensic science are used to achieve the function of accusation in the investigation phase of criminal proceedings. The current hypothesis is differently analyzed by experts in forensic science according to their involvement in particular field of criminal matters. For the practitioners involved in activity of forensic investigation, the situation differs also depending on their profession, most of them being investigation bodies, lawyers, forensic experts. An insignificant part of theorists are often involved in practical activity of criminal matters.

Taking into account this criterion, the practitioners conclusions on the topic of achieving accusation by means of forensic science is approximately balanced. This means that there are no substantial differences among lawyers disposed by the criterion of their involvement in practice.

---

<sup>22</sup> STOICA, Crenguta A. Cercetari privind expertizele din domeniul multimediei. *Pro Lege*, n. 2-3, 2019, pp. 176-189.

<sup>23</sup> PALCU, Pavel. The Need for Diversification of Forensic Tactical Rules Applicable to Crime Scene Investigation. *Journal of Legal Studies*, v. 19, n. 33, 2017, pp. 150-154.

Nevertheless, the forensic experts indicate a high degree of experience due to their level of professional experience they have gathered during the years.

For the current study, the theorists' arguments must be taken into account, because of their involvement in research activities and conclusive remarks provided, also based on practical case-law presentations. Despite their professional status, it is relevant to emphasize that some of theorists are also involved in practice, as a consequence their opinions are more accustomed to the jurisprudence aspects.

### *The typology of crimes*

An important criterion taken into account in the matter of conducting research on achieving accusation by means of forensic science is the typology of crimes<sup>24</sup>. The most relevant kind of serious crimes are analyzed in accordance with the forensic techniques and methods used to gather scientific evidence from the crime scene regarding the crime committed, the circumstances it was committed in, as well as regarding the perpetrator. A representative list was drawn up including murder, domestic violence, robbery, road accidents with victims, explosion, detonation, burglary, economic crimes<sup>25</sup>, as presented in Table 1. Each is shown by type of forensic examination, with a short descriptive observation as well as the particular forensic examinations the judicial bodies can order to be carried out during the investigation phase<sup>26</sup>. However, the list is drafted for exemplification, not in a limited manner, due to the fact that the particular circumstances of committing crimes differ from a crime to another one. This means that other relevant forensic examinations could be ordered by the judicial bodies in accordance with the penal case's particularities.

---

<sup>24</sup> D'SILVA, Karen; DUGGAN, Conor. Revisiting the overcontrolled-undercontrolled typology of violent offenders. *Personality and Mental Health*, n. 4, 2010, pp. 193-205.

<sup>25</sup> MAGHERESCU, Delia. New Specific Techniques of Investigation for the Economic Offences. In: MOTATU, Adriana; MILITARU, Ioana Nely, (eds). *Diversity and Interdisciplinarity in Business Law*. Bucharest: ADJURIS International Academic Publisher, 2017b, pp. 177-192.

<sup>26</sup> *Ibidem*.

TABLE 1. Descriptive characteristics of crimes researched by typology

Crime category	Forensic examinations provided	General observations	Remarks on forensic examination ordered
murders	mixed forensic criminalistics and medicine examinations	serious crime involving specific examinations ordered by the judicial bodies	violent body traces biological traces examination genetic traces examination fingerprint trace examination human and goods' traces routing examination ballistic examination material evidence physical-chemical examination
Violent crimes	mixed forensic criminalistics and medicine examinations	multiple <i>modus operandi</i> which involve specific examinations ordered by the judicial bodies	forensic medicine examination on the victim's body voice and speaking examination drugs examination
robbery	mixed forensic criminalistics and medicine examinations	serious crime involving specific examinations ordered by the judicial bodies	goods physical-chemical examination digital fingerprint examination
road accidents with victims	mixed forensic criminalistics and medicine examinations	diverse results that suppose specific forensic examinations ordered by the judicial bodies	road accident forensic examination technical vehicle examination human traces examination forensic medicine examination on the victim's body perpetrator's alcohol consumption examination
explosion/detonation	simply forensic examinations	serious crime usually committed as terrorist attacks which involve specific examinations	material evidence physical-chemical examination arson/ detonation examination imagines examination graphics and technical examination



Crime category	Forensic examinations provided	General observations	Remarks on forensic examination ordered
burglary	simply forensic examinations	multiple <i>modus operandi</i> which involve specific examinations ordered by the judicial bodies	fingerprint examination imagines examinations weapon examination
financial crimes	simply forensic examinations	multiple <i>modus operandi</i> which involve specific examinations ordered	documents graphics examination technical examination digital examination physical-chemical examination goods material examination

Taking into account the typology of crimes, doctrine has been involved in defining the criteria for forensic examination’s capacity to respond to the highly scientific character of the issues investigated. This is because, in most cases, the forensic examinations are carried out by means of empirical examination which exceeds thus the scientific criterion of appreciation. In this context, it has been emphasized that the forensic examination report contains not only the forensic examination result, but a professional expert opinion, based on expert evidence<sup>27</sup>.

Thus, the forensic examinations differ from one type of crime to another one. In practice, the same is true for serious crimes<sup>28</sup>, even committed in a transnational context. In these circumstances, the forensic expert’s professional experience in investigating both crimes and serious crimes plays a leading role in solving the penal case legally

<sup>27</sup> MACOVECIUC, Ioana; RANDO, Carolyn J.; BORRION, Herve. Forensic gait analysis and recognition: Standards of evidence admissibility. *Journal of Forensic Sciences*, v. 64, n. 5, 2019, pp. 1294-1303.

<sup>28</sup> ACTIVITY REPORT. National Institute of Forensic Examinations. Ministry of Justice of Romania, 2018. Available at: <https://www.inec.ro/images/Documente/RapoarteSiStudii/RA2018.pdf>. October 20, 2020.

through the pertinent, conclusive and genuine evidence gathered by the investigation bodies<sup>29</sup>.

Consequently, the practitioners' experience in penal cases becomes a key factor in the process of achieving the accusation by means of forensic examination during the criminal proceedings.

### 3. DISCUSSION ON THE WORKING PREMISES

The research activity conducted on the current topic supposes discussion on the most important issues concerning the function of accusation and its characteristics; in particular, achieving accusation by means of forensic science during the investigation stage of the criminal proceedings. The discussion is focused around the hypotheses formulated on both crimes and serious crimes. In this regard, it has been advanced no less than six working premises on the most relevant types of crimes, which occur in practice.

#### *Working premise 1: Cases of violent crimes*

The first hypothesis occurs in cases of violent serious crimes, such as homicide including domestic homicide. It is relevant that the forensic examinations have a leading role in the activity of achieving the function of accusation. Generally speaking, the forensic experts are more confident with technical examinations in cases in which both violent crimes of murder or domestic violence are committed<sup>30</sup>. The prosecutors usually order mixed forensic examinations in every one of the cases they investigate.

From this point of view, particular attention is paid on homicides<sup>31</sup>. Doctrine has opined on the forensic examinations ordered

---

<sup>29</sup> MONCKTON-SMITH, Jane; ADAMS, Tony; HART, Adam; WEBB, Julia. *Introducing Forensic and Criminal Investigation*, Sage Publications, 2013, p. 2.

<sup>30</sup> DOUGLAS, John E.; BURGESS, Ann W.; BURGESS, Allen G.; RESSLER, Robert K. *Crime Classification Manual: A Standard System for Investigating and Classifying Violent Crime*. Third ed. New Jersey: Wiley, 2013.

<sup>31</sup> GEBERTH Vernon J. *Practical homicide investigation. Tactics, procedures, and forensic techniques*. Fifth ed., Boca Raton: Taylor & Francis Group, 2015;

by the investigation bodies that they are used in cases of homicide by shooting or poisoning, for example. In these cases, the ballistic examination of the firearms of crime<sup>32</sup>, on the one hand, and the toxicological examination of toxic substances, on the other hand, are relevant and for this reason the investigation bodies have to take them into account in gathering evidence in the judicial procedure of exercising accusation<sup>33</sup>.

In the first situation, the means of new technology developed in the field of ballistic examination of firearms provide advanced techniques of forensic examination. In this matter, one of the most recent innovative methods is that use of bullet 3-D examining image, in purpose to enhance the experts ability “to make bullet matches through automated ballistic imaging and analysis”<sup>34</sup>.

For the second situation, the forensic investigators have certain indicators which provide them with information related to the victims’ death, which was or was not produced by violence. The presence of violent signs on the victims’ body is one of these indicators which must be corroborated with the results of toxicological examination, as well as the medico-legal examination of autopsy.

In practice, the investigation body orders medico-legal examinations in purpose to establish if the victim’s death is the result of the defendant’s direct and immediate criminal act. In this case, the medico-legal examination report has established that the victim’s death has been provoked by the violent acts committed by defendant over the

---

SANTORO, Paola; LA RUSSA, Raffaele; BESI, Livia; VOLONNINO, Gianpietro; DELL’AQUILA, Massimiliano; DE MATTIES, Alessandra; MAIESE, Aniello, The forensic approach to plastic bag suffocation: Case report and review of the literature, *Medico-Legal Journal*, v. 87, n. 4, 2019, pp. 214-220.

<sup>32</sup> BRAGA, Anthony A.; PIERCE, Glenn L. Reconsidering the ballistic imaging of crime bullets in gun law enforcement operations. *Forensic Science Policy & Management: An International Journal*, v. 2, n. 3, 2011, pp. 105-117; THOMPSON, Robert M. *Firearm Identification in the Forensic Science Laboratory*. Arlington, VA: National District Attorneys Association, 2010, pp. 11-13.

<sup>33</sup> MONCKTON-SMITH, Jane; ADAMS, Tony; HART, Adam; WEBB, Julia, *op. cit.*, p. 2.

<sup>34</sup> BRAGA, Anthony A.; PIERCE, Glenn L., *op. cit.*, pp. 105-117.

victim's body. It is considered so because of many lesions existed on the victim's body, which conducted to death<sup>35</sup>.

The criminal investigation of serious crimes of homicide states that the ballistic forensic examination provides important information regarding the gun used by perpetrator, the type of gun, the gun traces on both the victim's body and in the environmental area, and the bullet traces as well. However, there are situations in which the perpetrator uses cartridges manufactured from plastic, which are destroyed simultaneously with the burning gunpowder<sup>36</sup>. In these cases, the forensic experts activity of forensic examination is complex and complicated, because of the material evidence destroyed at the time of committing criminal act - *dolus ex re*.

Other forms of violent crimes are also investigated by the prosecutor through conducting at least one forensic examination during the investigation stage. The DNA forensic examination is a significant part of the forensic experts' activity<sup>37</sup>. It is actually carried out by the forensic medicine experts in close cooperation with the forensic investigators, whose results depend on the DNA examination result established previously<sup>38</sup>.

Doctrine has emphasized that the DNA examination is "the result of a biological examination, which states data regarding the individuals' genetic information (...). Through this genetic evidence, it has been demonstrated scientifically that a person belongs to a unique DNA and there are no two individuals having the same DNA profile"<sup>39</sup>. For this reason, the bio-forensic examination ordered in purpose to

---

<sup>35</sup> CRIMINAL DECISION no. 428/RC of 28 November 2018 of the High Court of Cassation and Justice of Romania. Available at: <http://www.scj.ro>. Accessed on July 16, 2020.

<sup>36</sup> STANCU, Emilian. *op. cit.*, p. 256.

<sup>37</sup> WALTKE, Heather; LAPORTE, Gerald; WEISS, Danielle; SCHWARTING, Dawn; NGUYEN, Minh; SCOTT, Frances. Sexual Assault Cases: Exploring the Importance of Non-DNA Forensic Evidence. *NIJ Journal*, n. 279, 2018, pp. 35-47. Available at: <https://www.ojp.gov/pdffiles1/nij/250696.pdf>. Accessed on May 8, 2021.

<sup>38</sup> STANCU, Emilian. *op. cit.*, 2001.

<sup>39</sup> MAGHERESCU, Delia. *Criminalistica*. Bucharest: Wolters Kluwer, 2017a, p. 202.

establish the DNA profile is a very important activity, carried out by the forensic experts due to the fact that it provides them with the exact data to identify the perpetrator. From a procedural point of view, they are absolute evidence administered during the criminal proceedings the investigation bodies should be based on in order to achieve the accusation in penal case.

From a practical point of view, it has been stated that a wrong decision could be pronounced in cases of homicide, in which the defendants are convicted in the absence of a DNA forensic examination<sup>40</sup>. Such errors occurred in practice<sup>41</sup> and, for this reason, they must be avoided entirely<sup>42</sup>. In this matter, a penal case can be considered as providing the judicial truth<sup>43</sup> regarding the crime and the perpetrator, imposing *erga omnes* effects. Therefore, the judicial bodies are not entitled to carry out new investigation activities regarding the other persons, such obligation coming into effect once the decision of acquittal was finally ruled in the penal case. In fact, the case decision was pronounced by the court of law, while the definitive decision of acquittal coincides with the moment in which both the forensic experts and the investigation bodies have had access to the genetic DNA examination<sup>44</sup>. It is considered that the scientific analysis is carried out through the biological samples drawn from suspected persons, and crime victims. Using the comparative methods, the forensic experts

---

<sup>40</sup> SCHROEDER, David A.; ELINK-SCHUURMAN-LAURA, Kristin. *The impact of forensic evidence on arrest and prosecution*. National Institute of Justice. Boston: University of New Haven, 2017, pp. 1-92. Available at: <https://www.ojp.gov/pdffiles1/nij/grants/250721.pdf>. Accessed on May 8, 2021.

<sup>41</sup> CRIMINAL DECISION no. 2801 of 12 September 2012 of the High Court of Cassation and Justice of Romania. Available at: <http://www.scj.ro>. Accessed on July 16, 2020.

<sup>42</sup> SANGERO, Boaz; HALPERT, Mordechai. Why a conviction should not be based on a single piece of evidence: A proposal for reform, *Jurimetrics*, v. 48, n. 1, 2007, pp. 43-94. Available at: <https://www.jstor.org/stable/25767388?seq=1>. Accessed on May 8, 2021.

<sup>43</sup> ROBERTSON, James. Forensic science, an enabler or dis-enabler for criminal investigation? *Australian Journal of Forensic Sciences*, v. 44, n. 1, 2012, pp. 83-91.

<sup>44</sup> CRIMINAL DECISION no. 2137 of 3 April 2006 of the High Court of Cassation and Justice of Romania. Available at: <http://www.scj.ro>. Accessed on July 16, 2020.

can obtain evidence which can conduct to finding truth and solving penal case under conclusive, pertinent and genuine evidence.

*Working premise 2: Cases of terrorist attack*

Another issue focuses on the cases of serious crimes of terrorist attacks. The forensic experts have determined that in cases of explosion and detonation the most significant scientific evidence is that based on the forensic examination by means of chemical techniques. In cases of crimes committed through explosion and detonation “the diverse features of these technical phenomena as well as their *modus operandi* or even the varied evolution make from the offenses committed by detonation as being serious ones. (...) The detonation evolution and its consequences, which destroy the evidence so necessary for the entire penal investigation through the burning process, make difficult both the judicial bodies and the forensic experts’ activity. Moreover, the explosive materials used by the perpetrators in committing the criminal acts are destroyed through the same burning process”<sup>45</sup>. In these situations, the forensic experts are looking for finding evidence, such as cinders resulted from the burning materials found in the proximity area and carbonized elements providing information on the burnt fragments. At the same time, the fragments of device, which released the explosion, can offer information to the forensic experts on the criminal *modus operandi* used by the perpetrator in committing crime<sup>46</sup>.

Another category of crimes discussed is related to those committed by arson followed by explosion. It is frequently used by perpetrators in committing terrorist attacks. The forensic examination of prohibited substances used in committing serious crimes, usually at the international level, are relevant for the judicial bodies in the judicial activity of solving penal cases<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> MAGHERESCU, Delia. New Specific Techniques of Investigation for the Economic Offences. In: MOTATU, Adriana; MILITARU, Ioana Nely, (eds). *Diversity and Interdisciplinarity in Business Law*. Bucharest: ADJURIS International Academic Publisher, 2017b, pp. 177-192.

<sup>46</sup> *Ibidem*.

<sup>47</sup> WOODMAN, Peter A.; SPIRANOVIC, Caroline; JULIAN, Roberta; BALLANTYNE, Kaye N.; KELTY, Sally F. The impact of chemical trace evidence on

The practitioners have related the practice regarding the individual character of the forensic examination and its connection to the other evidence gathered by the investigation bodies from the crime scene. The procedure indicates that forensic examination leads exclusively to solving the penal cases of serious crimes, such as those committed through explosion and detonation. Two kinds of forensic examinations are carried out in these cases.

The first is the physical-chemical examinations<sup>48</sup> which refer to the optic microscopic technique, electronic scanning microscopic technique, the chromatography in both the gaseous and liquid phases<sup>49</sup>. In practice, it has been stated that "the hi-tech devices as well as the use of innovative techniques for the above mentioned areas help the forensic science, which has made huge steps in the last period of time"<sup>50</sup>.

The second kind is characterized by the technical examinations. None of these have a pre-established judicial value: They are corroborated with the other evidence gathered by the investigation bodies<sup>51</sup>. This is the main principle applicable in criminal matters, whose value is designed by the elements of scientific analysis. The judge is the only one judicial authority able to corroborate evidence each other at the deliberative stage of penal trial, in such a manner to pronounce the judicial decision legally and substantially, at the end of criminal proceedings.

### *Working premise 3: Cases of transnational organized crimes*

Regarding the transnational organized crimes, the forensic investigators often provide their opinions on the forensic examinations conducted by the investigation bodies in order to achieve the accusation by scientific evidence. They have deemed that the forensic examinations

---

justice outcomes: Exploring the additive value of forensic science disciplines. *Forensic Science International*, v. 307, 2020, pp. 110-121.

<sup>48</sup> GEHL, Rod; PLECAS, Darryl. *Introduction to Criminal Investigation: Processes, Practices and Thinking*. New Westminster, BC: Justice Institute of British Columbia. 2016, p. 148. Available at: <https://pressbooks.bccampus.ca/criminalinvestigation>. Accessed on April 4, 2020.

<sup>49</sup> MAGHERESCU, Delia. *Criminalistica*. Bucharest: Wolters Kluwer, 2017a.

<sup>50</sup> *Ibidem*.

<sup>51</sup> STANCU, Emilian. *op. cit.*, 2001.

on counterfeiting goods of any kind are usually conducted by the forensic experts during the investigation phase.

Another issue was the transnational organized crime in which the forensic examination is conducted in a particular manner due to the fact that the investigation activity in these cases is a *specialised one*<sup>52</sup>. Investigators has faced the challenge regarding the forensic examination undertaken by the judicial bodies in cases, such as those related to counterfeiting goods<sup>53</sup>. It is well-known that the activity of counterfeiting supposes firstly the action of falsification, consisting particularly in falsifying materials part of products that the perpetrator plans to trade. The procedure of forensic investigation in such cases uses the scientific methods of analyzing constitutive elements, provided by the judicial chemistry - a new concept, welcomed by the scientific techniques of forensic investigation of textile, plastic materials as well as any other substances<sup>54</sup>.

Another kind of serious crime examined by the forensic examination is trafficking in drugs, most of the time committed in a transnational manner. The diversity of drugs as well as the routes covered by traffickers in a transnational way implies several forensic examinations. For this reason, it could be stated that the investigation activity is a complex one. The same complexity applies to the forensic examination in cases of trafficking in arms and trafficking in persons<sup>55</sup>. In practice, the court

---

<sup>52</sup> DOUGLAS, John E.; BURGESS, Ann W.; BURGESS, Allen G.; RESSLER, Robert K. *Crime Classification Manual: A Standard System for Investigating and Classifying Violent Crime*, op. cit., 2013.

<sup>53</sup> DUMBA, Dumitru. Consideratiuni in legatura cu dispunerea prin ordonanta de catre procurorul care efectueaza urmarirea penala a expertizelor care au ca obiect stabilirea valorii in vama a marfurilor. *Dreptul*, n. 9, 2010, pp. 167-177.

<sup>54</sup> MAGHERESCU, Delia. New Specific Techniques of Investigation for the Economic Offences. In: MOTATU, Adriana; MILITARU, Ioana Nely, (eds). *Diversity and Interdisciplinarity in Business Law*. Bucharest: ADJURIS International Academic Publisher, 2017b, pp. 190.

<sup>55</sup> UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. *Anti-human trafficking manual for criminal justice practitioners: Crime scene and physical evidence examinations in trafficking in persons investigations*, Vienna, 2009, pp. 1-32. Available at: [https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/TIP\\_module7\\_Ebook.pdf](https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/TIP_module7_Ebook.pdf). Accessed on October 13, 2020; CRIMINAL DECISION no. 350 of 28 June 2019 of the High Court of Cassation and Justice of Romania. Available at: <http://www.scj.ro>. Accessed on July 16, 2020; MASSEY,



of law admitted the criminal accusation submitted by the prosecutor<sup>56</sup> and condemned the defendant for committing the qualified transnational trafficking in arms<sup>57</sup>.

*Working premise 4: Cases of forged documents*

Another point of view is focused on the idea of the forensic examination of writing in cases of document forgery<sup>58</sup>. Indeed, the cases of counterfeiting documents are often met in practice. The investigation bodies are frequently invested with cases in which ordering forensic examinations of writing for the forged documents are necessary in purpose to gather evidence by means of scientific forensic methods.

*De facto*, the forensic examination of documents involves several activities. They refer mainly to the following category:

- the forensic investigation of handwriting;
- the forensic technical examination of documents;
- the forensic investigation of official documents.

The offenses of counterfeiting documents are incriminated in different ways by the legislation in criminal matters into force. The differences depend on the *modus operandi* preferred by the perpetrator. In this matter, the legislator has protected both the official and private documents, and the courts of law are called to void the forged document<sup>59</sup>

---

Simon; RANKIN, Glynn. *Exploiting people for profit. Trafficking in human beings*. London: Palgrave Macmillan, 2020, pp. 53-74.

<sup>56</sup> CRIMINAL DECISION no. 385/RC of 31 October 2018 of the High Court of Cassation and Justice of Romania. Available at: <http://www.scj.ro>. Accessed on July 16, 2020.

<sup>57</sup> According to Article 271 of Law no. 86 of 2006 on the Custom Code of Romania, corroborated with Article 75 (2/b) and Article 76 (1) of the Penal Code of Romania.

<sup>58</sup> MONCKTON-SMITH, Jane; ADAMS, Tony; HART, Adam; WEBB, Julia, *op. cit.*, p. 2; TOUZEAU, Nadine. Transposition of *modus operandi* from the real to the virtual using several signatures: Case of "the drowned of the Garonne" serial crimes in France. *Forensic Science and Criminology*, v. 3, n. 1, 2018, pp. 1-2.

<sup>59</sup> PRELIMINARY DECISION no. 113 of 22 February 2019 of the High Court of Cassation and Justice of Romania. Available at: <https://www.scj.ro>. Accessed on April 15, 2020.

in purpose to re-establish the initial legal status, as well as the general social order provided by the law on official and private documents.

The forensic examinations of the perpetrators' papillary traces in several cases have a significant relevance in practice. The fingerprint identification is so common in penal cases committed by the perpetrators and related to the forged documents once they are distributed on the public market. The High Court of Cassation and Justice of Romania<sup>60</sup> has stated that "the information provided by the European arrest warrant are sufficient for the court of law to take into account the circumstances disposed by the legislation in criminal matters. Thus, it is stated that the investigation stage in the current case is an incipient one, and the Belgian authorities' request is based on the identification of papillary fingerprints of the requested person, existed on the counterfeiting banknotes handle over the victim, aspect which necessitates explanations in order to establish the implication of each involved person".

Regarding the forensic fingerprint examination carried out in this case, which has concluded that the fingerprint traces belong to the suspected person, the court of law has stated that "referring to the suspected person's declaration that he has not ever been in Belgium during 2016-2019, the procedure of drawing papillary traces of the suspected person from the counterfeiting banknotes necessitates elucidations on how they have been identified on these banknotes, as well as to establish the limits of criminal activity imposed by the judicial authorities of Belgium"<sup>61</sup>.

#### *Working premise 5: Cases of road accidents*

A particular type of crime investigated by means of forensic science is the road accident in which at least one victim is involved. Crimes of road accidents are so common for the judicial investigation bodies, which will certainly require a road accident forensic examination regarding the vehicles' dynamics in cases of road accidents in order to establish the circumstances the offense was committed in. Due to the

---

<sup>60</sup> CRIMINAL DECISION no. 542 of 30 October 2019 of the High Court of Cassation and Justice of Romania. Available at: <http://www.scj.ro>. Accessed on July 16, 2020.

<sup>61</sup> *Ibidem*.

*modus operandi*, the road accident forensic examination in these cases supposes several operations, techniques and methods of discovering traces, sampling and examining them in order to provide relevant information on committing offense. The most frequent ordered forensic examinations are those related to:

- establishing dynamics of road accident;
- establishing direction of vehicle's circulation;
- establishing time of impending state of danger;
- establishing the speed of vehicle's circulation;
- establishing the place of impact;
- establishing the degree of auto tires and rims' tear;
- evaluating points of impact and roadway conditions;
- establishing possibility of avoiding road accident.

All these objectives should be followed by the technical examination of vehicle, which is often limited to technical aspects on carrying out forensic examinations of the pieces of the vehicle's safety system<sup>62</sup>, in purpose to state if they have had a particular involvement in deficient working of vehicle and subsequently caused the road accident. In this case, there is no attention paid to analysing dynamics or the circumstances the road accident was committed in.

For this reason, it could be pointed out that, in cases of road accidents, the physical-chemical examinations will be ordered by the judicial bodies with an aim to find out the circumstances of committing offense.

In cases of road accidents, the main principle of crime scene investigation requires that the forensic investigators should evaluate immediately the evidence in order for them to establish as fair as possible the way of producing offense. The principle is also accustomed to the function of preservation of evidence on the crime scene, especially those which might be destroyed by weather conditions, such as wind, rain a.s.o. or even contaminated by the assistant witnesses.

---

<sup>62</sup> ITAI. Good Practice in Forensic Road Collision Investigation. A guide for Practitioners. NPCC: South Cerney, 2019, pp. 1-60. Available at: <https://www.itai.org/download/Good-Practice-in-Forensic-Road-Collision-Investigation-V2A.pdf>. Accessed on August 12, 2020.

The evidence sampled from the crime scene are usually examined chemically. They consist in elements, such as glass elements, textile materials, plastic, metal, diesel oil, petrol fragments, or even victim's clothes pieces and biological samples. In cases of suspects who left the crime scene until its investigation, any of their clothes pieces are useful as well. Every substance and element should not be replaced or moved next to the victims' body in purpose to avoid the interference each other, having repercussion on the chemical testing.

The forensic examinations ordered depend of the typology of offenses whose particularities present interest for the penal case entirely. The medico-legal examination is carried out in cases of road accidents with dead victims. In such cases, the forensic legal expert should investigate the crime scene before the time of removing body. In practice, the procedure varies, but generally speaking the forensic legal expert should accompany the forensic investigator to the crime scene in a mixed investigation team.

Last but not least, the investigation procedure carried out on the crime scene of road accident involves the activity of gathering witnesses' statements in close area of the offence committed and in a shortest time period after producing road accident. Although they do not provide absolute evidence, the eye-witnesses are useful in the beginning of forensic investigation. They will then be appointed for the hearing procedure, which will be conducted under the principles stated for the forensic tactics of hearing people in criminal proceedings.

Nevertheless, there are gaps in practice in the matter of examining samples gathered from the crime scene. In this matter, the judicial bodies must take into account the proposals advanced by the forensic experts on the way in which the gaps can be solved by finding appropriate solutions including legislative ones. Moreover, the legislator could take practical issues into account in seeking to improve the legislation in criminal matters on exercising the function of accusation by means of forensic science.

#### *Working premise 6: Cases of financial crimes*

The forensic experts have opined that the national and transnational financial crimes are the subject to forensic examinations

in cases in which tax evasion, fraud, counterfeiting, and smuggling are committed<sup>63</sup>. The complex nature of transnational crimes creates premises for a complex forensic examination as well. Thus, doctrine has pointed out that “the judicial bodies need some specific knowledge from different areas of sciences than the legal one. In this manner, in order for them to administrate evidence for solving legally the penal law conflict, they need to utilize certain special means of evidence. The forensic examinations, with the data and information provided, belong to this category and help the instance to pronounce the legal and justified decision in a case”<sup>64</sup>.

In the matter of achieving accusation, the forensic science states what kind of forensic examinations are relevant in the cases of serious crimes, also connected to the corruption ones which bring together illegal activity in the field of business and law enforcement. In practice, it has been stated that, in cases of trafficking in influence committed by civil servants in their professional activity of exercising the legal duties in a public function, as regulated by Article 291 of the Penal Code of Romania, the judicial bodies will order the voice and speaking forensic examination over the conversations recorded in the surrounding environment and discussed between defendant and informant<sup>65</sup>.

## CONCLUSIONS

Under the last legislative amendment and entrance into force of the new Code of penal procedure in Romania on the 1<sup>st</sup> of February 2014, the legal framework in criminal matters has been changed substantially. Achieving accusation by means of forensic science is a real challenge for

---

<sup>63</sup> MAGHERESCU, Delia. New Specific Techniques of Investigation for the Economic Offences. In: MOTATU, Adriana; MILITARU, Ioana Nely, (eds). *Diversity and Interdisciplinarity in Business Law*. Bucharest: ADJURIS International Academic Publisher, 2017b, pp. 177-192.

<sup>64</sup> *Idem*, p. 187.

<sup>65</sup> CRIMINAL DECISION no. 277/A of 29 October 2018 of the High Court of Cassation and Justice of Romania. Available at: <http://www.scj.ro>. Accessed on July 16, 2020.

the investigation bodies who seek appropriate solutions for finding truth in the penal cases<sup>66</sup> they are invested with, as well as for solving them through conclusive, pertinent and genuine evidence, as scientific ones, gathered by means of new technologies provided by the forensic science.

The judicial means of gathering evidence are diverse and consist of methods and means regulated by the Code of penal procedure being obtained during the investigation phase<sup>67</sup>, while the other procedural activities are conducted including the judicial search, gathering goods and documents, also achieved by means of forensic science. Using the means of forensic science during the investigation phase is always directed in the penal cases of both serious crimes and common offenses.

In this judicial architecture, the judicial bodies are bound to collect judicial samples drawn from the crime scene and surrendering them to the forensic experts<sup>68</sup> in order to obtain scientific evidence.

As *de lege ferenda* proposal, the methodology of gathering forensic evidence must be standardized for each kind of sample drawn. Based on this standardization, the judicial bodies would be obliged to respect the integrated methodology of drawing experimental forensic evidence. Consequently, they would be directed not to neglect aspects that are useful for the forensic examination procedure. Moreover, the procedure would enhance the judicial bodies' active role, on the one hand, and can advance the idea of their suitability with concrete data of the penal case investigated, on the other hand. This means that a more efficient cooperation between the investigation body and the forensic expert

---

<sup>66</sup> ZARAFIU, Andrei. Implications of the new legislation on the fundamental principles of the criminal trial. *Challenges of the Knowledge Society*. Bucharest: "Nicolae Titulescu" University Publishing House, 2015, pp. 145-155. Available at: <https://www.proquest.com/openview/69c-b9471aa57f00f829a7d6cf5465638/1?pq-origsite=gscholar&cbl=2036059>. Accessed on May 13, 2021.

<sup>67</sup> KAIJA, S. Issues in separation of criminal procedural functions. *Society. Health. Welfare*. 2016, v. 40, 2018, pp. 1-10.

<sup>68</sup> AITKEN, Colin; ROBERTS, Paul; JACKSON, Graham. Fundamentals of Probability and Statistical Evidence in Criminal Proceedings. Guidance for Judges, Lawyers, Forensic Scientists and Expert Witnesses. *Royal Statistical Society*, v. 121, 2010, pp. 18-22. Available at: <https://www.maths.ed.ac.uk/~cgga/Guide-1-WEB.pdf>. Accessed on May 10, 2021.

is necessary in the context of approaching the particularities of the investigated case<sup>69</sup> and, in this matter, the standardized procedure will guide their activities<sup>70</sup>.

## BIBLIOGRAPHY

ACTIVITY REPORT. National Institute of Forensic Examinations. Ministry of Justice of Romania, 2018. Available at: <https://www.inec.ro/images/Documente/RapoarteSiStudii/RA2018.pdf>. October 20, 2020.

AITKEN, Colin; ROBERTS, Paul; JACKSON, Graham. Fundamentals of Probability and Statistical Evidence in Criminal Proceedings. Guidance for Judges, Lawyers, Forensic Scientists and Expert Witnesses. *Royal Statistical Society*, v. 121, pp. 18-22, 2010. Available at: [http://eprints.nottingham.ac.uk/1859/1/Aitken\\_Roberts\\_&\\_Jackson\\_Fundamentals\\_of\\_Probability\\_and\\_Statistical\\_Evidence\\_\(2010\).pdf](http://eprints.nottingham.ac.uk/1859/1/Aitken_Roberts_&_Jackson_Fundamentals_of_Probability_and_Statistical_Evidence_(2010).pdf). Accessed on February 25, 2020.

ASLAN, Deniz; EDELMANN, Robert. Demographic and offence characteristics: a comparison of sex offenders convicted of possessing indecent images of children, committing contact sex offences or both offences. *The Journal of Forensic Psychiatry & Psychology*, v. 25, n. 2, pp. 121-134, 2014. <https://doi.org/10.1080/14789949.2014.884618>

BOTIAN, Elisabeta. *Drept procesual penal*. Sibiu: BURG Publishing House, 2016.

BRAGA, Anthony A.; PIERCE, Glenn L. Reconsidering the ballistic imaging of crime bullets in gun law enforcement operations. *Forensic Science Policy & Management: An International Journal*, v. 2, n. 3, pp. 105-117, 2011. <https://doi.org/10.1080/19409044.2011.613444>

CARPINEAN, Ion Cristian. Rolul probelor criminalistice in aflarea adevarului. *Revista de Criminologie, Criminalistica si Penologie*, n. 4, pp. 83-85, 2019.

COVALCIUC, Ion. New investigative techniques: Regulatory provisions and practical possibilities. *Revista de Criminologie, Criminalistica si Penologie*, n. 4, pp. 67-74, 2019.

---

<sup>69</sup> HORSWELL, John. *The Practice of Crime Scene Investigation*. London - New York: Taylor&Francis, 2004.

<sup>70</sup> HOWES, Loene M. The communication of forensic science in the criminal justice system: A review of theory and proposed directions for research. *Science and Justice*, v. 55, n. 2, 2015, pp. 145-154.

CRIMINAL DECISION no. 2801 of 12 September 2012 of the High Court of Cassation and Justice of Romania. Available at: <http://www.scj.ro>. Accessed on July 16, 2020.

CRIMINAL DECISION no. 2137 of 3 April 2006 of the High Court of Cassation and Justice of Romania. Available at: <http://www.scj.ro>. Accessed on July 16, 2020.

CRIMINAL DECISION no. 277/A of 29 October 2018 of the High Court of Cassation and Justice of Romania. Available at: <http://www.scj.ro>. Accessed on July 16, 2020.

CRIMINAL DECISION no. 542 of 30 October 2019 of the High Court of Cassation and Justice of Romania. Available at: <http://www.scj.ro>. Accessed on July 16, 2020.

CRIMINAL DECISION no. 350 of 28 June 2019 of the High Court of Cassation and Justice of Romania. Available at: <http://www.scj.ro>. Accessed on July 16, 2020.

CRIMINAL DECISION no. 385/RC of 31 October 2018 of the High Court of Cassation and Justice of Romania. Available at: <http://www.scj.ro>. Accessed on July 16, 2020.

CRIMINAL DECISION no. 428/RC of 28 November 2018 of the High Court of Cassation and Justice of Romania. Available at: <http://www.scj.ro>. Accessed on July 16, 2020.

DOUGLAS, John E.; BURGESS, Ann W.; BURGESS, Allen G.; RESSLER, Robert K. *Crime Classification Manual: A Standard System for Investigating and Classifying Violent Crime*. Third ed. New Jersey: Wiley, 2013.

D'SILVA, Karen; DUGGAN, Conor. Revisiting the overcontrolled-undercontrolled typology of violent offenders. *Personality and Mental Health*, n. 4, pp. 193-205, 2010. <https://doi.org/10.1002/pmh.130>

DUMBA, Dumitru. Consideratiuni in legatura cu dispunerea prin ordonanta de catre procurorul care efectueaza urmarirea penala a expertizelor care au ca obiect stabilirea valorii in vama a marfurilor. *Dreptul*, n. 9, pp. 167-177, 2010.

FRASER, Jim. The application of forensic science to criminal investigation. In: NEWBURN, Tim; WILLIAMSON, Tom; WRIGHT, Alan (eds.). *Handbook of criminal investigation*. New York: Willan Publishing, 2007.

GEBERTH Vernon J. *Practical homicide investigation. Tactics, procedures, and forensic techniques*. Fifth ed., Boca Raton: Taylor & Francis Group, 2015.

GEHL, Rod; PLECAS, Darryl. *Introduction to Criminal Investigation: Processes, Practices and Thinking*. New Westminster, BC: Justice Institute of British Columbia.



2016. Available at: <https://pressbooks.bccampus.ca/criminalinvestigation>. Accessed on April 4, 2020.

HIGH COURT OF CASSATION AND JUSTICE of Romania. *Penal Decision no. 847 of 17 October 2018*. Available at: <https://www.scj.ro>. Accessed on March 6, 2020.

HORSWELL, John. *The Practice of Crime Scene Investigation*. London - New York: Taylor&Francis, 2004.

HOWES, Loene M. The communication of forensic science in the criminal justice system: A review of theory and proposed directions for research. *Science and Justice*, v. 55, n. 2, pp. 145-154, 2015. <https://doi.org/10.1016/j.scijus.2014.11.002>

ITAI. *Good Practice in Forensic Road Collision Investigation. A guide for Practitioners*. NPCC: South Cerney, 2019. Available at: <https://www.itai.org/download/Good-Practice-in-Forensic-Road-Collision-Investigation-V2A.pdf>. Accessed on August 12, 2020.

JURISPRUDENTA CEDO. European Court of Human Rights of Strasbourg, 2008. Available at: <https://jurisprudencedo.com>. Accessed on July 14, 2020.

KAIJA, S. Issues in separation of criminal procedural functions. *Society. Health. Welfare*, v. 40, 2018, pp. 1-10. <https://doi.org/10.1051/shsconf/20184001010>

KLEINLEIN, Thomas. The procedural approach of the European Court of Human Rights: Between subsidiarity and dynamic evolution. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 68, n. 1, pp. 91-110, 2019. <https://doi.org/10.1017/S0020589318000416>

KOSAR, David; PETROV, Jan; SIPULOVA, Katarina; SMEKAL, Hubert; VYHNANEK, Ladislav; JANOVSKY, Jozef. *Domestic Judicial Treatment of European Court of Human Rights Case Law*. New York: Routledge, Taylor & Francis Group, 2020.

KRUSE, Corinna. Legal storytelling in pre-trial investigations: arguing for a wider perspective on forensic evidence. *New Genetics and Society*. v. 31, n. 3, pp. 299-309, 2012. <https://doi.org/10.1080/14636778.2012.687084>

LAW no. 135 of 2010 on the new Code of Criminal procedure, published in the Official Journal of Romania no. 486 of 15 July 2010, into force on 1 February 2014.

MACOVECIUC, Ioana; RANDO, Carolyn J.; BORRION, Herve. Forensic gait analysis and recognition: Standards of evidence admissibility. *Journal of Forensic Sciences*, v. 64, n. 5, pp. 1294-1303, 2019. <https://doi.org/10.1111/1556-4029.14036>

MAGHERESCU, Delia. *Criminalistica*. Bucharest: Wolters Kluwer, 2017a.

MAGHERESCU, Delia. New Specific Techniques of Investigation for the Economic Offences. In: MOTATU, Adriana; MILITARU, Ioana Nely, (eds). *Diversity and Interdisciplinarity in Business Law*. Bucharest: ADJURIS International Academic Publisher, 2017b. Available at: <http://www.adjuris.ro/reviste/daib/Diversity%20and%20Interdisciplinarity%20%20%20%20%20%20%20in%20Business%20Law.pdf>. Accessed on September 21, 2020.

MASSEY, Simon; RANKIN, Glynn. *Exploiting people for profit. Trafficking in human beings*. London: Palgrave Macmillan, 2020.

MJANES, Karin L. Testing the Organized/ Disorganized Model of Sexual Homicide. Thesis, Victoria: Simon Fraser University, 2015. Available at: <https://summit.sfu.ca/item/15907>. Accessed on September 24, 2020.

MONCKTON-SMITH, Jane; ADAMS, Tony; HART, Adam; WEBB, Julia. *Introducing Forensic and Criminal Investigation*, Sage Publications, 2013.

PALCU, Pavel. The Need for Diversification of Forensic Tactical Rules Applicable to Crime Scene Investigation. *Journal of Legal Studies*, v. 19, n. 33, pp. 150-154, 2017. <https://doi.org/10.1515/jles-2017-0012>

PECH, Laurent, *The Rule of Law as a Guiding Principle of European Union's External Action*, The Hague: T.M.C. Asser Institute, CLEER, 2012. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1944865>

PRELIMINARY DECISION no. 113/2019 of 22 February 2019 of the High Court of Cassation and Justice of Romania. Available at: <https://www.scj.ro>. Accessed on April 15, 2020.

RAOULT, Sacha. How ownership of penal history was lost: An anti synthesis of modern criminal law. *Journal of Law and Conflict Resolution*, v. 4, n. 2, pp. 20-26, 2012. <https://doi.org/10.5897/JLCR11.010>

ROBERTSON, James. Forensic science, an enabler or dis-enabler for criminal investigation? *Australian Journal of Forensic Sciences*, v. 44, n. 1, pp. 83-91, 2012. <https://doi.org/10.1080/00450618.2011.595736>

ROUX, Claude; CRISPINO, Frank; RIBAU, Olivier. From Forensics to Forensic Science. *Current Issues in Criminal Justice*, v. 24, n. 1, pp. 7-24, 2012. <https://doi.org/10.1080/10345329.2012.12035941>

SANGERO, Boaz; HALPERT, Mordechai. Why a conviction should not be based on a single piece of evidence: A proposal for reform, *Jurimetrics*, v. 48, n. 1, pp. 43-94, 2007. Available at: <https://www.jstor.org/stable/25767388?seq=1>. Accessed on May 8, 2021.

SANTORO, Paola; LA RUSSA, Raffaele; BESI, Livia; VOLONNINO, Gianpietro; DELL'AQUILA, Massimiliano; DE MATTIES, Alessandra; MAIESE, Aniello, The forensic approach to plastic bag suffocation: Case report and review of the literature, *Medico-Legal Journal*, v. 87, n. 4, pp. 214-220, 2019. <https://doi.org/10.1177/0025817219861277>

SCHROEDER, David A.; ELINK-SCHUURMAN-LAURA, Kristin. *The impact of forensic evidence on arrest and prosecution*. National Institute of Justice. Boston: University of New Haven, 2017. Available at: <https://www.ojp.gov/pdffiles1/nij/grants/250721.pdf>. Accessed on May 8, 2021.

SKORUPKA, Jerzy. The rule of admissibility of evidence in the criminal process of continental Europe. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 7, n. 1, pp. 93-122, 2021. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i1.526>

STANCU, Emilian. *Tratat de Criminalistica*. Bucharest: Actami Publishing House, 2001.

STOICA, Crenguta A. Cercetari privind expertizele din domeniul multimedia. *Pro Lege*, n. 2-3, pp. 176-189, 2019.

THEODORU, Grigore. *Tratat de drept procesual penal*, Third ed. Bucharest: Hamangiu Publishing House, 2013.

THOMPSON, Robert M. *Firearm Identification in the Forensic Science Laboratory*. Arlington, VA: National District Attorneys Association, 2010.

TOUZEAU, Nadine. Transposition of *modus operandi* from the real to the virtual using several signatures: Case of "the drowned of the Garonne" serial crimes in France. *Forensic Science and Criminology*, v. 3, n. 1, pp. 1-2, 2018. doi: 10.15761/FSC.1000124

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. *Anti-human trafficking manual for criminal justice practitioners: Crime scene and physical evidence examinations in trafficking in persons investigations*, Vienna, 2009. Available at: [https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/TIP\\_module7\\_Ebook.pdf](https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/TIP_module7_Ebook.pdf). Accessed on October 13, 2020.

WALTKE, Heather; LAPORTE, Gerald; WEISS, Danielle; SCHWARTING, Dawn; NGUYEN, Minh; SCOTT, Frances. Sexual Assault Cases: Exploring the Importance of Non-DNA Forensic Evidence. *NIJ Journal*, n. 279, pp. 1-14, 2018. Available at: <https://www.ojp.gov/pdffiles1/nij/250696.pdf>. Accessed on May 8, 2021.

WOODMAN, Peter A.; SPIRANOVIC, Caroline; JULIAN, Roberta; BALLANTYNE, Kaye N.; KELTY, Sally F. The impact of chemical trace evidence on justice

outcomes: Exploring the additive value of forensic science disciplines. *Forensic Science International*, v. 307, pp. 110-121, 2020. <https://doi.org/10.1016/j.forsciint.2019.110121>

ZARAFIU, Andrei. *Procedura penala. Partea generala. Partea speciala*, Second ed., Bucharest: C.H. Beck, 2015.

ZARAFIU, Andrei. Implications of the new legislation on the fundamental principles of the criminal trial. *Challenges of the Knowledge Society*. Bucharest: "Nicolae Titulescu" University Publishing House, pp. 145-155, 2015. Available at: <https://www.proquest.com/openview/69cb9471aa57f00f829a7d6cf5465638/1?pq-origsite=gscholar&cbl=2036059>. Accessed on May 13, 2021.

### **Additional information and author's declarations (scientific integrity)**

*Acknowledges:* I hereby would like to express my thanks to the Editor-in-Chief of the journal and two anonymous reviewers who accepted my article and decided to publish it in the Revista Brasileira de Direito Processual Penal.

*Conflict of interest declaration:* the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

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

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

### Dados do processo editorial

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

- Recebido em: 06/11/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 19/03/2021
- Deslocamento ao V7N2: 19/03/2021
- Avaliação 1: 19/03/2021
- Avaliação 2: 24/03/2021
- Decisão editorial preliminar: 20/04/2021
- Retorno rodada de correções: 17/05/2021
- Decisão editorial final: 22/05/2021

### Equipe editorial envolvida

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

### HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

MAGHERESCU, Delia. Achieving Accusation by Means of Forensic Science During the Criminal Proceedings in Romania. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 7, n. 2, p. 1287-1319, mai./ago. 2021. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i2.465>



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




# L'ammissione della prova in appello tra diritto di difesa e parità delle parti

*The admission of the evidence in appeal between right of defence and equality of arms*

**Lorenzo Agostino<sup>1</sup>**

Università degli Studi di Genova, Italia

lorenzo.agostino@edu.unige.it

 <https://orcid.org/0000-0002-6132-5402>

---

**ABSTRACT:** Il tema dell'ammissione delle prove in appello rappresenta un tipico terreno di scontro tra l'esigenza di assicurare la ragionevole durata dei processi e la necessità di rispettare, anche in sede di secondo grado, i principi del giusto processo. Il presente lavoro si propone di analizzare le insoddisfacenti soluzioni adottate nel corso del tempo dal legislatore italiano al fine di contemperare questi opposti interessi e di evidenziare l'opportunità di un ripensamento del mezzo di impugnazione, ancora strutturato in chiave inquisitoria nonostante l'impostazione tendenzialmente accusatoria del codice di rito.

**PAROLE CHIAVE:** Ammissione delle prove; Appello; Rinnovazione istruttoria; Parità delle parti; Equo processo.

**ABSTRACT:** *The issue of the admission of the evidences in appeal represents a typical battleground between the interest in ensuring the reasonable duration of trials and the opportunity to respect, even in appeal, the fair trial's principles. The paper aims to analyse the unsatisfactory solutions adopted over the years by the Italian legislator in order to reconcile these opposite needs and to emphasize the importance of a reform of the remedy, still structured in an inquisitorial way despite the accusatory setting of the code of criminal procedure.*

**KEYWORDS:** *Admission of evidences; Appeal; Renewal of the trial evidentiary hearing; Equality of arms; Fair trial.*

---

<sup>1</sup> Dottorando di ricerca in Diritto processuale penale, Università degli Studi di Genova.

**SOMMARIO:** Premessa; 1. Gli angusti spazi del diritto alla prova in appello; 2. La questione del ribaltamento in appello della sentenza di proscioglimento; 3. L'art. 603 comma 3-bis tra diritto di difesa e parità delle parti; 4. L'ammissione delle prove dichiarative in caso di appello dell'imputato avverso la sentenza di condanna; Considerazioni conclusive; Bibliografia.

---

## PREMESSA

La giustizia penale è caratterizzata da una costante tensione tra la necessità di assicurare all'accusato il diritto di difendersi nei confronti dell'imputazione elevata a suo carico e la salvaguardia dell'efficienza di un sistema che, senza adeguate contromisure, sarebbe destinato al collasso.

Uno dei settori in cui l'attrito tra questi opposti interessi è senz'altro evidente è quello delle impugnazioni che, seppur finalizzate a garantire l'adozione della decisione più corretta, sono contraddistinte dall'individuazione di inevitabili limitazioni concernenti anche il diritto alla prova, di cui le parti usufruiscono ad ampio raggio in primo grado. Un sistema già "ingolfato" qual è quello italiano, infatti, non sopporterebbe un mezzo di gravame che consentisse di ripetere *ex novo* tutta l'attività svolta di fronte al primo giudice<sup>2</sup>.

Dinanzi al legislatore si pone quindi da sempre la non semplice sfida di disegnare i confini entro i quali contenere l'attività istruttoria in sede di appello, compito da assolvere senza perdere di vista quei principi – espressi tanto dalle fonti sovranazionali, quanto dalla Costituzione – che, riguardando il processo *tout court*, devono essere rispettati in tutti i gradi di cui esso si compone.

---

<sup>2</sup> D'altronde, «il tempo da dedicare al contraddittorio impegna a fondo la struttura del processo, diventando elemento capace di dilatarne la durata», con la conseguenza che si impone «un avveduto bilanciamento tra garanzie ed efficienza» (BELLUTA, Hervé. Prospettive di riforma dell'appello penale: tra modifiche strutturali e microchirurgia normativa. In: BARGIS, Marta, BELLUTA, Hervé. *Impugnazioni penali*. Assestamenti del sistema e prospettive di riforma. Torino: Giappichelli, 2013, p. 247).



Nelle pagine seguenti si tenterà quindi di analizzare se le scelte operate in questo campo dal legislatore italiano siano o meno soddisfacenti.

## 1. GLI ANGUSTI SPAZI DEL DIRITTO ALLA PROVA IN APPELLO

Tra le due esigenze di cui si è detto poc'anzi, nella disciplina del giudizio di appello è per lungo tempo prevalsa quella di natura efficientistica, considerato il disinteresse mostrato dal legislatore del 1988 nei riguardi di un istituto che ha per gran parte ereditato la normativa del codice di rito del 1930, benché quest'ultimo fosse ispirato a una modellistica di matrice inquisitoria<sup>3</sup>.

La similitudine tra i giudizi di secondo grado contemplati dai due *corpus* normativi «appare manifest[a] e viene consacrat[a]» proprio dall'art. 603 c.p.p. che, nel disciplinare la rinnovazione istruttoria in appello, ricalca l'art. 520 c.p.p. abr.<sup>4</sup>.

Difatti, al di là del diritto di ottenere l'ammissione a “maglie larghe”, cioè sulla base degli stessi ampi presupposti previsti in primo grado, delle prove scoperte o sopravvenute dopo la pronuncia della decisione impugnata, l'art. 603 c.p.p., fatto salvo il “nuovo” comma 3-bis<sup>5</sup>, dota la corte d'appello del potere di scegliere discrezionalmente se e in che misura riassumere le fonti dichiarative<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> La scarsa attenzione rivolta nei confronti dell'appello emerge con chiarezza già dalla *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in *G.U.*, 24 ottobre 1988, n. 250, *Suppl. ord.* n. 2, p. 124, da cui risulta come in sede di lavori preparatori non abbia avuto luogo alcun dibattito tanto dal punto di vista della configurazione dei mezzi di impugnazione come strumenti per riparare gli errori contenuti nella decisione impugnata o per controllare l'operato del giudice, quanto sul piano dell'opportunità o meno di mantenere il generale criterio dell'appellabilità delle decisioni.

<sup>4</sup> Così ZAPPALÀ, Enzo. *Sub art. 603*. In: CHIAVARIO, Mario (coordinato da). *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. VI. Torino: Utet, 1991, p. 201.

<sup>5</sup> *V. infra* § 4.

<sup>6</sup> Sotto questo profilo, la giurisprudenza si è sempre mostrata molto rigida nell'interpretazione delle clausole della non decidibilità allo stato degli atti e della assoluta necessità cui rispettivamente i commi 1 e 3 della menzionata disposizione subordinano lo svolgimento di attività probatoria. Sul punto

Così, sin da subito la dottrina italiana ha avuto modo di evidenziare la «contraddizione» insita in un sistema che ad un primo grado, in cui le prove sono assunte «alla stregua del principio dell'oralità e del contraddittorio nel momento della formazione della prova», giustappone un appello «basato sugli atti del processo», con il conseguente rischio che la sentenza sia riformata «da un giudice davanti al quale non è stata assunta nessuna prova»<sup>7</sup>. Tale incongruenza è stata viepiù acuita dalla revisione dell'art. 111 Cost., il cui quarto comma stabilisce che il processo penale – espressione idonea a ricomprendere anche il giudizio di seconda istanza<sup>8</sup> – è “illuminato” «dal principio del contraddittorio nella formazione della prova».

Questo attrito tra l'impianto accusatorio del processo e le caratteristiche del rimedio potrebbe in futuro interessare anche l'ordinamento brasiliano, per due ordini di motivi: da un lato, al pari del giudice d'appello italiano, anche quello sudamericano domina la materia probatoria, dato che, ai sensi dell'art. 616 c.p.p., «*no julgamento das apelações poderá o tribunal, câmara ou turma proceder a novo interrogatório do acusado, reinquirir testemunhas ou determinar outras diligências*»<sup>9</sup>; dall'altro, il Brasile ha intrapreso un percorso volto al superamento della logica inquisitoria sottesa ad un codice che, adottato nel 1941, ha recepito «*as influências do Código Rocco, de forte inspiração fascista*»<sup>10</sup>. Infatti, dopo l'entrata in vigore della *Constituição* del 1988, che già aveva fatto propria la regola del contraddittorio, la *lei* 24 dicembre 2019, n. 13.964, ha introdotto, all'interno dell'art. 3º-A c.p.p., il principio – la cui efficacia

---

cfr., *ex multis*, Cass., sez. IV, 23 maggio 2017, n. 8106, in *Diritto & Giustizia*, 6 luglio 2017.

<sup>7</sup> LOZZI, Gilberto. *Lezioni di procedura penale*. 12ª ed. Torino: Giappichelli, 2017, p. 697-698.

<sup>8</sup> A tale proposito si veda, diffusamente, CHINNICI, Daniela. *Giudizio penale di seconda istanza e giusto processo*. Torino: Giappichelli, 2009, p. 39 ss.

<sup>9</sup> Infatti, secondo GRINOVER, Ada Pellegrini, MAGALHÃES, Antonio, SCARANCE, Antonio. *Recursos no Processo Penal*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2008, p. 53, «*dentro da matéria impugnada, são plenos os poderes instrutórios do tribunal, ainda que os códigos somente se refiram a eles para certos recursos*».

<sup>10</sup> Così GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 144, 2015.

invero è al momento sospesa – secondo cui «*o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação*»<sup>11</sup>.

Ebbene, l'ambiguo rapporto tra i primi due gradi di giudizio cui dà luogo la normativa italiana ha posto (e continua a porre) due questioni di grande rilievo: una di carattere epistemologico, legata all'eventualità di una modifica della sentenza di primo grado nell'ambito di un giudizio, quello di appello, dai connotati sostanzialmente opposti; l'altra, che invero è una sottocategoria della prima, attinente più specificamente al diritto di difesa dell'imputato, che in sede di gravame corre il pericolo di una riforma peggiorativa della prima decisione.

È su quest'ultimo profilo che si è primariamente appuntata l'attenzione del legislatore e della giurisprudenza, tanto europea quanto interna.

## **2. LA QUESTIONE DEL RIBALTAMENTO IN APPELLO DELLA SENTENZA DI PROSCIoglimento**

La più evidente distorsione derivante dall'illustrata conformazione del giudizio d'appello è rappresentata dalla concreta possibilità che l'imputato, prosciolti in primo grado, venga condannato al termine del secondo giudizio a seguito della mera rilettura dei verbali contenuti nel fascicolo dibattimentale.

Il rimedio, inizialmente architettato dal legislatore con la l. 20 febbraio 2006, n. 46, nota anche come "legge Pecorella", fu radicale: lasciando inalterati gli angusti spazi riservati all'attività istruttoria, la riforma si concentrò sull'appellabilità "oggettiva" delle sentenze, con l'abolizione del potere del pubblico ministero e dell'imputato di appellare le pronunce di proscioglimento<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Ad opinione di LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 17<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 71, grazie a queste riforme «*agora podemos afirmar que o processo penal brasileiro é legal (art. 3º-A do CPP) e constitucionalmente acusatório*», sebbene «*para efetivação dessa mudança é imprescindível afastar a vigência de vários artigos do CPP e mudar radicalmente as práticas judiciárias*».

<sup>12</sup> Per un commento alla riforma si vedano, tra gli altri, BARGI, Alfredo. I nuovi ambiti oggettivi delle impugnazioni. In: GAITO, Alfredo (a cura di). *La*

Al di là del fatto che questo intervento non eliminava completamente la possibilità del ribaltamento della decisione liberatoria<sup>13</sup>, la novella ebbe vita breve, dal momento che la Corte costituzionale ne dichiarò l'illegittimità data l'irragionevole disparità di trattamento che la medesima aveva prodotto tra la posizione dell'accusa, impossibilitata ad appellare le sentenze che la vedevano "soccombente", cioè quelle assolutorie, e la difesa che, al contrario, rimaneva legittimata ad esperire il gravame avverso la condanna<sup>14</sup>.

Il fallimento della legge del 2006 ha riproposto il problema, stavolta affrontato – sulla base dell'impulso proveniente dalla Corte europea dei diritti dell'uomo – sotto un diverso angolo visuale, quello dell'ammissione delle prove nel giudizio di gravame.

I Giudici di Strasburgo, seppur con i limiti del loro tipico approccio casistico, hanno elaborato alcune garanzie volte a preservare l'equità processuale laddove si tratti di procedere ad un *overturning* della sentenza di proscioglimento in virtù di una rivalutazione delle affermazioni rese da una fonte dichiarativa nel corso del giudizio di primo grado<sup>15</sup>. È stato

---

*nuova disciplina delle impugnazioni dopo la "legge Pecorella".* Torino: Utet, 2006, p. 151 ss.; MARANDOLA, Antonella. Nuovo regime dei casi d'appello. In: SCALFATI, Adolfo (a cura di). *Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio.* Trento: Ipsoa, 2006, p. 121 ss.; PRESUTTI, Adonella. L'inappellabilità delle sentenze di proscioglimento tra regola ed eccezione. In: BARGIS, Marta, CAPRIOLI, Francesco (a cura di). *Impugnazioni e regole di giudizio nella legge di riforma del 2006. Dai problemi di fondo ai primi responsi costituzionali.* Torino: Giappichelli, 2007, p. 51 ss.

<sup>13</sup> Difatti, residuava la possibilità di appellare la sentenza di proscioglimento in presenza di una prova nuova o sopravvenuta che fosse stata decisiva.

<sup>14</sup> Cfr. Corte cost., 24 gennaio 2007 (dep. 6 febbraio 2007), n. 26, in *Giurisprudenza costituzionale*, p. 221, 2007 con nota di CAPRIOLI, Francesco. Inappellabilità delle sentenze di proscioglimento e "parità delle armi" nel processo penale.

<sup>15</sup> Tra le varie pronunce che si sono susseguite in materia ricordiamo: Corte edu, Gr. Cam., 26 maggio 1988, Ekbatani c. Svezia, ricorso n. 10563/83; Corte edu, II sez., 18 maggio 2004, Destrethem c. Francia, ricorso n. 56651/00; Corte edu, III sez., 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia, ricorso n. 8999/07; Corte edu, III sez., 5 marzo 2013, Manolachi c. Romania, ricorso n. 36605/04; Corte edu, III sez., 4 giugno 2013, Hanu c. Romania, ricorso n. 10890/04. Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, v. Corte edu, I sez., 29 giugno 2017, Lorefice c. Italia, ricorso n. 63446/13, nonché Corte edu, I sez., 22 ottobre 2020, Tondo c. Italia, ricorso n. 75037/14. Queste pronunce sono tutte disponibili

in particolare affermato come, in linea di principio<sup>16</sup>, coloro che hanno la responsabilità di decidere sulla colpevolezza o l'innocenza dell'imputato debbano sentire personalmente i testimoni e saggiarne la credibilità, dal momento che «la valutazione dell'attendibilità di un testimone è un'attività complessa che, normalmente, non può essere svolta mediante una semplice lettura del contenuto delle dichiarazioni di quest'ultimo, come riportate nei verbali delle audizioni»<sup>17</sup>.

Data la refrattarietà del giudizio d'appello italiano a consentire lo svolgimento di attività istruttoria<sup>18</sup>, la questione non ha tardato a spostarsi dai tavoli della Corte di Strasburgo a quelli della Corte di cassazione, in seno alla quale sono emersi non pochi contrasti, che hanno richiesto per ben tre volte l'intervento chiarificatore delle Sezioni Unite.

Il *fil rouge* che unisce queste pronunce è rappresentato dalla valorizzazione del principio, espresso dall'art. 533 c.p.p. in tema di

---

all'indirizzo <https://hudoc.echr.coe.int/>. Per un'analisi delle sentenze della Corte europea in materia si vedano TESORIERO, Salvatore. La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della CEDU. *Diritto penale contemporaneo, Rivista trimestrale*, v. 3-4, p. 239-276, 2014; AIUTI, Valerio. Impugnazioni e principio di immediatezza nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo. *Diritto penale e processo*, p. 1440-1451, 2015; AIUTI, Valerio. L'art. 603 c.p.p. dopo Dan c. Moldavia: un casebook. *Giurisprudenza italiana*, p. 1002-1019, 2016.

<sup>16</sup> Posto che la regola non ha un valore assoluto, ma è suscettibile di essere derogata laddove sia impossibile risentire il testimone, come nel caso del suo decesso. In questo senso, Corte edu, Gr. Cam., 15 dicembre 2011, Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito, ricorsi n. 26766/05 e 22228/06, in <https://hudoc.echr.coe.int/>, su cui si veda BALSAMO, Antonio. La Corte di Strasburgo e i testimoni assenti: gli sviluppi del “nuovo corso” avviato dalla sentenza Al-Khawaja. *Cassazione penale*, p. 2837-2847, 2013.

<sup>17</sup> Testualmente Corte edu, I sez., 29 giugno 2017, Lorefice c. Italia, ricorso n. 63446/13, § 43. Per un commento alla decisione, BIONDI, Giuseppe. Tanto tuonò che piovve! La prima condanna dell'Italia da parte della Corte EDU in tema di *overturning* sfavorevole in appello: una sentenza (quasi) annunciata. *Cassazione penale*, p. 4556-4577, 2017; AIUTI, Valerio. Corte europea e “motivazione rafforzata” nel caso Lorefice. *Cassazione penale*, p. 682-690, 2018.

<sup>18</sup> Tanto è vero che, prima che fosse intrapreso questo percorso di ripensamento, la giurisprudenza richiedeva, ai fini della riforma della sentenza di proscioglimento, la redazione di una mera motivazione “rafforzata”, volta a confutare i più rilevanti argomenti della decisione gravata. In questo senso, Cass., sez. un., 12 luglio 2005, n. 33748, in *Cassazione penale*, p. 3732.

condanna dell'imputato, del "ragionevole dubbio", alla luce del quale il Giudice di legittimità ha modellato i confini dell'obbligatorietà della rinnovazione istruttoria ai fini della riforma della sentenza di primo grado.

Con la prima decisione, è stato affermato come, allorché il pubblico ministero si dolga dinanzi alla corte d'appello dell'esito assolutorio di primo grado facendo valere l'erronea valutazione di una prova dichiarativa<sup>19</sup>, il canone *Bard*, ai fini della condanna, richieda di «replic[are] l'andamento del giudizio di primo grado, fondandosi su prove dichiarative direttamente assunte». Ne deriva l'obbligo di disporre la rinnovazione istruttoria, anche d'ufficio ai sensi del terzo comma dell'art. 603, in quanto soltanto il contatto diretto tra il giudice di seconda istanza e la fonte di prova può consentire di fugare ogni dubbio in ordine alla responsabilità dell'imputato e, quindi, di sovvertire il risultato liberatorio del primo giudizio<sup>20</sup>.

Alla medesima conclusione è pervenuta anche la seconda sentenza delle Sezioni Unite che, in tema di ribaltamento dell'assoluzione emessa al termine di un processo celebrato secondo le forme del rito abbreviato, anche non condizionato all'integrazione probatoria, hanno specificato come, ai fini dell'*overturning*, l'art. 533 c.p.p. imponga comunque il rispetto del principio di immediatezza in sede di appello, malgrado l'accertamento da parte del primo giudice si sia basato sulle "carte" contenute nel fascicolo del p.m.<sup>21</sup>.

Infine, la terza decisione ha escluso l'obbligo di riassumere la prova dichiarativa per convertire la condanna in assoluzione, atteso che

<sup>19</sup> Categoria nella quale devono essere ricomprese la perizia e la consulenza tecnica (Cass., sez. un., 28 gennaio 2019, n. 14426, in *Diritto penale e Processo*, p. 822, 2019, con nota di BONZANO, Carlo. Le Sezioni Unite Pavan e la morte di un dogma: il contraddittorio per la prova spazza via la neutralità della perizia.

<sup>20</sup> Cass., sez. un., 28 aprile 2016, n. 27620, disponibile in: <<https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/4953-reformatio-in-peius-in-appello-e-processo-equo-art-6-cedu-fisiologia-e-patologia-secondo-le-sezioni>>. commentata da LORENZETTO, Elisa. *Reformatio in peius* in appello e processo equo (art. 6 CEDU): fisiologia e patologia secondo le Sezioni Unite.

<sup>21</sup> Cass., sez. un., 19 gennaio 2017, n. 18620, in *Cassazione penale*, p. 2666, 2017, annotata da APRATI, Roberta. *Overturning sfavorevole* in appello e mancanza del riesame. Per un'analisi del quadro risultante da queste due pronunce, BELLUTA, Hervé, LUPÀRIA, Luca. La parabola ascendente dell'istruttoria in appello nell'esegesi "formante" delle Sezioni Unite. *Diritto penale contemporaneo, Rivista trimestrale*, v. 3, p. 151-162, 2017.

l'incertezza in ordine alla colpevolezza dell'imputato ben può emergere anche dalla mera rilettura dei verbali di prove redatti nell'ambito del primo grado di giudizio<sup>22</sup>.

Le conclusioni cui si è giunti con questo tritico di decisioni sono in parte meritevoli di apprezzamento, posto che, in un'ottica di chiaro *favor* per l'imputato, si è tentato di interpretare l'art. 603 c.p.p. in modo conforme alla giurisprudenza convenzionale<sup>23</sup>. Tuttavia, risolta tale questione, ne è sorta un'altra, altrettanto spinosa, originata dalla combinazione tra l'impostazione inquisitoria del secondo grado di giudizio e il nuovo canale di ammissione delle prove dichiarative aperto a livello pretorio.

Infatti, viene da chiedersi quale sia l'ampiezza dell'obbligo della corte d'appello di rinnovare l'istruzione dibattimentale.

Con la sentenza del 2016, le Sezioni Unite hanno subordinato questo dovere alla circostanza che le dichiarazioni dei testimoni, sulla cui base procedere alla conversione della decisione impugnata, siano «ritenute decisive ai fini del giudizio assolutorio di primo grado»<sup>24</sup>, alla stessa stregua, del resto, dell'impostazione seguita dalla Corte europea<sup>25</sup>.

Senonché, la dottrina ha condivisibilmente evidenziato i rischi sottesi ad una valutazione del giudice in ordine al peso rivestito dalla prova nell'economia della vicenda concreta: la verifica circa il carattere determinante dell'apporto di una fonte dichiarativa potrebbe «ritorcersi contro [...] l'imparzialità» del decidente, «lasciando presagire la propria

---

<sup>22</sup> Cass., sez. un., 21 dicembre 2017, n. 14800, disponibile in: <<https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/5977-la-riassunzione-della-prova-dichiarativa-in-appello-note-a-margine-di-sezioni-unite-troise>>, con nota di GALANTINI, Novella. La Riassunzione della prova dichiarativa in appello: note a margine di Sezioni Unite Troise.

<sup>23</sup> Dà una valutazione complessivamente positiva dell'illustrato percorso giurisprudenziale, LAVARINI, Barbara. Sistema delle impugnazioni e profili di garanzia. Il passato e il presente. In: Aa.Vv. "Processo e garanzie della persona" – Atti del Convegno in onore di Mario Chiavario. *Legislazione penale*, p. 140, 19 ottobre 2020.

<sup>24</sup> Cass., sez. un., 28 aprile 2016, n. 27620, cit.

<sup>25</sup> Secondo la Corte edu, sono decisive le «testimonianze che avevano portato il tribunale a dubitare della fondatezza dell'accusa formulata nei suoi confronti a tal punto da motivare l'assoluzione di quest'ultimo» (Corte edu, III sez., 5 marzo 2013, Manolachi c. Romania, ricorso n. 36605/04, § 48).

intenzione di condannare il prosciolto ogni qual volta si determini per la rinnovazione della prova dichiarativa»<sup>26</sup>. Senza contare come un simile vaglio mal si attaglia ad un controllo preliminare come quello da operare in sede di ammissione delle prove, visto che solo dopo l'assunzione delle stesse può essere svolto con la dovuta consapevolezza<sup>27</sup>.

Così, il legislatore, nell'introdurre l'art. 603 comma 3-bis, ha scelto di non includere tale requisito nella trama della disposizione. Ma anche questa soluzione, come vedremo, è suscettibile di dare adito ad una serie di dubbi.

### **3. L'ART. 603 COMMA 3-BIS TRA DIRITTO DI DIFESA E PARITÀ DELLE PARTI**

La l. 23 giugno 2017, n. 103 ("riforma Orlando"), ha inserito nel tessuto dell'art. 603 c.p.p. il comma 3-bis, a mente del quale «nel caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, il giudice dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale».

Già da una prima lettura della disposizione emergono due importanti differenze tra le impostazioni seguite dal legislatore e dalla giurisprudenza: da un lato, il presupposto cui è subordinato l'obbligo di rinnovazione è che l'accusa, nell'atto di impugnazione proposta contro una pronuncia liberatoria, si dolga della valutazione del primo giudice in ordine alle dichiarazioni di una fonte di prova; dall'altro, la riassunzione

<sup>26</sup> In questi termini, BELLUTA, Hervé. LUPÁRIA, Luca. La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale tra legge e giurisprudenza: punti fermi ... e non. In: CANZIO, Giovanni, BRICCHETTI, Renato. *Le impugnazioni penali*. Milano: Giuffrè, 2019, p. 358. Anche CAPONE, Arturo. Appello del pubblico ministero e rinnovazione istruttoria. In: BARGIS, Marta, BELLUTA, Hervé (a cura di). *La riforma delle impugnazioni tra carenze sistematiche e incertezze applicative (commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103 e al d.lgs. 6 febbraio 2018, n. 11)*. Torino: Giappichelli, 2018, p. 67, evidenzia alcune controindicazioni cui avrebbe potuto dar luogo il parametro della "decisività".

<sup>27</sup> In questo senso, CHINNICI, Daniela. Contraddittorio e giudizio di appello. Ortodossia europea, resistenze interne e graduali aperture in attesa del "sigillo" del legislatore. In: NEGRI, Daniele, ORLANDI, Renzo (a cura di). *Le erosioni silenziose del contraddittorio*. Torino: Giappichelli, 2017, p. 210.



della prova è «automatic[a]»<sup>28</sup>, cioè non sottoponibile ad alcuna indagine in punto di ammissibilità da parte della corte d'appello che, una volta verificata, ai sensi dell'art. 581 c.p.p., la specificità del motivo con cui il p.m. contesta il modo in cui è stata considerata la testimonianza<sup>29</sup>, è tenuta a disporre il supplemento istruttorio, a prescindere da un'esplicita richiesta in tal senso<sup>30</sup>.

La *ratio* della prescrizione normativa si pone nello stesso solco garantista della giurisprudenza europea e interna, con l'obiettivo di assicurare il rispetto dei principi del contraddittorio, dell'oralità e dell'immediatezza tutte le volte in cui vi possano essere i margini per la riforma di una sentenza liberatoria.

Tuttavia, il legislatore ha avuto il demerito di considerare la riassunzione della prova dichiarativa in appello soltanto come strumento di tutela dell'imputato, al quale si consente di partecipare nuovamente all'esame incrociato dinanzi al giudice chiamato a rivalutare la sua responsabilità, ignorando colpevolmente le potenzialità persuasive offerte dal metodo dialettico di formazione della prova. In altre parole, poiché l'obbligo di riassunzione della fonte dichiarativa è previsto unicamente in relazione all'appello esperito dall'accusa, quest'ultima è stata dotata di uno strumento estremamente efficace per perorare la propria causa, in assenza di adeguate contromisure in favore dell'imputato<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> Utilizza questa espressione, CANESCHI, Gaia. La rinnovazione istruttorie in appello dopo la riforma Orlando: una non soluzione ad un problema apparente. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, p. 841, 2018.

<sup>29</sup> Ritene che il vaglio sulla specificità dei motivi di appello coinvolga anche questo profilo, CAPONE, Arturo. Appello del pubblico ministero e rinnovazione istruttorie. In: BARGIS, Marta, BELLUTA, Hervé (a cura di). *La riforma delle impugnazioni tra carenze sistematiche e incertezze applicative (commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103 e al d.lgs. 6 febbraio 2018, n. 11)*. Torino: Giappichelli, 2018, p. 69.

<sup>30</sup> Di qui i dubbi circa il rispetto del principio dell'imparzialità del giudice, il quale si «converte [...] in investigatore»: la disposizione «favorisce l'uso del potere istruttorio in funzione della verifica di una (ormai divenuta propria) ipotesi ricostruttiva del fatto» (MARANDOLA, Antonella. *L'appello riformato*. Milano: Cedam, 2020, p. 188)

<sup>31</sup> Come osservato da CAPONE, Arturo. Prova in appello: un difficile bilanciamento. *Processo penale e giustizia*, v. 6, p. 52, 2016, «la critica dell'assoluzione si avvale di regola di una nuova escussione incrociata, in cui il pubblico

Difatti, al fine di ottenere la riammissione di altre prove, diverse da quelle su cui si sono concentrati i motivi d'appello del p.m., la difesa deve passare dalle "strette" del primo comma e del terzo comma dell'art. 603. D'altronde, benché il nuovo comma 3-*bis* si esprima in termini di «rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale», le Sezioni Unite hanno specificato come questa formula, lungi dall'aprire le porte ad una riedizione dell'attività istruttoria già svolta in primo grado, non imponga di assumere nuovamente tutte le prove, ben potendo essere escussa la sola «fonte la cui dichiarazione sia oggetto di una specifica censura da parte del pubblico ministero attraverso la richiesta di una nuova valutazione da parte del giudice d'appello». Per il resto – prosegue il Giudice di legittimità – un eventuale ulteriore segmento istruttorio potrà essere disposto dal giudice qualora lo ritenga assolutamente necessario *ex art. 603 comma 3 c.p.p.*<sup>32</sup>.

L'art. 603 comma 3-*bis*, quindi, è suscettibile di dar luogo ad un'indebita disparità di trattamento tra il pubblico ministero, dei cui poteri peraltro gode anche la parte civile, e l'imputato.

È piuttosto singolare rilevare come sia la riforma del 2006, sia quella del 2017, pur perseguendo un obiettivo comune – impedire il ribaltamento in appello della sentenza di proscioglimento sulla base degli atti – con strumenti sensibilmente diversi, finiscano per destare i medesimi dubbi sul piano della parità delle parti. Ma se il soggetto che usciva "penalizzato" dopo l'entrata in vigore del primo dei due citati interventi legislativi era il pubblico ministero, la legge Orlando ha dato luogo ad un più grave squilibrio a sfavore dell'imputato, la cui posizione, in sede di impugnazione, dovrebbe invece essere oggetto di una disciplina (quantomeno) analoga a quella dell'accusa, posto che è in gioco la sua libertà personale.

Da questo punto di vista, riecheggiano le critiche mosse dalla dottrina nei confronti della già richiamata sentenza del 2007 del Giudice delle leggi che, proprio in nome del principio di cui all'art. 111, comma 2, Cost., aveva dichiarato l'illegittimità del divieto per la procura di

---

ministero potrà tentare di mettere in luce le incoerenze dei testimoni considerati attendibili in primo grado. Non così accade nel caso inverso».

<sup>32</sup> Cass., sez. un., 21 dicembre 2017, n. 14800, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, p. 274, 2019.

appellare le sentenze di proscioglimento<sup>33</sup>. I commentatori, in particolare, imputarono alla Corte di non aver individuato una base costituzionale, diversa dall'*equality of arms*, cui ancorare il potere dell'accusa di proporre appello, la rilevanza del quale era stata esclusivamente legata al fatto che all'imputato fosse «consentito l'esercizio di un omologo diritto»<sup>34</sup>. In altre parole, ai giudici della Consulta si contestò di aver omesso di considerare la natura anzitutto difensiva del mezzo di impugnazione, che ha la principale funzione di garantire al condannato un controllo sulla decisione di primo grado<sup>35</sup>.

In quest'ottica, deve essere salutata con favore una recente pronuncia della stessa Corte costituzionale che, richiesta di valutare la compressione – operata dal d.lgs. 6 febbraio 2018, n. 11 – della legittimazione del p.m. di appellare le sentenze di condanna, ne ha affermato la piena legittimità, rilevando come la mancanza di «una contrapposta limitazione, di analogo spessore, dal lato dell'imputato, rientra nella logica della diversa quotazione costituzionale del potere di impugnazione delle due parti necessarie del processo penale: privo di autonoma copertura nell'art. 112 Cost. – e, dunque, più “malleabile”, in funzione della realizzazione di interessi contrapposti – quello della parte pubblica; intimamente collegato, invece, all'art. 24 Cost. – e, dunque, meno disponibile a interventi limitativi – quello dell'imputato»<sup>36</sup>.

Ebbene, il principio dell'inviolabilità del diritto di difesa non può tollerare un così evidente divario tra gli spazi concessi dall'art. 603

---

<sup>33</sup> Corte cost., 24 gennaio 2007 (dep. 6 febbraio 2007), n. 26, in *Giurisprudenza costituzionale*, p. 221, 2007.

<sup>34</sup> In questi termini DE CARO, Agostino. Inappellabilità delle sentenze di assoluzione da parte del p.m.: l'incostituzionalità della “Pecorella”. *Diritto penale e processo*, p. 610, 2007. Nello stesso senso MARZADURI, Enrico. Sistema da riscrivere dopo ampie riflessioni. *Guida al diritto*, v. 8, p. 85, 2007.

<sup>35</sup> In tal senso FILIPPI, Leonardo. La Corte costituzionale disegna un processo accusatorio “all'italiana”. In FILIPPI, Leonardo (a cura di). *Il nuovo regime delle impugnazioni tra Corte costituzionale e Sezioni Unite*. Padova: Cedam, 2007, p. 3 ss.

<sup>36</sup> Corte cost., 4 dicembre 2019 (dep. 4 marzo 2020), n. 34, disponibile in: <<https://www.sistemapenale.it/it/sentenza/santalucia-nota-corte-cost-34-2020-appello-riforma-orlando>>., con nota di SANTALUCIA, Giuseppe, Il futuro dell'appello nelle ragioni di compatibilità costituzionale della riforma Orlando.

comma 3-bis al pubblico ministero per ottenere la rinnovazione istruttoria e quelli, decisamente meno ampi, a disposizione dell'imputato.

Il legislatore, sebbene intervenuto in un'ottica di garanzia, ha infatti fornito all'accusatore «un'arma» contro le sentenze di proscioglimento, capace di esporre l'accusato «alla particolare forza di convincimento tipica del contatto diretto tra il giudice e il dichiarante, contrapponendovi soltanto la lettura (magari soltanto potenziale) di precedenti deposizioni trasfuse nelle carte processuali»<sup>37</sup>. Ciò dovrebbe implicare il diritto della difesa di chiedere e ottenere, ai sensi dell'art. 495 comma 2 c.p.p., l'ammissione della prova contraria<sup>38</sup>, facoltà che invece è esclusa dall'attuale conformazione dell'art. 603, così come interpretato dalla Corte di cassazione.

#### **4. L'AMMISSIONE DELLE PROVE DICHIARATIVE IN CASO DI APPELLO DELL'IMPUTATO AVVERSO LA SENTENZA DI CONDANNA**

Oltre a pregiudicare la posizione dell'imputato nei giudizi di appello promossi nei confronti di decisioni assolutorie, l'art. 603 comma 3-bis, nel riferirsi all'«appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento», esclude dal proprio perimetro di applicazione le ipotesi di impugnazione promossa dall'imputato avverso una sentenza di condanna, come confermato dalle Sezioni Unite con l'ultima delle tre pronunce sopra ricordate<sup>39</sup>.

Ne deriva un quadro profondamente problematico, in cui la difesa viene a trovarsi in una posizione peggiore rispetto alla controparte non soltanto nel processo in cui si discute della riforma del proscioglimento, ma anche della condanna, poiché la normativa di nuovo conio determina

<sup>37</sup> Testualmente BALSAMO, Antonio. La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale. In: PULVIRENTI, Antonino (a cura di). *Le impugnazioni penali dopo la riforma*. Torino: Giappichelli, 2018, p. 179.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 180. Ad avviso dell'Autore, se questo diritto fosse riconosciuto, «il processo di appello potrebbe così iniziare una vera e propria mutazione genetica, capace di migliorare la qualità della decisione giudiziaria, di rafforzare la motivazione personale dei suoi protagonisti, di seguire una impostazione pienamente coerente con i parametri europei».

<sup>39</sup> Cass., sez. un., 21 dicembre 2017, n. 14800, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, p. 274, 2019.

un sistematico *mismatch* tra le *chances* dei due soggetti necessari del processo di ottenere la modifica della sentenza che li vede – per utilizzare una pur criticata ma efficace espressione della Corte costituzionale – rispettivamente “soccumbenti”.

La dottrina ha sin da subito colto questo “effetto collaterale” della riforma, che attribuisce alla procura un vero e proprio «diritto potestativo»<sup>40</sup> alla riassunzione delle prove orali erroneamente valutate in primo grado, di modo che la corte d’appello possa avere un contatto diretto con il dichiarante, del quale deve saggiare la credibilità. Al contrario, l’imputato rimane dotato della esclusiva facoltà di sollecitare i giudici a utilizzare i poteri istruttori conferiti loro dall’art. 603<sup>41</sup>. In altri termini, ci si chiede per quale ragione il condannato non possa beneficiare dello stesso strumentario a disposizione dell’accusa ai fini della riforma delle pronunce di proscioglimento.

Questa controindicazione della prescrizione introdotta nel 2017 rischia di rendere vani gli sforzi del nostro ordinamento per adeguarsi ai *dicta* della Corte di Strasburgo, il cui compito è esattamente quello di assicurare che ciascuna parte abbia avuto una ragionevole possibilità di far valere la propria posizione in condizioni tali da non porla in una situazione di netto svantaggio rispetto “all’avversario”<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> Impiega questo termine CAPONE, Arturo. Appello del pubblico ministero e rinnovazione istruttoria. In: BARGIS, Marta, BELLUTA, Hervé (a cura di). *La riforma delle impugnazioni tra carenze sistematiche e incertezze applicative (commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103 e al d.lgs. 6 febbraio 2018, n. 11)*. Torino: Giappichelli, 2018, p. 68.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 77. Nello stesso senso CERESA-GASTALDO, Massimo. La riforma dell’appello, tra malinteso garantismo e spinte deflative. *Diritto penale contemporaneo, Rivista trimestrale*, v. 3, p. 168, 2017, e NACAR, Barbara. La rinnovazione dell’istruttoria dibattimentale in appello: dubbi applicativi e questioni di legittimità costituzionale. *Diritto penale e processo*, p. 314 ss., 2018. *Contra* BRONZO, Pasquale. La nuova ipotesi di rinnovazione dell’istruttoria dibattimentale in appello. In: BACCARI, Gian Marco, BONZANO, Carlo, LA REGINA, Katia, MANCUSO, Enrico Maria (a cura di). *Le recenti riforme in materia penale. Dai decreti di depenalizzazione (d.lgs. n. 7 e n. 8/2016) alla legge “Orlando” (l. n. 103/2017)*. Padova: Cedam, 2017, p. 417, ad avviso del quale, anzi la disposizione condiziona l’accoglimento delle critiche del p.m., anche laddove essere fossero del tutto persuasive, all’espletamento di attività istruttoria.

<sup>42</sup> Cfr. Corte edu, II sez., 20 dicembre 2005, Guillemot c. Francia, ricorso n. 21922/03, § 48, in <https://hudoc.echr.coe.int/>. Il Giudice europeo, peraltro,

La Corte di cassazione è conscia del pericolo che si nasconde dietro l'art. 603 comma 3-bis, tanto è vero che si sforza di circoscriverne la portata: richiesta dal procuratore generale se la previsione debba essere interpretata nel senso che la corte di appello, investita del gravame avverso una sentenza di assoluzione della parte pubblica fondato sulla valutazione di prove dichiarative, sia o meno obbligata a rinnovare l'istruttoria, ha dato una risposta negativa: il giudice di seconda istanza è tenuto «a sindacare se i motivi stessi siano ammissibili, perché formulati in ossequio ai criteri indicati dall'art. 581 c.p.p., e se le prove indicate siano decisive». Inoltre, la decisione sulla riassunzione della prova non deve necessariamente essere presa «*in limine litis* ma anche all'esito della discussione e consentito, comunque, il contraddittorio delle parti»<sup>43</sup>.

Questa consapevolezza, tuttavia, non esclude il verificarsi di situazioni patologiche, in cui l'imputato venga a trovarsi in una posizione di subalternità rispetto al p.m., cui ben può dar luogo l'infelice formulazione della disposizione esaminata.

## CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Nei paragrafi precedenti si è tentato di dimostrare come l'innesto di una prescrizione normativa, volta a garantire la formazione della prova nel contraddittorio tra le parti in vista del ribaltamento della sentenza di proscioglimento, nel tessuto di un appello a trazione chiaramente inquisitoria, sia suscettibile di incidere negativamente sull'equilibrio generale del processo.

Serve allora un cambio di rotta, nel senso di rendere il giudizio di seconda istanza maggiormente conforme ai principi costituzionali in

---

non ha mancato di rilevare una violazione dell'art. 6 CEDU in un'ipotesi in cui il giudice dell'impugnazione, dinanzi al gravame interposto avverso una sentenza di condanna, ha riqualificato *in peius* il fatto, aumentando la pena detentiva precedentemente irrogata, senza disporre la nuova audizione dei dichiaranti (Corte edu, IV sez., 4 ottobre 2016, ricorso n. 27018/06, Torja c. Romania, in <https://hudoc.echr.coe.int/>. Per un'analisi della decisione si veda TESORIERO, Salvatore. Riforma della sentenza e riapertura dell'istruttoria in appello. *Archivio penale Web*, v. 2, p. 1-26, 2017).

<sup>43</sup> Si veda Cass., sez. V, 16 aprile 2019, n. 19730, in *Cassazione penale*, p. 1612, 2020.

materia di giusto processo e, soprattutto, di farne uno strumento che abbia primariamente la funzione di tutelare l'imputato, a maggior ragione laddove ne sia stata dichiarata la colpevolezza in primo grado.

Del resto, com'è stato autorevolmente osservato, dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo emerge «*that appeal represents an instrument prevailing in favour of the defence*», cui viene attribuita «*a further chance [...] to overturn the negative outcome of the trial (or to mitigate its effects)*»<sup>44</sup>. Senza contare che, da un confronto tra le principali fonti sovranazionali in materia – segnatamente l'art. 2 del Protocollo n. 7 allegato alla CEDU, l'art. 14 par. 5 PIDCP, nonché, per quanto interessa l'ordinamento brasiliano, l'art. 8 par. 2 lett. *h* CADU<sup>45</sup> –, si ricava chiaramente la maggiore attenzione da dedicare, nel campo delle impugnazioni, al controllo circa la correttezza delle decisioni di condanna.

Sotto questo profilo, prendendo spunto dalla *double jeopardy clause* statunitense – che impedisce all'accusa di impugnare la sentenza di proscioglimento –, la dottrina brasiliana non ha mancato di criticare il paradigma della bilateralità dei mezzi di impugnazione, sul presupposto, per un verso, che «*o direito ao recurso, como norma fundamental, tutela unicamente o imputado*» raggiunto da una sentenza di condanna e, per l'altro, che il principio del *ne bis in idem* impedisce lo svolgimento «*de um julgamento de mérito após uma sentença absolutória*»<sup>46</sup>.

In effetti, al netto delle resistenze della Corte costituzionale, l'idea di "ristrutturare" l'appello in chiave prettamente difensiva pare essere convenzionalmente plausibile: una riforma dell'istituto orientata a salvaguardare la libertà dell'imputato – condannato o raggiunto da

---

<sup>44</sup> Così CAIANIELLO, Michele. Criminal appeals in Europe. The prospective of the defence. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, v. 24, n. 4, p. 288, 2016.

<sup>45</sup> Sul valore di questa Convenzione nella gerarchia brasiliana delle fonti del diritto, RUGGERI, Stefano. La riforma delle impugnazioni al vaglio del diritto comparato. In: BARGIS, Marta, BELLUTA, Hervé (a cura di). *La riforma delle impugnazioni tra carenze sistematiche e incertezze applicative (commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103 e al d.lgs. 6 febbraio 2018, n. 11)*. Torino: Giappichelli, 2018, p. 280 ss.

<sup>46</sup> Per queste considerazioni v. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Direito fundamental ao recurso no processo penal: uma crítica à concepção bilateral da impugnação. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 6, n. 11, p. 193 e 200, 2014.

una sentenza di proscioglimento non pienamente liberatoria –, con facoltà di ottenere la riassunzione delle prove che si ritengono essere state erroneamente valutate dal primo giudice, garantirebbe il rispetto dei principi espressi dall’art. 111 Cost. anche in sede di seconda istanza. Una siffatta apertura, di per sé idonea rappresentare un pericolo per la tenuta complessiva del sistema, necessiterebbe di un contrappeso, individuabile nell’introduzione di un “filtro” in entrata per impedire la trattazione di gravami meramente pretestuosi e finalizzati a ritardare l’esecuzione della sentenza<sup>47</sup>.

Sfortunatamente, il legislatore italiano non appare ancora pronto ad intraprendere una riflessione tesa al ripensamento del rimedio in esame, preferendo continuare a muoversi lungo la strada tracciata nel 1988. Anzi, in un’ottica di efficienza, si sta sempre più orientando nel senso di un ulteriore impoverimento delle garanzie, con un’«erosione progressiva di spazi di effettività alla piena realizzazione del controllo di merito»<sup>48</sup>.

Difatti, le più recenti novità sono rappresentate, in primo luogo, dal disegno di legge di riforma della giustizia penale C. 2435, approvato alla Camera lo scorso marzo, che in materia di appello prevede, quale principale modifica, l’introduzione della regola del giudice monocratico per un ampio novero di fattispecie criminose<sup>49</sup>; in secondo luogo, dal d.l. 9 novembre 2020, n. 149 (c.d. “Ristori bis”) – emanato nell’ambito dei provvedimenti tesi ad affrontare la crisi pandemica –, il cui art. 23 prevede che fino al 31 gennaio 2021 i processi di secondo grado si svolgeranno, di

---

<sup>47</sup> Da ultimo, ha evidenziato l’opportunità di istituire un meccanismo di selezione degli atti di appello CANZIO, Giovanni. Le impugnazioni penali tra riforme legislative e diritto giurisprudenziale. In: CANZIO, Giovanni, BRICCHETTI, Renato. *Le impugnazioni penali*. Milano: Giuffrè, 2019, p. 18 s.

<sup>48</sup> Si esprime in questi termini DE CARO, Agostino. Riflessioni sulla legittimità costituzionale dell’appello alla vigilia del dibattito parlamentare sulla riforma di parte del processo penale. *Archivio penale Web*, v. 2, p. 18, 2020.

<sup>49</sup> Per un commento alle proposte del Governo si vedano, tra gli altri, GIALUZ, Mitja, DELLA TORRE, Jacopo. Il progetto governativo di riforma della giustizia penale approda alla Camera: per avere processi rapidi (e giusti) serve un cambio di passo. *Sistema penale*, v. 4, p. 145-201, 2020. Sullo specifico tema della monocraticità in appello, volendo, AGOSTINO, Lorenzo. Il giudizio d’appello monocratico che verrà. Disponibile in: <http://www.la legislazione-penale.eu/wp-content/uploads/2020/07/Agostino-Approfondimenti.pdf>.



regola, senza la partecipazione delle parti<sup>50</sup>. Tali scelte, benché assunte in un periodo emergenziale, «non lasciano certamente intravedere un futuro luminoso per il giudizio di appello», ma «anzi rivelano la tendenza ad una sua trasfigurazione, come se il controllo di merito fosse un ostacolo nel percorso verso la celere formazione della *res iudicata*»<sup>51</sup>.

Manca, in definitiva, una visione sistematica, capace di ovviare a problemi avvertiti ormai da troppo tempo<sup>52</sup>.

## BIBLIOGRAFIA

AGOSTINO, Lorenzo. Il giudizio d'appello monocratico che verrà. Disponibile in: <http://www.lalegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2020/07/Agostino-Approfondimenti.pdf>.

AIUTI, Valerio. Impugnazioni e principio di immediatezza nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo. *Diritto penale e processo*, p. 1440-1451, 2015.

AIUTI, Valerio. L'art. 603 c.p.p. dopo Dan c. Moldavia: un *casebook*. *Giurisprudenza italiana*, p. 1002-1019, 2016.

AIUTI, Valerio. Corte europea e “motivazione rafforzata” nel caso Lorefice. *Cassazione penale*, p. 682-690, 2018.

APRATI, Roberta. *Overturing* sfavorevole in appello e mancanza del riesame. *Cassazione penale*, p. 2672-2682, 2017.

BALSAMO, Antonio. La Corte di Strasburgo e i testimoni assenti: gli sviluppi del “nuovo corso” avviato dalla sentenza Al-Khawaja. *Cassazione penale*, p. 2837-2847, 2013.

---

<sup>50</sup> Per un primo commento al decreto, MARANDOLA, Antonella. Decreto Ristori bis: l'appello cartolare (temporaneo?) e l'allungamento della prescrizione e dei termini di custodia cautelare nel periodo di emergenza. Disponibile in: <<https://ilpenalista.it/articoli/news/decreto-ristori-bis-lappello-cartolare-temporaneo-e-l-allungamento-della-prescrizione>>.

<sup>51</sup> Per queste considerazioni MANGIARACINA, Annalisa. Prove tecniche per la “soppressione” del giudizio di appello? *Archivio penale Web*, v. 3, p. 1, 2020.

<sup>52</sup> Si pongono in controtendenza rispetto agli ultimi interventi normativi le modifiche al sistema delle impugnazioni contenute all'interno della proposta di riforma della giustizia penale recentemente elaborata dalla Commissione Lattanzi, consultabile all'indirizzo <https://www.gnewsonline.it/ddl-penale-ecco-la-relazione-finale-della-commissione-lattanzi/>.

BALSAMO, Antonio. La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale. In: PULVIRENTI, Antonino (a cura di). *Le impugnazioni penali dopo la riforma*. Torino: Giappichelli, 2018, p. 167.

BARGI, Alfredo. I nuovi ambiti oggettivi delle impugnazioni. In: GAITO, Alfredo (a cura di). *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la "legge Pecorella"*. Torino: Utet, 2006, p. 151.

BELLUTA, Hervé. Prospettive di riforma dell'appello penale: tra modifiche strutturali e microchirurgia normativa. In: BARGIS, Marta, BELLUTA, Hervé. *Impugnazioni penali*. Assestamenti del sistema e prospettive di riforma. Torino: Giappichelli, 2013, p. 235.

BELLUTA, Hervé, LUPÁRIA, Luca. La parabola ascendente dell'istruttoria in appello nell'esegesi "formante" delle Sezioni Unite. *Diritto penale contemporaneo, Rivista trimestrale*, v. 3, p. 151-162, 2017.

BELLUTA, Hervé, LUPÁRIA, Luca. La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale tra legge e giurisprudenza: punti fermi ... e non. In: CANZIO, Giovanni, BRICCHETTI, Renato. *Le impugnazioni penali*. Milano: Giuffrè, 2019, p. 345.

BIONDI, Giuseppe. Tanto tuonò che piovve! La prima condanna dell'Italia da parte della Corte EDU in tema di *overturning* sfavorevole in appello: una sentenza (quasi) annunciata. *Cassazione penale*, p. 4556-4577, 2017.

BONZANO, Carlo. Le Sezioni Unite Pavan e la morte di un dogma: il contraddittorio per la prova spazza via la neutralità della perizia. *Diritto penale e processo*, p. 822-831, 2019.

BRONZO, Pasquale. La nuova ipotesi di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello. In: BACCARI, Gian Marco, BONZANO, Carlo, LA REGINA, Katia, MANCUSO, Enrico Maria (a cura di). *Le recenti riforme in materia penale*. Dai decreti di depenalizzazione (d.lgs. n. 7 e n. 8/2016) alla legge "Orlando" (l. n. 103/2017). Padova: Cedam, 2017, p. 409.

CAIANIELLO, Michele. Criminal appeals in Europe. The prospective of the defence. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, v. 24, n. 4, p. 274-290, 2016.

CANESCHI, Gaia. La rinnovazione istruttoria in appello dopo la riforma Orlando: una non soluzione ad un problema apparente. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, p. 821-857, 2018.

CANZIO, Giovanni. Le impugnazioni penali tra riforme legislative e diritto giurisprudenziale. In: CANZIO, Giovanni, BRICCHETTI, Renato. *Le impugnazioni penali*. Milano: Giuffrè, 2019, p. 1.

CAPONE, Arturo. Prova in appello: un difficile bilanciamento. *Processo penale e giustizia*, v. 6, p. 52-65, 2016.

CAPONE, Arturo. Appello del pubblico ministero e rinnovazione istruttoria. In: BARGIS, Marta, BELLUTA, Hervé (a cura di). *La riforma delle impugnazioni tra carenze sistematiche e incertezze applicative (commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103 e al d.lgs. 6 febbraio 2018, n. 11)*. Torino: Giappichelli, 2018, p. 53.

CAPRIOLI, Francesco. Inappellabilità delle sentenze di proscioglimento e “parità delle armi” nel processo penale. *Giurisprudenza costituzionale*, p. 250-269, 2007.

CERESA-GASTALDO, Massimo. La riforma dell’appello, tra malinteso garantismo e spinte deflative. *Diritto penale contemporaneo, Rivista trimestrale*, v. 3, p. 163-172, 2017.

CHINNICI, Daniela. *Giudizio penale di seconda istanza e giusto processo*. Torino: Giappichelli, 2009.

CHINNICI, Daniela. Contraddittorio e giudizio di appello. Ortodossia europea, resistenze interne e graduali aperture in attesa del “sigillo” del legislatore. In: NEGRI, Daniele, ORLANDI, Renzo (a cura di). *Le erosioni silenziose del contraddittorio*. Torino: Giappichelli, 2017, p. 187.

DE CARO, Agostino. Inappellabilità delle sentenze di assoluzione da parte del p.m.: l’incostituzionalità della “Pecorella”. *Diritto penale e processo*, p. 605-618, 2007.

DE CARO, Agostino. Riflessioni sulla legittimità costituzionale dell’appello alla vigilia del dibattito parlamentare sulla riforma di parte del processo penale. *Archivio penale Web*, v. 2, p. 1-19, 2020.

FILIPPI, Leonardo. La Corte costituzionale disegna un processo accusatorio “all’italiana”. In FILIPPI, Leonardo (a cura di). *Il nuovo regime delle impugnazioni tra Corte costituzionale e Sezioni Unite*. Padova: Cedam, 2007, p. 3.

GALANTINI, Novella. La Riassunzione della prova dichiarativa in appello: note a margine di Sezioni Unite Troise. Disponibile in: <<https://archiviodpc.diritto-penaleuomo.org/d/5977-la-riassunzione-della-prova-dichiarativa-in-appello-note-a-margine-di-sezioni-unite-troise>>.

GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 1, n. 1, p. 143-165, 2015. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.8>

GIALUZ, Mitja, DELLA TORRE, Jacopo. Il progetto governativo di riforma della giustizia penale approda alla Camera: per avere processi rapidi (e giusti) serve un cambio di passo. *Sistema penale*, v. 4, p. 145-201, 2020.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Direito fundamental ao recurso no processo penal: uma crítica à concepção bilateral da impugnação. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 6, n. 11, p. 183-203, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini, MAGALHÃES, Antonio, SCARANCA, Antonio. *Recursos no Processo Penal*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2008.

LAVARINI, Barbara. Sistema delle impugnazioni e profili di garanzia. Il passato e il presente. In: Aa.Vv. “Processo e garanzie della persona” – *Atti del Convegno in onore di Mario Chiavario*. *Legislazione penale*, p. 134-140, 19 ottobre 2020.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LORENZETTO, Elisa. *Reformatio in peius* in appello e processo equo (art. 6 CEDU): fisiologia e patologia secondo le Sezioni Unite. Disponibile in: <<https://archiviopdc.dirittopenaleuomo.org/d/4953-reformatio-in-peius-in-appello-e-processo-equo-art-6-cedu-fisiologia-e-patologia-secondo-le-sezioni>>.

LOZZI, Gilberto. *Lezioni di procedura penale*. 12ª ed. Torino: Giappichelli, 2017.

MANGIARACINA, Annalisa. Prove tecniche per la “soppressione” del giudizio di appello? *Archivio penale Web*, v. 3, p. 1-10, 2020.

MARANDOLA, Antonella. Nuovo regime dei casi d’appello. In: SCALFATI, Adolfo (a cura di). *Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio*. Trento: Ipsoa, 2006, p. 121.

MARANDOLA, Antonella. Decreto Ristori bis: l’appello cartolare (temporaneo?) e l’allungamento della prescrizione e dei termini di custodia cautelare nel periodo di emergenza. Disponibile in: <<https://ilpenalista.it/articoli/news/decreto-ristori-bis-lappello-cartolare-temporaneo-e-l-allungamento-della-prescrizione>>.

MARANDOLA, Antonella. *L’appello riformato*. Milano: Cedam, 2020.

MARZADURI, Enrico. Sistema da riscrivere dopo ampie riflessioni. *Guida al diritto*, v. 8, p. 85-86, 2007.

NACAR, Barbara. La rinnovazione dell’istruttoria dibattimentale in appello: dubbi applicativi e questioni di legittimità costituzionale. *Diritto penale e processo*, p. 314-331, 2018.

PRESUTTI, Adonella. L’inappellabilità delle sentenze di proscioglimento tra regola ed eccezione. In: BARGIS, Marta, CAPRIOLI, Francesco (a cura di). *Impugnazioni e regole di giudizio nella legge di riforma del 2006*. Dai problemi di fondo ai primi responsi costituzionali. Torino: Giappichelli, 2007, p. 51.

RUGGERI, Stefano. La riforma delle impugnazioni al vaglio del diritto comparato. In: BARGIS, Marta, BELLUTA, Hervé (a cura di). *La riforma delle impugnazioni tra carenze sistematiche e incertezze applicative (commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103 e al d.lgs. 6 febbraio 2018, n. 11)*. Torino: Giappichelli, 2018, p. 271.

SANTALUCIA, Giuseppe. Il futuro dell'appello nelle ragioni di compatibilità costituzionale della riforma Orlando. Disponibile in: <<https://www.sistemapenale.it/it/sentenza/santalucia-nota-corte-cost-34-2020-appello-riforma-orlando>>.

TESORIERO, Salvatore. La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della CEDU. *Diritto penale contemporaneo, Rivista trimestrale*, v. 3-4, p. 239-276, 2014.

TESORIERO, Salvatore. Riforma della sentenza e riapertura dell'istruttoria in appello. *Archivio penale Web*, v. 2, p. 1-26, 2017.

ZAPPALÀ, Enzo. Sub art. 603. In: CHIAVARIO, Mario (coordinato da). *Commento al nuovo codice di procedura penale*, VI. Torino: Utet, 1991, p. 200.

### **Additional information and author's declarations (scientific integrity)**

*Conflict of interest declaration:* the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

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

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

### Editorial process dates

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

- Submission: 02/12/2020
- Desk review and plagiarism check: 20/12/2020
- Review 1: 25/01/2021
- Review 2: 28/01/2021
- Transfer to V7N2: 23/02/2021
- Preliminary editorial decision: 16/05/2021
- Correction round return: 10/06/2021
- Final editorial decision: 11/06/2021

### Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 1 (BC)
- Reviewers: 2

### HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

AGOSTINO, Lorenzo. L'ammissione della prova in appello tra diritto di difesa e parità delle parti. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 7, n. 2, p. 1321-1344, mai./ago. 2021.

<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i2.471>



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

**Teoria da Prova Penal**

***Criminal evidence theory***






# La prueba digital producto de la vigilancia secreta: obtención, admisibilidad y valoración en el proceso penal en España y Colombia

*Digital evidence resulting from covert surveillance: collection, admissibility and assessment in criminal proceedings in Spain and Colombia*

**Lorenzo Mateo Bujosa Vadell<sup>1</sup>**

Universidad de Salamanca, Salamanca/Castilla y León, España


lbujosa@usal.es

 <http://orcid.org/0000-0003-1660-7483>

**Mónica María Bustamante Rúa<sup>2</sup>**

Universidad de Medellín, Medellín/Antioquia, Colombia


mmbustamante@udem.edu.co

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

**Luis Orlando Toro Garzón<sup>3</sup>**

Universidad de Medellín, Medellín/Antioquia, Colombia

ltoro@udem.edu.co

 <http://orcid.org/0000-0002-3049-692X>

- 
- <sup>1</sup> Universidad de Salamanca, Salamanca/ Castilla y León, España. Director del programa de Doctorado en Administración, Justicia y Hacienda en el Estado Social de la Universidad de Salamanca. Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Doctor en Derecho.
  - <sup>2</sup> Universidad de Medellín, Medellín/Antioquia, Colombia. Docente investigadora de la Facultad de Derecho. Directora de la Maestría en Derecho Procesal Contemporáneo. Integrante del Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal. Investigadora Senior Minciencias. Doctora en Derecho.
  - <sup>3</sup> Docente investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín. Integrante del Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal. Abogado. Doctor en Derecho Procesal Contemporáneo por la Universidad de Medellín.

**RESUMEN:** El artículo analiza algunas cuestiones problemáticas sobre la obtención, admisibilidad y valoración, en el proceso penal, de la prueba digital producto de la vigilancia secreta, en el marco de la era digital, desde una perspectiva comparada a partir de la experiencia española. Para ello, se presentan nociones y características de la prueba digital, y se plantean algunas problemáticas que representa este tipo de prueba en el proceso penal. Luego, se analizan las implicaciones de la obtención, admisibilidad y valoración de la prueba digital cuando ha sido producto de la vigilancia secreta. Finalmente, se presentan las reflexiones conclusivas sobre el tema.

**PALABRAS CLAVE:** prueba digital; vigilancia secreta; admisibilidad probatoria; valoración de la prueba.

**ABSTRACT:** *This article analyzes some problematic issues regarding the collection, admissibility and assessment in criminal proceedings of digital evidence resulting from covert surveillance, within the scope of the digital era, from a comparative perspective and based on the Spanish experience. To this end, some concepts and characteristics of the digital evidence are presented and some problems that this kind of evidence brings to criminal proceedings are presented. Then, the implications of how digital evidence is obtained, admitted and assessed when obtained by means of covert surveillance are analyzed. Finally, the concluding thoughts on the subject are presented.*

**KEYWORDS:** *digital evidence; covert surveillance; evidential admissibility; evidence assessment.*

**SUMARIO:** Introducción. 1. La prueba digital en el proceso penal. 1.1. Conceptualización y caracterización de la prueba digital. 1.2. Problemas de la prueba digital en el proceso penal. 2. Obtención de la prueba digital a partir de la vigilancia secreta en el proceso penal. 3. Admisibilidad y valoración de la prueba digital producto de la vigilancia secreta. 3.1. Aspectos generales. 3.2. Precisiones sobre admisibilidad y valoración de la prueba digital producto de la vigilancia secreta en la experiencia de investigación penal en España. Conclusiones. Referencias.

---

## INTRODUCCIÓN

El artículo aborda algunas cuestiones generales y problemáticas de la obtención, admisibilidad y valoración en el proceso penal de la prueba producto de la vigilancia secreta en la era digital, lo que resulta pertinente cuando se atiende a la experiencia española desde su marco normativo y desarrollo jurisprudencial, de cara a la necesidad de una mejor comprensión para los sistemas procesales como el colombiano, que no cuentan con una regulación concreta sobre la materia. Los objetivos del trabajo son: a) abordar la conceptualización y caracterización de la prueba digital en el proceso penal español, así como plantear los principales problemas que surgen en su producción; b) reflexionar sobre la obtención de la prueba digital a partir de la vigilancia secreta para finalmente, c) analizar algunos elementos para los juicios de admisibilidad y valoración probatoria de la prueba digital producto de la vigilancia secreta.

En el contexto del presente estudio, se aborda la vigilancia secreta con el enfoque de ser una actividad de investigación penal reservada, auxiliada por las tecnologías para la obtención de información probatoria en el ámbito procesal penal<sup>4</sup>.

Se sigue una metodología cualitativa que parte del análisis de textos normativos de España sobre la prueba digital y la vigilancia secreta en el proceso penal. Igualmente, se realiza una exploración de la jurisprudencia española sobre los riesgos y limitaciones de la vigilancia secreta de cara a los derechos fundamentales en el proceso penal, para finalmente, triangular las ideas y reflexiones de algunos autores españoles sobre el tratamiento procesal penal y la eficacia probatoria de la prueba digital producto de la vigilancia secreta en el entorno virtual. Se parte de la siguiente pregunta: ¿cuáles son los elementos que se deben considerar

---

<sup>4</sup> En SALAMANCA AGUADO, E. El respeto a la vida privada y a la protección de datos personales en el contexto de la vigilancia masiva de comunicaciones. *Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos (IEEE)*, n. 4. 2014. <https://revista.ieee.es/article/view/306>. Se desarrolla el concepto de captura masiva de información a través de programas secretos de vigilancia, y los efectos para los Derechos Humanos. El estudio se realiza a partir de la experiencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al resolver el asunto Big Brother Watch y otros contra Reino Unido.

en el juicio de admisibilidad y valoración probatoria de la prueba digital producto de la vigilancia secreta?

## 1. LA PRUEBA DIGITAL EN EL PROCESO PENAL

### 1.1 CONCEPTUALIZACIÓN Y CARACTERIZACIÓN DE LA PRUEBA DIGITAL

Referirse a la prueba digital es abrirse a un universo de alternativas conceptuales desde el ámbito de la prueba, pues esta expresión está íntimamente ligada a los conceptos de prueba informática o electrónica y prueba tecnológica, sin desconocer otras denominaciones de singular importancia en el derecho probatorio por su amplitud polisémica, tal como la prueba cibernética, en esta se basa Díaz Limón, por acoger el concepto según el cual la cibernética es la ciencia que se encarga del estudio de la comunicación y el control entre el ser humano y la máquina<sup>5</sup>.

La prueba digital puede estudiarse desde dos enfoques particulares: el primero está relacionado con la cualificación en la modalidad de prueba que es propia de aquella información cuya fuente es el ámbito digital, específicamente el soporte electrónico u ordenador, donde se genera por reacción electrónica de las máquinas o plataformas diseñadas para la producción o manejo de información inteligente, o por gestiones humanas con uso de mecanismos informáticos en correlación con las tecnologías de la información y las telecomunicaciones (TIC). El segundo orden o categoría probatoria se basa en el hecho mismo que surge o está almacenado en la fuente digital, con el que se pueden probar hechos de relevancia jurídica según su pertinencia, y sobre los cuales se fundan las relaciones o disputas de orden comercial, social, político o de reproche por comportamientos delictivos o contravencionales.

El hecho informático, obviamente, puede estar en canales privados o públicos, lo que hace complejo en menor o mayor grado la captación de tal información: es de poca complejidad cuando se cuenta con actos voluntarios de intercambio de comunicación y uno de los extremos de la

---

<sup>5</sup> DÍAZ LIMÓN, J. Incorporación de la prueba cibernética e informática: electrónica y digital. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, n. 47, p. 23. 2018.

comunicación o los dos aportan los datos al proceso, o más complejo cuando se requieren mecanismos de investigación desarrollados jurídicamente para facilitar el acceso con diferentes fines, entre ellos el fin penal, este con un plus de complejidad por el aumento de restricciones a causa de su impacto en la intimidad como derecho supraordenado, según los presupuestos de protección y garantía convencional, constitucional y legal.

Los mecanismos de investigación, en su eficiencia y/o eficacia probatorias, dependen de protocolos comunes y de previsiones especiales por el escenario de comprometimiento digital en el que se da la gestión de búsqueda, identificación, fijación, recolección, embalaje, custodia y análisis de la información.

Estos, requieren de la correcta identificación e interpretación de los hechos en los medios de prueba clásicos, tales como la prueba documental y la prueba pericial, pero nada impide que bajo el ropaje del principio de libertad de la prueba los datos informáticos o digitales se presenten en un medio o instrumento independiente con denominación de prueba digital, prueba tecnológica o prueba telemática, o en algunos casos como documento electrónico por sus características diferenciales en cuanto a encriptamiento o forma codificada de la información que pueda tener, ello con relación al documento en general<sup>6</sup>. Ante este nuevo escenario probatorio sin duda el procedimiento investigativo debe ser adaptado, y así mismo bajo ese concepto de nueva clasificación es posible su admisión, pues en nada se afecta el debido proceso, el derecho de defensa en particular, y la flexibilidad como variable en los diferentes contextos de la prueba, siempre y cuando se respete el núcleo esencial de garantías para las partes e intervinientes como la contradicción y la publicidad, y con las demás connotaciones esenciales antes anunciadas<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Sobre la diferenciación del documento en general y el documento electrónico como fuente de prueba en particular, véase a CRUZ TEJADA, H. *La prueba documental electrónica frente al documento en soporte papel*. Nuevas tendencias del derecho probatorio. Bogotá: Ediciones Uniandes, segunda edición. 2015.

<sup>7</sup> Tal como se plantea en TORO GARZÓN, L.; BUSTAMANTE RÚA, M. La investigación y la prueba de contexto como elementos de política criminal para la persecución del crimen organizado. *Revista Criminalidad*, vol. 62, n. 1, p. 168, enero-abril. 2020. La tradición de los medios de prueba respecto de sus formas de producción, presentación, el protocolo de práctica y las reglas de

Así, el derecho de la prueba y a la prueba debe responder dinámicamente a los momentos evolutivos de la sociedad, y el desarrollo tecnológico es uno de estos contextos de mayor evolución en las últimas décadas, con incidencia plena en el comportamiento humano, por su recurrente tránsito a la interacción virtual.

Así lo destacan varios autores, al referirse por ejemplo a los documentos digitales o electrónicos que, dado al auge de los medios de comunicación digitales y producto de la denominada globalización electrónica, han adquirido una mayor importancia en la actualidad<sup>8</sup>.

Como lo destaca Barreira, la comunicación se realiza en la actualidad, a través de variadas modalidades de mensajería, entre ellos los mensajes de texto, Whatsapp, Skype, Facetime<sup>9</sup>. A lo que ahora podríamos sumar otra cantidad representativa de aplicaciones como *Telegram* y *Signal*.

Adicional a ello, los sistemas de información y almacenamiento de la misma se transforman y actualizan en el día a día, como también el registro de los hechos se realiza cada vez con mayor frecuencia a través de variados medios digitales, en dispositivos móviles o a través de videocámaras ubicadas tanto en espacios públicos como privados.

El término digital aplicado a la prueba es consecuencia de la interacción de los actos del ser humano con la denominada era digital, que surge como hito de desarrollo en la tercera revolución industrial, sobre todo con la llegada de la electrónica y las TIC, lo cual se reconfigura a partir de la cuarta revolución industrial como tránsito a nuevas tecnologías, con pleno aporte de los seres humanos en su desarrollo y vinculación global desde el uso de nuevos conceptos de intercambio digital de actos sociales, servicios y productos.

---

valoración son circunstancias de constante debate por los cambios necesarios en la dinámica interpretativa y adaptativa que requiere el derecho según la evolución social.

<sup>8</sup> ACEVEDO SURMAY, D.; GÓMEZ USTARIS, É. Los documentos electrónicos y su valor probatorio en procesos de carácter judicial. *Iustita. Revista de la División de Ciencias Jurídicas y Políticas*, n. 9, p. 391-419. 2011. <https://doi.org/10.15332/iust.v0i9.905>

<sup>9</sup> BARREIRA, M. V. Impacto de las nuevas tecnologías en la prueba judicial civil. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, n. 37, p. 139-176. 2020. <https://doi.org/10.47274/DERUM/37.7>

Al referenciar las expresiones prueba tecnológica, prueba electrónica y prueba digital, Arrabal Platero, orienta su postura diferenciadora en cuanto a la prueba digital, adhiriéndose a la definición adoptada en el diccionario de la Real Academia Española, según la cual, *digital* es “un aparato o sistema que presenta información mediante el uso de señales discretas en forma de números o letras”, de ahí que, para la investigadora, solo sería prueba digital cuando el dato se presente en códigos binarios<sup>10</sup>. Al respecto, en un ámbito de doctrina compartida y tras la ruta de diferenciar el documento electrónico del documento digital, Díaz Limón adopta el concepto del Diccionario *Legal Black* en cuanto a que lo digital son datos enviados en código de encendido y apagado representados por 1-0 (código binario)<sup>11</sup>. Sin embargo, el propósito del presente estudio no es centrarse en dicha diferenciación, por más que se considere aceptable desde el punto de vista temático, pues su título está relacionado en general con la información que se capta en o a través de los medios de vigilancia secreta en el orden informático o digital con relevancia para el proceso penal.

## **1.2 PROBLEMAS DE LA PRUEBA DIGITAL EN EL PROCESO PENAL**

El derecho penal contemporáneo, a pesar de acoger y conservar en gran medida los lineamientos sustanciales clásicos y la filosofía jurídica que le orientan, se ve, por una parte, exigido a actualizar como estrategia de política criminal el catálogo de injustos penales y de penas ante las nuevas formas, métodos y espacios de criminalidad. De otro lado, se ve ampliamente comprometido desde el proceso como escenario de articulación de las instituciones jurídicas, a actuar en medio de las

---

<sup>10</sup> ARRABAL PLATERO, P. *Tratamiento procesal de la prueba tecnológica*. Tesis (Doctorado en Ciencias Sociales y Jurídicas). Universidad Miguel Hernández, Madrid. 2019, p.4.

<sup>11</sup> El autor se apoya en las tesis del doctor Julio Téllez Valdés (*Derecho Informático*. Cuarta Edición. México: Ed. McGrawhill, 2009) sobre la aceptación de un término genérico de documento informático, para evitar hablar de documento electrónico o documento digital. DÍAZ LIMÓN, J. Incorporación de la prueba cibernética e informática: electrónica y digital. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, n. 47, p. 23. 2018.

encrucijadas que se generan por la incidencia procesal de las garantías de orden convencional y constitucional, a modernizar y ejecutar nuevas metodologías e instrumentos de investigación, máxime en los tiempos actuales en que la denominada cibercriminalidad y otros focos de desestabilización traen consigo nuevos paradigmas o retos de justicia.

Sumado a ello, en la práctica judicial se debe evitar el accionar discrecional por ausencia de regulaciones precisas, pues esto puede derivar en actuaciones investigativas injustas, tal como lo plantean desde la experiencia de Chile, Viollier Bonvin y Ortega Romo, al analizar las consecuencias de ilicitud probatoria en la denominada *operación Huracán*, en cuanto a la interceptación de mensajería instantánea o la utilización de software maliciosos (malware o técnicas phishing) en la actividad de inteligencia policial, al denotar el interrogante: “¿hasta qué punto se ajusta a nuestro ordenamiento jurídico la utilización de técnicas de hacking en el contexto de la persecución penal y la labor de inteligencia?”, emitiendo como respuesta: “así, tanto los derechos y garantías fundamentales como eventuales afectaciones no son absolutas, por lo que, se requiere una adecuada ponderación”, respuesta que armonizan con el criterio de que: “el principio de reserva legal establece que las medidas intrusivas solo pueden ser hechas en la forma y condiciones específicamente establecidas por la ley”<sup>12</sup>.

En ese sentido, son diversas las fronteras de carácter sustancial, procesal y específicamente probatorias que se deben estudiar para contar con respuestas oportunas y calificadas en la nueva justicia penal. Esta denominación se asume en el entendido de actuaciones de orden punitivo aplicadas en situaciones especiales por su complejidad e impacto, entre las que resaltan los crímenes de contexto, crímenes de organización y/o crímenes de acción y afectación tecnológica o digital. En ese panorama, el derecho probatorio penal debe reinventarse para determinar los medios y cauces más técnicos para gobernar tales hechos.

Entre los hechos de novedad penal, llama la atención respecto del presente escrito, los hechos digitales, que, por su naturaleza especial,

---

<sup>12</sup> VIOLLIER BONVIN, P.; ORTEGA ROMO, V. Cuando el Estado Hackea: El caso de operación Huracán. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, v. 8, n. 2, p. 83-110. 2019.



comprometen la seguridad y la convivencia, acontecer que se presenta por la oportunidad para el delito que se genera con el tráfico masivo de datos a través de internet en las redes sociales y otras aplicaciones en diferentes órdenes de interacción humana. La calificación de especial se funda en la metodología delictual, las características del delito, el espacio de comisión, y en los intereses que se ponen en riesgo con las interacciones electrónicas y su aumento desahogado. De ahí, que, evidenciar estos hechos con instrumentos y actuaciones técnico-científicas, a la par del desarrollo tecnológico, puede ser problemático si las regulaciones normativas para la actuación investigativa y de juicio penal no son precisas, si la experiencia para su uso y administración es reducida, si la armonía en las actuaciones no se consigue, si la confianza en la autoridad judicial es limitada o si la logística tecnológica no cuenta con los desarrollos y ajustes necesarios en relación con las garantías procesales precisadas en la jurisprudencia nacional o internacional.

En cuanto al déficit de regulación normativa, Armenta Deu precisa, a partir de la experiencia en España, sobre la obsoleta regulación en las actuaciones jurisdiccionales, respecto de la protección de datos generados por el tratamiento de los dispositivos de almacenamiento masivo, y asegura que, el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) fue aplicado analógicamente hasta 2015 para afrontar la legalidad de actuaciones en el panorama criminal con impacto social complejo<sup>13</sup>, denotando como positiva la reforma legislativa producida a partir del año 2015, pues esta mitiga la injusticia normativa advertida por el derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia interpretativa de orden supranacional.

Para la autora, la investigación tecnológica a partir del ajuste normativo en España se ubica en dos fuentes, a saber: “los procesos comunicativos y los dispositivos y sistemas informáticos de almacenamiento de datos”, y exalta como acertado el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. Esta situación debe ocurrir en igual sentido en Colombia, donde la aplicación

---

<sup>13</sup> ARMENTA DEU, T. Regulación legal y valoración probatoria de fuentes de prueba digital (correos electrónicos, WhatsApp, redes sociales): entre la insuficiencia y la incertidumbre. *Revista de Internet, Derecho y Política*, n. 27, p. 69. 2018.

de la Ley 906 de 2004, en lo referente a las actuaciones investigativas en general, se extiende a las situaciones de ocurrencia tecnológica por analogía normativa.

En cuanto a la experiencia en la administración de justicia en el entorno digital, la Corte Constitucional colombiana, al analizar la constitucionalidad del Decreto Legislativo 806 de 2020 (por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en el ámbito judicial), en la Sentencia C-420 de 2006, referente a la estabilidad y cobertura de la justicia digital, adujo que: “esta no es inmediata. Por el contrario, requiere de un proceso de adaptación progresiva de parte de la administración, los usuarios y funcionarios judiciales”<sup>14</sup>. Tiempo y forma que, de permitirse en exceso en el caso penal, posibilitarían el amparo irrazonable a quien delinque y la denegación de justicia para las víctimas y la sociedad.

Respecto de los derechos y garantías procesales de carácter constitucional, es evidente que estos pueden ser límite a la eficacia de la prueba construida en entornos digitales, por ello, cualquier actuación orientada a conseguir o asegurar información de esta naturaleza con relevancia para el derecho procesal, penal debe pasar por el tamiz de control de legalidad en los diferentes ciclos de gestión judicial, es decir, deben existir el autocontrol en la Policía Judicial y la Fiscalía o en sus similares en el ámbito nacional o internacional, activismo del juez de control de garantías u órgano encargado de tal función con posibilidad de exclusión de información probatoria en forma extendida y, por supuesto, control superlativo del juez en funciones de conocimiento para impedir el ingreso o valoración de información que no cumpla con estos presupuestos de garantía.

A este control de legalidad, le son aplicables en adición esencial los criterios elaborados por la Corte Constitucional<sup>15</sup>, en cuanto a aplicar el método de ponderación para determinar en justo balance si la medida o actuación investigativa que se dispone o solicita “reúne las condiciones

---

<sup>14</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-420. M. P. (E). Dr. Richard Ramírez Grisales. 24 de septiembre de 2020.

<sup>15</sup> La Corte Constitucional es el órgano jurisdiccional instituido como máximo juez en Colombia, encargado de la salvaguarda y la interpretación de la supremacía constitucional.

de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el caso concreto”<sup>16</sup>. Estos criterios fueron elaborados como regla jurídica después de interpretar las diferentes posturas de orden nacional e internacional, en cuanto a la afectación de la intimidad personal corporal, y la privacidad en el uso y goce de la vida familiar y de bienes del investigado o imputado penal, en el ejercicio de los actos de investigación penal.

Algunas actuaciones investigativas que se resaltan doctrinalmente son: el cateo o registro informático descrito por Campoli<sup>17</sup>, la vigilancia masiva de comunicaciones descrita por Salamanca Aguado<sup>18</sup>, el agente informático como técnica especial de investigación en la lucha contra el crimen organizado (denominado también punitivismo infiltrado), las escuchas e interceptación de comunicaciones, la vigilancia con cámaras, los seguimientos pasivos, los “*entrampamientos*”, las técnicas de recuperación de datos y las actuaciones bajo identidad supuesta. Del estudio y análisis de estas técnicas se ocupa en forma brillante Escalante Barreto<sup>19</sup>, en un claro contraste entre la realidad del cibercrimen en sus diferentes focos o modalidades, los derechos y garantías constitucionales y la obligación del Estado de perseguir y develar el crimen de ocurrencia virtual.

Este enfoque de técnicas de investigación, con compromiso de fuentes informáticas, se agrupa en la denominada informática criminalística, de la cual se indica que es una disciplina acompañada de técnicas especiales para identificar y seguir las huellas y evidencias digitales. Entre estos focos digitales se ubican el video digital, el audio digital, la imagen digital y la informática forense. El nacimiento de esta disciplina de orden tecnológico se ubica en el año 1999 por la incidencia de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en el

---

<sup>16</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-822. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. 10 de agosto de 2005.

<sup>17</sup> CAMPOLI, G. A. *Manual Básico de Cateo y Aseguramiento de Evidencia Digital*. Bogotá: vLex International, n. 14, mayo. 2013.

<sup>18</sup> SALAMANCA AGUADO, E. El respeto a la vida privada y a la protección de datos personales en el contexto de la vigilancia masiva de comunicaciones. *Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos (IEEE)*, n. 4. 2014.

<sup>19</sup> ESCALANTE BARRETO, E. *El agente encubierto informático como Técnica Especial de Investigación en la lucha contra el crimen organizado*. Bogotá: vLex International, n. 48, julio. 2019.

crimen<sup>20</sup>. Igualmente, se acoge por parte de los autores antes citados, el criterio de (Rodríguez *et al.*, 2011), en cuanto a que la informática criminalística es: “un proceso metodológico para la recogida y el análisis de los datos digitales de un sistema de dispositivos de forma que pueda ser presentado y admitido ante los tribunales”.

## **2. OBTENCIÓN DE LA PRUEBA DIGITAL A PARTIR DE LA VIGILANCIA SECRETA EN EL PROCESO PENAL**

Los actos de investigación penal que comprometan los derechos fundamentales por efecto de la innovación e impacto en la vida cotidiana de los nuevos desarrollos tecnológicos, deben estar fundados en el principio de legalidad, de ello se deriva que la ley: “debe precisar todas y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención”<sup>21</sup> y no dejar a discrecionalidad de los investigadores y los jueces la interpretación en particular de los intereses y garantías prevalentes en cada caso de búsqueda o recolección de evidencia incriminatoria.

La reforma operada en España por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica<sup>22</sup>, supera una larga etapa de insuficiencia normativa respecto a la aplicación de la nueva tecnología para la investigación de infracciones criminales. En efecto, la carencia de una regulación sistemática, incluso de la tan utilizada interceptación de comunicaciones telefónicas, dio lugar a repetidas condenas a este país por el Tribunal Europeo de

<sup>20</sup> NARANJO GÓMEZ, B.; MENDOZA PÉREZ, J.; ALONSO BETANCOURT, E.; HINOJOZA CALZADA, J. Informática criminalística: una especialidad en desarrollo. *Opinión Jurídica*, vol. 19, n. 38, p. 245-257, ene-jun. 2020.

<sup>21</sup> En LOPEZ BARAJAS PEREA, I. Garantías Constitucionales en la Investigación Tecnológica del delito: previsión legal y calidad de la Ley. *Revista de Derecho Político*, Madrid, n. 98, enero-abril, p. 11. 2017, se cita la sentencia TJUE del 08 de abril de 2014, apartado 47-54, sobre las precisiones que debe tener la ley para la autorización de las investigaciones del delito en el orden tecnológico en función de las garantías constitucionales.

<sup>22</sup> Boletín Oficial del Estado (BOE) n.º 239, de 6 de octubre de 2015.

Derechos Humanos (TEDH)<sup>23</sup> y fue voluntariamente suplida por la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo<sup>24</sup>. Por ello, esta reforma supuso un considerable avance, pues no solo procedió a introducir la regulación supranacionalmente exigida, sino que introdujo nuevas formas de investigación penal que contrastan aún más con la ancianidad del continente, nuestra venerable Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882.

El legislador tuvo el cuidado de establecer numerosas garantías y consideraciones de proporcionalidad para la aplicación también de las interceptaciones de comunicaciones telemáticas, para la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, para la utilización de dispositivos de seguimiento, localización y captación de la imagen<sup>25</sup>, para el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y para la realización de registros remotos sobre equipos informáticos (arts. 588 bis a 588 *octies*), que a su vez fueron objeto de estudio por cinco circulares de la Fiscalía General del Estado y que, en realidad, componen un cuerpo interpretativo único, aunque fragmentado<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> Así, en el *Caso Valenzuela Contreras contra España* (Sentencia de 30 de julio de 1998) y en el *Caso Prado Bugallo contra España* (Sentencia de 18 de febrero de 2003), por los que el Tribunal Europeo entendió que, a pesar de algunas reformas normativas, la regulación española no cumplía adecuadamente las exigencias de la jurisprudencia europea, básicamente “la determinación de las infracciones que pudieran dar lugar a las escuchas, la fijación de un límite a la duración de la aplicación de la medida y las condiciones para extender las actas de síntesis consignando las conversaciones interceptadas, tarea que es dejada en exclusiva al secretario judicial del tribunal. Las insuficiencias se refieren también a las precauciones a tomar para comunicar las grabaciones realizadas, intactas y completas, a fin de que pueda procederse a un control por el juez y por la defensa. La ley no contiene disposición alguna a este respecto”. STEDH de 18 de febrero de 2003. §30.

<sup>24</sup> Especialmente por la Sentencia del Tribunal Supremo (STS), Sala 2.ª, de lo Penal, de 18 de julio de 1982.

<sup>25</sup> Llama la atención la referencia normativa a la funcionalidad de las medidas y no a la mención de los determinados dispositivos que puedan utilizarse. Con ello vemos clara la intención del legislador de prever una regulación lo más amplia posible en la que quepan instrumentos que todavía al día de hoy no se han desarrollado. Cfr. BUENO DE MATA, F. *Las diligencias de investigación en la cuarta revolución industrial. Principios teóricos y problemas prácticos*. Madrid: Aranzadi, Cizur Menor. 2019, p. 126.

<sup>26</sup> Circular 1/2019, de 6 de marzo, sobre disposiciones comunes y medidas de aseguramiento de las diligencias de investigación tecnológicas en la Ley de

Como se aprecia fácilmente, con ello el proceso penal español se beneficia de un amplio abanico de posibilidades de vigilancia secreta, de la que es posible obtener fuentes de prueba a través de normas procedimentales novedosas, encabezadas por unas disposiciones comunes de gran importancia, pues son las que disponen con carácter general los pormenores sobre la adquisición de ese material probatorio. Fuera de ellas, caeremos en el cenagoso ámbito de la prueba ilícita<sup>27</sup> y, por tanto, como mínimo en la inutilidad, y tal vez también en conductas tipificadas en las normas penales<sup>28</sup>.

Es destacable el contenido de estas normas de aplicación general (arts. 588 bis a 588 bis b), que son un excelente ejemplo normativo de los parámetros de proporcionalidad, empezando por la aplicación, salvo excepciones<sup>29</sup>, del criterio de la autorización judicial previa. Se pretende, además, evitar la utilización de estas medidas de manera generalizada o

---

Enjuiciamiento Criminal; Circular 2/2019, de 6 de marzo, sobre interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas; Circular 3/2019, de 6 de marzo, sobre captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos; Circular 4/2019, de 6 de marzo, sobre utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización; y Circular 5/2019, de 6 de marzo, sobre registro de dispositivos y equipos informáticos.

<sup>27</sup> Ténganse en cuenta, sin embargo, las interpretaciones restrictivas ahora dominantes sobre esta materia. Véase: ASENCIO MELLADO, J. M. La STC 97/2019, de 16 de julio. Descanse en paz la prueba ilícita. *Diario La Ley*, n. 9499. 2019.

<sup>28</sup> Así, por ejemplo, el artículo 197.1 del Código Penal de España establece que: “El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses”.

<sup>29</sup> Así, el artículo 588 *quinquies* LECrim permite a la policía judicial la obtención y grabación “por cualquier medio técnico [de] imágenes de la persona investigada cuando se encuentre en un lugar o espacio público, si ello fuera necesario para facilitar su identificación, para localizar los instrumentos o efectos del delito u obtener datos relevantes para el esclarecimiento de los hechos”, pudiendo afectar también a “personas diferentes al investigado, siempre que de otro modo se reduzca de forma relevante la utilidad de la vigilancia o existan indicios fundados de la relación de dichas personas con el investigado y los hechos objeto de la investigación”.

para investigaciones abstractas, lo que con frecuencia se conoce como “inquisiciones generales”<sup>30</sup>. Deben aplicarse, por tanto, consideraciones concretas respecto a la investigación de cada infracción criminal definida por unas coordinadas espacio-temporales concretas. No cabe, por tanto, utilizar estas medidas para investigaciones prospectivas, ni siquiera para la prevención de delitos. Es preciso delimitar el ámbito objetivo y subjetivo, además de la duración de la medida. En virtud de su utilidad: debe ser adecuada para obtener datos relativos a la comprobación de los hechos y/o para la averiguación de los delincuentes, pero para los hechos concretos y los sospechosos implicados en ellos.

La excepcionalidad y la necesidad son reguladas de forma conjunta y puestas en relación con la existencia o no de otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del sujeto pasivo de la investigación, e igualmente útiles para el esclarecimiento del hecho o, cuando sin la aplicación de la medida de que se trate, para el descubrimiento o comprobación del hecho concreto, la determinación del autor o autores, la averiguación de su paradero o la localización de los efectos del delito se prevea que se van a ver dificultadas. Se erige una dificultad grave<sup>31</sup>. Por otro lado, la necesidad resalta una comparación: dada la situación excepcional en la que se encuentre el juez de instrucción, sólo podrá decidir adoptar alguna de estas medidas si no hay otras vías menos restrictivas de los derechos implicados, pero igualmente efectivas<sup>32</sup>. En definitiva, en el ámbito de la investigación penal es la limitación razonable de los derechos fundamentales, dentro de lo permisible para una sociedad democrática, si se quiere utilizar la expresión común en el sistema europeo de protección

---

<sup>30</sup> AGUILERA MORALES, M. *Proceso penal y causa general en el Derecho español*. Madrid: Aranzadi-Civitas-Thomson Reuters. 2008.

<sup>31</sup> No podemos perder de vista que “no estar localizado de manera continua es un derecho” o también que “la geolocalización supone una injerencia en la privacidad”. VELASCO NÚÑEZ, E. *Delitos tecnológicos: definición, investigación y prueba en el proceso penal*. Madrid: Sepin. 2016.

<sup>32</sup> Así, la STS, Sala 2.ª, de lo Penal, de 30 de octubre de 2020, sobre el asesinato de un paciente en un hospital: “La colocación de cámaras de vigilancia en el pasillo de distribución a las habitaciones del hospital, es una medida que invade de forma menos trascendente la intimidad de las personas, pues no se afectan lugares de mayor intensidad, lo que precisaría una mayor exigencia en el control de su necesidad”.

de derechos humanos y libertades fundamentales. Así, para considerar proporcionadas las diligencias es preciso tomar en consideración todas las circunstancias concurrentes y valorar el sacrificio de los derechos e intereses afectados, para que la afección no sea superior al beneficio que pueda aportar al interés público y de terceros<sup>33</sup>.

A la regulación común se añaden unos presupuestos concretos que se deben sumar a las consideraciones generales y que todavía, con buen criterio, restringen más la aplicabilidad de estas medidas. Así, respecto a la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas se establece una concreción, no tanto de proporcionalidad sino de afinidad material: no es solo la gravedad de los hechos lo que hay que tener en cuenta como base de la aplicación de estas medidas, sino también que se trate de delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal o delitos de terrorismo, o que se hayan cometido a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación<sup>34</sup>.

Expresamente, no se establecen presupuestos específicos cuando se trata de la captación de la imagen o de la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento y de localización, ni respecto al registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información, otra cosa es que se exijan unas bases materiales específicas o se establezca la “necesidad de una motivación individualizada”. Sí se prevén esos presupuestos de manera explícita cuando se regula la posibilidad de registros remotos sobre equipos informáticos y se limita a cinco categorías de delitos, algunos de ellos no previstos en los casos anteriores: delitos cometidos en el seno

---

<sup>33</sup> Es interesante, además, que ofrezcan criterios para esta ponderación, con lo que cambia una larga tendencia del legislador que traspasaba indebidamente al juzgador la fijación de las bases principales para las limitaciones. Aunque todavía parece criticable que se pida atender a la trascendencia social de la medida —si por ello se entienden sus efectos en la opinión social—, sobre todo si tenemos en cuenta que la masa social es manejada por abundantes medios de comunicación morbosos y amarillistas, con lo que el criterio de razonabilidad podría desviarse hacia derroteros ajenos a los fines constitucionalizados.

<sup>34</sup> Véase RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A. Intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas y smartphones. Un primer estudio a propósito de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En: ASECIO MELLADO, J. M. (Dir.). *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2017.



de organizaciones criminales, delitos de terrorismo, delitos cometidos contra menores o personas con capacidad modificada judicialmente, delitos contra la Constitución, de traición y relativos a la defensa nacional y, finalmente, delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la telecomunicación o servicio de comunicación.

Se establece la posibilidad de que la adopción de las medidas que afecten a derechos fundamentales se haga de oficio o a instancia de la Fiscalía o de la Policía Judicial, a partir de solicitudes en las que se pormenoricen los datos necesarios para las consideraciones de proporcionalidad a las que ya se ha hecho alusión. Todo ello implicará una decisión judicial tomada en secreto<sup>35</sup> y en un plazo muy corto (de veinticuatro horas). No olvidemos que se trata de investigar hechos que están ocurriendo o que están a punto de ocurrir y que la demora podría convertir en inefectivas tales medidas<sup>36</sup>. Se trata de combinar, una vez más, la eficacia con una suficiente garantía en la adopción de la decisión que corresponda, según la concreción de las valoraciones que haga el juez de instrucción sobre las bases fácticas que tenga para decidir<sup>37</sup>. Estamos ante

---

<sup>35</sup> Conforme al artículo 588 bis d. Secreto. de la LECrim: “La solicitud y las actuaciones posteriores relativas a la medida solicitada se sustanciarán en una pieza separada y secreta, sin necesidad de que se acuerde expresamente el secreto de la causa”, es decir, sin necesidad de aplicar la disposición más general del párrafo segundo del artículo 302 de la LECrim: “No obstante, si el delito fuere público, podrá el Juez de Instrucción, a propuesta del Ministerio Fiscal, de cualquiera de las partes personadas o de oficio, declararlo, mediante auto, total o parcialmente secreto para todas las partes personadas, por tiempo no superior a un mes cuando resulte necesario para: a) evitar un riesgo grave para la vida, libertad o integridad física de otra persona; o b) prevenir una situación que pueda comprometer de forma grave el resultado de la investigación o del proceso”.

<sup>36</sup> De todas formas, el propio legislador ha introducido una razonable previsión de suspensión de ese breve plazo en caso de necesitar ampliación de datos o aclaración de los términos de la solicitud.

<sup>37</sup> También es cauto el legislador al encauzar el contenido de la resolución judicial, pues según el apartado tercero del artículo 588 bis c. LECrim debe determinar: “a) El hecho punible objeto de investigación y su calificación jurídica, con expresión de los indicios racionales en los que funde la medida. b) La identidad de los investigados y de cualquier otro afectado por la medida, de ser conocido. c) La extensión de la medida de injerencia, especificando su alcance, así como la motivación relativa al cumplimiento de los principios rectores establecidos en el artículo 588 bis a. d) La unidad investigadora de

decisiones en las que la privacidad de los individuos indiscutiblemente se ve afectada<sup>38</sup> y se plantea la llamada “expectativa razonable de privacidad” para contribuir a fijar sus límites<sup>39</sup>.

La duración de la medida adoptada deberá limitarse al tiempo imprescindible para el esclarecimiento de los hechos. No cabe olvidar la excepcionalidad y la prioridad de los derechos fundamentales, que ofrecen un claro criterio interpretativo. Además, la provisionalidad de su adopción también caracteriza transversalmente esta aplicación: se debe acordar el cese de la medida “cuando desaparezcan las circunstancias que justificaron su adopción o resulte evidente que a través de esta no se están obteniendo los resultados pretendidos”<sup>40</sup>.

En cualquiera de los casos, el control jurisdiccional de la medida es fundamental y eso exige que la Policía Judicial informe al juez de instrucción o de control de garantías competente del desarrollo y de los resultados obtenidos. Para ello, la resolución de autorización debe establecer la forma y periodicidad de esta comunicación. Y, desde luego, la información obtenida está destinada a la investigación dirigida a la comprobación de los hechos y la averiguación de los delincuentes, por ello, cuando acabe la intervención, cualquiera que sea la causa de esta finalización, deben transmitirse los resultados al órgano encargado de tal investigación<sup>41</sup>.

---

Policía Judicial que se hará cargo de la intervención. e) La duración de la medida. f) La forma y la periodicidad con la que el solicitante informará al juez sobre los resultados de la medida. g) La finalidad perseguida con la medida. h) El sujeto obligado que llevará a cabo la medida, en caso de conocerse, con expresa mención del deber de colaboración y de guardar secreto, cuando proceda, bajo apercibimiento de incurrir en un delito de desobediencia”.

<sup>38</sup> Incluso respecto a casos de geolocalización, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha considerado que los controles a través de GPS sin autorización judicial constituyen violaciones a la Cuarta Enmienda. Véase: MOENSSENS, A. A.; DESPORTES, B. L.; EDWARDS, C. N. *Scientific Evidence in Civil and Criminal Cases*. New York: Foundation Press, 2013, pp. 236-237.

<sup>39</sup> Véase RODRÍGUEZ LAINZ, J. L. “La nueva jurisprudencia sobre dispositivos de seguimiento y localización (Comentario a la STS, Sala 2.ª, 141/2020, de 13 de mayo)”. *Diario La Ley*, n.º 9650, 10 de junio de 2020.

<sup>40</sup> Art. 588 bis j. de la LECrim.

<sup>41</sup> Sobre el control *ex post*, véase DELGADO MARTÍN, J. *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*. Madrid: Ed. La Ley, 2016, pp. 355-356.

Se permite expresamente que lo obtenido en estas investigaciones pueda ser utilizado como “medio de investigación o prueba en otro proceso penal”, y para ello se deducirá testimonio de los particulares necesarios para acreditar la legitimidad de la injerencia. El juez competente para el nuevo proceso deberá autorizar o no la continuación de la medida sobre el nuevo delito descubierto tras la valoración de las circunstancias fácticas, con decisión expresa sobre el secreto de las actuaciones<sup>42</sup>.

### **3. ADMISIBILIDAD Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA DIGITAL PRODUCTO DE LA VIGILANCIA SECRETA**

#### **3.1 ASPECTOS GENERALES**

En el proceso penal, la prueba digital atraviesa por las fases de obtención de la información o datos, la incorporación de los datos al proceso y la valoración de los datos incorporados<sup>43</sup>. En el proceso penal español y colombiano, la investigación se encomienda al Ministerio Fiscal en el proceso de menores y al juez de instrucción en el proceso de adultos, en España, y a la Fiscalía General de la Nación en Colombia, que tienen la tarea de coordinación técnico-científica de las autoridades de policía judicial y con el control de un juez. Resulta cada vez más frecuente la incautación de equipos informáticos o de dispositivos de almacenamiento de datos<sup>44</sup> o el registro y la vigilancia secreta a través de estos medios, y es realmente relevante el contenido de los mismos que llega al proceso penal a través del reconocimiento del investigado, la declaración de testigos (incluidos el investigador de campo y el informático como testigos de acreditación) o a través de un dictamen pericial informático que debe ir acompañado del testigo experto (la declaración del perito informático).

---

<sup>42</sup> En el trasfondo, surge un problema acerca del tratamiento de datos personales que en Europa ha sido objeto de gran atención jurídica en los últimos años y se ha elevado a la categoría de derecho fundamental. Cfr. la Directiva 2016/680, del 27 de abril de 2016 [DOUE L 119/89 de 4 de mayo de 2016].

<sup>43</sup> DELGADO MARTÍN Joaquín. La valoración de la prueba digital. *Diario La Ley*, N.º 6, Sección Ciberderecho, Madrid: Ed. Wolters Kluwer, 2017.

<sup>44</sup> ABEL LLUCH, Xavier; RICHARD GONZÁLEZ, Manuel. *Estudios sobre la Prueba Penal*. Madrid: Ed. La Ley, 2013.

De la Torre Rodríguez se refiere a la prueba digital como: a) cualquier información digital; b) la información que es producida, almacenada o transmitida por medios digitales; c) información susceptible de tener el efecto de acreditar hechos en un proceso judicial, y d) se trata de una categoría de prueba tecnológica. Asimismo, caracteriza la prueba digital como:

- *Intangible*: dado que solo puede apreciarse a través de complejos procesos informáticos.
- *Replicable*: en tanto se puede copiar o replicar tantas veces se desee. Lo que plantea un problema de identificación de originalidad.
- *Volátil o mudable*: porque es inconstante por su naturaleza intangible. Sujeta a posibilidad de modificación o alteración.
- *Deleble*: dado que puede ser fácilmente destruida, aunque se conserve el soporte digital.
- *Parcial*: en ocasiones, la prueba digital está formada por múltiples ficheros informáticos repartidos en diferentes soportes digitales y localizaciones, lo que hace más compleja su comprensión y preservación<sup>45</sup>.

En este escenario, es fundamental acreditar la autenticidad e integridad de la fuente de prueba a través de las reglas de cadena de custodia. Esto conlleva que en la investigación deben adoptarse las medidas necesarias para que las fuentes de prueba, derivadas de la prueba digital producto de vigilancia secreta, lleguen al proceso penal en el mismo estado o las mismas condiciones en que fueron obtenidas, sin ningún tipo de alteración. Lo que permite establecer: a) que se trata de la misma fuente de prueba (autenticidad) y b) que la misma no ha sido manipulada o alterada (integridad).

Delgado Martín expresa que *la autenticidad* en el ámbito de la prueba digital consiste en garantizar la autenticidad de origen de los datos, es decir de la fuente de la que proceden los mismos. Y en cuanto a *la integridad*, la describe como la propiedad o característica consistente

---

<sup>45</sup> DELA TORRERODRIGUEZ, Pedro. La Prueba Digital en el Proceso Judicial. Disponible en: <https://indalics.com/blog-peritaje-informatico/prueba-digital>

en que los datos no han sido alterados de manera no autorizada, es la cadena de custodia o preservación de los datos<sup>46</sup>.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la prueba pericial informática, la misma resulta admisible cuando: a) se requiere el acceso a la información contenida en un dispositivo, b) la información ha sido encriptada o eliminada, y c) cuando el acceso a dicha información es complejo y requiera de conocimientos técnicos o especiales. Algunas fases del dictamen pericial informático son: la obtención de los datos (acceso a la información), el clonado de los datos y cálculo del *hash*, la elaboración del dictamen y su presentación.

En el diseño de la pericia por el experto informático y en los posteriores juicios de admisibilidad y valoración de la prueba que realiza el juez, deberá tenerse en consideración la confiabilidad de la información, la cual dependerá de mecanismos técnicos que garanticen la integridad, la inalterabilidad, la rastreabilidad, la recuperabilidad y la conservación. Al respecto, la Corte Constitucional colombiana explica estos elementos que se presentan en la Tabla 1.

**TABLA N.º 1.** Criterios para la admisibilidad de la prueba digital

<b>Integralidad</b>	Asegura que el contenido transmitido electrónicamente sea recibido en su totalidad
<b>Inalterabilidad</b>	Garantiza la permanencia del mensaje en su forma original, mediante sistema de protección de información
<b>Rastreabilidad</b>	Permite el acceso a la fuente original de la información
<b>Recuperabilidad</b>	Posibilita su posterior consulta
<b>Conservación</b>	Perdurabilidad en el tiempo contra deterioros o destrucción por virus informáticos

*Fuente: Elaboración propia con base en Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-604 de 2016. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. 2 de noviembre de 2016.*

<sup>46</sup> DELGADO MARTIN, Joaquín. ¿Cómo afrontar la complejidad de la prueba digital? Una visión práctica para los profesionales del derecho. *Derecho Digital e Innovación*, N.º 2. Madrid: Ed. Wolters Kluwer, abril-junio de 2019.

De otro lado, se destaca que en los sistemas penales de España y Colombia pueden hacerse uso del agente encubierto informático, cuya tarea es infiltrarse en una red para realizar una vigilancia secreta y examinar la información relacionada con los hechos investigados. Esta actuación está sometida al control de legalidad del juez de instrucción (España) o del juez de control de garantías (Colombia). Otros métodos de investigación criminal consisten en la interceptación de comunicaciones, la recuperación de información que circula a través de redes de comunicación (por ejemplo, las redes sociales), la búsqueda selectiva en bases de datos, la grabación directa de comunicaciones orales, la captura de imágenes, y el uso de dispositivos de seguimiento y geolocalización.

Igualmente, estos actos de indagación y de investigación autorizan a que las autoridades de policía judicial, bajo la coordinación del Ministerio Fiscal, puedan acceder a la información que reposa en dispositivos móviles, discos de almacenamiento portátil, dispositivos electrónicos e incluso que reposan en la nube. Téngase en cuenta que se puede conservar información digital a través de diferentes medios de almacenamiento como tabletas, USB, correos electrónicos y teléfonos celulares, que sirven para probar hechos relevantes en el proceso judicial. Su acceso no autorizado a información personal puede desconocer el derecho a la intimidad del titular, salvo que medie su autorización expresa o que exista una orden de autoridad judicial competente.

Todas estas intervenciones sin duda limitan o restringen derechos fundamentales como la intimidad personal, el secreto de las comunicaciones, la protección de datos personales o la autodeterminación informativa. De ahí la importancia de que en los procedimientos de indagación e investigación, se sigan las disposiciones normativas y jurisprudenciales para la obtención de las autorizaciones judiciales que exija cada sistema o el sometimiento a los controles posteriores que disponen los procesos penales. Todo ello en aras de contrarrestar el riesgo de que los medios cognoscitivos obtenidos deriven en prueba ilícita por vulneración de los derechos fundamentales y generen su evidente rechazo o exclusión, según el momento procesal de verificación de tal condición nociva.

Con todo, el juicio de admisibilidad probatoria, no es más que el resultado de un juicio que realiza el juez sobre las condiciones del medio o actividad probatorios que se proponen para su admisión en el proceso

penal. En ese sentido, deberá establecerse si se cumplen los requisitos de necesidad, pertinencia, utilidad, y legalidad.

**TABLA N.º 2.** Requisitos de necesidad, pertinencia, utilidad, y legalidad según las normativas española y colombiana

<b>Criterio de admisibilidad</b>	<b>Característica</b>
<b>Necesidad</b>	Para el caso de Colombia, no es necesario probar hechos sobre los que exista acuerdo entre las partes <sup>47</sup> No es necesario probar hechos notorios de manera general
<b>Pertinencia</b>	Existe relación en el hecho que se pretende probar mediante el medio de prueba y los hechos objeto de controversia en el proceso
<b>Utilidad</b>	Es inútil cuando el medio de prueba no contribuye a esclarecer los hechos o hay redundancia probatoria
<b>Legalidad</b>	Es ilegal cuando se pretender acreditar un hecho por medio de una actividad contraria a la ley

*Fuente: Elaboración propia con base en normativas española y colombiana.*

Adicionalmente, Magro Servet, magistrado del Tribunal Supremo de España, describe que para admitir la evidencia digital se deben cumplir los criterios que se presenta en la Tabla 3.<sup>48</sup>

**TABLA N.º 3.** Criterios de admisibilidad de la prueba digital

<b>Criterio de admisibilidad</b>	<b>Para la prueba digital</b>
<b>Licitud</b>	La obtención de la evidencia digital no puede vulnerar el derecho a la intimidad del afectado protegido constitucionalmente. Tampoco puede vulnerar el secreto de las comunicaciones. Y deberán tenerse en cuenta criterios de proporcionalidad, idoneidad, necesidad y justificación.

<sup>47</sup> Criterio no aplicable en la experiencia española

<sup>48</sup> MAGRO SERVET, Vicente. Casuística práctica de la prueba digital en el proceso civil y penal. *Actualidad Civil*, N.º 1, enero 2020.

Criterio de admisibilidad	Para la prueba digital
<b>Integridad</b>	Que se garantice la inmutabilidad del soporte, de manera que la muestra obtenida para realizar la evidencia electrónica quede indubitada, como base sobre la que se hará el análisis forense.
<b>Autenticidad</b>	Para garantizar que la muestra sobre la que se hace la investigación es idéntica a la muestra original. Ello se garantiza con la cadena de custodia, que comprende el proceso de acceso, obtención, transferencia y almacenamiento de los datos.
<b>Claridad</b>	Insertarse a través de informe de perito con cualificación técnica, para conocimiento y claridad del juez.

*Fuente: Elaboración propia.*

Por su parte, Merida y Lázaro<sup>49</sup>, hace más de una década, reflexionaban en torno a los requisitos legales de admisión de la prueba electrónica, los cuales clasificaron en requisitos generales y requisitos técnicos. Entre los *requisitos generales*, destacan las autoras: la finalidad legal, la utilidad, el respeto de los derechos fundamentales (respeto de la privacidad y del secreto de las comunicaciones), la relevancia, la eficacia, la pertinencia, la necesidad, la proporcionalidad y razonabilidad, la transparencia durante la obtención, y la facilitación de los medios de exhibición. Y en cuanto a los *requisitos técnicos*, enuncian los siguientes: identificación del remitente, garantía de integridad, almacenamiento en condiciones de seguridad, confidencialidad, requisitos de verificación de envío y entrega, seguridad de la prueba, información previa al propietario del ordenador y requisitos técnicos del certificado electrónico.

Con relación a la valoración, téngase en cuenta que, tanto en el sistema procesal penal español como en el colombiano, se configura la libre valoración probatoria sustentada en las reglas de la sana crítica. Y es la senda en la que, el juez deberá analizar si existe prueba de cargo

<sup>49</sup> MERIDA, Fredesvinda Insa; LÁZARO, Carmen. La admisibilidad de las pruebas electrónicas en los tribunales (A.P.E.T): Luchando contra los delitos tecnológicos. *La Ley*,. Madrid: Ed. Wolters Kluwer, 2007



sometida a los principios de inmediación, contradicción, publicidad e igualdad; realizar un juicio de suficiencia, que de existir prueba de cargo deberá comprobar si la misma es suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, y además deberá motivar razonadamente si la presunción de inocencia se ha desvirtuado.

Frente a la prueba o evidencia digital, esta debe cumplir con los *requisitos intrínsecos* de autenticidad, integridad, fiabilidad y disponibilidad, así como con los *requisitos extrínsecos* de legalidad (obtenida y practicada con el cumplimiento de los requisitos legales) y de licitud (obtenida y practicada sin el desconocimiento de derechos fundamentales) para ser valorada en el proceso. Asimismo, la valoración de la evidencia digital se lleva a cabo a partir de la apreciación conjunta, pudiendo el juez restarles valor probatorio a chats, fotografías, videos, correos electrónicos, etc., que llegaren a ser alterados o modificados por la mano de las partes o de terceros.

De acuerdo con Delgado Martín, la libre valoración de la prueba digital se representa en los siguientes aspectos<sup>50</sup> que se sintetizan así:

1. La ley no obliga al juez a tener por probados los hechos que surjan de una prueba digital.
2. La prueba digital puede tener efectos para acreditar un hecho relevante para el proceso.
3. La eficacia probatoria que el juez otorga a la prueba digital, está sujeta a la aplicación de las reglas de la sana crítica.
4. El componente tecnológico de la prueba digital determina la importancia de los conocimientos científicos en su valoración, es allí donde la prueba pericial informática tiene mayor importancia.
5. La prueba digital debe ser valorada en relación con los demás medios de prueba.

Ahora bien, cuando en la práctica de la prueba digital se deben adoptar medidas como la intervención de las comunicaciones telefónicas o telemáticas, si las mismas se practican con vulneración de un derecho

---

<sup>50</sup> DELGADO MARTÍN, Joaquín. Op. cit. 2017; DELGADO MARTÍN, Joaquín. Op. cit. 2019.

fundamental, el juez no puede conferirle valor probatorio, y por tratarse de una prueba ilícita no tendrá validez ni podrá destruir la presunción de inocencia<sup>51</sup>.

### **3.2 PRECISIONES SOBRE ADMISIBILIDAD Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA DIGITAL PRODUCTO DE LA VIGILANCIA SECRETA EN LA EXPERIENCIA DE INVESTIGACIÓN PENAL EN ESPAÑA**

En el proceso penal de adultos, quien dirige la investigación en España es el juez de instrucción. El Ministerio Fiscal será parte activa en los procesos perseguibles de oficio. Sin embargo, en el procedimiento por delitos menos graves (llamado “procedimiento abreviado”, aunque no depende de que haya conformidad alguna, sino solo de que estemos ante el ámbito objetivo de delitos cuya pena privativa de libertad no sea superior a nueve años o se trate de penas de otra naturaleza, y que no corresponda a ningún otro procedimiento, como el de enjuiciamiento rápido, el del Tribunal del Jurado, o el de delitos leves), se prevé una posibilidad de investigación preliminar por los fiscales en el art. 773.2 de la LECrim<sup>52</sup>.

<sup>51</sup> ÁGUILA SÁNCHEZ, Cristina. La interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas en el proceso penal. *Diario La Ley*, N.º 9303. Madrid: Ed. Wolters Kluwer, 21 de noviembre de 2018.

<sup>52</sup> “Cuando el Ministerio Fiscal tenga noticia de un hecho aparentemente delictivo, bien directamente o por serle presentada una denuncia o atestado, informará a la víctima de los derechos recogidos en la legislación vigente; efectuará la evaluación y resolución provisionales de las necesidades de la víctima de conformidad con lo dispuesto en la legislación vigente y practicará él mismo u ordenará a la Policía Judicial que practique las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes en el mismo. El Fiscal decretará el archivo de las actuaciones cuando el hecho no revista los caracteres de delito, comunicándolo con expresión de esta circunstancia a quien hubiere alegado ser perjudicado u ofendido, a fin de que pueda reiterar su denuncia ante el Juez de Instrucción. En otro caso instará del Juez de Instrucción la incoación del procedimiento que corresponda con remisión de lo actuado, poniendo a su disposición al detenido, si lo hubiere, y los efectos del delito. El Ministerio Fiscal podrá hacer comparecer ante sí a cualquier persona en los términos establecidos en la ley para la citación judicial, a fin de recibirle declaración, en la cual se observarán las mismas garantías señaladas en esta Ley para la prestada

### 3.2.1. SOBRE LA ADMISIBILIDAD Y VALORACIÓN DE LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

La investigación que estamos analizando no tiene sólo el propósito de averiguar los datos que puedan ser útiles para formular la acusación en el momento procedimentalmente previsto -y, en su caso, también para la defensa-, sino además por las propias características de los hechos investigados deberán constituirse con frecuencia pruebas preconstituidas, pues de manera constante estaremos ante diligencias investigadoras de naturaleza irrepetible<sup>53</sup>. En todo caso el acervo probatorio obtenido habrá de ser sometido a los principios constitucionales de audiencia y contradicción en la fase plenaria que eventualmente pueda celebrarse.

Por otro lado, en el ordenamiento español, tenemos el problema de que los avances conseguidos con la promulgación de las citadas reformas legislativas, que ofrecen un amplio abanico de novedosas diligencias de investigación que consisten en la aplicación de tecnologías digitales, no se corresponden con una actualización respecto al cauce de entrada al juicio oral como medios de prueba. En definitiva, hay un desfase entre el reconocimiento de nuevas fuentes de prueba y el mantenimiento de la regulación antigua por lo que se refiere a los medios de prueba. Ello contrasta con lo ocurrido en el orden jurisdiccional civil, pues el código procesal civil promulgado por la Ley 1/2000, de 7 de enero – llamado en España, Ley de Enjuiciamiento Civil- incluyó expresamente entre los medios de prueba la prueba informática y la prueba videográfica, aunque de una manera más periférica (“los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso” art. 299.2 y en los arts. 382 a 384). Por lo tanto, se plantea la

---

ante el Juez o Tribunal. Cesará el Fiscal en sus diligencias tan pronto como tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos”.

<sup>53</sup> DURÁN SILVA, Carmen. Aspectos procesales de la videovigilancia practicada por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Revista la *Ley Penal*, N.º 126 . Madrid: Ed. Wolters Kluwer, 2017.

pregunta de cómo incorporar al juicio oral los resultados obtenidos a través de los medios tecnológicos novedosos.

Una de las soluciones interpretativas que prodría intentarse es aplicar la regla de aplicación supletoria de la LEC (art. 4), por la que en defecto de disposiciones que regulan los procesos penales, serán de aplicación los preceptos de esta ley. Otra vía interpretativa podría ser la aplicación de la Ley 18/2011, de 5 de julio reguladora del uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en la Administración de Justicia, y la disposición adicional primera de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, que regula la utilización de los medios telemáticos para la presentación de “escritos y documentos”. Por su parte, en la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, encontramos una definición sobre “documento electrónico” que podría ser útil a los efectos que estamos considerando: “Se considera documento electrónico la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado” (art. 3.5). Debemos tener en cuenta, sin embargo, que esta última Ley fue derogada por la Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza, que a su vez contiene en su artículo 3 l una mención mucho más genérica (“Los documentos electrónicos públicos, administrativos y privados, tienen el valor y la eficacia jurídica que corresponda a su respectiva naturaleza, de conformidad con la legislación que les resulte aplicable”).

Todas las soluciones que acabamos de considerar podrían suscitar argumentos en su favor, sin embargo, en el ámbito penal, la jurisprudencia<sup>54</sup> sigue aprovechando las ventajas de una regulación

---

<sup>54</sup> Como afirma, por todas, la sentencia de la Sala 2.<sup>a</sup>, de lo Penal, de 26 de septiembre de 2000, del Tribunal Supremo español: “Las grabaciones videográficas, constituyen incuestionablemente un documento, que puede ser esgrimido a los efectos de sustentar un posible error de hecho en la apreciación de la prueba. De conformidad con lo dispuesto en el art. 26 del Código Penal, constituye un soporte gráfico que incorpora hechos, impresionados en cinta incorporada a la cámara que grabó las incidencias del suceso que se imputa al recurrente. Una reiterada jurisprudencia de esta Sala las equipara, en su consideración de documento, no solo a los escritos tradicionales, sino también a cualquier otra representación gráfica del pensamiento o de la realidad, que, a

amplia y suficientemente indeterminada del concepto de “documento”. En efecto, no la LECrim, sino el Código Penal es el que nos suministra una definición omnicompreensiva, al disponer su art.26 que es “todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica”. Así, el acervo probatorio obtenido a través de los medios de investigación a los que nos hemos referido en las páginas anteriores, con fotografías, imágenes videográficas, esquemas cartográficos o termografías, entre muchas otras posibilidades ingresan a la fase plenaria del proceso penal español como simples documentos. Pero esta posición jurisprudencial no es irrelevante, pues puede conllevar algunas cuestiones problemáticas. En principio, simplemente será necesario presentar el documento junto al correspondiente escrito de acusación o de calificaciones provisionales y en fase de instrucción. En el supuesto de la prueba documental, no hay necesidad alguna de que el sujeto que ha obtenido tales datos digitales deba someterse a interrogatorio en el debate oral. Pero puede haber discusiones sobre cómo se ha podido adquirir tal “documento” o cómo ha podido asegurarse su conservación sin alteraciones. Sin poder preguntar sobre ello a la persona responsable de su obtención, parece que quedaría limitado el debate contradictorio, pudiendo resultar indefensiones claras. Como es fácil de deducir, cuando estamos tratando de medios cuyo manejo exige una indispensable especialización, sería recomendable una asimilación a la prueba pericial, de modo que el que ha obtenido los datos a través de la vigilancia secreta, sea sometido a un interrogatorio cruzado respecto a los pormenores que las partes procesales tengan a bien preguntar, siempre que, obviamente, el tribunal las considere pertinentes y necesarias.

De este modo puede propiciarse un mejor ejercicio del derecho de defensa y una más plena aplicación del principio de contradicción. La mejor opción, en nuestra opinión, sería la previsión expresa de un

---

través de su examen o visionado, se pueda conocer o comprobar”. Aplicando esta doctrina jurisprudencial, véanse, entre muchas otras, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 9ª, de 24 de julio de 2019, o la de Audiencia Provincial de Guadalajara, Sección 1ª, de 19 de noviembre de 2020.

medio de prueba autónomo<sup>55</sup>, como prueba digital<sup>56</sup> para la que no sea suficiente la presentación de los datos destinados al juicio oral, sino sobre todo su explicación detallada, las cuestiones relativas al modo de adquisición, las inferencias que de ellos pueden obtenerse, en definitiva, colocarlos al nivel de plena comprensión para las partes y para el órgano jurisdiccional<sup>57</sup>. Con este nuevo medio de prueba, además, evitaríamos alargar más la duración del proceso, pues si partimos de considerarlos prueba documental, posiblemente sea necesaria una solicitud adicional de prueba, a fin de discutir algunos elementos de los documentos presentados, por tanto, podría ser imprescindible, la admisión de pericias que puedan aclarar las dudas que se susciten, o que permitan una mayor comprensión y apreciación de la prueba a los profanos, entre los que se encuentra muy probablemente el juzgador mismo.

Por supuesto, la labor de apreciación y de valoración de los resultados probatorios implica riesgos. El órgano jurisdiccional debe construir narrativamente la relación de hechos probados a partir de lo practicado y discutido en el juicio oral. En los casos que estamos analizando probablemente el riesgo principal sea el de la tentación de confundir lo obtenido en la vigilancia secreta con la realidad de los hechos. Somos conscientes de que esta afirmación precisa de una mayor explicación. Nos referimos a que al hacer ingresar en el proceso imágenes, videgrabaciones, o incluso datos, puede parecer que traemos

---

<sup>55</sup> Sobre las dificultades terminológicas de estas pruebas, véase DÍAZ LIMÓN, Jaime Alberto. Incorporación de la prueba cibernética e informática: electrónica y digital, *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, N.º 47. Bogotá: Ed. Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2018.

<sup>56</sup> CARRIER, Brian.; SPAFFORD, Eugene. Getting Physical with the Digital Investigation Process. *International Journal of Digital Evidence*, vol. 2, 2003, ofrecían ya una definición de tal medio de prueba, como el que permite obtener datos digitales, es decir, “that can establish that a crime has been committed, can provide a link between a crime and its victim, or can provide a link between a crime and its perpetrator. The data in memory, on the hard disk, or in a cell phone are examples of digital evidence”. Véase asimismo, DE AGUILAR GUALDA, Salud. *La Prueba Digital en el Proceso Judicial: Ámbito Civil y Penal*, primera edición, Barcelona, 2019, pp. 111–130.

<sup>57</sup> Véase más ampliamente, GARRIE, Daniel; MORRISSY, David. Digital Forensic Evidence in the Courtroom: Understanding Content and Quality. *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, vol. 12, N.º 2, 2014.

al juicio la realidad misma. Confundiríamos así el medio de prueba con la realidad histórica que necesita ser probada. Así pues, al parecer que así sabemos directamente qué ocurrió y dónde -incluso lo estamos viendo-, para el juzgador puede ser un elemento probatorio fundamental e indiscutible. Los psicólogos jurídicos, no obstante, nos avisan de que la verosimilitud de lo que se muestra no nos debe llevar a la conclusión errónea de que traemos al proceso la realidad misma<sup>58</sup>. Lo que se trae es una representación de la realidad, más o menos fiel, pero que puede ser parcial, por tanto, que no tenga en cuenta todos los elementos de la realidad, porque algunos se quedan fuera inevitablemente de la prueba digital presentado en juicio, si basáramos la convicción sobre los hechos punibles en esa visión limitada, en realidad fundamentaríamos la narración de hechos probados en una cognición eventualmente parcial. Como en todos los casos, es preciso asegurar la cadena de custodia, de modo que lo obtenido con estos medios de investigación no supongan una alteración de la fuente de prueba, pero además, es preciso que en la valoración se tenga el cuidado suficiente para ser consciente del efecto de enmarcamiento que producen este tipo de pruebas, sobre todo las de carácter videográfico, pero no solo ellas. Tampoco podemos olvidar que existe otro riesgo respecto a la valoración de estas pruebas tecnológicas: el posible efecto de embelesamiento acrítico que puede llevar a aceptar sin apenas discusión lo que procede de medios relacionados con tecnologías digitales<sup>59</sup>. No se nos entienda mal, no pretendemos restringir la utilización de este tipo de pruebas, sino básicamente hacer consciente al juzgador de la labilidad que también puede caracterizar estas pruebas, para que no se engañe a fin de obtener genuinamente la simple verdad de lo que se trata de enjuiciar<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> Cfr. FEIGENSON, Neal. *Law on Display: The Digital Transformation of Legal Persuasion and Judgment*. New York: New York University Press, 2009.

<sup>59</sup> BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. Tecnologías ambientales y delitos ambientales, *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. 20, N.º 3. Rio de Janeiro: vLex, 2019, pp. 268-292.

<sup>60</sup> Cfr. TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad: El juez y la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

## CONCLUSIONES

El tránsito desmesurado a la interacción digital ha propiciado el surgimiento de nuevas modalidades delictivas en lo que hoy se identifica como cibercrimen. Por ello, el derecho penal en el aspecto sustancial, procesal y probatorio debe adaptarse a esta realidad global, sin perder de vista el equilibrio necesario entre el derecho a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas y los derechos y garantías procesales que limitan el actuar investigativo en favor del imputado y/o acusado. De ahí que se debe fortalecer el poder punitivo con investigaciones y mecanismos digitales.

La prueba digital atraviesa por las fases de obtención de la información o datos, la incorporación de los datos al proceso y la valoración de los datos incorporados. En la práctica se observa que con mayor frecuencia se incautan equipos informáticos o dispositivos de almacenamiento de datos, y se registra la vigilancia secreta a través de estos medios. Al respecto, resulta importante su contenido para el proceso penal a través del reconocimiento del propio investigado, la declaración de los testigos, que incluye a los investigadores de campo y los peritos informáticos como testigos de acreditación, como también es relevante la pericia informática acompañada de la declaración como testigo experto del perito informático.

Todo ello conduce a pensar en los elementos que integran la prueba digital: desde la fuente de prueba (su autenticidad), que la misma no haya sido manipulada o alterada (su integridad), la garantía de permanencia del mensaje en su forma original (inalterabilidad), el acceso a la fuente original de información (rastreadabilidad), la posibilidad de posterior consulta (recuperabilidad) y, en especial, la perdurabilidad en el tiempo (su conservación).

De esta manera, se destacan como criterios de admisibilidad de la prueba digital, producto de la vigilancia secreta: la licitud, la integridad, la autenticidad y la claridad. Asimismo, para su valoración probatoria se han delimitado, con base en la doctrina, una serie de requisitos intrínsecos (autenticidad, integridad, fiabilidad y disponibilidad) sumados a unos requisitos extrínsecos de legalidad y licitud.

Para la validez y eficacia de la vigilancia secreta, es recomendable la adecuación del sistema normativo en cada país, encontrar la coherencia



de la gestión investigativa con el orden convencional consolidado para la protección humana, documentar la delimitación operacional, determinar y ejecutar una capacitación especial para los órganos de investigación y control judicial. Además, se debe precisar la interacción requerida entre los desarrollos tecnológicos y los protocolos de procedimiento en la gestión penal contra el crimen, en especial contra el cibercrimen.

La obtención de material probatorio a través de medios de vigilancia secreta plantea serios riesgos que multiplican su complejidad cuando aplicamos instrumentos o dispositivos digitales o electrónicos. Nos permite aumentar las posibilidades de la investigación penal, pero también es mayor la exposición de los derechos fundamentales ante la expansión de las vías de pesquisa.

Para contar con idoneidad fáctica y jurídica, las tecnologías utilizadas para la vigilancia secreta en el ámbito de la persecución criminal, deben contar con estándares de desarrollo estructural según su programación inteligente y niveles de medición que sean controlados por comités profesionales integrados interdisciplinariamente, y así garantizar su operación y ajuste oportuno, de acuerdo con el acervo de garantías definidas y acordadas nacional e internacionalmente.

Las novedades que observamos en ordenamientos como el español nos parecen un paso adelante con el fin de encauzar las debidas prevenciones ante esas actuaciones del poder público. Establecer en las normas procesales penales los criterios concretos para la aplicación de esas medidas restrictivas de derechos es una manera loable de ajustar la investigación a las exigencias convencionales y constitucionales. Sin embargo, hay que evitar aún algunas referencias a conceptos indeterminados como “la trascendencia social” de los hechos investigados, pues introducen inadecuados elementos de eventual arbitrariedad.

En todo caso, la innovación debiera ser completa y actualizar también los cauces a través de los cuales ese material probatorio puede entrar en la fase plenaria del proceso, y ofrecer además criterios de ponderación en la autorización previa de actuación judicial y de valoración de la prueba practicada que no confundan la realidad que se pretende enjuiciar con lo que es una representación de la misma, la cual debe servir para la construcción narrativa que deberá expresarse con claridad en la motivación de la sentencia.

## REFERENCIAS

ABEL LLUCH, X.; RICHARD GONZÁLEZ, M. *Estudios sobre la Prueba Penal*. Madrid: Editorial La Ley. 2013.

ACEVEDO SURMAY, D.; GÓMEZ USTARIS, É. Los documentos electrónicos y su valor probatorio en procesos de carácter judicial. *Iustita. Revista de la División de Ciencias Jurídicas y Políticas*, n. 9, p. 391–419. 2011. <https://doi.org/10.15332/iust.v0i9.905>

ÁGUILA SÁNCHEZ, C. La interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas en el proceso penal. *Diario La Ley*, n. 9303, Sección Tribuna, Ed. Wolters Kluwer. 2018. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6667260>

AGUILERA MORALES, M. *Proceso penal y causa general en el Derecho español*. Madrid: Aranzadi-Civitas-Thomson Reuters. 2008.

ARMENTA DEU, T. Regulación legal y valoración probatoria de fuentes de prueba digital (correos electrónicos, WhatsApp, redes sociales): entre la insuficiencia y la incertidumbre. *Revista de Internet, Derecho y Política*, n. 27. 2018. <https://doi.org/10.7238/idp.v0i27.3149>

ARRABAL PLATERO, P. *Tratamiento procesal de la prueba tecnológica*. Tesis (Doctorado en Ciencias Sociales y Jurídicas). Madrid: Universidad Miguel Hernández, 2019.

ASENCIO MELLADO, J. M. La STC 97/2019, de 16 de julio. Descanse en paz la prueba ilícita. *Diario La Ley*, n. 9499. 2019. <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2019/10/16/la-stc-97-2019-de-16-de-julio-descanse-en-paz-la-prueba-ilicita>

BARREIRA, M. V. Impacto de las nuevas tecnologías en la prueba judicial civil. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, n. 37, p. 139-176. 2020. <https://doi.org/10.47274/DERUM/37.7>

BUENO DE MATA, F. *Las diligencias de investigación en la cuarta revolución industrial. Principios teóricos y problemas prácticos*. Madrid: Aranzadi, Cizur Menor. 2019.

BUJOSA VADELL, L. M., Tecnologías ambientales y delitos ambientales, *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. 20, n. 3, p. 268-292. 2019. <http://doi.org/10.12957/redp.2010.45021>

CAMPOLI, G. A. *Manual Básico de Cateo y Aseguramiento de Evidencia Digital*. Bogotá: vLex International, n. 14, mayo. 2013.

CARRIER, B.; SPAFFORD, E. H. Getting Physical with the Digital Investigation Process. *International Journal of Digital Evidence*, vol. 2, n. 2, Fall. 2003. <https://www.utica.edu/academic/institutes/ecii/publications/articles/A0A-C5A7A-FB6C-325D-BF515A44FDEE7459.pdf>

CRUZ TEJADA, H. *La prueba documental electrónica frente al documento en soporte papel*. Nuevas tendencias del derecho probatorio. Bogotá: Ediciones Uniandes, segunda edición. 2015.

DE AGUILAR GUALDA, S. *La Prueba Digital En El Proceso Judicial: Ámbito Civil y Penal*, 1a edición, Barcelona, p. 111–130. 2019. <https://doi.org/10.2307/j.ctvwcjgj0.7>

DELGADO, J. *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*. Madrid: La Ley. 2016.

DELGADO, J. La valoración de la prueba digital. *Diario La Ley*, n. 6, Sección Ciberderecho, Ed. Wolters Kluwer. 2017.

DELGADO, J. *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*, 2ª edición, Madrid: Ed. Wolters Kluwer. 2018.

DELGADO, J. ¿Cómo afrontar la complejidad de la prueba digital? Una visión práctica para los profesionales del derecho. *Derecho Digital e Innovación*, n. 2, abril-junio. 2019, Ed. Wolters Kluwer.

DE LA TORRE RODRÍGUEZ, P. *La Prueba Digital en el Proceso Judicial*. <https://indalics.com/blog-peritaje-informatico/prueba-digital>

DÍAZ LIMÓN, J. Incorporación de la prueba cibernética e informática: electrónica y digital. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, n. 47, p. 19-42. 2018. <http://dx.doi.org/10.32853/01232479.v47.n47.2018.475>

DURÁN SILVA, C. Aspectos procesales de la videovigilancia practicada por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. *La Ley Penal*, n. 126, mayo-junio. 2017.

ESCALANTE BARRETO, E. *El agente encubierto informático como Técnica Especial de Investigación en la lucha contra el crimen organizado*. Bogotá: vLex International, n. 48, julio. 2019.

FEIGENSON, N.; CORCOS, C. A.; SPIESEL, C. *Law on Display: The Digital Transformation of Legal Persuasion and Judgment*. New York: New York University Press. 2009. <https://doi.org/10.1007/s11196-010-9169-6>

GARRIE, D. B.; MORRISSY, J., D. Digital Forensic Evidence in the Courtroom: Understanding Content and Quality. *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, vol. 12, n. 2. 2014.

LOPEZ BARAJAS PEREA, I. Garantías Constitucionales en la Investigación Tecnológica del delito: previsión legal y calidad de la Ley. *Revista de Derecho Político*, Madrid, n. 98, enero-abril, p. 91-119. 2017. <https://doi.org/10.5944/rdp.98.2017.18652>

MAGRO SERVET, V. Casuística práctica de la prueba digital en el proceso civil y penal. *Actualidad Civil*, n. 1, enero. 2020. Ed. Wolters Kluwer.

MERIDA, F. I.; LÁZARO, C. La admisibilidad de las pruebas electrónicas en los tribunales (A.P.E.T): Luchando contra los delitos tecnológicos. *La Ley*, Madrid: Ed. Wolters Kluwer. 2007

MOENSSENS, A.; DESPORTES, B.; EDWARDS, C. *Scientific Evidence in Civil and Criminal Cases*. New York: Foundation Press. 2013.

NARANJO GÓMEZ, B.; MENDOZA PÉREZ, J.; ALONSO BETANCOURT, E.; HINOJOZA CALZADA, J. Informática criminalística: una especialidad en desarrollo. *Opinión Jurídica*, vol. 19, n. 38, p. 245-257, ene-jun. 2020. <https://doi.org/10.22395/ojum.v19n38a12>

RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A. Intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas y *smartphones*. Un primer estudio a propósito de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En: ASECIO MELLADO, J. M. (Dir.). *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2017.

RODRÍGUEZ LAINZ, J. La nueva jurisprudencia sobre dispositivos de seguimiento y localización (Comentario a la STS, Sala 2ª, 141/2020, de 13 de mayo). *Diario La Ley*, n. 9650, junio. 2020.

SALAMANCA AGUADO, E. El respeto a la vida privada y a la protección de datos personales en el contexto de la vigilancia masiva de comunicaciones. *Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos (IEEE)*, n. 4. 2014. <https://revista.ieee.es/article/view/306>

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

TORO GARZÓN, L.; BUSTAMANTE RÚA, M. La investigación y la prueba de contexto como elementos de política criminal para la persecución del crimen organizado. *Revista Criminalidad*, vol. 62, n. 1, p. 101-115, enero-abril. 2020. <http://www.scielo.org.co/pdf/crim/v62n1/1794-3108-crim-62-01-00101.pdf>

VELASCO NÚÑEZ, E. *Delitos tecnológicos: definición, investigación y prueba en el proceso penal*. Madrid: Sepin. 2016.

VIOLLIER BONVIN, P.; ORTEGA ROMO, V. Cuando el Estado Hackea: El caso de operación Huracán. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, v. 8, n. 2, p. 83-110. 2019. <https://doi.org/10.5354/0719-2584.2019.54436>

### **Additional information and author's declarations (scientific integrity)**

*Acknowledgement:* We thank the Universidad de Medellín and the Universidad de Salamanca for their support in carrying out this research.

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

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

- *Lorenzo Mateo Bujosa Vadell:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Mónica María Bustamante Rúa:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Luis Orlando Toro Garzón:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.

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

### Editorial process dates

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

- Submission: 15/12/2020
- Desk review and plagiarism check: 08/01/2021
- Resubmission and transfer to V7N3: 23/02/2021
- Review 1: 06/03/2021
- Review 2: 08/03/2021
- Review 3: 06/03/2021
- Preliminary editorial decision: 16/05/2021
- Correction round return: 21/06/2021
- Final editorial decision: 25/06/2021

### Editorial team

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

### HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

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



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


# La inteligencia artificial como prueba científica en el proceso penal español

*Artificial intelligence as scientific evidence  
in the Spanish criminal process*

**Miren Josune Pérez Estrada<sup>1</sup>**

Universidad del País Vasco, Leioa, Bizkaia, España

mirenjosune.perez@ehu.eus

 <http://orcid.org/0000-0001-7402-4863>

---

**RESUMEN:** En este trabajo se reflexiona sobre el posible uso de la inteligencia artificial en el proceso penal como ayuda en la actividad jurisdiccional probatoria. Para llevar a cabo este análisis se realizará, en primer lugar, una configuración de la herramienta de inteligencia artificial, continuaremos con la delimitación de la prueba científica en el proceso penal español y, finalizaremos, concluyendo sobre la posibilidad de utilizar la inteligencia artificial como prueba científica en el proceso penal o la posibilidad de usarse con el resto de medios de prueba tradicionales de manera que los haga más efectivos y le sirva al juez de ayuda en la función de valoración de la prueba.

**PALABRAS CLAVE:** Inteligencia artificial; proceso penal; prueba científica; reconocimiento facial; garantías procesales.

**ABSTRACT:** *This work analyses the use of artificial intelligence in criminal proceedings, not from its application to the resolution of legal disputes, but as an aid in probative judicial activity. To carry out this research, a configuration of the artificial intelligence tool will be carried out first, we will continue with the delimitation of the scientific test in the Spanish criminal process and conclude on the possibility of using artificial intelligence as scientific evidence.*

**KEYWORDS:** *Artificial intelligence; criminal proceedings; scientific evidence; procedural safeguards.*

---

<sup>1</sup> Profesora Adjunta de Derecho Procesal (acreditada Agregada). Facultad de Derecho. Sección Bizkaia, Universidad del País Vasco. Doctora en Derecho.

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Configuración de la Inteligencia Artificial. 1. Contextualización de la Inteligencia Artificial. 2. Concepto y funcionamiento de la Inteligencia Artificial. 2.1. Concepto de Inteligencia Artificial. 2.2. Funcionamiento de la Inteligencia Artificial. III. La Inteligencia Artificial en el proceso penal español como prueba científica. 1. Concepto y naturaleza de la prueba científica. 2. La aplicación de la Inteligencia Artificial en el proceso penal. 2.1. Tecnología de reconocimiento facial. 2.2. El sentido de la inteligencia artificial como prueba científica en el proceso penal. IV. Conclusiones. V. Referencias bibliográficas.

---

## I. INTRODUCCIÓN<sup>2</sup>

En los últimos años la inteligencia artificial se ha introducido en todos los ámbitos de nuestra vida. A menudo utilizamos herramientas de inteligencia artificial para muy diferentes usos, en la rutina diaria, el sector industrial o el ámbito sanitario. Incluso los servicios públicos se están beneficiando de las soluciones eficientes que ofrece la inteligencia artificial, como se señala en el Plan Coordinado sobre la Inteligencia Artificial de la Comisión Europea, en el apartado I dedicado a la “Introducción- La estrategia europea en materia de inteligencia artificial”<sup>3</sup>.

De esta transformación no ha quedado al margen el Derecho. El uso de la inteligencia artificial y, en concreto, la utilización de algoritmos en el Derecho privado es ya una realidad<sup>4</sup>. Existen aplicaciones dirigidas

<sup>2</sup> Este trabajo se ha realizado en el contexto de las actividades que realiza el Grupo de investigación consolidado “Derechos Fundamentales y Unión Europea. Especial referencia al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea” (GIC IT-673-13, 2019-2021), así como dentro del contexto del Proyecto H2020-SWAFS17/01.

<sup>3</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de fecha 7.12.2018, COM (2018) 795 final, sobre el “Plan coordinado sobre la inteligencia artificial”, p. 2.

<sup>4</sup> De referencia en la materia HARTUNG, Markus, BUES, Micha-Manuel y HALBLEIB, Gernot, AAVV, *Legal Tech. A Practitioner’s Guide*, Germany: Beck/Hart, 2018. En la obra se realiza un análisis exhaustivo del estado actual



a los operadores jurídicos que, o bien, estudian las decisiones judiciales con un fin de justicia predictiva o elaboran perfiles de jueces tomando como base su actividad jurisdiccional; hay, también, herramientas dirigidas a la búsqueda y procesamiento de información jurídica<sup>5</sup>. En el ámbito jurisdiccional, empiezan a aparecer sistemas automatizados de toma de decisiones basados en algoritmos que persiguen la rapidez y certeza jurídica en la aplicación del derecho, la seguridad en el resultado; en definitiva, el acierto en la decisión judicial. Como consecuencia, en la actualidad, en determinados sistemas penales, se usan algoritmos predictivos que ayudan al juez en la toma de determinadas decisiones judiciales con la idea de lograr eficacia en el proceso, de racionalizar la Justicia<sup>6</sup>. Si bien, este tipo de mecanismos inteligentes no están exentos de polémica con motivo de los sesgos algorítmicos que contienen, por lo que su tratamiento

---

y futuro de la LegalTech a nivel mundial. Estudia la aplicación de la tecnología jurídica y explica cómo y en qué medida se está utilizando el trabajo automatizado y la inteligencia artificial.

<sup>5</sup> Un repaso por las actuales herramientas de inteligencia artificial, LACRUZ MANTECÓN, Miguel L., “Cibernética y Derecho Europeo: ¿una inteligencia robótica?”. Madrid: *Diario La Ley*, n. 9376, Sección Doctrina, 2019, nos recuerda la evolución de esta materia desde la Jurimetría, basada en el análisis y previsión de sentencias futuras, hacia el uso de la inteligencia artificial en la aplicación del Derecho. MAGRO SERVET, Vicente. La aplicación de la inteligencia artificial en la Administración de Justicia. Madrid: *Diario La Ley*, n. 9268, Sección Doctrina, 2018.

<sup>6</sup> Esta idea de certeza jurídica aboca hacia sistemas artificiales inteligentes ante la imposibilidad de conseguir seguridad jurídica en las decisiones judiciales. Como pone de manifiesto GUZMÁN FLUJA, Vicente C., Sobre la aplicación de la inteligencia artificial a la solución de conflictos (Reflexiones acerca de una transformación tan apasionante como compleja. In: BARONA VILAR, Silvia (ed.). *Justicia Civil y Penal en la era global*, Valencia: Tirant lo Blanch, , 2017, p. 68, “...Desde hace ya bastantes años se ha venido especulando con la posibilidad de que la actividad de decisión jurídica de los conflictos pudiera ser llevada a cabo por un robot. Hablamos del juez-robot entendido como sustituto pleno del juez humano. Estamos más cerca de ello, sin duda, ...pero lo que ha llegado con fuerza es la capacidad de predecir el resultado de un litigio, lo que se llama predictibilidad de la decisión judicial, entendida como un sistema de ayuda a la toma de decisiones, no sólo del Juez, ni siquiera principalmente, sino sobre todo de los litigantes”. También BARONA VILAR, Silvia. Cuarta revolución industrial (4.0.) o ciberindustria en el proceso penal: revolución digital, inteligencia artificial y el camino hacia la robotización de la justicia. *Revista Jurídica Digital UANDES*, Vol. 3, n. 1, Chile, 2019, pp. 1-17.

jurídico debe realizarse desde el respeto a las normas fundamentales y de derechos humanos.

En este trabajo se pretende analizar la utilización de la inteligencia artificial en el proceso penal como ayuda en la actividad jurisdiccional probatoria<sup>7</sup>. Para llevar a cabo esta investigación se realizará, en primer lugar, una configuración de la herramienta de inteligencia artificial, continuaremos con la delimitación de la prueba científica en el proceso penal español y finalizaremos concluyendo sobre la posibilidad de usar la inteligencia artificial como prueba científica.

## II. CONFIGURACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

### 1. CONTEXTUALIZACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Se empieza a cuestionar por la doctrina más especializada el encaje de la inteligencia artificial dentro del contexto de la llamada cuarta revolución industrial<sup>8</sup>. Se considera que es más apropiado el calificativo “convergencia” tanto para hablar de las diferentes tecnologías digitales como para describir la interacción que surge entre ellas<sup>9</sup>. Es más conveniente hablar de transversalidad en el uso de esta tecnología digital que, además, potencia sus efectos cuando se interrelaciona.

---

<sup>7</sup> PÉREZ ESTRADA, M. Josune. El uso de algoritmos en el proceso penal y el derecho a un proceso con todas las garantías. In: BARONA VILAR, Silvia (ed.). *Claves de la justicia penal: feminización, inteligencia artificial, supranacionalidad y seguridad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pp. 235-254. DE MIGUEL BERIAIN, Iñigo; PÉREZ ESTRADA, M. Josune. La inteligencia artificial en el proceso penal español: un análisis de su admisibilidad sobre la base de los derechos fundamentales implicados, *Revista de derecho UNED (RDUNED)*, n 25, Madrid, 2019, pp. 531-561. <https://doi.org/10.5944/rduned.25.2019.27013>

<sup>8</sup> QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás, Derechos fundamentales, democracia y mercado en la edad digital, *Derecho Digital e Innovación*, núm. 1, Madrid, enero-marzo 2019, p. 2,

<sup>9</sup> Las tecnologías “convergentes” o “emergentes” se identifican por las iniciales NBIC (nano, bio, info...) que corresponde con nanotecnología, biomedicina, informática y neurociencia. BONAZZI, M., “Reconstructing man? The power of converging technologies”, 2006. <http://cordis.europa.eu/wire/index.cfm?fuseaction=article.Detail&rcn=11117> (fecha acceso: 20/05/2021)

La idea de superar el concepto de revolución industrial hacia el de “convergencia tecnológica” radica, básicamente, en la afectación que supone. Nos referimos al hecho de que si la revolución industrial supuso un cambio radical en el modo de producción, la tecnología convergente supone un cambio en la propia esencia del ser humano, que puede llegar incluso modificar la conducta de la persona<sup>10</sup> y afectar a sus derechos fundamentales<sup>11</sup>.

Se espera que la inteligencia artificial tenga un desarrollo exponencial en los próximos años; precisamente, porque uno de los factores de esa rápida evolución es la convergencia con el resto de tecnologías emergentes, que avanzan velozmente. Esta evolución tecnológica provoca consecuencias en la propia configuración de la persona, por lo que va a ser necesario que se proteja la esencia personal desde el sistema de los derechos fundamentales. No obstante, no hay que olvidar, tampoco, los beneficios que puede tener para la evolución de la sociedad y del Derecho el uso de estas tecnologías. Por lo tanto, se debe ir en esa doble dirección, aprovechar los beneficios que pueden proporcionar estas tecnologías y, en este caso, valorar su aplicación en el ámbito probatorio del proceso penal, aunque preservando, eso sí las garantías procesales fundamentales que rigen este proceso.

---

<sup>10</sup> PASTOR GARCÍA, Luis Miguel; GARCÍA CUADRADO, José Ángel. Modernity and postmodernity in the genesis of posthumanism, *Cuadernos de bioética*, (Ejemplar dedicado a: Posthumano, más que humano), Vol. 25, nº 85, 2014, pp. 335-350, concluyen que estas corrientes niegan la esencia de la persona e intentan construir algo diferente a ella en el futuro.

<sup>11</sup> QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás. Retos, riesgos y oportunidades de la Sociedad digital”. In: QUADRA-SALCEDO y PIÑAR MAÑAS (dir.), *Sociedad Digital y Derecho*. Madrid: BOE. Ministerio de Industria, Comercio y Turismo y Red.es, 2018, pp. 21 y ss., se ocupan de la protección de los derechos fundamentales, como la intimidad o el honor del individuo, al percatarse que las nuevas tecnologías ocasionan riesgos por sí mismas, de manera independiente al ser humano. Y lo que es más importante, mantienen la idea de que la protección de determinados derechos fundamentales del individuo cede ante la protección de la sociedad que se debe otorgar a la sociedad.

## 2. CONCEPTO Y FUNCIONAMIENTO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

### 2.1 CONCEPTO DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Como acabamos de señalar es significativo el crecimiento que ha experimentado esta área científica en los últimos tiempos y existe una previsión de crecimiento exponencial de la inteligencia artificial en los próximos años<sup>12</sup>. No cabe duda, estamos ante una de las tecnologías que va a transformar la sociedad en el modo, en el que la conocemos, si no lo está haciendo ya<sup>13</sup>. Sin embargo, a pesar de esta creciente importancia no existe un término unívoco para definir la inteligencia artificial, sino muchos y provenientes de muy diversos sectores, en función de las características que presenta cada uno de ellos.

Esta falta de concepto único se pone de manifiesto por el propio Comité Económico y Social Europeo, en el “Dictamen sobre la inteligencia artificial: las consecuencias de la inteligencia artificial para el mercado único (digital), la producción, el consumo, el empleo y la sociedad” que recoge, en la Conclusión 2.1, que no existe una definición concreta y aceptada de la inteligencia artificial<sup>14</sup>. Por utilizar un concepto que nos pueda servir en el presente trabajo nos quedaremos con el que usa la Comisión Europea en el documento sobre “Inteligencia artificial para Europa”<sup>15</sup>: “El término «inteligencia artificial» se aplica a los sistemas que manifiestan un comportamiento inteligente, pues son capaces de analizar su entorno y pasar a la acción –con cierto grado de autonomía– con el fin

---

<sup>12</sup> Incluso sin que la inteligencia artificial avanzara al ritmo que lo hace en la actualidad las aportaciones e implicaciones, en definitiva, el potencial de afectación en la vida diaria es significativo, apuntando sobremanera a cuatro grandes áreas entre las que destaca la justicia penal. De esta manera se expone en el Foro “Artificial intelligence. Emerging Opportunities, Challenges, and Implications for Policy and Research”, *United States Government Accountability Office*, March 2018, p. 2.

<sup>13</sup> Entre sus beneficios destacan un mayor crecimiento económico y progreso social como se señala en “Preparing for the future of artificial intelligence”, *Executive Office of the President National Science & Technology Council Committee on Technology*, 2016, pp. 3-4.

<sup>14</sup> Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) de 31/08/2017.

<sup>15</sup> Comunicación de la Comisión, Bruselas, 25.4.2018 COM (2018) 237 final, p. 1.

de alcanzar objetivos específicos.” Se trata de un concepto que pone el punto de mira en la potencialidad de los sistemas, en las aplicaciones de inteligencia artificial. Nos interesa en este trabajo la inteligencia artificial aplicada al proceso penal y, en concreto, la inteligencia artificial en la fase probatoria.

Aunque la inteligencia artificial aún no ha alcanzado un pleno desarrollo<sup>16</sup> su gran potencial nos proporciona herramientas increíbles. Es por ello que deberíamos valorar la posibilidad de utilizar estas herramientas inteligentes en la fase probatoria del proceso penal. Antes de examinar la cuestión, vamos a analizar los dos grandes pilares en los que se basa el funcionamiento de la inteligencia artificial, nos referimos a la gran cantidad de datos que gestiona mediante el uso de algoritmos.

## 2.2. FUNCIONAMIENTO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

No es lo mismo inteligencia artificial que algoritmo. La inteligencia artificial es la inteligencia que muestran las máquinas cuando imitan las funciones “cognitivas” de los seres humanos, por ejemplo, al resolver problemas. Como hemos señalado se trata de un concepto aún en desarrollo. Sin embargo, lo que se ha generalizado son los sistemas automatizados de toma de decisiones basados en algoritmos<sup>17</sup>.

Los algoritmos son una serie de ecuaciones matemáticas que se entrelazan para proporcionar un resultado. Atienden a una instrucción concreta que sirve para solucionar un problema planteado previamente. Para lograrlo utiliza una gran base de datos ordenada, lo que se denomina Smart Data, en la que elige los datos, de manera aleatoria, con la finalidad

---

<sup>16</sup> Algunos autores reconocen la dificultad de conocer el futuro desarrollo de la inteligencia artificial, como MÜLLER, Vincent C., BOSTROM, Nick. Future Progress in Artificial Intelligence: A Survey of Expert Opinion. In: MÜLLER, Vincent C. (ed.). *Fundamental Issues of Artificial Intelligence.*, Berlin: Springer, 2014.

<sup>17</sup> O’NEIL, Cathy *Armas de destrucción matemática.*, Madrid: Capitán Swing, 2017. EDWARDS, Lillian, VEALE, Michael. Slave to the algorithm? Why a “Right to an explanation” is probably not the remedy you are looking for. *Drurham: Duke Law & Technology Review*, 2017, pp. 19-20, muestran una dependencia absoluta de nuestra sociedad actual hacia los algoritmos.

de anticipar un comportamiento. La finalidad del algoritmo no es certificar la veracidad de una hipótesis planteada sino la búsqueda de correlaciones deterministas entre unos datos y otros<sup>18</sup>.

Los algoritmos, en modo alguno, son nuevos y se han aplicado en los programas informáticos desde décadas<sup>19</sup>. Su importancia actual radica en que han evolucionado de sistemas expertos, en los que los programadores trasladaban al algoritmo las normas para tomar las decisiones, a algoritmos que permiten el aprendizaje automático de la máquina (“machine learning”). Estos algoritmos de aprendizaje son más avanzados, más inteligentes y se muestran más eficaces en cuanto a su capacidad de anticipar comportamientos, pero tienen el problema de que su funcionamiento resulta incomprensible, lo que dificulta la legitimidad de las decisiones que adoptan<sup>20</sup>. Su creación parte de un proceso no sólo estadístico o matemático, sino complejo y humano que incluye recopilación, preparación y análisis de datos en diversas etapas, lo que no está exento de polémica porque en ese proceso, es evidente e inevitable, que se contengan ideologías propias de los creadores y diseñadores de los algoritmos<sup>21</sup>.

El desarrollo de la inteligencia artificial está íntimamente relacionado con el uso o con la disponibilidad de una gran cantidad de datos que son procesados por algoritmos<sup>22</sup>. Nos estamos refiriendo al

---

<sup>18</sup> COTINO HUESO, Lorenzo. Big data e inteligencia artificial. Una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales. Madrid: Dilemata, 2017, pp. 24, 131-150.

<sup>19</sup> Como nos lo recuerdan COGLIANESE; Cary and LEHR, David. Regulating by Robot: Administrative Decision Making in the Machine-Learning Era. *Georgetown Law Journal*, Forthcoming; *U of Penn: Inst for Law & Econ Research Paper*, n. 17-8, febrero 2017, p. 3.

<sup>20</sup> Así, la lógica de un algoritmo puede ser incomprensible para las personas. MITTELSTADT, Brent Daniel; ALLO, Patrick; TADDEO, Maria Rosaria; WATCHER, Sandra, FLORIDI, Luciano., *The ethics of algorithms: Mapping the debate* Oxford Internet Institute, Diciembre, 2016.

<sup>21</sup> FRA, *BigData: Discrimination in data-supported decision making*, European Union Agency for Fundamental Rights, Viena, 2018, p. 4.

<sup>22</sup> Recordemos la idea de manejar los datos (“playing with the data”) y ejecutar el modelo (“running model”); expresiones que utilizan LEHR, David & OHM, Paul. *Playing with the Data: What Legal Scholars Should Learn About Machine Learning*. *Georgetown Law Journal*, 2017.

Big Data<sup>23</sup> o, también, a la expresión “macrodatos”, que es utilizada por el Parlamento Europeo, y que lo define como “la recopilación, análisis y acumulación constante de grandes cantidades de datos, incluidos datos personales, procedentes de diferentes fuentes y objeto de un tratamiento automatizado mediante algoritmos informáticos y avanzadas técnicas de tratamiento de datos, utilizando tanto datos almacenados como datos transmitidos en flujo continuo, con el fin de generar correlaciones, tendencias y patrones (analítica de macrodatos)”<sup>24</sup>.

Se trata de tecnología disruptiva que se incardina en la categoría más amplia de “tecnologías emergentes o convergentes”. Una nueva tecnología de tratamiento y análisis de datos, un nuevo método de procesamiento de información<sup>25</sup> pero con una característica fundamental, el procesamiento de la información se realiza a nivel global<sup>26</sup>. Como consecuencia de este tratamiento de datos masivos se infieren conclusiones imperceptibles que otra técnica de análisis de datos no es capaz de apreciar, lo que proporciona un conocimiento superior<sup>27</sup>. Incluso, la técnica Big Data

---

<sup>23</sup> El uso del Big Data supone un uso global de los datos lo que, a su vez, conlleva una vigilancia global; pero su gran problema, entiendo, está, precisamente, en la percepción equivocada que se tiene de la libertad. El individuo sometido al Big Data no concibe una pérdida de libertad como tal. Como afirma BYUNG-CHUL, Han. *La sociedad de la transparencia*. Barcelona: Herder, 2013, pp. 88 y 89, el panóptico digital, que es el Big Data funciona sin ninguna óptica perspectivista y, por lo tanto, la vigilancia se puede producir desde todas las partes; creen que gozan de libertad.

<sup>24</sup> Resolución de 14 de marzo de 2017, sobre las implicaciones de los “macrodatos” en los derechos fundamentales: privacidad, protección de datos, no discriminación, seguridad y aplicación de la ley (2016/2225(INI)).

<sup>25</sup> MORENTE PARRA, Vanesa. Big Data o el arte de analizar datos masivos. Una reflexión crítica desde los derechos fundamentales. *Derechos y Libertades*, n. 41, Época II, junio 2019, p. 227.

<sup>26</sup> MILÓN BELTRÁN, Noemí. “Retos para la privacidad en la Era Digital. Análisis económico y filosófico político del capitalismo contemporáneo”. *Sociología y Tecnociencia. Revista digital de sociología del sistema tecnocientífico*, vol. 2, n. 5, 2015, p. 33.

<sup>27</sup> BOYD, David; CRAWFORD, Kate. Critical questions for Big Data. Provocations for a cultural, technological and scholarly phenomenon., *Journal Information, Communication and Society*, n. 5, vol. 15, 2012, pp. 662 y 663, hablan de “inteligencia superior” para describir la potencialidad de esta nueva tecnología en el tratamiento de los datos que es capaz de adelantar acontecimientos imposibles de detectar de otra forma.

mediante el uso de algoritmos puede no sólo predecir acontecimientos futuros sino también que las máquinas tomen decisiones autónomas sin necesidad de que intervenga una persona<sup>28</sup>.

Precisamente, es en los datos, como la fuente que utilizan los algoritmos, donde es necesario poner especial atención porque va a ser la calidad de los datos en los que se basa el algoritmo los que van a conseguir que los resultados que se proporcionen tengan legitimidad.<sup>29</sup>

### III. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL COMO PRUEBA CIENTÍFICA

#### 1. CONCEPTO Y NATURALEZA DE LA PRUEBA CIENTÍFICA

Se plantea en este apartado la posibilidad de que se pueda utilizar esta tecnología inteligente en el proceso penal. En concreto, si es posible que la inteligencia artificial pueda suponer una mejora en la actividad probatoria<sup>30</sup> que ayude a los medios de prueba tradicionales

<sup>28</sup> COTINO HUESO, Lorenzo, “Big data e inteligencia artificial. Una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales”, op. cit., p. 132.

<sup>29</sup> SURDEN, Harry. *Values Embedded in Legal Artificial Intelligence*. Documento de investigación de estudios legales de la U. of Colorado, n. 17-17, 2017. Para SURDEN al margen del “manto de objetividad de la tecnología”, los sistemas tecnológicos pueden tener valores sociales “incrustados” o embebidos en su diseño y que éstos sean contrarios a la igualdad, principios constitucionales y derechos humanos.

El Parlamento Europeo, en su Resolución de 14 de marzo de 2017, sobre las implicaciones de los macrodatos en los derechos fundamentales: privacidad, protección de datos, no discriminación, seguridad y aplicación de la ley (2016/2225(INI), Considerando m) pone de manifiesto que la “baja calidad” de los datos o los procedimientos “podrían dar lugar a algoritmos sesgados, correlaciones falsas, errores, una subestimación de las repercusiones éticas, sociales y legales, el riesgo de utilización de los datos con fines discriminatorios o fraudulentos y la marginación del papel de los seres humanos en esos procesos, lo que puede traducirse en procedimientos deficientes de toma de decisiones con repercusiones negativas en las vidas y oportunidades de los ciudadanos, en particular los grupos marginalizados, así como generar un impacto negativo en las sociedades y empresas”.

<sup>30</sup> Sobre derecho probatorio, prueba científica y pericial podemos consultar ASENSIO MELLADO, José María. “La prueba penal”. In: ASENSIO



en la identificación del presunto autor del hecho o en la averiguación del hecho delictivo.

Aunque la tecnología que se está desarrollando podría tener aplicación en el proceso penal, no existe en derecho procesal una definición unívoca del concepto de prueba científica y las definiciones que se han dado, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, son incompletas. A pesar de ello, no se discute y se entiende sin problemas que la prueba científica se dirige a averiguar o probar hechos que necesitan conocimientos profesionales y técnicos muy avanzados tecnológicamente<sup>31</sup>.

No hay tampoco acuerdo por parte de la doctrina para concretar las diferentes ciencias o tecnologías que pueden comprender la prueba científica pero lo que sí es evidente es que muchos hechos criminales graves sólo se pueden descubrir o probar a través de tecnologías de nueva generación que faciliten la convicción judicial<sup>32</sup>.

Ni el legislador procesal ofrece un concepto de prueba pericial ni, menos aún, de prueba científica como una variedad de ésta. La única cuestión que regula el derecho procesal es cuándo procede realizar la

---

MELLADO, José María (dir.); FUENTES SORIANO, Olga (coord.). *Derecho procesal penal* (dir., coord.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2020. PICÓ i JUNOY, Joan (dir.); ANDINO LÓPEZ, Juan Antonio (coord.); CERRATO GURI, Elisabet (coord.). *La prueba pericial a examen*. Madrid: J. M. Bosch Editor 2020. FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

<sup>31</sup> Desarrolla este tema GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. Los retos del proceso penal ante las nuevas pruebas que requieren tecnología avanzada: El análisis de ADN." In: GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (coord.), *La prueba de ADN en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 23 y ss. PÉREZ GIL, Julio. *El conocimiento científico en el proceso civil. Ciencia y tecnología en tela de juicio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 42 a 47. GASCÓN ABELLÁN, Marina. Validez y valor de las pruebas científicas: la prueba del ADN. *Universidad de Castilla- La Mancha*, 2015. También coincide con el concepto que utiliza nuestra jurisprudencia habitualmente. Véanse, entre otras: STS (Sección 1ª) 513/2010 de 2 de junio; STS (Sección 1ª), 1069/2012 de 2 de diciembre; STS (Sección 1ª), 925/2012 de 8 de noviembre; STS (Sección 1ª), 191/2013 de 6 de marzo. STS (Sección 1ª), 128/2009 de 11 de febrero; STS (Sección 1ª) 922/2010 de 28 de octubre; STS (Sección 1ª), 540/2014 de 1 de julio, etc.

<sup>32</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos* (trad. Ferrer Beltrán). Madrid: Trotta, 2002, p. 331, mantiene que no es posible obtener ninguna definición aceptable de prueba científica.

práctica de prueba pericial en el proceso penal, ie., el objeto y finalidad de la prueba pericial. Así el art. 456 Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECR) entiende que procede dicha prueba “Cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos...”.

Ante la falta de un concreto concepto sobre lo que debe entenderse por prueba pericial científica unos determinados criterios o requisitos de fiabilidad científica, como existe en otros países<sup>33</sup>, podrían ayudarnos a entender que una prueba tiene la categoría de científica y, por lo tanto, puede utilizarse para probar científicamente un hecho en un proceso, civil o penal<sup>34</sup>.

Lo referente a la cuestión de la naturaleza jurídica de la prueba científica tampoco resulta ser un debate doctrinal pacífico. Si bien resultó superada la cuestión de considerar la prueba científica como prueba documental, debido en parte a la regulación de la prueba pericial, el problema surgió, de nuevo, con motivo de la reforma operada en la LECR en el año 2002. Así el art. 788.2 LECR otorga naturaleza de prueba documental a los informes emitidos por laboratorios oficiales para el caso sólo de materia de estupefacientes y aunque la Ley no dice nada de los informes de ADN, ante el silencio, se debe entender que estamos ante una prueba de naturaleza pericia.

---

<sup>33</sup> Se trata de los contenidos la Sentencia del Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos, *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.* (509 U.S. 579, 113 (1993)). REDMAYNE, M. “Admissibility Standards for Scientific Evidence”, In I. Madellin (ed.), *Admissibility Evidence in Criminal Cases*, Collected Papers, 1998. Del mismo autor *Expert Evidence and Criminal Justice*, New York: Oxford University Press, 2001. Y que la doctrina más especializada estudia, vid., por todos, BACHMAIER WINTER, Lorena. “Dos modelos de prueba pericial en el derecho comparado: Estados Unidos de América y Alemania. Jueces para la democracia, n° 66, noviembre 2009, pp. 118-137. También, DOLZ LAGO, Manuel Jesús. La prueba de ADN a través de la jurisprudencia. Una visión práctica y crítica. *La Ley - Wolters Kluwer*. Madrid: 2016, p. 41.

<sup>34</sup> GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. “La prueba científica, motor de cambios esenciales en el proceso penal moderno”, *Garantismo frente a eficacia, justicia frente a seguridad*, p. 5. Disponible: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20170408\\_01.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20170408_01.pdf) (Fecha acceso: 14/11/2019).

## 2. LA APLICACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL PROCESO PENAL

El interés por la utilización de tecnologías de inteligencia artificial en el proceso judicial lo podemos relacionar con la necesidad de mejorar su eficacia. No obstante, somos conscientes de que se trata de una cuestión no exenta de polémica, no sólo por los peligros que conlleva la aplicación de inteligencia artificial en el proceso sino, también, por pretender que la utilización de la inteligencia artificial tenga por finalidad que el proceso sea más eficaz. Centrándonos en esta última cuestión, en el término “eficacia”; cuando utilizamos ese término referido al proceso, hablando de eficacia en el proceso y no, en esencia, de las garantías procesales, se tiene la sensación de cierta connotación economicista; parece que, de alguna manera estamos reduciendo a lo privado el sistema judicial penal que tiene, por naturaleza, carácter público. Nada más lejos de la realidad, cuando un proceso es ineficaz, es un proceso inútil que no cumple o impide la función constitucional encomendada al Poder Judicial ni garantiza, tampoco, el derecho constitucional a la jurisdicción que tienen los ciudadanos<sup>35</sup>.

Es por esta razón que el estudio de la posibilidad de aplicar inteligencia artificial en el proceso y, en este caso, en el proceso penal, aunque, sin duda, controvertido, no puede por este motivo dejarse de estudiar, quizá aunque sólo sea para llegar a la conclusión de que su uso en el proceso es inviable. La doctrina procesalista se ha pronunciado recientemente sobre esta cuestión<sup>36</sup> y se muestra reticente a una aplicación

---

<sup>35</sup> MONTERO AROCA, Juan. *DERECHO JURISDICCIONAL I. Parte General*. ed. 27<sup>a</sup>. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 35, cuando explica la evolución científica del Derecho Jurisdiccional, expone “Cuando se habla de eficacia de la eficacia del proceso se está en realidad cuestionando la eficacia del Poder Judicial, y de ahí la gravedad de unas leyes procesales no adecuadas para hacer frente a las necesidades reales de la sociedad.”

<sup>36</sup> Véase DE HOYOS SANCHO, Monserrat. “El libro blanco sobre inteligencia artificial de la Comisión Europea: reflexiones desde las garantías esenciales del proceso penal como “sector de riesgo”. *Revista española de derecho europeo*, nº 76, 2020. MARTÍN DIZ, Fernando. Herramientas de inteligencia artificial y adecuación en el ámbito del proceso judicial. In: BUJOSA VADELL, Lorenzo M. (dir.); GONZÁLEZ PULIDO, Irene (coord.); REIFARTH MUÑOZ, Walter (coord.). *Derecho procesal: retos y transformaciones*. Madrid: Atelier, 2021. MARTÍN DIZ, Fernando. *Inteligencia artificial y derecho procesal*: Luces,

generalizada en el proceso y, más aún, si se trata del proceso penal, por la especial configuración de éste y los derechos que en él se garantizan, debido a los múltiples riesgos que su uso puede suponer para los derechos y garantías fundamentales procesales, sobre todo, en el caso de aplicar inteligencia artificial para la toma de decisiones judiciales, sustituyendo la decisión judicial<sup>37</sup>.

No obstante, dentro de las tecnologías que utilizan inteligencia artificial existe una que ha evolucionado de una manera sorprendente estos últimos años y, que entendemos, merece la pena analizar por sí, en un futuro no muy lejano, puede servir de ayuda en la fase probatoria del proceso penal: hablamos de tecnología de reconocimiento facial<sup>38</sup>.

## 2.1. TECNOLOGÍA DE RECONOCIMIENTO FACIAL

La tecnología del reconocimiento facial, que utiliza inteligencia artificial en su desarrollo, posibilita el reconocimiento de los rasgos faciales de una persona. Se trata de analizar si esta tecnología puede resultar de utilidad en el proceso penal, en concreto en el desarrollo de la actividad probatoria. El tratamiento que esta tecnología puede

---

sombras y cábalas en clave de derechos fundamentales. In: MORENO CATENA, Victor Manuel (dir.); ROMERO PRADAS, María Isabel (dir.); LARO GONZÁLEZ, María Elena (ed. Lit.). *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea. Libro homenaje a la Prof.<sup>a</sup> Isabel González Cano*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021. BUENO DE MATA, Federico, *Macrodatos, inteligencia artificial y proceso: luces y sombras*. Revista General de Derecho Proceal, nº 51, 2020.

<sup>37</sup> Sobre los riesgos de la inteligencia artificial en el proceso penal, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. *La contracción del Derecho Procesal Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, pp. 421-437. También BARONA VILAR, Silvia. *Inteligencia artificial o la algoritmización de la vida y de la justicia: ¿solución o problema?* *Revista Boliviana de Derecho*, n. 28, 2019, pp. 18-49. NIEVA FENOLL, Jordi. *Inteligencia artificial y proceso judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2018.

<sup>38</sup> Se ocupa del estudio de esta tecnología y su impacto en el ámbito de la Justicia BEIRO MAGÁN, José Manuel. *Automatización e inteligencia artificial: por qué debe generalizarse su implantación en el sector justicia español, Ponencia presentada en Granada el 12 de marzo de 2020 en las Jornadas sobre “La organización de la OJ y la OF en la transformación tecnológica. Aplicaciones de inteligencia artificial”*.

realizar de los metadatos<sup>39</sup> de las grabaciones y registros audiovisuales judiciales puede tener relevancia en el desarrollo de la actividad probatoria. Nos estamos refiriendo a la comunicación no verbal que se presenta en los actos judiciales como la que ocurre en la vista de un juicio oral o en una declaración judicial y que resulta imposible de verbalizar o transcribir; esto supone que todos esos datos, fruto de la comunicación no verbal, que pasan desapercibidos para el ser humano puedan llegar, si se interpretan con el reconocimiento facial, a ser valorados también por el juez como prueba. Esta tecnología de reconocimiento facial puede servir, también, a los efectos de averiguar la identidad del presunto autor del hecho o, incluso, en el caso de identificación de testigos, peritos o, incluso, requisitorizados. Sin duda, va a ser la primera de las funciones de la tecnología del reconocimiento facial, que hemos señalado, la que presente mayor problemática, desde el punto de vista procesal, porque el tratamiento de los metadatos de las declaraciones o interrogatorios va a aportar un valor añadido a la declaración o interrogatorio judicial que se preste. Es decir, más allá de las palabras la comunicación no verbal del testigo o de la parte que preste declaración podría formar parte de la declaración y servir a los efectos de verificar la credibilidad, por ejemplo, del testigo.

Uno de los grandes problemas del uso de esta tecnología es que afecta a derechos especialmente protegidos como es el derecho fundamental a la intimidad y, en concreto, al derecho a la protección de los datos personales. Precisamente, el nuevo Reglamento General de Protección de Datos (RGPD)<sup>40</sup>, consciente de la necesidad de protección de este derecho, realiza una modificación en la calificación jurídica de los

---

<sup>39</sup> Los metadatos son datos que describen el contenido de los archivos o la información de otros datos. “¿Qué son los metadatos y cuál es su utilidad?”, PowerData, marzo 19, 2016. Disponible: <https://blog.powerdata.es/el-valor-de-la-gestion-de-datos/que-son-los-metadatos-y-cuales-su-utilidad>

<sup>40</sup> Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). DOUE 4/5/2016.

datos biométricos<sup>41</sup>, que pasa a considerarlos datos de categoría especial, en virtud del art. 9.1 RGPD. El precepto hace referencia, en especial, a los datos biométricos que están dirigidos a identificar de manera inequívoca a una persona física. Además, y con el motivo de otorgar protección a la persona, garantizando su dignidad, el RGPD limita el uso de la tecnología de reconocimiento facial y lo hace impidiendo su tratamiento, de forma general, con las excepciones que se contemplan en el apartado 2 del art. 9 RGPD, entre las que se encuentran las que están relacionadas con la actividad judicial o policial o de seguridad pública<sup>42</sup>.

Otro de los problemas jurídicos que presenta esta tecnología de reconocimiento facial es el de los sesgos algorítmicos, a los que nos hemos referido en epígrafe anterior, y que provoca afectaciones en determinados derechos fundamentales, siendo una de las más relevantes la vulneración del principio de igualdad, pero también afecta a derechos procesales fundamentales<sup>43</sup>. El problema de los sesgos algorítmicos en el uso de esta tecnología está relacionado, sobre todo, con la utilización de los algoritmos de aprendizaje automático (los que entendemos, estrictamente, por inteligencia artificial). Estos algoritmos están diseñados para tratar los datos como lo haría una persona y al combinarlos con la tecnología de reconocimiento facial se obtienen unos resultados más eficientes, más complejos. El problema es la evolución de estos algoritmos, que

---

<sup>41</sup> Según el art. 4 RGPD, los datos biométricos se definen como aquellos “datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física que permitan o confirmen la identificación única de dicha persona, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos”.

<sup>42</sup> Entre las excepciones a las que alude el art. 9.2 Reglamento General de Protección de Datos, nos encontraríamos, fundamentalmente la existencia del consentimiento explícito del interesado, el cumplimiento de obligaciones o ejercicio de derechos por parte del responsable del tratamiento, la protección de intereses vitales del titular de los datos, o la presencia de un interés público, entre otros.

<sup>43</sup> Nos referimos al principio de imparcialidad judicial, así como a la igualdad de las partes en el proceso, como o el derecho fundamental de audiencia o defensa, que tratamos en DE MIGUEL BERIAIN, Iñigo; PÉREZ ESTRADA, M. Josune; La inteligencia artificial en el proceso penal español: un análisis de su admisibilidad sobre la base de los derechos fundamentales implicados, op. cit., p. 550.

no puede ser explicada de forma lógica, lo que provoca opacidad en su proceso de uso<sup>44</sup>.

La preocupación de la Unión Europea por la posible vulneración de los derechos fundamentales con este tipo de tecnología de reconocimiento facial en la que se utilizan datos biométricos ha quedado patente con Informe de la Agencia Europea de Derechos Fundamentales (FRA), emitido en 2019, sobre Tecnología de reconocimiento facial: consideraciones de derechos fundamentales en el contexto de la aplicación de la ley<sup>45</sup>. Junto con éste, el informe de la Comisión Europea *White paper On Artificial Intelligence—A European approach to excellence and trust*, muestra que la regulación de la implantación de tecnología de reconocimiento facial contendrá las restricciones necesarias para proteger los derechos fundamentales, siendo los más afectados por esta tecnología el derecho a la privacidad y la protección de los datos personales<sup>46</sup>. Precisamente y sólo de esta manera, con una protección al más alto nivel de los derechos fundamentales especialmente afectados podremos garantizar un futuro uso adecuado de esta tecnología en el proceso judicial.

---

<sup>44</sup> El informe “*The Perpetual Line Up*” del Georgetown Law Center on Privacy and Technology incorpora determinadas recomendaciones a los poderes públicos de los Estados Unidos entre las que destaca una mejor regulación legal, así como mayor esfuerzo de transparencia pública de los procesos relativos a la obtención y gestión de los datos. Disponible: <https://www.law.georgetown.edu/privacy-technology-center/publications/the-perpetual-line-up/> Fecha acceso: 09/09/2020.

<sup>45</sup> *Facial recognition technology: fundamental rights considerations in the context of law enforcement*. El documento analiza las implicaciones de derechos fundamentales de confiar en FRT en vivo (comparación de imágenes obtenidas de cámaras de video (CCTV) con imágenes en bases de datos), centrándose en su uso para fines de aplicación de la ley y gestión de fronteras. Disponible: <https://fra.europa.eu/en/publication/2019/facial-recognition-technology-fundamental-rights-considerations-context-law> Fecha acceso: 09/09/2020.

<sup>46</sup> BEIRO MAGÁN, José Manuel. Automatización e inteligencia artificial: por qué debe generalizarse su implantación en el sector justicia español, op. cit., nos recuerda “... el polémico proyecto iBorderCtrl, que mediante el uso de tecnología de reconocimiento biométrico permite al personal de fronteras recopilar dichos datos de la persona migrante a efectos de incorporarlos a la base correspondiente, así como detectar si es o no ciudadano comunitario en el momento de ingresar, o emitir una valoración sobre si dice o no la verdad al personal de migraciones.”

## 2.2. EL SENTIDO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL COMO PRUEBA CIENTÍFICA EN EL PROCESO PENAL

Cabe plantearse si estas herramientas inteligentes pueden constituir una forma de prueba científica como lo es el análisis del ADN, o, por el contrario, estamos muy lejos de poder otorgarles esta categoría. Al contrario que en otros países, no existe en España un procedimiento estandarizado que permita dilucidar si una determinada técnica puede considerarse prueba científica o qué parámetros tiene que cumplir para llegar a serlo<sup>47</sup>. La determinación de la científicidad de la inteligencia artificial a los efectos de considerarla como prueba es un tema que deberá abordarse a medida que se perfeccione la técnica o se generalice su uso. Como nos recuerda Gómez Colomer los criterios de científicidad que sirven para considerar que una prueba tiene la categoría de científica en nada tienen que ver con la admisibilidad de la prueba que se rige por el criterio de la pertinencia judicial. Ni tampoco influyen sobre la valoración de la prueba que realice el juez en virtud del principio de libre valoración de la prueba que rige en el proceso penal<sup>48</sup>.

En esta cuestión habrá que valorar si dichas herramientas de inteligencia artificial deben tener un grado de fiabilidad absoluto, como ocurre con la prueba del ADN, o, por el contrario, es suficiente si suponen una mejora de la veracidad o certeza que otorgan los medios de prueba tradicionales y a los que no se cuestiona su uso<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> En EE. UU. se utiliza el denominado Test de Daubert, que se basa en el análisis de una serie de parámetros, a fin de considerar que una técnica novedosa reúne un mínimo consenso científico necesario para su empleo en el ámbito forense. Sobre esta cuestión, véase, ALCOCEBA GIL, J. Manuel. Los estándares de científicidad como criterio de admisibilidad de la prueba científica. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 4, n. 1, p. 215-242, jan./abr. 2018.

<sup>48</sup> Recordemos que Recuerda estos conceptos GÓMEZ COLOMER, Juan Luis La prueba científica, motor de cambios esenciales en el proceso penal moderno, op. cit., pp. 5 y 15.

<sup>49</sup> VILLAMARÍN LÓPEZ, María Luisa. *Neurociencia y detección de la verdad y del engaño en el proceso penal. El uso del escáner cerebral (fMRI) y del brainfingerprinting (P300)*, Madrid: , 2014, cuando escribe que “lo que nos parece llamativo es el altísimo nivel de exigencia en cuanto a la fiabilidad de estas técnicas, que, en general, superan lo exigido por la comunidad científica para su reconocimiento, mientras se siguen admitiendo sin dudar medios de investigación o de prueba bastante o muy endebles que, al menos por el momento,



Una de las cuestiones relevantes para sostener la posibilidad de aplicación en el proceso de un sistema de inteligencia artificial es la verificación de los algoritmos que contienen. Esta verificación de un algoritmo debe prestar atención tanto a la posibilidad de que presente sesgos que discriminen a unas personas frente a otras, de acuerdo con los intereses o las inclinaciones de los programadores, como a su grado de fiabilidad predictiva, lo que muchas veces dependerá de la propia calidad de los datos utilizados en su confección<sup>50</sup>. Por esto mismo, parece evidente que, como ha señalado el Parlamento Europeo, serán necesarias “evaluaciones periódicas sobre la representatividad de los conjuntos de datos, así como examinar la exactitud e importancia de las predicciones”<sup>51</sup>. De esta manera, antes de tomar una decisión sobre la posibilidad de utilizar estos mecanismos en nuestro sistema jurídico es necesario resolver previamente la cuestión de cómo regular los mecanismos que garantizarán una adecuada auditoría de su funcionamiento<sup>52</sup>. Sin embargo, esta necesidad

---

pueden ser confrontados con estos nuevos procedimientos”. También NIEVA FENOLL, Jordi. Neurociencia y Juicio Jurisdiccional: Pasado y presente. ¿Futuro?, *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición*. Madrid: Marcial Pons, 2016. Y del mismo autor, La discutible utilidad de los interrogatorios de partes y testigos., Madrid: *Diario La Ley*, n. 9672, 2020.

<sup>50</sup> Como señala el Considerando M de la Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de marzo de 2017, “debe hacerse una distinción entre cantidad y calidad de los datos a fin de facilitar la utilización eficaz de los macrodatos (algoritmos y otras herramientas analíticas); y que los datos y/o los procedimientos de baja calidad en los que se basan los procesos de toma de decisiones y las herramientas analíticas podrían dar lugar a algoritmos sesgados, correlaciones falsas, errores, una subestimación de las repercusiones éticas, sociales y legales, el riesgo de utilización de los datos con fines discriminatorios o fraudulentos y la marginación del papel de los seres humanos en esos procesos, lo que puede traducirse en procedimientos deficientes de toma de decisiones con repercusiones negativas en las vidas y oportunidades de los ciudadanos, en particular los grupos marginalizados, así como generar un impacto negativo en las sociedades y empresas”. BOYD Y CRAWFORD, sostiene que los números no hablan por sí mismo; las afirmaciones de objetividad y precisión son engañosas dado que todos los investigadores son intérpretes de datos y siempre hay un proceso de “limpieza de datos” inherentemente subjetivo. BOYD, D.; CRAWFORD, K. Six Provocations for Big Data, Symposium on the Dynamics of the Internet and Society, (September 21, 2011): A Decade in Internet Time, op. cit.

<sup>51</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de marzo de 2017, Considerando 20.

<sup>52</sup> Algunas sugerencias figuran en el “discussion paper” del UK ICO, que señala que “Las técnicas de auditoría pueden utilizarse para identificar los factores

que no es fácil de realizar porque muchos de los algoritmos que contiene los sistemas de inteligencia artificial son, en sí mismos, opacos<sup>53</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, quizá no se debiera exigir que para su uso en el proceso estas técnicas de inteligencia artificial tengan un grado de fiabilidad absoluto, pues tampoco gozan de ese grado de certeza otros medios de prueba, pero, teniendo en cuenta el riesgo que conllevan sí, necesariamente, debe vigilarse un total encaje en el sistema de protección de los derechos fundamentales y garantías procesales. Puesto que el error en la fuente de datos debido al uso de datos no fiables o de baja calidad o la existencia de sesgos en el propio algoritmo o, incluso, en las interpretaciones de las conclusiones obtenidas afectaría, en el caso de que se utilizase en el proceso al desarrollo de la convicción judicial. Además, la lógica del algoritmo o su diseño debe ser comprensible para las partes del proceso de manera

---

que influyen en una decisión algorítmica. Los sistemas de visualización interactiva pueden ayudar a los individuos a entender por qué se hizo una recomendación concreta y darles control sobre futuras recomendaciones. Los comités de ética pueden utilizarse para ayudar a dar forma y mejorar la transparencia del desarrollo de algoritmos de aprendizaje automático. Debemos, en suma, utilizar sistemas de supervisión que combinen garanticen la transparencia de los algoritmos empleando a la vez un enfoque técnico y organizativo". UK Information Commissioner's Office (ICO), Big data, artificial intelligence, machine learning and data protection, 2017, p. 86. Disponible: <https://ico.org.uk/media/for-organisations/documents/2013559/big-data-ai-ml-and-data-protection.pdf> Fecha acceso: 13/11/2020

<sup>53</sup> Como escribe COTINO HUESO, "Big data e inteligencia artificial. Una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales", op. cit., 139 "...entiendo que este tipo de garantías frente a la discriminación van a tener que combinarse con el reconocimiento de fuertes facultades de acceso y conocimiento de los algoritmos y los grandes datos que se manejan por parte de sectores especializados, tanto públicos como de la sociedad civil (reguladores, académicos, industria, asociaciones de consumidores, etc. (...))." Y dicha transparencia ha de venir acompañada asimismo con el reconocimiento de fuertes potestades de control a autoridades independientes respecto de los "data brokers" que son claves en el sector. Sin perjuicio del control social por la sociedad civil especializada, entiendo que son idóneas las autoridades independientes cercanas al sector de las nuevas tecnologías, como lo son las autoridades de protección de datos y transparencia. EU, AEPD-ISMS, 2017, Código de buenas prácticas en protección de datos para proyectos de Big Data", op. cit. págs. 26 y ss.

que se garantice el derecho de defensa o audiencia. Debemos recordar que la valoración de la prueba en el proceso penal es función jurisdiccional por lo que le corresponde al juez realizarla, pero, entendemos que es posible el uso de inteligencia artificial en el proceso penal, bien como medio de prueba o utilizada junto con los medios de prueba tradicionales para que puedan éstos ser más efectivos y así ayudar al juez en la valoración judicial de la prueba.

Entendemos que las decisiones generadas por inteligencia artificial sólo se deben utilizar como una herramienta más en la ayuda de la toma de decisión pero sin olvidar la capacidad humana crítica, de interpretación de los resultados, que no poseen las máquinas, ni ninguna, por ahora, inteligencia artificial<sup>54</sup>. Esta posición se aparta del criterio de que el hecho de apartarse de una decisión automática generada por una aplicación algorítmica era algo inverosímil por otorgarle, de alguna manera, cierta presunción de veracidad. Esta idea es fundamental porque argumenta la tesis de que el uso de inteligencia artificial no debe sustituir la toma de decisiones judicial sino servir de ayuda, en este caso, en la valoración de la prueba.<sup>55</sup>

## V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCOCEBA GIL, J. Manuel. Los estándares de cientificidad como criterio de admisibilidad de la prueba científica., *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 4, n. 1, p. 215-242, jan./abr. 2018. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.120>

---

<sup>54</sup> Disciplinas como la neurociencia vienen demostrando que la “inteligencia intuitiva o emocional”, propia de los seres humanos, y las decisiones con base en la intuición no son irracionales, sino que ayudan en la toma de decisiones complejas incapaz de percibir las la inteligencia artificial pero imprescindibles en la adopción de cualquier tipo de decisión. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard. Cuestiones de ética jurídica al abordar proyectos de Big Data. El contexto del Reglamento general de protección de datos, *Dilemata*, n.º. 24, 2017, p. 154.

<sup>55</sup> Este uso del resultado de los datos desde un punto de vista crítico nos da la posibilidad de que podamos apartarnos de la decisión automática. Precisamente, el Reglamento General de Protección de Datos, prohíbe, de manera general, las decisiones que se basan sólo en el tratamiento automatizado de los datos y la elaboración de perfiles que puedan tener efectos jurídicos, sin que intervenga ninguna persona en la decisión. Así el art. 22.1 Reglamento General de Protección de Datos establece: “Todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar.”

ASENSIO MELLADO, José María. “La prueba penal”. In: ASENSIO MELLADO, José María (dir.); FUENTES SORIANO, Olga (coord.). *Derecho procesal penal* (dir., coord.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

BACHMAIER WINTER, Lorena. “Dos modelos de prueba pericial en el derecho comparado: Estados Unidos de América y Alemania. Jueces para la democracia, n° 66, noviembre 2009, pp. 118-137.

BARONA VILAR, Silvia. Cuarta revolución industrial (4.0.) o ciberindustria en el proceso penal: revolución digital, inteligencia artificial y el camino hacia la robotización de la justicia. *Revista Jurídica Digital UANDES*, Vol. 3, n. 1, Chile, 2019. <https://doi.org/10.24822/rjduandes.0301.1>

BARONA VILAR, Silvia. Inteligencia artificial o la algoritmización de la vida y de la justicia: ¿solución o problema? *Revista Boliviana de Derecho*, n. 28, 2019.

BEIRO MAGÁN, José Manuel. Automatización e inteligencia artificial: por qué debe generalizarse su implantación en el sector justicia español, *Ponencia presentada en Granada el 12 de marzo de 2020 en las Jornadas sobre “La organización de la OJ y la OF en la transformación tecnológica. Aplicaciones de inteligencia artificial”*.

BONAZZI, M., “Reconstructing man? The power of converging technologies”, 2006. <http://cordis.europa.eu/wire/index.cfm?fuseaction=article.Detail&rcn=11117> (fecha acceso: 20/05/2021).

BOYD, David; CRAWFORD, Kate. Critical questions for Big Data. Provocations for a cultural, technological and scholarly phenomenon., *Journal Information, Communication and Society*, n. 5, vol. 15, 2012. <https://doi.org/10.1080/1369118x.2012.678878>

BUENO DE MATA, Federico, Macrodatos, inteligencia artificial y proceso: luces y sombras. *Revista General de Derecho Proceal*, n° 51, 2020.

BYUNG-CHUL, Han. *La sociedad de la transparencia*. Barcelona: Herder, 2013. <http://dx.doi.org/10.15446/ideasyvalores.v63n156.47043>

COGLIANESE, Cary and LEHR, David. Regulating by Robot: Administrative Decision Making in the Machine-Learning Era. *Georgetown Law Journal, Forthcoming; U of Penn: Inst for Law & Econ Research Paper*, n. 17-8, febrero 2017.

COTINO HUESO, Lorenzo. Big data e inteligencia artificial. Una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales. Madrid: Dilemata, 2017.

DE HOYOS SANCHO, Monserrat. “El libro blanco sobre inteligencia artificial de la Comisión Europea: reflexiones desde las garantías esenciales del proceso penal como “sector de riesgo”. *Revista española de derecho europeo*, n° 76, 2020. [https://doi.org/10.37417/REDE/num76\\_2020\\_534](https://doi.org/10.37417/REDE/num76_2020_534)

DE MIGUEL BERIAIN, Iñigo; PÉREZ ESTRADA, M. Josune. La inteligencia artificial en el proceso penal español: un análisis de su admisibilidad sobre la base de

los derechos fundamentales implicados, *Revista de derecho UNED (RDUNED)*, n. 25, Madrid, 2019, pp. 531-561. <https://doi.org/10.5944/rduned.25.2019.27013>.

Disponible: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20170408\\_01.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20170408_01.pdf)

DOLZ LAGO, Manuel Jesús. La prueba de ADN a través de la jurisprudencia. Una visión práctica y crítica. *La Ley - Wolters Kluwer*. Madrid: 2016.

EDWARDS, Lillian, VEALE, Michael. Slave to the algorithm? Why a “Right to an explanation” is probably not the remedy you are looking for. *Drurham: Duke Law & Technology Review*, 2017. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2972855>

ETXEBERRIA GURIDI, J.F., *El análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, Ed. Comares, Granada, 2000.

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

GASCÓN ABELLÁN, Marina. Validez y valor de las pruebas científicas: la prueba del ADN. *Universidad de Castilla- La Mancha*, 2015.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. “La prueba científica, motor de cambios esenciales en el proceso penal moderno”, *Garantismo frente a eficacia, justicia frente a seguridad*.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. *La contracción del Derecho Procesal Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. Los retos del proceso penal ante las nuevas pruebas que requieren tecnología avanzada: El análisis de ADN.” In: GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (coord.), *La prueba de ADN en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

GUZMÁN FLUJA, Vicente C., Sobre la aplicación de la inteligencia artificial a la solución de conflictos (Reflexiones acerca de una transformación tan apasionante como compleja. In: BARONA VILAR, Silvia (ed.). *Justicia Civil y Penal en la era global*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

HARTUNG, Markus, BUES, Micha-Manuel y HALBLEIB, Gernot, AAVV, *Legal Tech. A Practitioner’s Guide*, Germany: Beck/Hart, 2018.

LACRUZ MANTECÓN, Miguel L., “Cibernética y Derecho Europeo: ¿una inteligencia robótica?”. Madrid: *Diario La Ley*, n. 9376, Sección Doctrina, 2019.

LEHR, David & OHM, Paul. *Playing with the Data: What Legal Scholars Should Learn About Machine Learning*. Georgetown Law Journal, 2017.

MAGRO SERVET, Vicente. La aplicación de la inteligencia artificial en la Administración de Justicia. Madrid: *Diario La Ley*, n. 9268, Sección Doctrina, 2018.

MARTÍN DIZ, Fernando. Herramientas de inteligencia artificial y adecuación en el ámbito del proceso judicial. In: BUJOSA VADELL, Lorenzo M. (dir.); GONZÁLEZ

PULIDO, Irene (coord.); REIFARTH MUÑOZ, Walter (coord.). *Derecho procesal: retos y transformaciones*. Madrid: Atelier, 2021.

MARTÍN DIZ, Fernando. Inteligencia artificial y derecho procesal: Luces, sombras y cábalas en clave de derechos fundamentales. In: MORENO CATENA, Victor Manuel (dir.); ROMERO PRADAS, María Isabel (dir.); LARO GONZÁLEZ, María Elena (ed. Lit.). *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea. Libro homenaje a la Prof.<sup>a</sup> Isabel González Cano*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard. Cuestiones de ética jurídica al abordar proyectos de Big Data. El contexto del Reglamento general de protección de datos, *Dilemata*, n.º. 24, 2017, p. 154.

MILÓN BELTRÁN, Noemí. “Retos para la privacidad en la Era Digital. Análisis económico y filosófico político del capitalismo contemporáneo”. *Sociología y Tecnociencia. Revista digital de sociología del sistema tecnocientífico*, vol. 2, n.º. 5, 2015.

MITTELSTADT, Brent Daniel; ALLO, Patrick; TADDEO, Maria Rosaria; WATCHER, Sandra, FLORIDI, Luciano., *The ethics of algorithms: Mapping the debate*” Oxford Internet Institute, Diciembre, 2016.

MONTERO AROCA, Juan. *DERECHO JURISDICCIONAL I. Parte General*. ed. 27<sup>a</sup>. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

MORENTE PARRA, Vanesa. Big Data o el arte de analizar datos masivos. Una reflexión crítica desde los derechos fundamentales. *Derechos y Libertades*, n. 41, Época II, junio 2019.

MÜLLER, Vincent C., BOSTROM, Nick. Future Progress in Artificial Intelligence: A Survey of Expert Opinion. In: MÜLLER, Vincent C. (ed.). *Fundamental Issues of Artificial Intelligence*. Berlin: Springer, 2014.

NIEVA FENOLL, Jordi. La discutible utilidad de los interrogatorios de partes y testigos., Madrid: *Diario La Ley*, n. 9672, 2020. <https://doi.org/10.4067/s0718-00122020000300157>

NIEVA FENOLL, Jordi. *Inteligencia artificial y proceso judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2018.

NIEVA FENOLL, Jordi. Neurociencia y Juicio Jurisdiccional: Pasado y presente. ¿Futuro?, *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición*. Madrid: Marcial Pons, 2016.

O’NEIL, Cathy *Armas de destrucción matemática.*, Madrid: Capitán Swing, 2017.

PASTOR GARCÍA, Luis Miguel; GARCÍA CUADRADO, José Ángel. Modernity and postmodernity in the genesis of posthumanism, *Cuadernos de bioética*, (Ejemplar dedicado a: Posthumano, más que humano), Vol. 25, n.º 85, 2014.

PÉREZ ESTRADA, M. Josune. El uso de algoritmos en el proceso penal y el derecho a un proceso con todas las garantías. In: BARONA VILAR, Silvia (ed.). *Claves de*

*la justicia penal: feminización, inteligencia artificial, supranacionalidad y seguridad*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

PÉREZ GIL, Julio. *El conocimiento científico en el proceso civil. Ciencia y tecnología en tela de juicio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

PICÓ i JUNOY, Joan (dir.); ANDINO LÓPEZ, Juan Antonio (coord.); CERRATO GURI, Elisabet (coord.). *La prueba pericial a examen*. Madrid: J. M. Bosch Editor 2020.

QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás, Derechos fundamentales, democracia y mercado en la edad digital, *Derecho Digital e Innovación*, núm. 1, Madrid, enero-marzo 2019.

QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás. Retos, riesgos y oportunidades de la Sociedad digital”, In: QUADRA-SALCEDO y PIÑAR MAÑAS (dir.), *Sociedad Digital y Derecho*. Madrid: BOE. Ministerio de Industria, Comercio y Turismo y Red.es, 2018.

REDMAYNE, M. “Admissibility Standards for Scientific Evidence”, In: I. Madellin (ed.), *Admissibility Evidence in Criminal Cases*, Collected Papers 1998.

REDMAYNE, M. *Expert Evidence and Criminal Justice*. New York: Oxford University Press 2001.

SURDEN, Harry. *Values Embedded in Legal Artificial Intelligence*. Documento de investigación de estudios legales de la U. of Colorado, n. 17-17, 2017.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos* (trad. Ferrer Beltrán). Madrid: Trotta, 2002.

VILLAMARÍN LÓPEZ, María Luisa. *Neurociencia y detección de la verdad y del engaño en el proceso penal. El uso del escáner cerebral (fMRI) y del brainfingerprinting (P300)*, Madrid: 2014.

### **Additional information and author's declarations (scientific integrity)**

*Acknowledgement:* Este trabajo se ha realizado en el contexto de las actividades que realiza el Grupo de investigación consolidado “Derechos Fundamentales y Unión Europea. Especial referencia al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea” (GIC IT-673-13, 2019-2021), así como dentro del contexto del Proyecto H2020-SWAFS17/01.

*Conflict of interest declaration:* the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

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

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

#### Editorial process dates

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

- Submission: 21/12/2020
- Desk review and plagiarism check: 08/01/2021
- Resubmission and transfer to V7N2: 23/02/2021
- Review 1: 04/03/2021
- Review 2: 15/03/2021
- Review 3: 24/03/2021
- Preliminary editorial decision: 16/05/2021
- Correction round return: 16/06/2021
- Final editorial decision: 19/06/2021

#### Editorial team

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

#### HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

PÉREZ ESTRADA, Miren Josune. La inteligencia artificial como prueba científica en el proceso penal español. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 7, n. 2, p. 1385-1410, mai./ago. 2021. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i2.505>



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




# Vecchi e nuovi limiti di utilizzabilità delle intercettazioni nel sistema italiano

*Old and new legal limits to wiretaps  
use in the Italian legal system*


**Wanda Nocerino<sup>1</sup>**

Università di Foggia, Italia  
wanda.nocerino@unifg.it

 <http://orcid.org/0000-0002-3751-9928>

**Andrea Zampini<sup>2</sup>**

Sapienza Università di Roma, Italia  
andrea.zampini@uniroma1.it

 <http://orcid.org/0000-0002-8117-1842>

---

**ABSTRACT:** Il rapporto tra mezzi di ricerca della prova e limiti all'impiego dei relativi risultati rappresenta uno dei profili più problematici del sistema processuale, sul quale si misurano le scelte valoriali di fondo dell'ordinamento. Esso assume caratteri particolarmente delicati in tema di intercettazioni, là dove al rilevante pregiudizio arrecato alla segretezza delle comunicazioni e alla riservatezza delle persone coinvolte corrisponde l'estrema efficacia investigativa dello strumento; ciò rende ardua l'individuazione di un bilanciamento soddisfacente tra la protezione dei diritti fondamentali del cittadino e la tutela delle esigenze dell'accertamento penale. In tale cornice si collocano sia i divieti di utilizzabilità delle intercettazioni (art. 271 c.p.p.), sia i limiti alla trasmigrazione delle captazioni in procedimenti diversi da quelli in cui sono state disposte (art. 270 c.p.p.). Dopo una panoramica sulla disciplina e sugli avanguardistici approdi giurisprudenziali al tema, gli

---

<sup>1</sup> Assegnista di ricerca in diritto processuale penale, Università di Foggia. Dottore di ricerca in diritto processuale penale.

<sup>2</sup> Dottore di ricerca in diritto processuale penale, Sapienza Università di Roma.

Autori si interrogano in ordine agli effetti che l'atto inutilizzabile produce sulle prove di cui ha favorito l'acquisizione, anche a fronte delle nuove tecnologie al servizio degli inquirenti e delle novelle che hanno recentemente interessato la materia.

**PAROLE CHIAVE:** mezzi di ricerca della prova; intercettazioni di conversazioni e comunicazioni; captatore informatico; inutilizzabilità; illiceità.

**ABSTRACT:** *The relationship between the means for obtaining evidence and the use of their results represents one of the most problematic profiles of the criminal procedure code, on which are measured the basic values of the whole system. This dualism shows really delicate features in the wiretaps matter, where a serious offense to the communications secrecy and to privacy ensures extremely effective investigative results; the identification of an acceptable balance between fundamental rights protection and criminal investigation needs is therefore extremely difficult. In this framework are sketched both the regulation on the unusability of unlawful interceptions (art. 271 c.p.p.) and the one which determines the use prohibitions of wiretaps settled up in other proceedings (art. 270 c.p.p.). After an overview of the state of the art and of the latest jurisprudential approaches to the topic, the Authors – also in the light of the new technologies at the service of public authorities and of the reforms that have recently interested the matter – wonder about the effects that the non-usable proof may have on the evidence it helped to acquire.*

**KEYWORDS:** *means for obtaining evidence; interception of conversations or communication; wiretaps; interception by remote administration tools; exclusionary rule; illegality.*

**SOMMARIO:** Considerazioni introduttive. L'inutilizzabilità delle intercettazioni nell'esperienza italiana, tra considerazioni dogmatiche e innovazioni legislative; 1. Divieti di utilizzazione: le molteplici sfaccettature dell'art. 271 c.p.p.; 1.1. I tradizionali profili di inutilizzabilità delle intercettazioni; 1.2. Le problematiche derivanti dalla neo introdotta disciplina della cimice informatica; 2. I divieti di utilizzazione in procedimenti diversi: il rebus dell'art. 270 c.p.p.; 2.1. I limiti alla trasmigrazione probatoria nelle intercettazioni "tradizionali"; 2.2. Le progressive erosioni dei divieti nelle intercettazioni tramite trojan; Considerazioni conclusive. L'utilizzo "indiretto" dei dati illegittimamente appresi; Bibliografia.

---

## CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE. L'INUTILIZZABILITÀ DELLE INTERCETTAZIONI NELL'ESPERIENZA ITALIANA, TRA CONSIDERAZIONI DOGMATICHE E INNOVAZIONI LEGISLATIVE

«Come gli storiografi, il giudice lavora a stabilire cosa sia avvenuto, ma ha dei limiti nelle fonti»<sup>3</sup>. Limiti che discendono dalla necessità di bilanciare l'interesse all'accertamento e alla repressione dei reati con diritti di pari rango. L'evidente rilievo attribuibile all'esigenza di assicurare l'applicazione della legge penale non implica automaticamente la sua prevalenza sui diritti della persona; al contrario, l'ordinamento di un Paese che voglia definirsi civile «non è disposto a perseguire la verità ad ogni costo, [ma] riconosce che a tale obiettivo, pur socialmente molto rilevante, si può rinunciare se ciò è necessario per assicurare la tutela ad alcuni diritti primari dell'individuo»<sup>4</sup>. Dunque, «il conoscere giudiziale non è senza limiti»<sup>5</sup>, richiedendo a tutti i protagonisti del processo penale di agire nel pieno rispetto del principio di legalità che, proprio in materia di prove, trova la sua principale estrinsecazione<sup>6</sup>.

Entro tali coordinate sembrano iscriversi le norme del codice di rito che sanzionano l'inosservanza delle regole di acquisizione della prova imposte dal legislatore<sup>7</sup>. L'istituto dell'inutilizzabilità assume in questo

---

<sup>3</sup> La felice considerazione è di CORDERO, Franco. *Procedura penale*. Milano: Giuffrè, 2012, p. 630.

<sup>4</sup> Così GIOSTRA, Glauco. *Prima lezione sulla giustizia penale*. Bari: Edizioni Laterza, 2020, p. 15.

<sup>5</sup> NOBILI, Massimo. *La nuova procedura penale: lezione agli studenti*. Bologna: CLUEB, 1989, p. 113.

<sup>6</sup> In questo senso CONTI, Carlotta. *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*. Padova: Cedam, 2007, p. 158.

<sup>7</sup> È ormai nota la frattura dottrinale tra chi ritiene i divieti probatori ricavabili dalla sola legge processuale e chi pensa che essi siano derivabili anche da altre fonti ordinamentali, non ultima quella costituzionale. Sul primo versante, cui ci pare di poter aderire, v. già CORDERO, Franco. *Tre studi sulle prove penali*. Milano: Giuffrè, 1963, p. 147 ss.; per quanto formalmente differente rispetto alla tassatività che regola la materia delle nullità (NAPPI, Aniello. *Guida al codice di procedura penale*. Milano: Giuffrè, 2010, p. 191 ss.), infatti, si è ritenuto che le ipotesi di inutilizzabilità debbano essere ricondotte ad un elenco "chiuso", sia per motivi di aderenza alla legge delega (così TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*. Milano: Giuffrè, 2020, p. 220); sia perché,

senso una «dimensione assiologica che tutela gli interessi fondamentali che l'ordinamento eleva a parametri di legalità del metodo probatorio»<sup>8</sup>.

Nel microcosmo delle intercettazioni di comunicazioni, le paratie erette sul versante dei limiti di utilizzabilità della prova sembrano – *prima facie* – rispondere a nitide scelte ordinamentali. D'altronde, le soluzioni in astratto prospettabili oscillano intorno a due estremi: il consentire qualsiasi tipo di intromissione nelle comunicazioni dei cittadini, lasciando campo libero all'autorità inquirente in ordine alla necessità di ricorrere alle intercettazioni, e l'impedire in ogni caso intrusioni negli scambi comunicativi a fini di indagini. Tra gli indirizzi disponibili, il legislatore che nel 1988 ha redatto il codice di procedura penale vigente sceglie un'opzione intermedia, una “*comfort zone*” atta a garantire il rispetto del principio costituzionale della privatezza delle conversazioni di cui all'art. 15 Cost., il quale indica la strada da percorrere alla stregua di un insostituibile “nord” ermeneutico.

A monte, il legislatore dimostra di avere consapevolezza dell'intrinseca invasività dello strumento investigativo là dove permette di ricorrervi solo quando si procede per reati gravi o che vedano in esso un fondamentale mezzo di accertamento (artt. 266 e 266 bis c.p.p.). In tal modo si realizza una convincente “sintonizzazione” tra diritti fondamentali dell'individuo e interesse collettivo al perseguimento dei reati.

A valle – a dispetto di quanto accade rispetto agli altri mezzi di ricerca della prova<sup>9</sup> – si opta per l'elaborazione di una regola invalidante *ad hoc* (art. 271 c.p.p.) che si affianca (e, talvolta, collide) con il dettato più

---

a fronte di un criterio indeterminato di individuazione basato sul concetto di “divieto probatorio”, si ottiene un numero determinabile di fattispecie.

<sup>8</sup> DINACCI, Filippo Raffaele. *L'inutilizzabilità nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 2008, p. 41. In tema di inutilizzabilità, solo per citare alcuni Autori, cfr. GALANTINI Novella. *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 1992; GALANTINI Novella. Voce “Inutilizzabilità”. *Enciclopedia del diritto*. Agg. I. Milano: Giuffrè, 1997, p. 700; GALANTINI Novella. Voce “Vizi degli atti processuali penali”. *Digesto delle discipline penalistiche*. Vol. XV. Torino: Utet, 1999, p. 344; CONTI, Carlotta. *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*. Padova: Cedam, 2007; LA ROCCA, Nadia. Voce “Inutilizzabilità”. *Digesto delle discipline penalistiche*. Vol. XV. Torino: Utet, 2008, p. 614.

<sup>9</sup> Nonostante il nobile intento del c.d. progetto Dalia di introdurre una regolamentazione *ad hoc* per disciplinare il regime di inutilizzabilità delle ispezioni,

generale di cui all'art. 191 c.p.p., per cui «le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate». Si tratta, peraltro, di un'inutilizzabilità “rafforzata” dalla distruzione delle captazioni inutilizzabili, salvo che queste costituiscano corpo del reato (art. 271, comma 3, c.p.p.). Non solo. Perché il codice non si limita a vietare l'utilizzo di intercettazioni illegittime ma introduce un'ulteriore prescrizione che blinda entro confini ristrettissimi l'impiego di quelle legali in “procedimenti diversi” da quelli in cui le stesse sono disposte (art. 270 c.p.p.).

Queste speciali ipotesi di inutilizzabilità, al pari di quelle ricavabili dall'art. 191 c.p.p., rappresentano vizi in grado di comprimere il compendio di prove raccolte, sottraendo al giudice elementi conoscitivi funzionali alla ricostruzione dei fatti. Il che pone problemi *valoriali* in almeno due opposti sensi, cui è possibile solo accennare in questa sede. Da un lato, la rimozione di elementi probatori fondamentali per addivenire alla condanna dei responsabili del reato potrebbe risultare per certi aspetti incomprensibile da parte dei cittadini nel cui nome la giustizia viene amministrata: perché far prevalere la sanzione derivante dalla violazione di un divieto probatorio, evenienza meramente “procedimentale”, sulla repressione di un allarmante reato? Eppure, la questione che si gioca sul versante assiologico è tutta qui, giacché quando alcuni confini normativi posti a protezione dei diritti fondamentali vengono varcati, ammettere deroghe implica l'annullamento delle regole sottostanti. Si pensi ad un'intercettazione disposta fuori dai casi consentiti dalla legge, inutilizzabile ai sensi dell'art. 271 c.p.p., da cui emerga in modo decisivo la colpevolezza dell'imputato di un gravissimo delitto: permetterne *una tantum* l'utilizzabilità significherebbe autorizzare la prassi ad ignorare il relativo divieto probatorio, insostituibile baluardo per il rispetto dei diritti della persona.

Dall'altro lato, l'istituto dell'inutilizzabilità patologica *ex art.* 271 c.p.p. si atteggia con carattere di tendenziale assolutezza, non facendo distinzioni in base alla necessità di salvaguardare determinati interessi di parte: una volta dichiarato, esso opera nei confronti di tutti gli attori processuali. Ciò può condurre ad esiti radicali. Si pensi ad un'intercettazione proveniente da un procedimento diverso ai sensi dell'art.

---

perquisizioni e sequestri, allo stato la regola dell'inutilizzabilità “speciale” è prevista solo per le intercettazioni.

270 c.p.p., da cui si evinca chiaramente l'innocenza dell'imputato e di cui solo nella nuova sede procedimentale venga rilevata l'inutilizzabilità, a causa dell'assenza di una valida autorizzazione del giudice. Ma è davvero possibile che una disciplina posta a presidio dei diritti fondamentali possa comportare l'inibizione dell'utilizzo di una prova in grado di scagionare chi è sottoposto a processo<sup>10</sup>?

Nell'esperienza italiana la disciplina sulle *exclusionary rules* in materia di intercettazioni è stata – dopo decenni di stasi<sup>11</sup> – oggetto di una recente, e travagliata, riforma<sup>12</sup>. D'altronde, benché su versanti differenti, le disposizioni codicistiche cominciavano a sentire il “peso degli anni”.

Per un verso, il prepotente ingresso della tecnologia nel circuito processuale offre potenzialità di indagine che i codificatori del 1988 di certo non «potevano immaginare»<sup>13</sup>. Il riferimento va sicuramente al captatore informatico, un *virus* tramite il quale gli inquirenti sono in

<sup>10</sup> Tra gli altri, ritiene che debba comunque procedersi alla valutazione delle intercettazioni inutilizzabili ma in *bonam partem*, FILIPPI, Leonardo. *L'intercettazione di comunicazioni*. Milano: Giuffrè, 1996, p. 240.

<sup>11</sup> Gli artt. 270 e 271 c.p.p. erano tra le poche disposizioni appartenenti al Capo IV del Libro III del codice di rito ad essere rimaste inalterate dal 1988. Nemmeno le più recenti riforme in materia ne hanno radicalmente modificato l'originaria struttura. Non a caso, entrambi i primi commi degli artt. 270 e 271 c.p.p. erano sopravvissuti, «nella versione licenziata dai codificatori del 1988, anche all'impeto riformatore del legislatore del 2017» (così ALVINO, Francesco. La circolazione delle intercettazioni e la riformulazione dell'art. 270 c.p.p.: l'incerto pendolarismo tra regola ed eccezione. *Sistema penale*, 2020, f. 5, p. 233).

<sup>12</sup> Il triennio 2017-2020 si caratterizza per l'irrefrenabile foga del legislatore intento a “fare e disfare” le fila in materia di intercettazioni. Cfr. l. 23 giugno 2017, n. 103 (art. 1, comma 84); d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216, recante “*Disposizioni in materia di intercettazione di conversazioni o comunicazioni in attuazione della delega di cui all'art. 1, commi 82, 83 e 84, lett. a), b), c), d) ed e) della legge 23 giugno 2017, n. 103*”; l. 9 gennaio 2019, n. 3 (c.d. legge “spazzacorrotti” o “anticorruzione”); d.l. 30 dicembre 2019, n. 161, convertito dalla l. 28 febbraio 2020, n. 7, avente ad oggetto “*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 dicembre 2019, n. 161, recante modifiche urgenti alla disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni*”.

<sup>13</sup> CAPRIOLI, Francesco. Il “captatore informatico” come strumento di ricerca della prova in Italia. *Revista brasileira de direito processual penal*, 2017, f. 2, p. 483.

grado di prendere il pieno controllo del dispositivo “infecto” e acquisire qualsivoglia informazione transitante o giacente nello stesso<sup>14</sup>.

Proprio in ragione delle infinite potenzialità del *malware* – combinate alla mancanza di una disciplina normativa – la dottrina si è interrogata sulla legittimità del ricorso a questa metodica<sup>15</sup>: data l'impraticabilità di percorsi interpretativi che conducessero direttamente al fronte dei divieti probatori, il bilanciamento tra i diritti individuali e le necessità dell'accertamento penale si è per lungo tempo giocato sulla perimetrazione dell'ammissibilità dei sistemi di controllo da remoto<sup>16</sup>.

Allo stato – una volta ammesso il ricorso all'agente intrusore quale «cimice informatica»<sup>17</sup>, ossia come una mera tecnica di realizzazione di intercettazioni ambientali tradizionali<sup>18</sup> – la partita si sposta sul

---

<sup>14</sup> Sulle funzionalità del *virus* informatico, per tutti, BRIGHI, Raffaella. Funzionamento e potenzialità investigative del *malware*. In: GIOSTRA, Glauco; ORLANDI, Renzo (a cura di). *Nuove norme in tema di intercettazioni*. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche. Torino: Giappichelli, 2018, p. 221 ss.

<sup>15</sup> La dottrina sul tema è assai vasta. Solo per citare alcuni Autori, BRONZO, Pasquale. Intercettazione ambientale tramite captatore informatico: limiti di ammissibilità, uso in altri processi e divieti probatori. In: GIOSTRA, Glauco; ORLANDI, Renzo (a cura di). *Nuove norme in tema di intercettazioni*, cit., p. 235 ss.; ORLANDI, Renzo. Usi investigativi dei cosiddetti captatori informatici. Criticità e inadeguatezza di una recente riforma. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2018, p. 538 ss.; TESTAGUZZA, Alessandra. *Virus informatico. Digesto delle discipline penalistiche*. Torino: Utet, Vol. X, 2018, p. 946 ss.; TORRE, Marco. *Il captatore informatico*. Nuove tecnologie investigative e rispetto delle regole processuali. Milano: Giuffrè, 2017, p. 13 ss.

<sup>16</sup> Cass., sez. un., 28 aprile 2016, n. 26889, in *Arch. pen.*, 2016, f. 2, p. 348 ss. Riprendono i principi enunciati dalle Sezioni Unite “Scurato”, sez. VI, 3 maggio 2016, n. 26054, non massimata; sez. VI, 3 maggio 2016, n. 26058, non massimata; sez. VI, 13 giugno 2017, n. 36874, in *C.E.D. Cass.*, n. 260812; sez. VI, 28 febbraio 2017, n. 15573, *ivi*, n. 269950; sez. I, 25 giugno 2019, n. 50972, *ivi*, n. 277862.

<sup>17</sup> Così definita da CURTOTTI, Donatella; NOCERINO, Wanda. Le intercettazioni tra presenti con captatore informatico. In: BACCARI, Gian Marco; BONZANO, Carlo; La REGINA, Katia; MACUSO, Enrico Maria (a cura di). *Recenti riforme in materia penale*. Padova: Cedam, 2017, p. 571.

<sup>18</sup> Cfr. art. 1, comma 84, lett. e, n. 1 della l. 23 giugno 2017, n. 103, in cui si circoscrive la funzione del *virus* alla sola attivazione del microfono; nonché l'art. 1, comma 84, lett. e, n. 2, della medesima novella, il quale si riferisce espressamente alla sola «registrazione audio» che deve essere avviata dalla

campo dell'utilizzabilità della prova raccolta in ragione delle modifiche apportate all'art. 271 c.p.p.

Per un altro verso, numerose fibrillazioni interpretative si registravano con riferimento all'utilizzabilità "obliqua" delle informazioni intercettate. Al netto delle problematicità interpretative derivanti dall'ambiguità della nozione di "procedimento diverso", le ultime riforme interessano anche l'art. 270 c.p.p., e ne sconvolgono la fisionomia. Si anticipa, sin d'ora, che – con un'anomala inversione dei ruoli – l'atteggiamento dell'ultimo legislatore collide con l'impostazione della giurisprudenza più rigorosa, che aveva innalzato robusti argini alla trasmigrazione probatoria dei risultati intercettivi<sup>19</sup>.

Da siffatte considerazioni emerge con chiarezza la necessità di interrogarsi nuovamente su un tema che continua a far discutere gli interpreti, con forti ripercussioni sui tradizionali paradigmi del sistema probatorio.

## **1. DIVIETI DI UTILIZZAZIONE: LE MOLTEPLICI SFACCETTATURE DELL'ART. 271 C.P.P.**

### **1.1. I TRADIZIONALI PROFILI DI INUTILIZZABILITÀ DELLE INTERCETTAZIONI**

Si è accennato che il divieto di cui all'art. 271 c.p.p. è istituzionalmente chiamato a evitare che il diritto alla segretezza delle comunicazioni possa subire alcune illegittime incisioni: la «fattispecie di inutilizzabilità speciale» in esso enunciata non abbisogna di alcuna

---

polizia giudiziaria. Detta impostazione non cambia nei successivi interventi legislativi. Più in particolare, il d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216, procede alla modifica del solo art. 266, comma 2, c.p.p. al fine di prevedere una nuova modalità di esecuzione delle intercettazioni tra presenti mediante l'inserimento di un captatore informatico inoculato su dispositivi elettronici portatili. Inoltre, né la l. 9 gennaio 2019, n. 3, né la l. 28 febbraio 2020, n. 7, apportano alcuna modifica all'impianto predisposto dal legislatore precedente in relazione all'inquadramento giuridico dell'attività condotta tramite *trojan*.

<sup>19</sup> Cass., sez. un., 28 novembre 2019, n. 51. *Cassazione penale*, 2020, p. 1877, con nota di NATALI, Karma. Sezioni Unite e "Legge Bonafede": nuove regole per l'uso trasversale delle intercettazioni.



«verifica circa la sussistenza di un divieto probatorio a suo fondamento», la cui presenza è «immanente»<sup>20</sup>.

Potremmo per certi versi sostenere che la disposizione sanzioni processualmente condotte investigative che si collocano oltre i confini segnati dal dettato della Costituzione. Proprio per cercare di creare un *pendant* tra l'art. 15 Cost. e il codice di rito, la disciplina delineata dagli artt. 266 ss. c.p.p. è improntata a tutelare i consociati rispetto all'aggressione alle comunicazioni private attraverso l'individuazione dei presupposti applicativi più stringenti tra quelli richiesti per l'adozione dei mezzi di ricerca della prova.

La «saggia ed equilibrata»<sup>21</sup> tecnica di previsione adottata dal legislatore per “selezionare” i casi in cui è consentito il ricorso alle captazioni gioca di sponda, come subito si dirà, con l'art. 271 c.p.p. I reati per cui è possibile ricorrere all'intercettazione sono caratterizzati da una non trascurabile gravità (secondo un criterio “quantitativo”)<sup>22</sup> o da esigenze probatorie specifiche che giustificano la necessità di prendere cognizione delle comunicazioni dei cittadini pure a fronte di fattispecie che non necessariamente suscitano un significativo allarme sociale (attraverso

---

<sup>20</sup> GALANTINI, Novella. L'inutilizzabilità dei risultati. In: BENE, Teresa (a cura di). *L'intercettazione di comunicazioni*, Cacucci: Bari, 2018, p. 227, la quale peraltro sottolinea che l'art. 271 c.p.p. «non esaurisce le ipotesi che si possono rinvenire in altre disposizioni a tutela ad esempio di situazioni soggettive, quali la posizione del difensore (art. 103 comma 7 c.p.p.) o a disciplina di ipotesi oggettive particolari, quali l'intercettazione preventiva (art. 226 disp. att. c.p.p.) o l'intercettazione per agevolare la ricerca del latitante (art. 295 commi 3 e 3 bis c.p.p.)».

<sup>21</sup> Così GREVI, Vittorio. Le intercettazioni al crocevia tra efficienza del processo e garanzie dei diritti. In: *Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni. Atti del convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale. 5-7 ottobre 2007*. Milano: Giuffrè, 2009, p. 38. Alcuni Autori hanno tuttavia sollevato perplessità sul punto. Cfr., per tutti, FERRUA, Paolo. Due temi da distinguere nel dibattito sulle intercettazioni. *Diritto penale e processo*, 1997, p. 487, per cui sarebbe auspicabile l'obbligatoria previsione di un «nesso tra il ricorso a questo insidioso mezzo di ricerca della prova e le verosimili difficoltà di indagine per certe categorie di reati».

<sup>22</sup> Si tratta di fattispecie non colpose punite con la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a cinque anni; o non inferiori nel massimo a cinque anni, per i reati contro la pubblica amministrazione (art. 266, comma 1, lett. a e b, c.p.p.).

un criterio “qualitativo”)<sup>23</sup>. Dal punto di vista dei presupposti, non va dimenticata la disposizione di cui all’art. 266 *bis* c.p.p., secondo cui le intercettazioni effettuate su sistemi digitali sono consentite, oltre che nelle richiamate ipotesi *ex* art. 266 c.p.p., anche per tutti quei reati «commessi mediante l’impiego di tecnologie informatiche o telematiche», a prescindere dalla pena comminata<sup>24</sup>.

Sul versante procedimentale, secondo quanto previsto dall’art. 267 c.p.p., l’intrusione è consentita solo previo intervento autorizzativo del giudice e non è ammessa alcuna iniziativa della polizia giudiziaria<sup>25</sup>. La norma consente di procedere agli ascolti solo in presenza di «gravi indizi» di un reato compreso nell’elenco degli artt. 266 e 266 *bis* c.p.p. e – congiuntamente – quando l’intercettazione è «assolutamente indispensabile» ai fini della prosecuzione delle indagini. Da un lato, i gravi indizi di reato non implicano affatto una «prognosi di fondatezza dell’ipotesi accusatoria» riferita anche alla colpevolezza, ma richiedono «una verifica di natura probatoria», incentrata tutta sull’esistenza del fatto-reato in sé: la sussumibilità del reato oggetto di indagine all’interno del catalogo di cui all’art. 266 c.p.p. deve essere qualcosa di più che una mera

<sup>23</sup> L’elencazione di cui alle lettere *c* e *ss.* dell’art. 266, comma 1, c.p.p. è ormai voluminosa e comprende anche gravi fattispecie che rientrerebbero *quoad poenam* nel perimetro disegnato dalle lettere precedenti. Tuttavia, in relazione ai reati non riconducibili alla soglia di gravità editale che consente la captazione, è emblematico l’esempio delle molestie telefoniche, tendenzialmente destinate a rimanere impunte in assenza del ricorso alle intercettazioni (art. 266, comma 1, lett. *f*, c.p.p.); ma anche quello degli atti persecutori, che vedono negli assillanti contatti telefonici o telematici da parte del reo una caratteristica modalità di esecuzione della condotta (art. 266, comma 1, lett. *f quater*, c.p.p.).

<sup>24</sup> Il riferimento pare diretto a qualsiasi reato commesso mediante l’impiego di tecnologie informatiche o telematiche (CAMON, Alberto. *Le intercettazioni nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 1996, p. 67 ss.). Alcuni Autori ritengono invece che i reati presupposto vadano ricercati nei soli *computer crimes* (artt. 615 *ter* ss. c.p.), introdotti, come l’art. 266 *bis* c.p.p., dalla legge 23 dicembre 1993, n. 547 (FILIPPI, Leonardo. *L’intercettazione di comunicazioni*, cit., p. 82 ss.).

<sup>25</sup> Anche in questo caso, si è di fronte ad un *unicum* nella disciplina dei mezzi di ricerca della prova: ispezioni e perquisizioni, personali e insistenti nel domicilio, sono – almeno in fase investigativa – nella piena disponibilità del p.m., con possibilità, nei casi di cui all’art. 352 c.p.p., che a queste ultime proceda in via d’urgenza e salva ratifica del magistrato dell’accusa, la polizia giudiziaria.

illazione del pubblico ministero<sup>26</sup>; dall'altro lato, l'intercettazione deve rappresentare nel caso concreto uno strumento investigativo irrinunciabile, una volta valutata l'inidoneità di altri mezzi di indagine a raggiungere i medesimi risultati<sup>27</sup>.

Pare espressione di un garantismo «iperbolico»<sup>28</sup> l'art. 266, comma 2, c.p.p., là dove si impone che le comunicazioni tra presenti in corso «nei luoghi indicati dall'art. 614» c.p. possano essere captate solo in presenza del «fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa»<sup>29</sup>.

Rispetto ai presupposti applicativi, l'art. 271, comma 1, c.p.p. rappresenta il punto di fuga del sistema, prevedendo nella sua prima parte, su cui è bene per ora focalizzare l'attenzione, che «i risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati qualora le stesse siano state eseguite fuori dei casi consentiti dalla legge o qualora non siano state osservate le disposizioni previste» dall'art. 267 c.p.p.<sup>30</sup>. Le evenienze

---

<sup>26</sup> Secondo NAPPI, Aniello. Sull'abuso delle intercettazioni. *Cassazione penale*, 2009, p. 471, per “gravi indizi di reato” bisognerebbe intendere «la specificità e la determinatezza della vicenda criminale in relazione alla quale è richiesta l'autorizzazione a intercettare». Sul punto cfr. anche GREVI, Vittorio. Sul necessario collegamento tra “utenze telefoniche” e “indagini in corso” nel decreto autorizzativo delle intercettazioni. *Cassazione penale*, 2009, p. 3347, nt. 11, il quale anche per tale motivo esclude che si possa ricorrere alle intercettazioni ai fini della ricerca della notizia di reato, la quale deve invece preesistere ad esse.

<sup>27</sup> Sul punto cfr. CAMON, Alberto. *Sub art. 267*. In: ILLUMINATI, Giulio-GIULIANI, Livia (a cura di). *Commentario breve al codice di procedura penale*. Padova: Cedam, 2020, p. 1105 ss.

<sup>28</sup> CORDERO, Franco. *Procedura penale*, cit., p. 851.

<sup>29</sup> Un presupposto definito anche «insensato» nella formulazione da GREVI, Vittorio. Le intercettazioni come mero “mezzo di ricerca” di riscontri probatori? *Cassazione penale*, 2009, p. 850, secondo cui se il reato è già stato commesso, e non si tratti di reato permanente, si rendono di fatto impraticabili le intercettazioni tra presenti nel domicilio per la concreta impossibilità di prevedere se e quando vi si possa svolgere l'attività criminosa. Altri Autori, tuttavia, ritengono che il legislatore – non richiedendo che l'attività criminosa sia *effettivamente* in corso, ma accontentandosi del fatto che la circostanza abbia carattere di plausibilità nel momento della richiesta (o del decreto d'urgenza) del pubblico ministero – non abbia predisposto un requisito applicativo eccessivamente severo (così CAMON, Alberto. *Le intercettazioni*, cit., p. 185 ss.).

<sup>30</sup> Ci si interroga in questa sede sull'utilizzabilità propriamente probatoria delle intercettazioni. Il tema, tuttavia, non esaurisce qui la sua portata, considerato

così delineate si collocano sul versante dell'*an* del divieto probatorio, corrispondente alle condizioni cui la legge subordina l'esecuzione delle attività di ascolto e al controllo che il giudice è chiamato a realizzare sulla limitazione della segretezza delle comunicazioni<sup>31</sup>. Si tratta della proiezione codicistica delle «garanzie stabilite dalla legge» e dell'«atto motivato dell'autorità giudiziaria» evocati dall'art. 15 Cost.

In materia di intercettazioni il legislatore ha compiuto una scelta peculiare, estendendo le preclusioni probatorie al versante del *quomodo* acquisitivo. L'ultima parte del comma 1 dell'art. 271 c.p.p. afferma, infatti, che i risultati delle captazioni non possono essere utilizzati neppure quando siano ignorate le prescrizioni di cui all'art. 268, commi 1 e 3, c.p.p. Le disposizioni richiamate ineriscono all'obbligo di registrare le comunicazioni e di verbalizzare le operazioni di intercettazione; nonché all'utilizzo degli impianti tecnici siti presso i locali della procura della Repubblica. Si tratta di aspetti esecutivi non secondari: l'incisione fonica della comunicazione ne consente la verificabilità e ne certifica l'elevata affidabilità probatoria<sup>32</sup>; inoltre, l'ordinario svolgimento delle operazioni negli uffici di procura offre maggiori garanzie di controllo sull'operato della polizia giudiziaria, derivanti dalla prossimità fisica del pubblico ministero chiamato a supervisionare le attività di captazione.

---

che delle captazioni possono essere fatti altri impieghi procedurali. La giurisprudenza ritiene, ad esempio, che esse possano validamente costituire notizia di reato. Sul punto v. approfonditamente NOCERINO, Wanda. *Le intercettazioni e i controlli preventivi*. Riflessi sul procedimento probatorio. Padova: Cedam, 2019, p. 169 ss.

<sup>31</sup> Non va, infine, dimenticata, la circostanza secondo cui nel procedimento di urgenza in cui il pubblico ministero dispone eccezionalmente il ricorso all'intercettazione per poi sottoporre il suo decreto alla convalida del giudice, l'art. 267, comma 2, c.p.p. prevede che, nel caso quest'ultima non sopraggiunga ritualmente, le operazioni non possono essere proseguite e i risultati «non possono essere utilizzati». Una soluzione di cui non avremmo dubitato anche alla luce del solo art. 271 c.p.p.

<sup>32</sup> Da questa disposizione, peraltro, dovrebbe discendere l'impossibilità di surrogare i reperti sonori con la testimonianza degli addetti agli ascolti (CORDERO, Franco. *Procedura penale*, cit., p. 858). Si tratta di un approdo ermeneutico per nulla scontato in giurisprudenza. Per approfondite considerazioni sul punto, cfr. CIAVOLA, Agata. La testimonianza della polizia giudiziaria sul contenuto delle conversazioni intercettate: quando la prassi dimentica il valore del principio di legalità della prova. *Processo penale e giustizia*, 2019, p. 222 ss.

Sul versante “tradizionale” non sembra incidere la recente riforma delle intercettazioni, che ha aggiunto nel catalogo dell’art. 271 c.p.p. alcune ipotesi di inutilizzabilità relative ai soli colloqui carpitati mediante *virus* informatico. D’altronde, all’art. 271, comma 1, c.p.p. – il quale, come appena ricordato, menziona soltanto i commi 1 e 3 dell’art. 268 c.p.p. – non sono riconducibili le nuove sfaccettature dell’art. 268 c.p.p. In particolare, non vengono in rilievo né il comma 2 *bis*, inerente alle cautele operative a garanzia della *privacy* che pubblico ministero e polizia giudiziaria sono chiamati ad assicurare nella documentazione delle attività di ascolto<sup>33</sup>; né l’ultimo periodo del comma 3 *bis*, il quale ora prevede espressamente che l’ufficiale di polizia giudiziaria possa avvalersi di persone idonee *ex art.* 348, comma 4, c.p.p. per le operazioni di avvio e di cessazione delle registrazioni effettuate col captatore.

Il mancato richiamo delle disposizioni in questione nell’art. 271 c.p.p. preclude l’applicazione della relativa regola di esclusione. L’inconferibilità alla nozione di divieto probatorio delle violazioni attinenti al *quomodo* dell’acquisizione, invece, rende per altro verso inapplicabile il più generale art. 191 c.p.p. Stando così le cose, non può che concludersi per l’utilizzabilità – almeno sotto il profilo qui esaminato – degli atti che non si siano formati in aderenza alle nuove prescrizioni<sup>34</sup>. Il risultato dell’analisi appena effettuata, tuttavia, non delude: bene ha fatto il legislatore a non incorporare le nuove norme dell’art. 268 c.p.p. nel novero delle ipotesi di inutilizzabilità speciale. Ciò vale soprattutto per l’evanescente art. 268, comma 2 *bis*, c.p.p., che a causa dei suoi incerti confini operativi va tenuto a debita distanza dai divieti di utilizzo<sup>35</sup>. Le circostanze relative

---

<sup>33</sup> La norma prescrive una bonifica del verbale di ascolto attraverso la non trascrizione delle espressioni lesive della reputazione o contenenti categorie particolari di dati personali.

<sup>34</sup> Benché formulate in relazione all’assetto normativo originariamente delineato dal “decreto Orlando” nel 2017, sembrano sul punto importabili le considerazioni di GALANTINI, Novella. L’inutilizzabilità dei risultati, *cit.*, p. 237 ss., secondo cui la violazione delle nuove disposizioni, stante il mancato richiamo all’art. 271 c.p.p. non è passibile di sanzione, salve eventuali nullità per violazione dei diritti difensivi.

<sup>35</sup> Sulla quale v. NICOLICCHIA, Fabio. I limiti alla documentazione delle comunicazioni intercettate. *La legislazione penale*, n. 2, 2020, p. 62 ss.; CAPRIOLI, Francesco. La procedura di filtro delle comunicazioni rilevanti nella legge di

alla modalità dell'acquisizione devono, infatti, essere presidiate da una sanzione tanto radicale come l'inutilizzabilità solo in casi eccezionali e ben definiti<sup>36</sup>.

In definitiva, la perimetrazione dei divieti di utilizzazione – se analizzata in astratto – sembra garantire un soddisfacente *standard* di garanzia per la segretezza delle comunicazioni. Eppure, quando sono calate nella dimensione pratica, le prassi applicative offrono da tempo numerose ragioni di insoddisfazione.

Assai cospicue le criticità derivanti dalla declinazione concreta di quella che dovrebbe essere la «garanzia delle garanzie» in materia di intercettazioni, ossia l'autorizzazione del giudice<sup>37</sup>. Il decreto autorizzativo è, invero, chiamato ad assicurare che i presupposti di legge siano rispettati dalle autorità inquirenti. Da ciò discende che i suoi vizi motivazionali – quando inerenti a fattispecie previste a pena di inutilizzabilità – debbano ripercuotersi sulla spendibilità processuale delle captazioni<sup>38</sup>. Pur avendo riconosciuto il principio, la giurisprudenza tende a distinguere tra motivazioni *manca*nti, ovvero del tutto assenti o apparenti, e *difettose*, cioè a dire incomplete, insufficienti, non perfettamente adeguate<sup>39</sup>. Stando

---

riforma della disciplina delle intercettazioni. *Cassazione penale*, 2020, p. 1405 ss.; MIRAGLIA, Michela. La riforma delle intercettazioni e la redazione dei “brogliacci di ascolto”. In: GIALUZ, Mitja (a cura di). *Le nuove intercettazioni*. Legge 28 febbraio 2020, n. 7. Pisa: Pacini, 2020, p. 12.

<sup>36</sup> Tra le ragioni che suggeriscono un approccio particolarmente prudente si annoverano anche quelle relative al pericolo che un investigatore in mala fede possa, attraverso la dolosa violazione delle cautele modali, determinare l'esclusione probatoria delle conversazioni “favorevoli” all'imputato.

<sup>37</sup> Così CAMON, Alberto. *Le intercettazioni*, cit., p. 110.

<sup>38</sup> Ciò fa sì che quando siano spese captazioni in sede cautelare i decreti autorizzativi debbano essere trasmessi al giudice in modo che questi possa agevolmente verificarne l'utilizzabilità. Tale soluzione non è accolta univocamente dalla giurisprudenza. Sulla questione, sia consentito rinviare a ZAMPINI, Andrea. *Quid iuris* in caso di omessa trasmissione al giudice del riesame dei decreti autorizzativi delle intercettazioni telefoniche?. *Cassazione penale*, 2018, p. 3812 ss.

<sup>39</sup> In questi termini si esprime il filone interpretativo inaugurato da Cass., sez. un., 21 giugno 2000, n. 17, in *C.E.D. Cass.*, n. 216665. Per ulteriori approfondimenti sul punto sia consentito rinviare a ZAMPINI, Andrea. *Sub art.* 267. In: LATTANZI, Giorgio; LUPO, Ernesto. *Codice di procedura penale*. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina. Milano: Giuffrè, 2020, vol. II, p. 582 ss.

agli stabili approdi della Cassazione, motivazioni di quest'ultimo tipo non sono idonee ad espellere le intercettazioni realizzate dall'orbita dell'utilizzabilità probatoria. Un simile approccio confina «l'inutilizzabilità ad ipotesi marginali e statisticamente trascurabili»<sup>40</sup>.

Una prassi problematica è anche quella relativa alle pratiche di *overcharging*. È legittimo chiedersi quale sorte seguano le intercettazioni richieste ed autorizzate per un fatto di reato compreso nel catalogo dell'art. 266 c.p.p. a cui, successivamente, venga attribuita una diversa qualificazione giuridica, che non avrebbe consentito *ab origine* le operazioni di ascolto. La giurisprudenza, senza oscillazioni sul punto, ritiene utilizzabili i risultati delle captazioni così effettuate, sul presupposto che l'esatto *nomen iuris* attribuito alla condotta d'imputazione sia una prerogativa del giudice in ogni fase e grado del procedimento<sup>41</sup>. In effetti, è fisiologico che la qualificazione del reato muti anche più volte a seguito di nuove risultanze investigative o probatorie; dunque, per ritenere configurabile l'inutilizzabilità delle intercettazioni sarebbe necessaria una norma *ad hoc*, non rientrando l'ipotesi in questione tra quelle sanzionate dall'art. 271 c.p.p.

Simili conclusioni non rassicurano fino in fondo: rischiano di essere avallati espedienti che mirano ad «enfaticizzare strumentalmente l'embrione imputativo» non solo per accedere allo strumento investigativo dell'intercettazione nei casi in cui non sarebbe consentito dall'art. 266 c.p.p., ma anche al fine di «lucrare più facilmente un'autorizzazione ad intercettare» ricorrendo ai presupposti semplificati in materia di criminalità organizzata, ai sensi dell'art. 13 d.l. 13 maggio 1991, n. 152<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> DI MARTINO, Corrada; PROCACCIANTI, Teresa. *Le intercettazioni telefoniche*. Padova: Cedam, 2001, p. 110.

<sup>41</sup> Tra le tante, v. Cass., sez. VI, 31 dicembre 2009, n. 50072, in *C.E.D. Cass.*, n. 245699.

<sup>42</sup> Così GIOSTRA, Glauco. La nuova tutela della *privacy* ovvero l'assai scadente traduzione giuridica di un proponimento condivisibile. In: GIOSTRA, Glauco; ORLANDI, Renzo (a cura di). *Revisioni normative in tema di intercettazioni comunicative*. Riservatezza, garanzie e nuove tecnologie informatiche, Torino: Giappichelli, 2021, p. 132-133. In effetti, procedere per una fattispecie associativa ai sensi dell'art. 416 c.p. consente di ricorrere molto più agevolmente all'intercettazione, considerato che queste divengono disponibili a fronte di sufficienti indizi di reato e della mera necessità ai fini della prosecuzione delle

L'insopprimibile esigenza di fornire seri presìdi ai limiti di utilizzabilità delle intercettazioni, in casi simili, autorizza però l'interprete a spingersi su sentieri anche non agevoli. Potrebbe, dunque, proporsi – senza letture forzate dell'art. 271 c.p.p. – di indagare sulle ragioni che hanno determinato l'originario inquadramento giuridico della condotta. Infatti, a prescindere dalla qualificazione finale del fatto – la quale potrebbe anche non assestarsi su un reato per il cui accertamento è possibile ricorrere ad intercettazione ai sensi dell'art. 266 c.p.p. – è necessario valutare se l'accusa sia stata in origine sovrastimata al fine di ricorrere all'ascolto delle comunicazioni in un caso in cui la legge, se “applicata” correttamente, non lo avrebbe consentito. Si tratta, in altri termini, di verificare la sussistenza del dolo dell'autorità inquirente e dell'errore del giudice: un criterio caratterizzato da una intuibile difficoltà di accertamento; eppure, preferirgli indici meno stringenti determinerebbe il rischio di escludere l'utilizzabilità di intercettazioni ormai realizzate e utili all'accertamento di un illecito derubricato per circostanze sopravvenute e indipendenti dalle valutazioni del pubblico ministero<sup>43</sup>.

## **1.2. LE PROBLEMATICHE DERIVANTI DALLA NEO INTRODOTTA DISCIPLINA DELLA CIMICE INFORMATICA.**

Alle questioni che da sempre interessano l'inutilizzabilità delle intercettazioni, oggi si aggiungono quelle relative all'introduzione del captatore informatico nei “circuiti” processuali. Nel cruciale triennio

---

indagini. In argomento v. *amplius* MAFFEO, Vania. *Tempi e nomina iuris nelle indagini preliminari*. L'incertezza del controllo. Bari: Cacucci, 2020, p. 122 ss.

<sup>43</sup> Cfr. RUGGIERI, Francesca. *Divieti probatori e inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 97. In senso conforme, cfr. GALANTINI, Novella. L'inutilizzabilità dei risultati, cit., p. 228-229. La giurisprudenza si orienta solidamente in senso contrario (tra le molte, v. Cass., sez. VI, 31 dicembre 2009, n. 50072, in *C.E.D.*, n. 245699). Giunge a posizioni più nette FILIPPI, Leonardo. Intercettazioni e diritto di difesa. In: DIDI Alessandro; FILIPPI, Leonardo; MARANDOLA, Antonella, *La nuova disciplina delle intercettazioni*. Pisa: Pacini, 2020, p. 52-53, secondo cui «non può ritenersi legittimo un decreto di intercettazione, né utilizzabili i risultati captati» se il titolo di reato indicato nel provvedimento sia successivamente smentito nel merito «da una qualificazione giuridica» non riconducibile all'art. 266 c.p.p.



2017-2020 la mano del legislatore ha più volte ritoccato l'impianto normativo destinato a governare il *virus* di Stato, seguendo schemi mutevoli quanto le «onde di marea sotto la luna»<sup>44</sup>. Nonostante la lunga gestazione e i tentennamenti, l'ormai disciplinata tecnica di intercettazione tra presenti continua a trascinare con sé numerose questioni irrisolte, tra cui quelle inerenti alla rinnovata perimetrazione dei divieti di utilizzabilità dei dati raccolti oltre i limiti di legge.

Per comprendere appieno la portata del *novum* legislativo, occorre partire dal testo normativo. È innanzitutto bene precisare che la disciplina del captatore è oggi essenzialmente contenuta ai commi 2 e 2 *bis* dell'art. 266 c.p.p., ai commi 1 e 2 *bis* dell'art. 267 c.p.p. e al rinnovato art. 89 disp. att. c.p.p. Già dalla collocazione "topografica", può evincersi come le tradizionali categorie di inutilizzabilità evocate dall'art. 271 c.p.p. siano solo parzialmente chiamate in causa dalla novella, rilevando espressamente le evenienze riconducibili alla violazione degli artt. 266 e 267 c.p.p.

Premesso che è oggi possibile, *ex art.* 266, comma 2, c.p.p., realizzare intercettazioni mediante *malware* in tutti i casi per cui è consentito procedere con le tecniche tradizionali, sembra arduo dubitare che una captazione eseguita con la cimice informatica a fronte di un reato escluso dall'elenco di cui al comma 1 della medesima disposizione possa passare indenne le "forche caudine" dell'art. 271 c.p.p.; e la medesima conclusione pare da privilegiare anche nel caso in cui un'intercettazione domiciliare per reati "comuni" sia realizzata mediante *trojan* in assenza del requisito del *fumus perdurantis criminis* imposto dall'art. 266, comma 2, c.p.p. D'altronde, non si potrebbe dubitare dell'inutilizzabilità di una captazione tradizionale ottenuta in assenza del prescritto requisito<sup>45</sup>.

Problemi interpretativi non insormontabili sono posti dall'art. 266, comma 2-*bis*, c.p.p. La disposizione in parola rappresenta, a ben vedere, un'ipotesi derogatoria rispetto al presupposto speciale previsto dal comma precedente per le captazioni domiciliari: in tal senso ci sembra debba essere

---

<sup>44</sup> W. Shakespeare, *Re Lear*, atto V, scena III.

<sup>45</sup> Come rimarcato, l'art. 266, comma 2, c.p.p. «richiede come presupposto di *ammissibilità* delle operazioni di captazione nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p. l'esistenza di un fondato motivo per ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa» (Così, da ultimo, Cass., sez. III, 7 maggio 2019, n. 40509, in *C.E.D. Cass.*, n. 277362).

letta la locuzione secondo cui «è sempre consentita» l'intercettazione realizzata mediante *virus* per i delitti di criminalità organizzata ex art. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater*, c.p.p. e per i più gravi reati contro la pubblica amministrazione. Se tale premessa è valida, allora si è dinanzi a una norma che integra, al pari dell'art. 266, comma 2, c.p.p., uno dei casi in cui la legge consente l'intercettazione e la cui inosservanza rileva ai sensi dell'art. 271 c.p.p.

Peraltro, il riferimento ai reati di cui all'art. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater*, c.p.p. è derogatorio *tout court* del fondato motivo che nel domicilio si stia consumando l'attività criminosa. L'unica questione che può in astratto pregiudicare l'utilizzabilità delle intercettazioni così disposte risiede nella "sovrastimata" qualificazione del fatto per cui si procede; ciò fa tuttavia pensare che, se dovessero essere confermati i sopra menzionati orientamenti in tema di *overcharging*, il problema dell'inutilizzabilità derivante dalla violazione di questa norma non si porrà, nella pratica, quasi mai<sup>46</sup>.

Diversa e più sottile questione coinvolge invece l'eccezione alla regola che riguarda l'altro polo dell'art. 266, comma 2 *bis*, c.p.p., in tema di reati contro la pubblica amministrazione. In dette ipotesi, la legge non elide completamente la maggior tutela domiciliare, ma semplicemente la attenua, imponendo – a ben vedere, con una contraddizione in termini – che nei casi in questione l'intercettazione con *trojan* è «sempre consentita» a patto che si faccia «indicazione delle ragioni che ne giustificano l'utilizzo anche nei luoghi indicati dall'art. 614» c.p. Al netto dell'intrinseca equivocità della lettera del codice, è dirimente il significato da attribuire alla clausola in questione: la "specifica indicazione" delle ragioni concorre a determinare il perimetro dei casi di legge? Autorevoli opinioni hanno ritenuto che il requisito richiesto dalla norma non rappresenti «un presupposto di ammissibilità, bensì uno sforzo motivazionale ulteriore da parte del giudice chiamato, limitatamente ai reati contro la pubblica amministrazione», a

---

<sup>46</sup> Si ripetono in questa sede i problemi relativi all'*overcharging*: solo accogliendo la ricostruzione dottrinale analizzata nel paragrafo precedente sarebbe possibile dichiarare l'inutilizzabilità della captazione eseguita ai sensi dell'art. 266, comma 2 *bis*, c.p.p. nel caso in cui la qualificazione del reato si riveli poi ingigantita dal pubblico ministero per lucrare la clausola derogatoria in tema di intercettazione ambientale domiciliare.

rendere conto «di quali elementi inducano a ritenere l'utilità del mezzo investigativo anche all'interno dei luoghi di privata dimora»<sup>47</sup>. Eppure, ci sembra più opportuno preferire la soluzione inversa<sup>48</sup>. Come appena osservato per le fattispecie “comuni”, non pare ammissibile che la mancata motivazione in ordine alla sussistenza di uno dei fattori che consentono l'attenuazione dei presupposti di diritto dell'intercettazione – riconducibile ai “casi” in cui la legge consente gli ascolti – possa passare sotto silenzio.

Sul versante dell'art. 267 c.p.p. è possibile affermare che le disposizioni concernenti gli speciali presupposti e i particolari contenuti del provvedimento giurisdizionale necessari per procedere all'ascolto “informatico” sono coperte dall'art. 271 c.p.p. Dunque, nel caso in cui siano violate, è integrata una delle ipotesi di inutilizzabilità speciale sancita dalla disciplina sulle intercettazioni.

In particolare, nel procedimento autorizzativo ordinario non possono validamente essere omesse dal giudice nella motivazione del decreto di autorizzazione né l'indicazione delle «ragioni che rendono necessaria» tale peculiare tecnica di ascolto «per lo svolgimento delle indagini» (art. 267, comma 1, terzo periodo, c.p.p.); né – se si procede per reati diversi da quelli “distrettuali” ex art. 51, commi 3 bis e 3 quater, c.p.p. e dai più gravi reati contro la pubblica amministrazione – la specificazione dei riferimenti spaziotemporali, «anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono» (art. 267, comma 1, ultimo periodo, c.p.p.)<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> PRETTI, Davide. La metamorfosi delle intercettazioni: la contro-riforma Bonafede e l'inarrestabile mito della segretezza delle comunicazioni. *Sistema penale*, 2020, f. 2, p. 102 ss. Da ciò discenderebbe che «l'eventuale omessa indicazione delle suddette ragioni non sconta certamente la sanzione di inutilizzabilità dei risultati, di cui al comma 1 dell'art. 271 c.p.p., in quanto non eseguita al di fuori dei casi consentiti dalla legge».

<sup>48</sup> *Contra*, AGOSTINO, Lorenzo; PERALDO, Mario, Le intercettazioni con captatore informatico: ambito di applicazione e garanzie procedurali. In: GIA-LUZ, Mitja (a cura di). *Le nuove intercettazioni*, cit., p. 80, secondo i quali l'ipotesi in questione non è riconducibile all'art. 271 c.p.p.

<sup>49</sup> Su quest'ultimo requisito v. NOCERINO, Wanda. Il captatore informatico: un Giano bifronte. Prassi operative vs risvolti giuridici. *Cassazione penale*, 2020, p. 824, secondo cui l'indiretta individuazione dei luoghi implica la necessità di fornire un «apposito comando inviato da remoto» al fine di assicurare

Resta, invece, fuori dalla gamma delle disposizioni protette dall'art. 271 c.p.p. l'art. 89 disp. att. c.p.p. Ciò implica che alcune importanti precisazioni in materia di requisiti operativi del *malware*, di modalità di installazione e disinstallazione, di genuinità e sicurezza dei *file* audio generati, sembrano rimanere prive di tutela sanzionatoria processuale<sup>50</sup>. Disattendere l'art. 89 disp. att. c.p.p., in ultima analisi, potrà eventualmente comportare soltanto una diminuita attendibilità della prova raccolta con tecniche "irrituali"<sup>51</sup>.

Affrontata l'analisi dei divieti probatori riconducibili all'originario disposto dell'art. 271 c.p.p., è opportuno soffermarsi sulle innovazioni apportate dal d.lgs. n. 216 del 2017, con una scelta non rimeditata dai successivi interventi novellatori. Ai sensi del nuovo comma 1 *bis* dell'art. 271 c.p.p., in particolare, sono «in ogni caso» non utilizzabili «i dati acquisiti nel corso delle operazioni preliminari all'inserimento del captatore informatico sul dispositivo elettronico portatile e i dati acquisiti al di fuori dei limiti di tempo e di luogo indicati nel decreto autorizzativo». Si tratta di una norma non destinata a colpire «la mera inosservanza di modalità esecutive»<sup>52</sup>, ma a presidiare alcuni fondamentali confini applicativi dello strumento, benché regolati attraverso cautele operative di natura tecnica.

In primo luogo, può rilevarsi come il riferimento ai confini spaziotemporali dell'accensione della cimice informatica sia stato dotato di autonomo rilievo benché fosse comunque agevolmente riconducibile

---

che il microfono sia «disattivato nel momento in cui il dispositivo entra nelle "zone rosse"» che gli sono motivazionalmente precluse.

<sup>50</sup> DANIELE, Marcello. L'illusione di domare il captatore informatico. *La Legislazione penale*, n. 2, 2020, p. 59, rileva condivisibilmente che la violazione di tali prescrizioni non può neppure generare «una nullità per lesione del diritto di difesa, posto che indicano modalità tecniche da osservare per garantire l'interesse pubblico al miglior accertamento dei fatti».

<sup>51</sup> SIGNORATO, Silvia. Modalità procedurali dell'intercettazione tramite captatore informatico. In: GIOSTRA, Glauco; ORLANDI, Renzo (a cura di). *Nuove norme in tema di intercettazioni*, cit., p. 271, secondo la quale «i diversi requisiti tecnici adottati rileveranno sul solo piano della valutazione giudiziale, che dovrebbe tenere conto dell'idoneità dei medesimi a garantire la genuinità dell'elemento probatorio».

<sup>52</sup> RUGGIERI, Francesca. La nuova disciplina delle intercettazioni: alla ricerca di una lettura sistematica. *Processo penale e giustizia*, 2020, p. 930.

in via interpretativa all'art. 271, comma 1, c.p.p., per il tramite dell'art. 267 c.p.p., là dove il requisito in parola è disciplinato.

Non immediatamente chiara, probabilmente a causa dei tecnicismi operativi ad essa sottesi, la previsione sul divieto di utilizzare i dati acquisiti nel corso delle operazioni preliminari all'«inserimento» del *virus*<sup>53</sup>. In particolare, l'interprete non deve farsi fuorviare da una lettura da profano digitale, da cui potrebbe desumersi l'impossibilità stessa di avere intercettazioni da valutare a fronte di attività di installazione ancora in corso. D'altronde, per escludere l'utilizzabilità probatoria di una conversazione captata, che è poi il fine dell'art. 271, comma 1 *bis*, c.p.p., è necessario partire dal presupposto che il microfono del dispositivo – il quale non si trova in uno stato di sovrapposizione quantistica come il gatto di Schrödinger – non può essere spento e acceso allo stesso tempo: se la ricezione del suono è attiva significa che il *trojan* è già installato.

Ciò posto, la locuzione «operazioni preliminari all'inserimento» sembrerebbe riferirsi alla fortuita e improvvisa attivazione del microfono in seguito ai tentativi di “infezione” da remoto del *device*<sup>54</sup>. Tale conclusione discende dalla natura stessa della metodica di captazione: dal momento in cui il *malware* è subdolamente recapitato al dispositivo elettronico, ad esempio come allegato ad una *mail*, gli investigatori devono giocoforza attendere che il possessore – col suo imprescindibile quanto inconsapevole contributo – inneschi l'installazione cliccando sul *file* e aprendo così le porte della cittadella informatica al “cavallo di Troia”. Nella pratica, l'impossibilità di prevedere con esattezza il momento dell'effettiva inoculazione può suggerire agli operanti di muoversi in anticipo. Dunque, se l'inizio delle attività di captazione fosse fissata dall'autorità giudiziaria per il giorno *x*, è verosimile che gli addetti all'ascolto provvedano all'invio della “trappola” informatica nel giorno *x-2*; in tale esemplificazione, nulla

---

<sup>53</sup> Per un approfondimento in ordine al punto di vista tecnico-informatico, cfr. TORRE, Marco. *Il captatore informatico*, cit., p. 21 ss.; nonché ATERNO, Stefano, *Il difensore*. In: GIOSTRA, Glauco-ORLANDI, Renzo (a cura di). *Nuove norme in tema di intercettazioni*, cit., p. 325 ss.

<sup>54</sup> BRONZO, Pasquale. Ammissibilità e divieti di utilizzazione delle intercettazioni tramite captatore informatico. In: GIOSTRA, Glauco-ORLANDI, Renzo (a cura di). *Revisioni normative in tema di intercettazioni comunicative*, cit., p. 275.

impedisce che l'impianto del programma malevolo avvenga nel giorno *x-1*, collocando le registrazioni così carpite al di fuori delle prescrizioni autorizzative. *Sic stantibus rebus*, bene ha fatto il legislatore a precisare tale rapporto normativo, che avrebbe altrimenti rischiato di sfuggire alla disciplina sull'inutilizzabilità, non inerendo specificamente alla continuità del controllo realizzato con il captatore, riconducibile all'art. 267 c.p.p., bensì al suo momento iniziale.

In ambito cautelare va segnalato, infine, il mancato richiamo del nuovo comma 1 *bis* dell'art. 271 c.p.p. nell'art. 273, comma 1 *bis*, c.p.p., a mente del quale «nella valutazione dei gravi indizi di colpevolezza si applicano le disposizioni degli articoli 192, commi 3 e 4, 195, comma 7, 203 e 271, comma 1». Probabilmente frutto di una dimenticanza del legislatore, tale circostanza non esime l'interprete dall'applicare le «nuove» ipotesi di inutilizzabilità anche al procedimento *de libertate*. Sembrano decisivi in questo senso sia la circostanza che esse condividono la stessa matrice di quelle previste dall'art. 271, comma 1, c.p.p.; sia il convincimento che l'elenco di cui all'art. 273, comma 1 *bis*, c.p.p. abbia natura esemplificativa e non tassativa<sup>55</sup>, dovendosi ritenere operanti tutte le regole in materia probatoria anche alla fase di indagine<sup>56</sup>.

<sup>55</sup> Il comma 1 *bis* è stato inserito nell'art. 273 c.p.p. con l'obiettivo di «correggere» alcune prassi giurisprudenziali che ammettevano, in sede cautelare, il ricorso ad intercettazioni realizzate in violazione dei precetti posti dagli artt. 267 e 268, commi 1 e 3, c.p.p. Sul punto cfr. SPANGHER, Giorgio. Più rigore – e legalità – nella valutazione dei gravi indizi per l'applicazione delle misure cautelari personali. In: TONINI, Paolo (a cura di). *Giusto processo: il nuovo sistema probatorio penale*, Padova: Cedam, 2001, p. 413, cui si rinvia anche per l'analisi delle tematiche qui solo accennate. Un esempio della giurisprudenza *corrigenda* cui si fa riferimento è Cass., sez. I, 2 luglio 1998, n. 3972, in *La giustizia penale*, 1999, III, c. 360 ss. Che debba preferirsi un'interpretazione non restrittiva dell'art. 273, comma 1 *bis*, c.p.p. è sottolineato da CORDERO, Franco. *Procedura penale*, cit., p. 479, secondo cui la disposizione in parola accoglie una «formula inabile», anche se prodotta da un intento «virtuoso»: «bisognava dire che le regole sulla prova valgono anche in sede cautelare», mentre «il nuovo comma ne indica tre». In questo caso non è opportuno osservare il brocardo *ubi lex voluit, dixit*: «una massima forse praticabile su testi redatti da Cartesio»; mentre «quanto poco siano cartesiani i nostri, lo sa chiunque vi navighi».

<sup>56</sup> Un approdo ormai stabile sistema processuale italiano, in cui va escluso che «i risultati di intercettazioni illegittimamente acquisiti possano considerarsi rilevanti, non solo a fini probatori nel dibattimento e in rapporto ad ogni

## 2. DIVIETI DI UTILIZZAZIONE IN PROCEDIMENTI DIVERSI: IL REBUS DELL'ART. 270 C.P.P.

### 2.1. I LIMITI ALLA TRASMIGRAZIONE PROBATORIA NELLE INTERCETTAZIONI "TRADIZIONALI"

La vorticosa stagione di riforme non risparmia la disciplina della utilizzazione "obliqua" dei risultati (art. 270 c.p.p.), sia con riferimento alle intercettazioni tradizionali, sia nel caso di captazioni avanguardistiche tramite *virus* informatico.

In relazione al primo aspetto, l'ultimo legislatore decide di rimodulare il dettato di cui al comma 1 dell'art. 270 c.p.p. attraverso un intervento di microchirurgia normativa atto ad ampliare i casi di legittimità di impiego trasversale dei risultati intercettivi<sup>57</sup>.

Più nel dettaglio, la norma subisce una modifica sotto un duplice profilo: da un lato, si rafforzano le condizioni che legittimano l'impiego dei risultati captativi in procedimenti diversi da quelli indicati nel decreto autorizzativo attraverso l'introduzione del requisito della "rilevanza" che si aggiunge a quello dell'"indispensabilità investigativa"<sup>58</sup>; dall'altro, viene

---

altra decisione da adottare nei riti alternativi negoziali, ma anche nell'udienza preliminare e nella fase delle indagini preliminari come elementi apprezzabili per l'adozione di provvedimenti di cautela personale» (Cass., sez. un., 31 ottobre 2001, n. 42792, in *Foro it.*, 2002, c. 173).

<sup>57</sup> Cfr. art. 2, comma 1, lettera g, d.l. 30 dicembre 2019, n. 161, convertito con modificazioni dalla l. 28 febbraio 2020, n. 7. Tra i primi commenti CASSIBA, Fabio. *In difesa dell'art. 15 Cost.: illegittima la circolazione delle intercettazioni per la prova di reati diversi*. Disponibile in: [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com). Accesso in: 19 giugno 2020; TABASCO, Giuseppe. I risultati delle intercettazioni nei "procedimenti diversi". *Archivio penale*, n. 2, 2020, p. 1 ss.

<sup>58</sup> Come precisato, «[...] è ovvio che ciò che è "indispensabile" deve necessariamente essere anche "rilevante". [...] L'impiego della congiunzione "e" significa che il legislatore ha voluto indicare due requisiti tra loro cumulativi, per cui l'utilizzazione nel diverso procedimento deve ritenersi ammessa solo se indispensabile per un reato per il quale l'art. 266, comma 1, c.p.p. ammette l'intercettazione e per il quale sia inoltre imposto l'arresto obbligatorio in flagranza (art. 270, comma 1, c.p.p.). Se invece la disposizione fosse intesa come se ammettesse l'utilizzabilità per qualsiasi reato suscettibile di intercettazione, sarebbe incostituzionale in rapporto alla prescrizione, dettata dall'art. 15 Cost., dell'"atto motivato dell'autorità giudiziaria" e

introdotta un'ulteriore ipotesi derogatoria al regime di inutilizzabilità, prevedendo che la trasmigrazione del captato possa considerarsi legittima non solo per l'accertamento dei delitti per i quali l'arresto in flagranza è obbligatorio, ma anche dei reati di cui all'art. 266, comma 1, c.p.p.<sup>59</sup>.

Pochi ritocchi lessicali per una modifica (s)travolgente.

Per comprendere appieno una simile affermazione appare imprescindibile riferirsi al mutato contesto giurisprudenziale in cui si insinua la novella<sup>60</sup>.

Qualche mese prima dell'intervento riformatore, le Sezioni unite della Suprema Corte si pronunciano sul significato da attribuire alla nozione di "procedimento diverso"<sup>61</sup>, per sedare l'annosa *querelle* che imperversa in dottrina<sup>62</sup> e in giurisprudenza<sup>63</sup>.

In sostanza, il dibattito si era polarizzato intorno a due estremi: un primo orientamento esclude che nella nozione *de qua* rientrino i

rappresenterebbe un'inammissibile "autorizzazione in bianco" ad intercettare [...]». Così FILIPPI, Leonardo. Intercettazioni: *habemus legem!* *Diritto penale e processo*, 2020, p. 462.

<sup>59</sup> L. n. 7 del 2020, che modifica l'art. 2, comma 1, lett. g, d.l. n. 161/2019. Per un primo commento, MARANDOLA, Antonella. Intercettazioni: una riforma nel segno della "non dispersione". I nuovi limiti di utilizzabilità *ex art.* 270 c.p.p. *Il Penalista*, 24 febbraio 2020.

<sup>60</sup> Per una ricostruzione dell'*iter* giurisprudenziale che ha determinato la modifica normativa, VELE, Antonio. Ambito di applicazione dello strumento intercettazioni. Uso dei risultati in altri procedimenti. *La Legislazione penale*, n. 2, 2020, p. 38 ss.

<sup>61</sup> Cfr. Cass., sez. un., 28 novembre 2019, n. 51, cit. Sul tema, ILLUMINATI, Giulio. Utilizzazione delle intercettazioni in procedimenti diversi: le sezioni unite ristabiliscono la legalità costituzionale. *Sistema penale*, 30 gennaio 2020; PESTELLI, Giacomo. La controriforma delle intercettazioni di cui al d.l. 30 dicembre 2019, n. 161: una nuova occasione persa, tra discutibili modifiche, timide innovazioni e persistenti dubbi di costituzionalità. *Sistema penale*, 2020, f. 1, p. 143 ss.

<sup>62</sup> Il tema dell'utilizzabilità delle intercettazioni in altro procedimento è assai "caldo" in dottrina. Senza pretese di completezza, CONTI, Carlotta. *Accertamento del fatto e inutilizzabilità*, cit., 2007; RUGGIERI, Francesca. *Divieti probatori e inutilizzabilità*, cit., p. 102 ss. Più di recente, GALANTINI, Novella. *Profili di inutilizzabilità*, cit., p. 227 ss.

<sup>63</sup> Ripercorre in maniera chiara ed esaustiva i termini del dibattito PRETTI, Davide. La metamorfosi delle intercettazioni, cit., p. 102 ss., cui si rimanda per il relativo approfondimento bibliografico.



procedimenti aventi ad oggetto indagini strettamente connesse o collegate sotto il profilo oggettivo, probatorio e finalistico al reato in relazione al quale le operazioni di intercettazione sono state autorizzate<sup>64</sup>; diversamente, il secondo ritiene che, una volta disposte le intercettazioni per un determinato titolo di reato, le risultanze probatorie emerse dalle operazioni siano utilizzabili per tutti i reati relativi al medesimo procedimento, posto che la disciplina dell'art. 270 c.p.p. non si applica all'ipotesi di procedimento successivamente "frazionato"<sup>65</sup>.

Dirimendo il contrasto, la Corte chiarisce la portata del dettato di cui all'art. 270, comma 1, c.p.p., attraverso la previsione per cui il divieto in esame non opera, oltre che nel caso di reati successivamente emersi che siano ricompresi tra quelli per cui è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza, anche con riferimento ai risultati relativi ai reati che sono connessi ex art. 12 c.p.p., sempre che rientrino nei limiti di ammissibilità previsti dalla legge<sup>66</sup>.

In altri termini, secondo le Sezioni unite "Cavallo" se si tratta di reati connessi ex art. 12 c.p.p., gli stessi non possono considerarsi "diversi" e, di conseguenza, è sempre consentita l'utilizzabilità dei risultati che

---

<sup>64</sup> Cfr. Cass., 28 febbraio 2018, n. 28516, in *C.E.D. Cass.*, n. 273226; 20 gennaio 2015, n. 26693, *ivi*, n. 264001; 23 settembre 2014, n. 52503, *ivi*, n. 261971; 10 ottobre 2013, n. 3253, *ivi*, n. 258591; 11 dicembre 2012, n. 49930, *ivi*, n. 253916; 10 maggio 1994, n. 2135, *ivi*, n. 199917.

<sup>65</sup> In questo senso Cass., 9 febbraio 2018, n. 15288, *C.E.D. Cass.*, n. 272852; 26 aprile 2017, n. 31984, *ivi*, n. 270431; 1 marzo 2016, n. 21740, *ivi*, n. 266921; 23 febbraio 2016, n. 9500, *ivi*, n. 267784; 25 novembre 2015, n. 50261, *ivi*, n. 265757; 15 luglio 2015, n. 41317, *ivi*, n. 265004; 8 aprile 2015, n. 29907, *ivi*, n. 264382; 16 dicembre 2014, n. 6702, *ivi*, n. 262496.

<sup>66</sup> A tale regola fanno peraltro eccezione, come indicato dalle Sezioni Unite "Floris", le intercettazioni che costituiscano "corpo del reato" (art. 271, comma 3, c.p.p.), ossia quelle comunicazioni o conversazioni che contengano elementi di natura dichiarativa costituenti di per sé illecito penale e che integrino ed esauriscano la fattispecie criminosa (come nelle ipotesi, ad es., in cui nel corso di una telefonata si consumi una rivelazione di segreto d'ufficio o un favoreggiamento personale oppure una simulazione di reato o una minaccia), e che non si riferiscano invece meramente a una condotta criminosa o ne integrino solo un frammento, venendo portata a compimento la commissione del reato mediante ulteriori condotte rispetto alle quali l'elemento comunicativo assuma carattere meramente descrittivo. Cfr. Cass., sez. un., 26 giugno 2014, n. 32697. *Diritto penale e processo*, 2014, p. 1448 ss.

emergano durante le operazioni di captazione, purché anch’essi rientrino nei limiti generali di ammissibilità di cui all’art. 266 c.p.p.; se, viceversa, si tratta di reati non connessi, valgono i limiti di cui all’art. 270 c.p.p.

Il Supremo Consesso, dunque, avallando un’interpretazione maggiormente rigorosa della disposizione, circoscrive la deroga al divieto di impiego extraprocedimentale dei risultati captativi alle sole ipotesi “eccezionali”, al fine di evitare un indebito uso delle informazioni acquisite.

Solo a questo punto, una volta individuato il sostrato culturale in cui si colloca la novella, può essere agevolmente compresa la scelta normativa del 2020.

L’inserimento, a distanza di meno di due mesi dalla pronuncia delle Sezioni unite “Cavallo”, del riferimento all’art. 266 c.p.p. potrebbe indurre a ritenere, in sede di prima ma poco attenta esegesi della norma, che il legislatore abbia inteso positivizzare le condizioni indicate dalla Suprema Corte ai fini dell’impiego extraprocedimentale delle risultanze intercettive, laddove è stato stabilito che l’utilizzabilità delle captazioni in procedimenti diversi, in quanto connessi ai sensi dell’art. 12 c.p.p. rispetto ai reati per cui l’autorizzazione era stata originariamente concessa, richiede in ogni caso che si tratti di reati ricompresi nel catalogo declinato dall’art. 266 c.p.p., ovverosia di reati per i quali sarebbero comunque state consentite *ab origine* le operazioni di intercettazione.

Come anche sostenuto dalla dottrina<sup>67</sup>, una simile lettura non può essere avallata, in quanto il riferimento all’art. 266 c.p.p. nell’attuale formulazione dell’art. 270 c.p.p. è accostato non all’indicazione del divieto di utilizzazione in procedimenti diversi quanto piuttosto ai reati per i quali sia previsto l’arresto obbligatorio in flagranza e per i quali l’utilizzabilità è invece ammessa senza limiti.

Di conseguenza, la nuova disciplina ammette l’impiego dei risultati delle intercettazioni in procedimenti diversi non soltanto qualora le captazioni risultino necessarie ed indispensabili per l’accertamento dei delitti per i quali sia previsto l’arresto obbligatorio in flagranza ma anche quando lo siano per i reati investigabili attraverso intercettazioni, indicati nel corpo del comma 1 dell’art. 266 c.p.p. La

---

<sup>67</sup> In questo senso, PRETTI, Davide. *La metamorfosi delle intercettazioni*, cit., p. 102 ss.

bontà di tale soluzione interpretativa trova conferma, peraltro, proprio nei lavori parlamentari<sup>68</sup>, laddove si indica che tale modifica estende l'utilizzabilità delle intercettazioni in procedimenti diversi anche nei casi indicati dall'art. 266 c.p.p. per i quali non sia previsto l'arresto obbligatorio in flagranza.

Può, dunque, sostenersi che la manovra legislativa abbia inteso ampliare a dismisura il perimetro di operatività dell'utilizzabilità dei dati captati in procedimenti diversi che, *de facto*, risulta essere consentita anche per l'accertamento di tutte le fattispecie ricomprese nell'ambito dell'art. 266, comma 1, c.p.p., ossia per l'enorme e variegato catalogo dei reati suscettibili di intercettazione, a cui si aggiunge per mano delle ultime riforme la nuova fattispecie dei «delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416 *bis* c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo»<sup>69</sup>.

Una simile impostazione riversa i suoi effetti travolgenti sul piano della compatibilità con le regole costituzionali.

*In primis*, una simile impostazione confligge con l'assioma per cui la deroga al divieto previsto dal comma 1 dell'art. 270 c.p.p. è compatibile con il sistema costituito solo se rimane «circoscritto nei limiti della stretta necessità della stessa rispetto al soddisfacimento concreto dell'interesse pubblico che la giustifica»<sup>70</sup>. In effetti, estendendo l'utilizzabilità in diversi procedimenti a tutti i reati previsti per l'autorizzazione, si realizza un ampliamento tanto sconfinato da far venire meno la logica della "stretta necessità" dell'utilizzo trasversale dei dati captati<sup>71</sup>.

---

<sup>68</sup> Cfr. il parere della Commissione permanente Affari Costituzionali del Senato della Repubblica del 19 febbraio 2020 relativamente all'emendamento n. 2.219.

<sup>69</sup> Ai sensi dell'art. 266, comma 1, lett. *f quinquies*, c.p.p. Come precisato, «[L] a nuova ipotesi di intercettazione si aggiunge alla già lunghissima lista dei delitti suscettibili di intercettazione e può riguardare anche reati bagatelari ma aggravati da tale modalità "mafiosa" con una pena che non avrebbe consentito *ex se* l'intercettazione». Così FILIPPI, Leonardo. Intercettazioni: *habemus legem!*, cit., p. 454. Nello stesso senso, FILIPPI, Leonardo. *Intercettazioni finalmente una legge! (ma in settembre)*. Disponibile in: [www.penaledp.it](http://www.penaledp.it). Accesso in: 8 maggio 2020, p. 23 ss.

<sup>70</sup> Così Corte cost., 10 febbraio 1994, n. 63.

<sup>71</sup> Così VELE, Antonio. Ambito di applicazione dello strumento intercettazioni, cit., p. 44.

In secondo luogo, la scelta del legislatore appare discutibile sotto il profilo della legittimità costituzionale, «istituendo un'autorizzazione in bianco»<sup>72</sup> per intercettare che, di fatto, contravviene al requisito dell'adeguata e specifica motivazione richiesta ai fini della regolarità della procedura, a garanzia del disposto di cui all'art. 15 Cost.<sup>73</sup>.

Ecco la ragione per cui la scelta del legislatore appare quanto mai stravagante, operando un *revirement* “peggiorativo” inaspettato e ingiustificato rispetto ai più ragionevoli approdi giurisprudenziali, improntati al raggiungimento di un equilibrio tra esigenze investigative e tutela delle prerogative individuali, nel pieno rispetto della garanzia costituzionale della motivazione del decreto autorizzativo.

## 2.2. LE PROGRESSIVE EROSIONI DEI DIVIETI NELLE INTERCETTAZIONI TRAMITE TROJAN

Le modifiche alla disciplina di cui all'art. 270 c.p.p. non esauriscono la loro dirompente portata nella previsione dei nuovi limiti di utilizzo dei dati appresi mediante le attività captative: il legislatore – già durante la stagione riformatrice del 2017<sup>74</sup> – ritiene doveroso adattare la normativa *de qua* ai caratteri propri delle nuove forme di intercettazione mediante captatore informatico.

Più nel dettaglio, ai sensi del *neo* introdotto comma 1 *bis*, fermo restando il divieto di impiego del prodotto delle captazioni in procedimenti diversi da quelli nei quali le stesse sono state disposte<sup>75</sup>, «[...] i risultati delle intercettazioni tra presenti operate con captatore informatico su dispositivo elettronico portatile possono essere utilizzati anche per la prova di reati diversi da quelli per i quali è stato emesso il decreto di autorizzazione, se compresi tra quelli indicati dall'articolo

<sup>72</sup> Cfr. i lavori della prima Commissione permanente (affari costituzionali) in ordine alla conversione in legge del d.l. 161/2019, seduta 19 febbraio 2020. Disponibile in: [www.senato.it](http://www.senato.it).

<sup>73</sup> Cfr. Corte Cost., 6 aprile 1973, n. 34, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1973, p. 316 ss.

<sup>74</sup> Cfr. d.lgs. n. 216 del 2017.

<sup>75</sup> *Ex art.* 270, comma 1, c.p.p.

266, comma 2 *bis*», c.p.p.<sup>76</sup>, condizionando il loro impiego al canone della «indispensabilità»<sup>77</sup>.

Allo stato, dunque, è possibile utilizzare le risultanze delle attività captative condotte mediante *trojan* non solo in procedimenti diversi per l'accertamento dei delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza e di quelli di cui all'art. 266, comma 1, c.p.p., ma anche per la prova di reati diversi da quelli contemplati dal decreto autorizzativo, purché ricompresi tra i gravi crimini di cui all'art. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater*, c.p.p. e quelli commessi dai pubblici ufficiali o dagli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione.

Anche sul punto si avanzano delle riserve, intravedendo nella modifica in esame l'intento del legislatore di ribaltare il rapporto tra norma ed eccezione: «l'estensione dei risultati intercettativi ai procedimenti diversi [...] ha tradizionalmente rappresentato una deroga all'inesportabilità di quei risultati, giustificata [...] da ragioni politico-criminali – legate al disvalore ed all'offensività espressa dai reati soggetti ad arresto obbligatorio –, in grado di prevalere sul concorrente asset costituzionale della libertà e segretezza delle comunicazioni»<sup>78</sup>. A ben guardare, infatti, la contro-riforma tende a sgretolare la regola dell'inutilizzabilità probatoria del captato in procedimenti diversi, estendendo il perimetro di operatività del regime derogatorio.

Non senza conseguenze sul piano processuale: nell'ottica di un coordinamento con l'interpretazione fornita dalla Suprema Corte ai concetti di “diverso reato” e di “diverso procedimento”, si deve ritenere che il divieto di circolazione delle informazioni apprese mediante captatore non operi – oltre che in relazione ai casi espressamente previsti dal dettato normativo di cui al comma 1 dell'art. 270 c.p.p., espressamente richiamato nell'*incipit* del comma 1 *bis* del medesimo articolo – con riferimento ai reati diversi ma connessi *ex art.* 12 c.p.p.<sup>79</sup>,

---

<sup>76</sup> Cfr. art. 2, comma 1, lett. *g*, punto 1, d.l. n. 161 del 2019.

<sup>77</sup> L. n. 7 del 2020, che modifica l'art. 2, comma 1, lett. *g*, d.l. n. 161 del 2019.

<sup>78</sup> Così ALVINO, Francesco. La circolazione delle intercettazioni e la riformulazione, *cit.*, p. 240.

<sup>79</sup> Per cui, è bene precisarlo nuovamente, non opera il divieto di cui all'art. 270, comma 1, c.p.p., non trattandosi di “reati diversi”. Cfr. Cass., Sez. un., 28 novembre 2019, n. 51, *cit.*

nonché ai reati diversi non connessi che rientrano nei casi di cui all'art. 266, comma 2 *bis*, c.p.p.<sup>80</sup>.

La novella apre, dunque, la strada alla “libera” circolazione probatoria delle risultanze della captazione digitale determinando una sostanziale violazione della garanzia della riserva di giurisdizione prevista dall'art. 15 Cost.<sup>81</sup>, con riferimento all'intercettazione confluita nel “procedimento diverso”, in assenza di qualsivoglia controllo da parte del giudice procedente.

Il rischio è che una volta ottenuta l'autorizzazione all'impiego del *virus* informatico in riferimento ad un certo reato all'interno di un determinato procedimento – e quindi anche sulla base di motivi concernenti la posizione dell'indagato in quel procedimento per quella specifica fattispecie delittuosa – le informazioni ottenute possano essere utilizzate anche in indagini diverse per la prova di reati differenti, benché, in questi non sussistano o comunque non siano stati verificati i presupposti per l'emissione di un analogo provvedimento autorizzativo<sup>82</sup>.

Il tutto aggravato dal carattere itinerante tipico del *malware*, in grado di “seguire” ogni spostamento del sorvegliato senza limiti di tempo e spazio e, di conseguenza, acquisire una mole di dati assai più cospicua rispetto a quella ottenibile mediante gli strumenti tradizionali di captazione, anche con riferimento a soggetti terzi estranei all'indagine. Pericolo che si fa particolarmente acuto nei casi in cui l'attività di controllo venga effettuata in procedimenti per i reati distrettuali e contro la pubblica amministrazione, in relazione ai quali nessuna specifica cautela è stabilita a salvaguardia del domicilio privato.

---

<sup>80</sup> Sul punto, efficacemente, PESTELLI, Giacomo. La controriforma delle intercettazioni di cui al d.l. 30 dicembre 2019 n. 161, cit., p. 147.

<sup>81</sup> Cfr. CAMON, Alberto. *Le intercettazioni*, cit., p. 44. Più di recente e con riferimento alla normativa modificata nel 2017, BRONZO, Pasquale. Intercettazione ambientale tramite captatore informatico, cit., p. 255 ss.

<sup>82</sup> Un simile rischio è paventato da BRONZO, Pasquale. Intercettazione ambientale tramite captatore informatico, cit., p. 262; ORLANDI, Renzo. Usi investigativi dei cosiddetti captatori informatici, cit., p. 538 ss.

## CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE. L'UTILIZZO "INDIRETTO" DEI DATI ILLEGITTIMAMENTE APPRESI

Dall'analisi della disciplina – sia con riguardo all'inutilizzabilità delle informazioni apprese tramite un'intercettazione illegittima (art. 271 c.p.p.), che in rapporto al divieto di trasmigrazione del captato (art. 270 c.p.p.) – si evince l'encomiabile attenzione del legislatore nei confronti di un istituto tradizionale eppure sempre all'avanguardia. La volontà di precisare e di ricalibrare il dettato normativo al fine di renderlo coerente con il mutato contesto tecnologico e culturale risulta di per sé lodevole, perché mostra la volontà di non lasciare alle logiche pluriformi della prassi un istituto dalla portata dirompente.

Nonostante ciò, non può sottacersi che i *nova* continuano a destare numerosi dubbi interpretativi, sia in rapporto al discutibile impianto normativo, che con riguardo agli effetti che scaturiscono dall'applicazione pratica della disciplina.

Con riguardo al primo aspetto, i nuovi «congegni sanzionatori» innestati nel comma 1 *bis* dell'art. 271 c.p.p. «non promettono grande efficacia»<sup>83</sup>. In parte, perché sulla nuova disposizione incombono le poco soddisfacenti prassi operative del passato, soprattutto in tema di apparato motivazionale dei provvedimenti autorizzativi; d'altronde anche nell'inedito contesto digitale «è evidente come l'operatività» dell'inutilizzabilità «dipenda dal grado di determinatezza delle indicazioni» fornite dal giudice<sup>84</sup>. Inoltre, ad aggravare il quadro, nei meccanismi descritti «le prescrizioni la cui osservanza è presidiata presentano un carattere spiccatamente tecnico», il che fa presagire «contenziosi processuali circa l'utilizzabilità dei prodotti della captazione»<sup>85</sup>.

Se questo si evince in rapporto alla disciplina dei divieti di impiego delle informazioni apprese *ultra vis*, ancor di più può dirsi con riguardo al *dictum* di cui all'art. 270 c.p.p.: in materia di utilizzazione

---

<sup>83</sup> BRONZO, Pasquale. Ammissibilità e divieti di utilizzazione delle intercettazioni tramite captatore informatico, cit., p. 276.

<sup>84</sup> AGOSTINO, Lorenzo; PERALDO, Mario, Le intercettazioni con captatore informatico, cit., p. 78.

<sup>85</sup> BRONZO, Pasquale. Ammissibilità e divieti di utilizzazione delle intercettazioni tramite captatore informatico, cit., p. 276.

extraprocedimentale delle intercettazioni si determina un'eterogenesi dei fini rispetto al dichiarato intento di ampliare il perimetro di tutela dei diritti individuali. La novella da ultimo operata con la legge n. 7 del 2020 – consentendo la trasmigrazione dei risultati ottenuti in procedimenti diversi e per la prova di reati differenti da quelli oggetto della originaria autorizzazione – ribalta il rapporto tra regola ed eccezione, finendo per legittimare l'utilizzo trasversale delle informazioni acquisite, facendo leva sulla mole di dati appresi tramite il fagocitante strumento tecnologico.

Così tratteggiati i futuribili risultati della nuova normativa, pare opportuno interrogarsi sugli effetti che l'atto illegittimo produce sulla prova ulteriore di cui ha favorito l'acquisizione. In altri termini, posto che i risultati investigativi illegittimi sono colpiti da inutilizzabilità di tipo patologico, dev'essere valutata la portata innovatrice dell'intervento riformatore anche in rapporto al contesto giurisprudenziale in cui si innestano le norme.

Sul punto si delineano orientamenti contrastanti<sup>86</sup>: nonostante una parte minoritaria della giurisprudenza e della dottrina ammetta il propagarsi dell'invalidità in questione<sup>87</sup>, le tendenze maggioritarie spingono sul versante opposto. Infatti, nel solco degli insegnamenti della Consulta<sup>88</sup>, si ammette che per la prova inutilizzabile non possa operare il principio dell'estensione del vizio agli atti consecutivi e dipendenti<sup>89</sup>.

<sup>86</sup> Per una ricostruzione efficace del dibattito, FILIPPI, Leonardo, *sub art.* 270. In: GIARDA, Angelo; SPANGHER, Giorgio (a cura di). *Codice di procedura penale commentato*. Milano: Wolters Kluwer, 2017, p. 2571 ss.

<sup>87</sup> Cfr. Cass., sez. VI, 31 maggio 2011, n. 29666, in *C.E.D. Cass.*, n. 250558; sez. III, 10 febbraio 2009, n. 8632, *ivi*, n. 242847; sez. II, 8 aprile 2008, n. 19647, *ivi*, n. 239784. In questo senso anche una parte della dottrina per cui ci sarebbe una dipendenza giuridica e, quindi una contaminazione del vizio, in tutti i casi in cui la prova "successiva" non sarebbe stata scoperta senza la prova inutilizzabile. V., *ex plurimis*, GRIFANTINI, Fabio Maria. Voce "Inutilizzabilità". *Digesto delle discipline penalistiche*. Vol. VII, Torino: Utet, 1999, p. 253. Nello stesso senso anche GREVI, Vittorio. *Nemo tenetur se detegere*. Milano: Giuffrè, 1972, p. 192.

<sup>88</sup> Corte cost., 27 settembre 2001, n. 332, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2001, p. 2821 ss.

<sup>89</sup> *Ex plurimis*, Cass., sez. V, 8 marzo 2018, n. 32009, in *C.E.D. Cass.*, n. 273641; sez. V, 20 novembre 2015, n. 12697, *ivi*, n. 263031; sez. II, 29 novembre 2011, n. 44877, *ivi*, n. 251361; sez. V, 11 marzo 2011, n. 21047, *ivi*, n. 250415; sez.



E lo stesso principio – si è detto – trova applicazione nel caso delle intercettazioni effettuate mediante *trojan*, per cui sarebbe impensabile una «propagazione illimitata del vizio dell'inutilizzabilità»<sup>90</sup>.

Da tale assunto dipendono scenari assai inquietanti circa la possibilità di aggirare il divieto consentendo un ingresso “forzato” delle informazioni non utilizzabili, come dati “per” la formazione della *notitia criminis*<sup>91</sup>, oppure per motivare il ricorso ad altri atti investigativi considerati legittimi anche se causalmente originati da intercettazioni *ex se* inutilizzabili<sup>92</sup>. Ad esempio, rischia di essere ammesso il ricorso a detto materiale per autorizzare ulteriori intercettazioni o per disporre una perquisizione.

Come noto, l'inutilizzabilità colpisce «l'idoneità della prova a produrre risultati conoscitivi valutabili dal giudice per la formazione del suo libero convincimento»<sup>93</sup>; di conseguenza, i risultati inutilizzabili a fini probatori non perderanno valore a fini investigativi, potendo comunque essere utilizzati dagli inquirenti come “spunti” per l'avvio di ulteriori indagini.

---

I, 2 marzo 2010, n. 16283, *ivi*, n. 246657. Coerentemente, secondo una parte della dottrina, non vi sarebbe alcuna propagazione dell'invalidità, dal momento che il legame tra la prova inutilizzabile e quella successiva sarebbe meramente psicologico e non giuridico: il vizio colpisce i risultati dell'atto e non l'atto in sé. In questo senso CHIAVARIO, Mario. Limiti probatori nel vigente codice di procedura penale. In: CHIAVARIO, Mario (a cura di). *Garanzie ed efficienze della giustizia penale*. Torino: Giappichelli, 1998, p. 141. Ma già CORDERO, Franco. Prove illecite nel processo penale. Jus, 1961, f. 1, p. 68.

<sup>90</sup> Cfr. Cass., sez. VI, 28 luglio 2020, n. 22790. Disponibile in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it).

<sup>91</sup> Sul tema della pre-inchiesta si rinvia ad APRATI, Roberta. *La notizia di reato nella dinamica del procedimento penale*. Napoli: Jovene, 2010, p. 60 ss.; MARANDOLA, Antonella. *I registri del pubblico ministero*. Padova: Cedam, 2001, p. 70 ss.; ZAPPULLA, Angelo. *La formazione della notizia di reato*. Torino: Giappichelli, 2012, p. 248 ss.

<sup>92</sup> Si consideri che, in tema, la giurisprudenza di legittimità ha affermato che «le informazioni assunte attraverso mezzi di prova illegittimi, inutilizzabili per il giudice, possono essere utilizzate legittimamente dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria per il prosieguo delle indagini» (Cass., sez. III, 10 febbraio 2004, n. 16499, in *C.E.D. Cass.*, n. 228545).

<sup>93</sup> Così CHELO, Maria Simona. Intercettazioni telefoniche e divieto di utilizzabilità: quale significato alla nozione di diverso procedimento?. *Diritto penale e processo*, 2015, p. 1422.

Di qui, sulla base delle informazioni acquisite, la polizia giudiziaria potrà compiere tutti quegli atti “atipici” di indagine per i quali non è prevista una «possibile partecipazione del difensore al compimento dell’atto»<sup>94</sup> ed il pubblico ministero potrà fare ricorso agli «strumenti più appropriati, modellati sulla struttura degli atti di indagine che vengono compiuti durante le attività amministrative o procedimentali»<sup>95</sup>.

Non solo. Il divieto di utilizzo dei risultati riguarda esclusivamente le conversazioni e delle comunicazioni apprese mediante il *trojan*, non estendendosi al ben più ampio novero di operazioni che possono essere esperite tramite il captatore. Di conseguenza, i divieti di cui agli artt. 270, comma 1 *bis*, e 271, comma 1 *bis*, c.p.p., sono come sterilizzati al di fuori della disciplina delle intercettazioni, dal momento che i dati appresi con tecniche non riconducibili, neppure *lato sensu*, alla captazione rischiano di avere ingresso nel processo penale attraverso i “tradizionali” canali di acquisizione delle prove atipiche<sup>96</sup>.

Sulla base di simili premesse e senza entrare nel merito del complesso dibattito relativo alla “portata” della c.d. “teoria dei frutti dell’albero avvelenato”, sembra possibile proporre un ripensamento, almeno in materia di inutilizzabilità delle conversazioni carpite mediante *virus*, dell’opzione tradizionale condivisa dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritarie, secondo cui le uniche conseguenze della fattispecie dovrebbero prodursi esclusivamente in ambito probatorio. Tale impostazione poteva forse essere sostenuta in un mondo in cui la pervasività

<sup>94</sup> Così FANUELE, Chiara. L'utilizzazione delle denunce anonime per l'acquisizione della notizia di reato: condizioni e limiti delle attività pre-procedimentali alla luce delle regole sul “giusto processo”. *Cassazione penale*, 2012, p. 1555.

<sup>95</sup> L'espressione appartiene ad APRATI, Roberta. *La notizia di reato nella dinamica del procedimento penale*, cit., p. 52.

<sup>96</sup> In effetti, la mancata regolamentazione apre la strada a diverse strade interpretative. Alcuni propendono per l'illiceità delle “altre” attività che il *virus* – almeno in potenza – è in grado di realizzare (cfr. PARLATO, Lucia. Problemi insoluti: le perquisizioni *on-line*. In: GIOSTRA, Glauco-ORLANDI, Renzo (a cura di). *Nuove norme in tema di intercettazioni*, cit., p. 290; ORLANDI, Renzo. Usi investigativi dei cosiddetti captatori informatici, cit., p. 538 ss.); e chi, al contrario, ne ammette una qualche forma di utilizzo in ragione della “tipicità” dei risultati probatori ottenuti (CAPRIOLI, Francesco. Il “captatore informatico” come strumento di ricerca, cit., p. 485 ss.).

della raccolta era già capillare, ma non ancora totalizzante: nel caso delle intercettazioni telefoniche non era possibile carpire conversazioni al di fuori della chiamata, eccezion fatta per i marginali casi delle captazioni “a cornetta sollevata”; in quello delle intercettazioni ambientali, il ricorso alle “tradizionali” microspie esauriva la sua portata operativa nell’ambiente di collocazione. Ancora più problematico, invece, accettare il medesimo ragionamento quando le comunicazioni (ma non solo) possono essere incamerate grazie a dispositivi informatici da cui ormai ogni cittadino è accompagnato in ogni momento della vita quotidiana, pronti a divenire sentinelle al servizio dell’autorità giudiziaria; in questo senso, peraltro, il *trojan* è solo il più conosciuto tra numerosi strumenti che consentono una raccolta indiscriminata e illimitata di informazioni<sup>97</sup>.

In tale contesto, a tutela dei fondamentali diritti della persona, è opportuno chiedersi se sia necessario far cadere alcuni *tabù*. Nel tema che ci occupa, là dove riconducibili alla categoria dell’inutilizzabilità, potrebbe essere opportuno precludere *qualsiasi* impiego dei risultati delle intercettazioni eseguite mediante captatore informatico: le conseguenze derivanti dal divieto di utilizzo non dovrebbero, quindi, essere scontate dalla sola prova, ma dall’intero novero di attività procedimentali che da quegli elementi possa trarre beneficio.

## BIBLIOGRAFIA

AGOSTINO, Lorenzo; PERALDO, Mario, Le intercettazioni con captatore informatico: ambito di applicazione e garanzie procedurali. In: GIALUZ, Mitja (a cura di). *Le nuove intercettazioni*. Legge 28 febbraio 2020, n. 7. Pisa: Pacini, 2020, p. 74 ss.

ALVINO, Francesco. La circolazione delle intercettazioni e la riformulazione dell’art. 270 c.p.p.: l’incerto pendolarismo tra regola ed eccezione. *Sistema penale*, 2020, f. 5, p. 233 ss.

APRATI, Roberta. *La notizia di reato nella dinamica del procedimento penale*. Napoli: Jovene, 2010.

---

<sup>97</sup> Si pensi, ad esempio, al c.d. *catcher*, tecnica che consente controlli di massa, “parassitando” i collegamenti instaurati tra gli apparecchi riceventi, tipicamente cellulari, e le reti mobili. Sul punto, cfr. CAMON, Alberto. *Il cacciatore di IMSI*. *Archivio penale*, 2020, n. 1, 1 ss.

ATERNO, Stefano, *Il difensore*. In: GIOSTRA, Glauco-ORLANDI, Renzo (a cura di). *Nuove norme in tema di intercettazioni*, Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche. Torino: Giappichelli, 2018, p. 325 ss.

BRIGHI, Raffaella. Funzionamento e potenzialità investigative del *malware*. In: GLAUCO, Giostra; ORLANDI, Renzo (a cura di). *Nuove norme in tema di intercettazioni*. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche. Torino: Giappichelli, 2018, p. 211 ss.

BRONZO, Pasquale. Ammissibilità e divieti di utilizzazione delle intercettazioni tramite captatore informatico. In: GIOSTRA, Glauco-ORLANDI, Renzo (a cura di). *Revisioni normative in tema di intercettazioni comunicative*. Riservatezza, garanzie e nuove tecnologie informatiche, Torino: Giappichelli, 2021, p. 257 ss.

BRONZO, Pasquale. Intercettazione ambientale tramite captatore informatico: limiti di ammissibilità, uso in altri processi e divieti probatori. In: GIOSTRA, Glauco; ORLANDI, Renzo (a cura di). *Nuove norme in tema di intercettazioni*, Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche. Torino: Giappichelli, 2018, p. 235 ss.

CAMON, Alberto. *Il cacciatore di IMSI*. *Archivio penale*, 2020, n. 1, 1 ss. <https://doi.org/10.12871/978883318073114>

CAMON, Alberto. *Le intercettazioni nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 1996.

CAMON, Alberto. *Sub art. 267*. In: ILLUMINATI, Giulio-GIULIANI, Livia (a cura di). *Commentario breve al codice di procedura penale*. Padova: Cedam, 2020, p. 1105 ss.

CAPRIOLI, Francesco. Il “captatore informatico” come strumento di ricerca della prova in Italia. *Revista brasileira de direito processual penal*, 2017, f. 2, p. 483 ss. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.71>

CAPRIOLI, Francesco. La procedura di filtro delle comunicazioni rilevanti nella legge di riforma della disciplina delle intercettazioni. *Cassazione penale*, 2020, p. 1384 ss.

CASSIBBA, Fabio. *In difesa dell'art. 15 Cost.: illegittima la circolazione delle intercettazioni per la prova di reati diversi*. Disponibile in: [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com). Accesso in 19 giugno 2020.

CHELO, Maria Simona. Intercettazioni telefoniche e divieto di utilizzabilità: quale significato alla nozione di diverso procedimento?. *Diritto penale e processo*, 2015, p. 1418 ss.

CHIAVARIO, Mario. Limiti probatori nel vigente codice di procedura penale. In: CHIAVARIO, Mario (a cura di). *Garanzie ed efficienze della giustizia penale*. Torino: Giappichelli, 1998, p. 138.

CIAVOLA, Agata. La testimonianza della polizia giudiziaria sul contenuto delle conversazioni intercettate: quando la prassi dimentica il valore del principio di legalità della prova. *Processo penale e giustizia*, 2019, p. 222 ss.

CONTI, Carlotta. *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*. Padova: Cedam, 2007.

CORDERO, Franco. *Procedura penale*. Milano: Giuffrè, 2012.

CORDERO, Franco. Prove illecite nel processo penale. *Jus*, 1961, f. 1, p. 68 ss.

CORDERO, Franco. *Tre studi sulle prove penali*. Milano: Giuffrè, 1963.

CURTOTTI, Donatella; NOCERINO, Wanda. Le intercettazioni tra presenti con captatore informatico. In: BACCARI, Gian Marco; BONZANO, Carlo; La REGINA, Katia; MACUSO, Enrico Maria (a cura di). *Recenti riforme in materia penale*. Padova: Cedam, 2017, p. 557 ss.

DANIELE, Marcello. L'illusione di domare il captatore informatico. *La Legislazione penale*, n. 2, 2020, p. 49 ss.

DI MARTINO, Corrada; PROCACCIANTI, Teresa. *Le intercettazioni telefoniche*. Padova: Cedam, 2001.

DINACCI, Filippo Raffaele. *L'inutilizzabilità nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 2008.

FANUELE, Chiara. L'utilizzazione delle denunce anonime per l'acquisizione della notizia di reato: condizioni e limiti delle attività pre-procedimentali alla luce delle regole sul "giusto processo". *Cassazione penale*, 2012, p. 1546 ss.

FERRUA, Paolo. Due temi da distinguere nel dibattito sulle intercettazioni. *Diritto penale e processo*, 1997, p. 486 ss.

FILIPPI, Leonardo, *sub art.* 270. In: GIARDA, Angelo; SPANGHER, Giorgio (a cura di). *Codice di procedura penale commentato*. Milano: Wolters Kluwer, 2017, p. 2571 ss.

FILIPPI, Leonardo. Intercettazioni e diritto di difesa. In: DIDDI Alessandro; FILIPPI, Leonardo; MARANDOLA, Antonella, *La nuova disciplina delle intercettazioni*. Pisa: Pacini, 2020.

FILIPPI, Leonardo. *Intercettazioni finalmente una legge! (ma in settembre)*. Disponibile in: [www.penaledp.it](http://www.penaledp.it). Accesso in: 8 maggio 2020, p. 23 ss.

FILIPPI, Leonardo. *Intercettazioni: habemus legem! Diritto penale e processo*, 2020, p. 453 ss.

FILIPPI, Leonardo. *L'intercettazione di comunicazioni*. Milano: Giuffrè, 1996.

GALANTINI Novella, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 1992.

GALANTINI Novella. Voce "Inutilizzabilità". *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1997, p. 692 ss.

GALANTINI Novella. Voce "Vizi degli atti processuali penali". *Digesto delle discipline penalistiche*. Vol. XV. Torino: Utet, 1999, p. 344 ss.

GALANTINI, Novella. L'inutilizzabilità dei risultati. In: BENE, Teresa (a cura di). *L'intercettazione di comunicazioni*. Bari: Cacucci, 2018, p. 227 ss.

GIOSTRA, Glauco. La nuova tutela della *privacy* ovvero l'assai scadente traduzione giuridica di un proponimento condivisibile. In: GIOSTRA, Glauco; ORLANDI, Renzo (a cura di). *Revisioni normative in tema di intercettazioni comunicative*. Riservatezza, garanzie e nuove tecnologie informatiche, Torino: Giappichelli, 2021, p. 125 ss.

GREVI, Vittorio. Le intercettazioni al crocevia tra efficienza del processo e garanzie dei diritti. In: *Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni. Atti del convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale. 5-7 ottobre 2007*. Milano: Giuffrè, 2009, p. 23 ss.

GREVI, Vittorio. Le intercettazioni come mero "mezzo di ricerca" di riscontri probatori?. *Cassazione penale*, 2009, p. 848 ss.

GREVI, Vittorio. *Nemo tenetur se detegere*. Milano: Giuffrè, 1972.

GREVI, Vittorio. Sul necessario collegamento tra "utenze telefoniche" e "indagini in corso" nel decreto autorizzativo delle intercettazioni. *Cassazione penale*, 2009, p. 3344 ss.

GRIFANTINI, Fabio Maria. Voce "Inutilizzabilità". *Digesto delle discipline penalistiche*. Vol. VII, Torino: Utet, 1999, p. 242 ss.

ILLUMINATI, Giulio. Utilizzazione delle intercettazioni in procedimenti diversi: le sezioni unite ristabiliscono la legalità costituzionale. *Sistema penale*, 30 gennaio 2020.

LA ROCCA, Nadia. Voce “Inutilizzabilità”. *Digesto delle discipline penalistiche*. Vol. XV. Torino: Utet, 2008, p. 613 ss.

MAFFEO, Vania. *Tempi e nomina iuris nelle indagini preliminari. L'incertezza del controllo*. Bari: Cacucci, 2020.

MARANDOLA, Antonella. *I registri del pubblico ministero*. Padova: Cedam, 2001.

MARANDOLA, Antonella. Intercettazioni: una riforma nel segno della “non dispersione”. I nuovi limiti di utilizzabilità *ex art. 270 c.p.p.* *Il Penalista*, 24 febbraio 2020.

MIRAGLIA, Michela. La riforma delle intercettazioni e la redazione dei “brogliacci di ascolto”. In: GIALUZ, Mitja (a cura di). *Le nuove intercettazioni. Legge 28 febbraio 2020, n. 7*. Pisa: Pacini, 2020, p. 8 ss.

NAPPI, Aniello. Sull'abuso delle intercettazioni. *Cassazione penale*, 2009, p. 470 ss.

NAPPI, Aniello. *Guida al codice di procedura penale*. Milano: Giuffrè, 2010.

NATALI, Karma. Sezioni Unite e “Legge Bonafede”: nuove regole per l'uso trasversale delle intercettazioni. *Cassazione penale*, 2020, p. 1893 ss.

NICOLICCHIA, Fabio. I limiti alla documentazione delle comunicazioni intercettate. *La Legislazione penale*, n. 2, 2020, p. 62 ss.

NOBILI, Massimo. *La nuova procedura penale: lezione agli studenti*. Bologna: CLUEB, 1989.

NOCERINO, Wanda. Il captatore informatico: un Giano bifronte. Prassi operative vs risvolti giuridici. *Cassazione penale*, 2020, p. 824 ss.

NOCERINO, Wanda. *Le intercettazioni e i controlli preventivi*. Riflessi sul procedimento probatorio. Padova: Cedam, 2019.

ORLANDI, Renzo. Usi investigativi dei cosiddetti captatori informatici. Criticità e inadeguatezza di una recente riforma. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2018, p. 538 ss.

PARLATO, Lucia. Problemi insoluti: le perquisizioni *on-line*. In: GIOSTRA, Glauco; ORLANDI, Renzo (a cura di). *Nuove norme in tema di intercettazioni*, Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche. Torino: Giappichelli, 2018, p. 289 ss.

PESTELLI, Giacomo. La controriforma delle intercettazioni di cui al d.l. 30 dicembre 2019 n. 161: una nuova occasione persa, tra discutibili modifiche, timide innovazioni e persistenti dubbi di costituzionalità. *Sistema penale*, 2020, f. 1, p. 143 ss.

PRETTI, Davide. La metamorfosi delle intercettazioni: la contro-riforma Bonafede e l'inarrestabile mito della segretezza delle comunicazioni. *Sistema penale*, 2020, f. 2, p. 102 ss.

RUGGIERI, Francesca. *Divieti probatori e inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*. Milano: Giuffrè, 2001.

RUGGIERI, Francesca. La nuova disciplina delle intercettazioni: alla ricerca di una lettura sistematica. *Processo penale e giustizia*, 2020, p. 930 ss.

SIGNORATO, Silvia. Modalità procedurali dell'intercettazione tramite captatore informatico. In: GIOSTRA, Glauco; ORLANDI, Renzo (a cura di). *Nuove norme in tema di intercettazioni*. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche. Torino: Giappichelli, 2018, p. 263 ss.

SPANGHER, Giorgio. Più rigore – e legalità – nella valutazione dei gravi indizi per l'applicazione delle misure cautelari personali. In: TONINI, Paolo (a cura di). *Giusto processo: il nuovo sistema probatorio penale*, Padova: Cedam, 2001, p. 413 ss.

TABASCO, Giuseppe. I risultati delle intercettazioni nei “procedimenti diversi”. *Archivio penale*, n. 2, 2020, p. 1 ss.

TESTAGUZZA, Alessandra. *Virus informatico. Digesto delle discipline penalistiche*. Torino: Utet, X, 2018, p. 946 ss.

TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*. Milano: Giuffrè, 2020.

TORRE, Marco. *Il captatore informatico*. Nuove tecnologie investigative e rispetto delle regole processuali. Milano: Giuffrè, 2017.

VELE, Antonio. Ambito di applicazione dello strumento intercettazioni. Uso dei risultati in altri procedimenti. *La Legislazione penale*, n. 2, 2020, p. 35 ss.

ZAMPINI, Andrea. *Quid iuris* in caso di omessa trasmissione al giudice del riesame dei decreti autorizzativi delle intercettazioni telefoniche? *Cassazione penale*, 2018, p. 3812 ss.

ZAMPINI, Andrea. *Sub art. 267*. In: LATTANZI, Giorgio; LUPO, Ernesto. *Codice di procedura penale*. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina. Milano: Giuffrè, 2020, vol. II, p. 582 ss.

ZAPPULLA, Angelo. *La formazione della notizia di reato*. Torino: Giappichelli, 2012.



### **Additional information and author's declarations (scientific integrity)**

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

*Declaration of authorship:* all and only researchers who comply the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety. Even if the paper is the result of a common reflection, Wanda Nocerino wrote § 2 and Andrea Zampini wrote § 1. The Authors shared the writing of both the introduction and the conclusive paragraph.

- *Wanda Nocerino:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Andrea Zampini:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.

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

### Dados do processo editorial

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

- Recebido em: 23/12/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 04/01/2021
- Avaliação 1: 30/01/2021
- Avaliação 2: 02/02/2021
- Deslocamento ao V7N2: 05/03/2021
- Decisão editorial preliminar: 20/04/2021
- Retorno rodada de correções: 07/05/2021
- Decisão editorial final: 15/05/2021

### Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editora-associada: 1 (BC)
- Editora-assistente: (EL)
- Revisores: 2

### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

NOCERINO, Wanda; ZAMPINI, Andrea. Vecchi e nuovi limiti di utilizzabilità delle intercettazioni nel sistema italiano. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 7, n. 2, p. 1411-1452, mai./ago. 2021. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i2.504>



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


# Cadeia de custódia da prova e investigações internas empresariais: possibilidades, exigibilidade e consequências processuais penais de sua violação


*Chain of custody and corporate internal investigations: possibilities, enforceability and procedural consequences of its violation*

**Túlio Felipe Xavier Januário<sup>1</sup>**

Universidade de Coimbra, Portugal

tuliofxj@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/1894712298793127>

 <http://orcid.org/0000-0003-0400-1273>

---

**RESUMO:** Pretende-se com o presente trabalho, analisar as seguintes questões: seria possível e exigível a observância da cadeia de custódia dos elementos de informação advindos de investigações internas empresariais? Quais seriam as eventuais implicações de sua violação, caso se pretenda apresentar estes elementos em um posterior processo penal? Para responder a essas perguntas, realizaremos, inicialmente, um breve estudo a respeito das origens, formalidades e finalidades das investigações internas, que se encontram intimamente relacionadas aos mecanismos de autorregulação regulada e, em especial, aos programas de compliance. Uma vez se tratando, porém, de diligências promovidas em ambiente privado, sem contraditório judicial e com poucas regula-

---

<sup>1</sup> Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra, com período de investigação financiado pelo programa “ERASMUS+” na Georg-August-Universität Göttingen. Especialista em Direito Penal Econômico e Teoria do Delito pela Universidad de Castilla-La Mancha. Pós-graduado em Direito Penal – Parte Geral pelo IBCCRIM / IDPEE – Coimbra. Graduado em Direito pela Universidade Estadual Paulista – UNESP. Bolsista de Doutorado da Fundação para a Ciência e a Tecnologia – FCT.

mentações estatais, levanta-se, dentre outros questionamentos, o de como assegurar a rastreabilidade das fontes de prova nestes ambientes. Assim, após um estudo sobre o instituto da cadeia de custódia e de seus fundamentos, buscaremos analisar, a partir de uma metodologia dedutiva, de que forma pode ser assegurada a autenticidade e a integralidade dos documentos advindos das investigações internas e quais seriam os possíveis reflexos processuais penais da “quebra” da cadeia de custódia destas provas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Processo penal das pessoas jurídicas; compliance; investigações internas; provas; cadeia de custódia.

**ABSTRACT:** *The aim of the present essay is to analyze the following questions: Is it possible and enforceable the observance of the chain of custody of the evidence from corporate internal investigations? Which are the eventual implications of its violation when it is intended to present these elements in a future criminal procedure? To answer these questions, we will initially carry out a brief study on the origins, formalities and purposes of these procedures, which are closely related to the mechanisms of enforced self-regulation, particularly to the compliance programs. However, since they are diligences promoted in a private scope, without due adversarial procedures and with limited state regulations, it is questioned how to ensure the traceability of the evidence sources in these environments. Therefore, after a study on the chain of custody and its fundamentals, we will seek to analyze, from a deductive methodology, how the authenticity and completeness of the documents arising from internal investigations can be assured and what are the possible consequences in criminal proceedings, of the “breaking” of these chain of evidence.*

**KEYWORDS:** *Criminal procedure against legal persons; compliance; internal investigations; evidence; chain of custody.*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Das investigações internas empresariais. 2. Cadeia de custódia da prova: conceito, fundamentos e relevância processual penal. 3. Rastreabilidade das fontes de prova nas investigações internas: possibilidades, fundamentos e eventuais implicações de sua violação. Conclusão. Referências.

---

## INTRODUÇÃO

A observada ascensão das corporações a um patamar de protagonismo<sup>2</sup> em diversos setores<sup>3</sup>, viabilizada pela globalização econômica e comunicacional<sup>4</sup> e pela conseqüente aproximação dos mercados, trouxe consigo uma maior preocupação para com a chamada “criminalidade corporativa”<sup>5</sup>,

- 
- <sup>2</sup> Para uma análise histórica do processo de ascensão das corporações a este patamar de protagonismo, destacando, inclusive, o potencial de impacto social das mesmas quando não apenas baseadas, mas também voltadas à produção de evidências científicas, conferir em: SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 23-35.
- <sup>3</sup> Laura Zuñiga Rodríguez destaca, inclusive, o protagonismo das empresas no “mundo do crime”, uma vez que a estruturação altamente complexa, especializada e hierarquizada destas sociedades, somada ao fato de que elas concentram uma grande parcela do capital mundial, transformam-nas em uma relevantíssima fonte de riscos. Conferir com detalhes em: ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. Navarra: Aranzadi, 2000. p. 80-81.
- <sup>4</sup> Conforme explica Silva Sánchez, a globalização econômica, caracterizada pela busca da eliminação de restrições às transações e pela conseqüente ampliação dos mercados, conjuntamente com sua vertente “comunicacional”, viabilizada pelas inovações técnicas e que possibilita um barateamento das operações, têm como um dos impactos no direito penal e na política criminal, o alvorecer de novas conformações delitivas, em especial, de uma criminalidade que pode ser considerada “organizada” e perpetrada por sujeitos poderosos. Neste sentido: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*. 3. ed. ampl. Madrid: Edisofer S. L., 2011. p. 88-91.
- <sup>5</sup> No mesmo sentido que Schünemann, podemos considerar como “criminalidade corporativa”, ou “criminalidade empresarial”, a que engloba os delitos econômicos cometidos por meio de uma atuação *para uma empresa*, através dos quais sejam lesados bens jurídicos externos, incluídos os interesses dos próprios colaboradores da empresa. Cumpre destacar, porém, que o autor exclui do conceito, os delitos cometidos contra a própria empresa ou contra seus membros, ainda que no cerne empresarial. Cfr em: SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 41, n. 2, p. 529-558, mai./ago. 1988, p. 529-531. Conforme observaremos posteriormente, não obstante o conceito aqui adotado, os interesses do presente trabalho vão além das hipóteses apontadas, sendo as investigações internas de central importância também no escopo dos crimes cometidos contra a empresa e através da empresa, contra seus trabalhadores.

cuja magnitude dos seus potenciais danos<sup>6</sup> tem se mostrado cada vez mais evidente.

Contudo, constata-se que o Estado, por si só, encontra inegáveis dificuldades na regulação e fiscalização das atividades empresariais e mais ainda, na prevenção, investigação e persecução dos ilícitos cometidos no setor, o que se justifica, em linhas gerais, pela organização extremamente complexa que estas entidades assumem<sup>7</sup>, pela sua atuação em âmbitos muito técnicos e especializados e pela própria permeação do ambiente empresarial por uma cultura de máxima potencialização dos lucros, ainda que, em alguns casos, às custas da ética e da legalidade.

Neste contexto, os programas de *compliance* vão sendo desenvolvidos como instrumentos de “autorregulação regulada”<sup>8</sup> com potencial para remediar as dificuldades supracitadas. Dentre os mecanismos dos quais normalmente dispõem, especialmente no que toca ao seu viés reativo, encontram-se os procedimentos de investigação interna, os quais, mediante a condução de diligências como a coleta de documentos físicos e digitais e a realização de entrevistas e de exames técnicos, visam, dentre outras finalidades, a apuração de fatos potencialmente ilícitos ou antiéticos que cheguem ao seu conhecimento.

---

<sup>6</sup> Conforme bem aponta Eduardo Saad-Diniz, “o comportamento negocial das lideranças corporativas levou economias mais ou menos sólidas ao colapso, mobilizou guerras e é o pivô do aquecimento global”. Ademais, “desintegra regimes políticos democráticos e é indiferente aos efeitos deletérios da atividade empresarial na realização da justiça social” (SAAD-DINIZ, Eduardo. Op. Cit., p. 16).

<sup>7</sup> Em sentido próximo: PIETH, Mark; IVORY, Radha. *Emergence and convergence: corporate criminal liability principles in overview*. In: PIETH, Mark; IVORY, Radha (ed.). *Corporate criminal liability: emergence, convergence and risk*. Rotterdam: Springer Netherlands, 2011. p. 3-62, p. 4-5; GARCIA CAVERO, Percy. *Criminal compliance*. Lima: Palestra Editores, 2014. p. 2014. p. 13-15.

<sup>8</sup> O conceito de “autorregulação regulada” será melhor analisado oportunamente. Sumariamente, no mesmo sentido que Susana Aires de Sousa, podemos destacar que as empresas acabam por assumir perante às autoridades públicas, o compromisso de se organizarem e autorregularem, devendo não apenas atuar de maneira conforme ao direito, mas ainda se “autofiscalizarem” para a prevenção e repressão de ilícitos. Neste sentido: SOUSA, Susana Aires de. *Questões fundamentais de direito penal da empresa*. Coimbra: Almedina, 2019. p. 123-124.

Uma vez, porém, que se tratam de medidas investigativas promovidas por particulares e cujos fatos podem estar relacionados a uma investigação oficial ou a um processo criminal em curso ou iminente, inúmeros são os questionamentos levantados não apenas com relação aos possíveis excessos cometidos pelas empresas em desfavor dos direitos e garantias de seus colaboradores e demais envolvidos, mas também quanto à idoneidade das informações colhidas e à possível admissão e posterior valoração delas em um processo penal<sup>9-10</sup>.

O objetivo do presente trabalho se insere, assim, no específico escopo da cadeia de custódia da prova e sua eventual aplicação no caso das investigações internas corporativas. Para tanto, após um breve - porém necessário - estudo do conceito, das finalidades e dos procedimentos

---

<sup>9</sup> A despeito das peculiaridades inerentes à seara de criminalidade na qual se insere o presente trabalho, partimos do pressuposto inafastável de que a eficiência e a funcionalidade do processo penal somente podem ser buscadas no “interior da sua tradicional função de garantia”. Impõe-se, pois, que as finalidades de política-criminal que demandem uma maior funcionalidade do processo, se movam “dentro das balizas postas pelo vector garantia...” (FERNANDES, Fernando Andrade. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 54; 67).

<sup>10</sup> Não desconhecemos a possibilidade fática de que estes elementos sejam utilizados também em procedimentos sancionatórios de cariz não penal, hipóteses essas que, ao menos no ordenamento jurídico brasileiro, talvez sejam de ainda maior incidência, diante da limitação da responsabilidade penal das pessoas jurídicas aos crimes ambientais. Ainda que tenhamos sustentado em outra oportunidade, a imperiosidade da observação, também no processo administrativo sancionador brasileiro, de algumas garantias (tais como a do *nemo tenetur se detegere*), a ausência, no Brasil, de um sistema contraordenacional bem estruturado, nos moldes do sistema português, certamente é um fator complicador para a compreensão das eventuais implicações neste âmbito - se existentes - dos vícios na rastreabilidade probatória. Cfr.: CANESTRARO, Anna Carolina; KASSADA, Daiane Ayumi; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. *Nemo tenetur se detegere e programas de compliance: o direito de não produzir prova contra si próprio em face da Lei n. 13.303/16*. In: SAAD-DINIZ, Eduardo et. al. (orgs.). *Direito penal econômico nas ciências criminais*. Belo Horizonte: Editora Vorto, 2019. p. 311-342. p. 332-336. Aliás, conforme aponta Claudia Barrilari, a deficiência na regulação do direito administrativo sancionador tende a ter como consequência, justamente, uma flexibilização de garantias e princípios tradicionalmente assegurados em matéria penal. Neste sentido, cfr.: BARRILARI, Claudia Cristina. *Crime empresarial, autorregulação e compliance*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 46. De todo modo, no presente estudo, centrar-nos-emos nas reverberações no plano processual penal.

realizados nas investigações internas, bem como de sua relevância no âmbito dos programas de *compliance*, buscaremos responder às seguintes perguntas: é possível, exigível e de que forma ocorreria a observância da rastreabilidade das fontes de prova, quando elas forem provenientes de investigações internas? Em caso de resposta positiva, quais seriam as implicações processuais penais da violação desta cadeia?

Para tanto, faremos uso de uma metodologia dedutiva, tendo como premissas gerais a legislação, doutrina e jurisprudência em matéria de cadeia de custódia da prova, aplicando-as ao caso específico das investigações internas empresariais. Ao fim do trabalho, buscaremos demonstrar que apesar da imperiosidade da observância da cadeia de custódia dos elementos de informação advindos de investigações internas, eventuais vícios não impedirão a admissibilidade dos mesmos em processo penal, desde que a valoração deles seja feita em benefício exclusivo da defesa do Acusado, sem prejuízo de um exame judicial de fiabilidade das informações por eles apresentadas.

## 1. DAS INVESTIGAÇÕES INTERNAS EMPRESARIAIS

Conforme fora mencionado no tópico introdutório, as investigações internas se inserem, via de regra, no âmbito dos chamados “programas de *compliance*”, instituto que muito embora tenha recebido recente grande atenção doutrinária, tem suas origens na primeira metade do Século XX, no específico escopo da proteção da concorrência e do mercado de valores norte-americano. Segundo Adán Nieto Martín, em meados dos anos 40, o Departamento de Justiça dos Estados Unidos desarticulou um cartel de fabricantes de componentes elétricos, passando a exigir das empresas do setor, a implementação dos programas supracitados para a prevenção de condutas anticoncorrenciais<sup>11,12</sup>.

---

<sup>11</sup> NIETO MARTÍN, Adán. O cumprimento normativo. In: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (coord.). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 29-60. p. 31.

<sup>12</sup> Importante ressalva é feita, porém, por Eduardo Saad-Diniz, que salienta que as manifestações exordiais de *compliance* eram tímidas, senão meramente



No âmbito do mercado de valores, porém, os programas de *compliance* remontam a um período ainda anterior, sendo que já nos anos 30, a *Securities and Exchange Commission – SEC* passou a exigir o estabelecimento de controles internos (*self-policing*) para fins de evitar o abuso de informações privilegiadas. Com isso, explica o autor que nos anos 50, grande parte das corretoras de valores e demais intermediários financeiros já adotavam estes mecanismos, os quais ganharam ainda maior destaque com os escândalos de *Wall Street* nos anos 80, quando passaram a ser exigidos pela *SEC*, de maneira generalizada, de todas as corretoras de valores mobiliários que operassem na bolsa<sup>13,14</sup>.

Contudo, foi no contexto dos graves escândalos financeiros da virada do século – tais como os observados nos casos *Enron*, *WorldCom* e *Parmalat*<sup>15</sup> –, e posteriormente com a crise dos derivativos de 2008, que a eficácia da “autorregulação” dos atores econômico-financeiros, de maneira livre de qualquer intervenção ou regulamentação estatal, passou a ser questionada, especialmente quanto à sua idoneidade para a prevenção de ilícitos<sup>16</sup>. Ganha fôlego, então, a ideia de uma “autorregulação regulada”, como contrapartida às políticas neoliberais e de desregulação que deram espaço às condutas ilícitas supracitadas, as quais a supervisão estatal não fora apta a evitar<sup>17</sup>.

---

profiláticas, distando muito da hodierna configuração destes programas. Cfr.: SAAD-DINIZ, Eduardo. Op. cit., p. 125.

<sup>13</sup> Conforme explica Howard M. Friedman, a *Insider Trading and Securities Fraud Enforcement Act of 1988* tornou mandatórios os programas de *compliance* para empresas de corretagem e consultoria de investimento, as quais poderiam ser responsabilizadas como *controlling persons*. Conferir com detalhes em: FRIEDMAN, Howard M. *The Insider Trading and Securities Fraud Enforcement Act of 1988*. *North Carolina Law Review*, v. 68, n. 3, p. 465-494, 1990. p. 477. Disponível em: <<https://scholarship.law.unc.edu/nclr/vol68/iss3/2/>>. Acesso em 18 de junho de 2020.

<sup>14</sup> NIETO MARTÍN, Adán. Op. Cit., p. 32.

<sup>15</sup> Neste sentido, destacando ainda, a relevância destes casos para a aprovação da *Sarbanes Oxley Act – SOX*: NIETO MARTÍN, Adán. Op. Cit., p. 32.

<sup>16</sup> SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica*: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa. São Paulo: LiberArs, 2016. p. 24.

<sup>17</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito penal econômico: uma política criminal na era compliance*. Coimbra: Almedina, 2019. p. 45.

Com as constatadas dificuldades encontradas pelo Estado para a realização de suas atividades de regulação, prevenção, investigação e repressão de delitos empresariais<sup>18</sup>, este passa a incorporar os entes particulares na realização dessas suas funções, as quais são para eles delegadas, mas de maneira vinculada e subordinada aos fins e interesses estatais<sup>19</sup>. Desta feita, nesta *enforced self-regulation*, o ente privado é demandado a definir seus próprios estandartes, os quais serão ratificados pelo Estado, quando consonantes à legislação pública, e cujas violações poderão ser punidas<sup>20</sup>.

É neste apontado contexto de eferescência dos ideais autorregulatórios, somados à cada vez maior necessidade de tutela dos direitos dos acionistas<sup>21</sup>, que os programas de *compliance*, em sua hodierna configuração, se inserem. Eles podem ser conceituados como uma ferramenta de autofiscalização e autorregulação empresarial, inserida na conjuntura da governança corporativa, que tem como propósitos imediatos a promoção de uma cultura de ética e de cumprimento normativo nas atividades empresariais, bem como a prevenção, investigação e repressão de práticas ilícitas neste ambiente. Mediatemente, busca-se a manutenção ou recuperação da boa-reputação da pessoa jurídica, a continuidade dos negócios com a potencialização de seus lucros e, principalmente, o resguardo da corporação, de seus colaboradores e de seus órgãos de representação,

<sup>18</sup> Dificuldades estas que já eram apontadas por Braithwaite, em 1982, em: BRAITHWAITE, John. *Enforced self-regulation: a new strategy for corporate crime control*. *Michigan Law Review*, v. 80, n. 7, p. 1466-1507, jun./1982.

<sup>19</sup> COCA VILA, Ivó. ¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada? In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (coord.). *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013. p. 43-76. p. 51.

<sup>20</sup> AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive regulation: transcending the deregulation debate*. Oxford: Oxford University Press, 1992. p. 101; 107.

<sup>21</sup> Conforme explica Sarcedo, os acionistas hodiernos investem seus recursos em atividades econômicas sobre as quais não têm controle administrativo e operacional direto e localizado. Cfr.: SARCEDO, Leandro. Op. Cit., p. 41-42. Trata-se de uma nova conformação da categoria apontada por Bauman como de “proprietários ausentes”, cujos únicos limites para seus investimentos são os impostos administrativamente sobre o livre movimento do capital. Neste sentido: BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p. 12 e ss.

de eventuais responsabilizações nas mais variadas esferas, bem como de prejuízos financeiros e reputacionais<sup>22</sup>.

Podemos considerar que estes programas atuam em quatro “frentes” no âmbito corporativo, sendo elas: a I) frente regulatória – estabelecimento de normas internas, padrões éticos e de conduta, competências, procedimentos e demais instrumentos necessários para o bom andamento das atividades; a II) frente preventiva – visando obstar ocorrências que podem se mostrar prejudiciais à empresa, inclusive em termos de posteriores responsabilizações; III) a frente investigativa, referente às ocasiões em que a pessoa jurídica se vê na posição de apurar ocorrências potencialmente antinormativas que cheguem ao seu conhecimento; IV) e a frente reativa, composta pelos procedimentos “*post-factum*” do *compliance*, tais como as sanções internas e os mecanismos de revisão e melhoramento contínuo do programa<sup>23</sup>.

Uma análise pormenorizada e exaustiva de cada um dos mecanismos que compõem um programa de *compliance* restaria prejudicada, não apenas pelo fato de que eles dependem das particularidades de cada empresa e de seu ramo de atuação, bem como dos mais variados riscos penais aos quais estas estão submetidas<sup>24</sup>, mas também extrapolaria os limites temáticos do presente trabalho. A título exemplificativo, remetemos à classificação proposta por Engelhart, que divide as etapas da elaboração destes programas em três colunas, quais sejam: I) a da *formulação*, caracterizada pelo trinômio *detectar – definir – estruturar*, que engloba os procedimentos de identificação e análise de riscos, a aprovação de um código de ética e de outras normativas internas, a implantação de canais de denúncia e orientação e a definição das respectivas competências no âmbito do programa; II) a da *implementação*, definida pelo trinômio

---

<sup>22</sup> JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. *Criminal compliance e corrupção desportiva: um estudo com base nos ordenamentos jurídicos do Brasil e de Portugal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 85-86.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 86-87.

<sup>24</sup> Neste sentido: SIEBER, Ulrich. Compliance-Programme im Unternehmensstrafrecht: ein neues Konzept zur Kontrolle von Wirtschaftskriminalität. In: SIEBER, Ulrich; DANNECKER, Gerhard; KINDHÄUSER, Urs; VOGEL, Joachim; WALTER, Tonio (Hrsg.). *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht – Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen*: Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2008. p. 449-484. p. 458.

*comunicar – promover – organizar*, e composta pelas fases de divulgação do programa e treinamento dos colaboradores e de promoção cotidiana da cultura de *compliance*; e por fim, III) a *consolidação e aperfeiçoamento*, marcada pelo trinômio *reagir – sancionar – aperfeiçoar*, e que diz respeito aos procedimentos de investigação interna e sancionamento, bem como aos mecanismos de avaliação e melhoramento contínuo do programa<sup>25</sup>.

Como podemos observar, o objeto do presente trabalho se encontra na “terceira coluna”, mais especificamente no que toca à “frente investigatória” dos programas de *compliance*<sup>26</sup>. É fato que, por mais desenvolvidos e bem estruturados que estes mecanismos venham a ser em determinada empresa, eles não serão capazes de eliminar completamente os riscos de práticas ilícitas e antiéticas, sendo fundamental, portanto, que a estrutura de *compliance* esteja dotada de mecanismos que permitam a apuração dos fatos e de suas respectivas autorias.

As investigações internas podem ser conceituadas, assim, como o conjunto de diligências empregadas por uma determinada pessoa jurídica, com ou sem o auxílio de colaboradores externos contratados para tanto, as quais têm como uma de suas finalidades a apuração dos fatos que cheguem ao seu conhecimento e que apresentem indícios de violações legais, éticas e/ou de suas normativas internas. Cumpre destacar, porém, que estes procedimentos não se confundem com as atividades cotidianas de supervisão e tampouco com os procedimentos de *due diligence*, pois ao contrário destas, eles apresentam um inegável caráter reativo e não cotidiano<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Detalhadamente em: ENGELHART, Marc. *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance: eine rechtsvergleichende Analyse des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und den USA*. 2. ergänzte und erweiterte Auflage. Berlin: Dunker & Humblot, 2012. p. 711-719.

<sup>26</sup> Como explica Lenze, as investigações internas se encontram no viés repressivo dos programas de *compliance*, os quais, para se mostrarem efetivos, devem conter não apenas mecanismos preventivos, mas também de detecção de irregularidades e posterior sancionamento. Conferir com detalhes em: LENZE, Sebastian. *Compliance, Internal Investigations und Beschuldigtenrechte: Mitarbeiterfragungen im Rahmen unternehmensinterner Ermittlungen und die strafprozessuale Verwertbarkeit selbstbelastender Aussagen unter besonderer Berücksichtigung der Korruptionsfälle Siemens und MAN*. Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH, 2014. p. 76.

<sup>27</sup> CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe X. *Investigação defensiva corporativa: um estudo do Provimento 188/2018 e de sua eventual*

Conforme explica Scharnberg, muito embora as diligências individualmente consideradas sejam praticadas, a princípio, sem a participação das autoridades públicas, elas estão, via de regra, conectadas com investigações estatais ao menos iminentes, servindo, assim, para a compilação de informações que viabilizarão e fundamentarão as posteriores decisões a serem tomadas pela pessoa jurídica, em face dos fatos<sup>28</sup>.

Cumprir destacar que até pouquíssimo tempo atrás, estes instrumentos eram conduzidos sob o paradigma puro da autorregulação, no sentido de que, ao menos em matéria penal e processual penal, não havia regulamentações quanto aos procedimentos concretos a serem adotados pela empresa, salvo eventuais normativas em matéria laboral e societária<sup>29</sup>. Atualmente, porém, já é possível observar alguns esforços no sentido de viabilizar um maior controle sobre as concretas diligências conduzidas nesta seara. Estes empenhos ocorrem, por um lado, mediante a tentativa de delimitação – doutrinária<sup>30</sup> e legislativa<sup>31</sup> – do que pode ser

---

aplicação para as investigações internas de pessoas jurídicas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 283-328, jan./abr. 2020. p. 294.

<sup>28</sup> SCHARNBERG, Josephine. *Illegale internal Investigations: strafrechtliche Grenzen unternehmensinterner Ermittlungen*. Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH, 2015. p. 27.

<sup>29</sup> Sustentando que as normas que regulam as investigações internas são procedentes do direito do trabalho e do direito societário: NIETO MARTÍN, Adán. *Investigaciones internas*. In: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (coord.). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 293-334. p. 295.

<sup>30</sup> Ao nível doutrinário, destacam-se, por todos, as proposições de Adán Nieto Martín, em: NIETO MARTÍN, Adán. *Compliance, criminología e responsabilidade penal de pessoas jurídicas*. In: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (coord.). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 61-122. p. 93-103.

<sup>31</sup> Ao nível legislativo, destacam-se as previsões do Art. 31, 5, do Código Penal Espanhol, que ao definir os níveis necessários para a consideração da “eficácia” dos modelos de organização e gestão, assim dispõe: “Artigo 31 bis [...] 5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.ª del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos: 1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos. 2.º Establecerán los protocolos o procedimientos

considerado um programa de *compliance* eficaz para fins de atenuação ou isenção de responsabilidade penal das pessoas coletivas. Por outro lado, também observamos reflexos indiretos nas investigações internas, da expressa regulamentação das chamadas “investigações defensivas”<sup>32</sup>, tal

---

que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos. 3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos. 4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención. 5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo. 6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios” (ESPAÑA. *Código Penal y legislación complementaria*: edición actualizada a 4 de marzo de 2019. Disponível em: <[www.boe.es/legislacion/codigos/](http://www.boe.es/legislacion/codigos/)>. Acesso em 9 de junho de 2020).

<sup>32</sup> Nos termos do Art. 1º. do Provimento 188/2018, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, podemos conceituar as investigações defensivas como “o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido pelo advogado, com ou sem assistência de consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados, em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição, visando à obtenção de elementos de prova destinados à constituição de acervo probatório lícito, para a tutela de direitos de seu constituinte” (CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Provimento Nº 188/2018: Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>>. Acesso em 26 de dezembro de 2019). Conforme tivemos a oportunidade de sustentar em outra oportunidade, uma vez sendo as investigações internas uma das possíveis concretizações do direito de defesa da pessoa jurídica, através das quais ela busca elementos para a constituição de seu acervo probatório, podemos considera-las uma *espécie* do *gênero* “investigações defensivas”. Neste sentido, com detalhes: CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe X., *Investigação defensiva corporativa...*, p. 301-320. No mesmo sentido: DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. A advocacia criminal, a investigação defensiva e a luta pela paridade de armas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 26, n. 150, p. 145-187, dez./2018, p. 158.

como ocorre nos ordenamentos jurídicos norte-americano<sup>33</sup> e italiano<sup>34</sup>, e que se encontra em fase de discussão no Brasil, através do *Provimento 188/2018 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil*<sup>35</sup> e do Projeto de Novo Código de Processo Penal<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> Ao nível deontológico, a *American Bar Association* prevê nos *Criminal Justice Standards for the Defense Function* e *Guidelines for the Appointment and Performance of Defense Counsel in Death Penalty Cases*, o dever de investigação por parte dos advogados de defesa, dispondo ainda a respeito dos *standards* e boas-práticas a serem observadas pelo profissional na condução destas diligências. Conferir com detalhes em: AMERICAN BAR ASSOCIATION. *Criminal Justice Standards for the Defense Function*. Fourth Edition. 2017. Disponível em: <[https://www.americanbar.org/groups/criminal\\_justice/standards/DefenseFunctionFourthEdition/](https://www.americanbar.org/groups/criminal_justice/standards/DefenseFunctionFourthEdition/)>. Acesso em 29 de dezembro de 2019; AMERICAN BAR ASSOCIATION. *Guidelines for the Appointment and Performance of Defense Counsel in Death Penalty Cases*. 2003. Disponível em: <[https://www.americanbar.org/groups/committees/death\\_penalty\\_representation/resources/aba\\_guidelines](https://www.americanbar.org/groups/committees/death_penalty_representation/resources/aba_guidelines)>. Acesso em 29 de dezembro de 2019.

<sup>34</sup> Com as modificações promovidas pela Lei 397/00, o *Codice di Procedura Penale* também passou a regular as atividades investigatórias promovidas pela defesa, dispondo sobre as formas e finalidades destes atos. Conferir com detalhes em: ITALIA. *Legge 7 dicembre 2000, n. 397: Disposizioni in materia di indagini difensive*. Gazzetta Ufficiale n. 2 del 03-01-2001. Disponível em: <<https://www.altalex.com/documents/leggi/2009/01/27/disposizioni-in-materia-di-indagini-difensive>>. Acesso em 29 de dezembro de 2019.

<sup>35</sup> Vide nota 32.

<sup>36</sup> Em sua versão mais recente: “Art. 13. 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. §1º As entrevistas realizadas na forma do caput deste artigo deverão ser precedidas de esclarecimentos sobre seus objetivos e do consentimento formal das pessoas ouvidas. §2º A vítima não poderá ser interpelada para os fins de investigação defensiva, salvo se houver autorização do juiz das garantias, sempre resguardado seu consentimento. §3º Na hipótese do §2º deste artigo, o juiz das garantias poderá, se for o caso, fixar condições para a realização da entrevista. §4º Os pedidos de entrevista deverão ser feitos com discrição e reservas necessárias, em dias úteis e com observância do horário comercial. §5º O material produzido poderá ser juntado aos autos do inquérito, a critério da autoridade policial. §6º As pessoas mencionadas no caput deste artigo responderão civil, criminal e disciplinarmente pelos excessos cometidos” (CONGRESSO NACIONAL. *PL 8045/2010: Código de Processo Penal*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em 28 de dezembro de 2019).

Devemos salientar, inicialmente, que não há uma obrigação de investigar, mas sim, um ônus<sup>37</sup>. Com isso queremos dizer que, ressalvadas eventuais exceções pontuais, não há uma imposição legal neste sentido, mas caso a empresa em questão não o faça, coloca em cheque não apenas a idoneidade e eficácia do seu programa, mas também a futura obtenção de eventuais “benefícios” processuais penais.

Em outras palavras, no que toca à implementação de programas de *compliance* ou da promoção de investigações internas, um dos primeiros questionamentos que são levantados diz respeito ao porquê do alto investimento que é feito nestes mecanismos, quando a pessoa coletiva não é obrigada a adotá-los e, mais ainda, quando a partir deles podem ser apurados elementos que levem à própria responsabilização da empresa ou de seus administradores.

Segundo Engelhart, existem seis níveis progressivos de influência estatal sobre as pessoas jurídicas, em termos de implementação de programas de *compliance*: I) a *autorregulação*, marcada pela abstenção estatal, em que os incentivos para a adoção destes programas viriam tão somente das potenciais benesses mercadológicas ou da exigência dos mesmos, para a participação em determinados mercados; II) o *apoio informal do Estado*, mediante treinamentos e outros incentivos, os quais podem advir, inclusive, a nível supranacional, sendo de suma importância não apenas quando direcionados às companhias propriamente ditas, mas também aos próprios Estados, pressionando-os a promover os programas; III) a *recompensação do compliance*, através, por exemplo, da abstenção de persecução penal em face de companhias que tenham um programa eficaz, ou da consideração destes na fase de sentenciamento;

---

<sup>37</sup> Neste sentido, sustentamos em: JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. O sigilo profissional no âmbito das pessoas jurídicas: um estudo da particular posição dos in-house lawyers e dos advogados de compliance e de investigações internas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, n. 159, p. 297-339, set./2019. p. 315. Em sentido próximo, Montiel sustenta que eventual obrigação somente poderia ser considerada se analisada a partir das exigências de boa governança derivadas do *compliance*. Legalmente, porém, não há esta obrigação. Conferir com detalhes em: MONTIEL, Juan Pablo. Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, v. XL, p. 251-277, 2013. p. 262-265.



IV) o *sancionamento das falhas ou da falta de compliance*, que pode se consubstanciar no agravamento de penas eventualmente impostas ou até mesmo na determinação judicial da adoção de determinadas medidas ou de um programa completo; V) a *exclusão da responsabilidade em razão do compliance*, que se mostra um dos maiores e mais justos incentivos e vem sendo progressivamente adotada no âmbito da responsabilidade penal das pessoas jurídicas; e VI) uma *obrigação geral de implementar programas de compliance*, que seria o nível mais forte de incentivo, ainda mais se acompanhado de mecanismos eficazes de *enforcement* (através de agências reguladoras, por exemplo) e também de sanções. Essas obrigações gerais ainda não existem, podendo indicar um desconforto legislativo em interferir na liberdade negocial das empresas<sup>38</sup>. Contudo, obrigações setoriais são comuns, especialmente em searas nas quais a necessidade regulatória é mais evidente, tais como na do branqueamento de capitais<sup>39</sup>.

Ora, nos termos da classificação supramencionada, ressalvadas eventuais exceções setoriais, nas quais determinadas companhias possam

---

<sup>38</sup> Conforme sustentamos em outra oportunidade, a opção adotada pela generalidade dos legisladores, de ficarem silentes quanto a uma eventual obrigatoriedade de condução de investigações internas, tem consequências positivas e negativas, nestes termos: “Por um lado, uma expressa imposição legislativa neste sentido poderia eventualmente implicar em conflito para com o direito à não-autoincriminação da pessoa jurídica e de seus membros, para além de poder gerar a peculiar necessidade de condução destes procedimentos, mesmo quando a sociedade empresária já tiver elementos de informação suficientes para adotar a medida colaborativa que julgar conveniente. Por outro lado, essa ausência de imposições legais tem como uma de suas potenciais consequências, a inexistência de maiores parâmetros quanto aos possíveis procedimentos destas investigações e seus limites, o que pode potencializar os riscos de desproteção dos direitos dos investigados, bem como gerar insegurança para a própria pessoa jurídica, que não tem critérios seguros para ter certeza se as eventuais decisões tomadas com base nessas investigações internas serão validadas e valoradas judicialmente” (CANESTRARO, Anna Carolina. *JANUÁRIO*, Túlio Felipe Xavier. Dos níveis de exigibilidade dos procedimentos de investigação interna. In: INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. *Anais do CPCRM*: IV Congresso de Pesquisas em Ciências Criminais, de 21 a 23 de outubro de 2020. São Paulo: IBCCRM, 2020. p. 215-237. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/pagina/3>>. Acesso em 20 de março de 2021. p. 230).

<sup>39</sup> ENGELHART, Marc. *The Nature and Basic Problems of Compliance Regimes*. Freiburg im Breisgau: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 2018. <https://doi.org/10.30709/archis-2018-3>. p. 21-30.

ser legalmente obrigadas a promover investigações internas, a sua não promoção poderá implicar, de todo modo: na consideração da ineficácia do programa e em prejuízo da obtenção de *recompensas processuais* – nível III; no *sancionamento da companhia* – nível IV; ou na impossibilidade de *exclusão de sua responsabilidade criminal*, se for o caso – nível V.

Seja como for, a decisão sobre a promoção ou não de uma investigação interna recai, em regra, sobre os administradores da sociedade, podendo ser delegada à pessoa ou departamento responsável pelo *compliance*<sup>40</sup>. Seu impulso inicial, consubstanciado na chegada ao seu conhecimento dos fatos potencialmente ilícitos ou contrários às normativas empresariais, pode decorrer de uma comunicação interna – tais como uma denúncia mediante o competente canal ou uma suspeita advinda das atividades cotidianas de supervisão e controle – ou externa – como a promoção atual ou iminente de uma investigação estatal ou processo penal, comunicada diretamente à empresa ou noticiada na mídia<sup>41,42</sup>.

Ressalvadas as particularidades de cada pessoa jurídica e de seus respectivos setores de atuação, o procedimento das investigações internas tende a seguir um rito minimamente uniforme. Em um primeiro momento, é primordial a aprovação de um *plano de investigação*, o qual viabilizará a aferição prévia dos seus custos, tempo demandado e limites dos métodos empregados, os quais deverão ser aprovados pelo órgão responsável sob pena de ilegitimidade do procedimento ou da medida concretamente adotada<sup>43</sup>.

É nesta fase, aliás, que há a designação de um responsável interno pelo procedimento e é feita a opção pela contratação ou não, de profissionais externos. Essa escolha poderá levar em conta, muitas vezes, o interesse da pessoa jurídica em assegurar o sigilo das investigações,

---

<sup>40</sup> NIETO MARTÍN, Adán. Investigações internas..., p. 300.

<sup>41</sup> Neste sentido: CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe X. Investigação defensiva corporativa..., p. 298.

<sup>42</sup> Adán Nieto Martín sustenta a necessidade de uma “investigação” preliminar à investigação interna, principalmente nos casos de denúncias advindas do canal, para a apuração da verossimilhança das acusações. Conferir com detalhes em: NIETO MARTÍN, Adán. Investigações internas..., p. 297-298.

<sup>43</sup> NIETO MARTÍN, Adán. Investigações internas..., p. 302-303.

especialmente quando elas forem vinculadas a uma investigação estatal ou a um processo penal.

Isso porque, conforme já analisamos em outra oportunidade<sup>44</sup>, é bastante controversa a extensão do sigilo profissional aos chamados *in-house lawyers* – ou advogados internos –, levantando o questionamento sobre se estes gozariam de prerrogativas como a *work-product-protection* e o *attorney-client-privilege*<sup>45</sup>. Inclusive, o Tribunal de Justiça da União Europeia, em ao menos duas oportunidades, fez uma leitura muito restritiva destes institutos aos advogados internos, nomeadamente nos casos *AM & S Europe v. Commission of the European Communities*<sup>46</sup> e *Akzo Nobel Chemicals Ltd. and Akcros Chemicals Ltd. v. Commission of the European Communities*<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> Conferir com detalhes em: JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. O sigilo profissional..., p. 316 e ss.

<sup>45</sup> Sobre essa questão, conferir detalhadamente em: VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. “The Right to Counsel and the Protection of Attorney-Client Privilege in Criminal Proceedings”: direito de defesa técnica e relações cliente-advogado no processo penal contemporâneo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 29, n. 176, p. 257-272, fev./2021. p. 263-264.

<sup>46</sup> O Tribunal considerou que os requisitos necessários para a proteção do sigilo de correspondência entre advogados e seus clientes são: (I) que a correspondência tivesse sido elaborada em razão e no interesse do direito de defesa do cliente; (II) e que fosse uma comunicação com um advogado independente, habilitado a exercer a profissão em algum dos Estados-membros e não vinculado ao cliente por relação laboral. Conferir com detalhes em: EUROPEAN COURT. *Judgment of the Court of 18 May 1982: AM & S Europe Limited v. Commission of the European Communities. Legal Privilege. Case 155/79*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61979CJ0155>>. Acesso em 21 de junho de 2020.

<sup>47</sup> No caso concreto, o Tribunal considerou que não haveria violação da igualdade de tratamento entre advogados externos e internos, uma vez que estes últimos, em razão de sua dependência econômica e laboral, ocupariam uma posição substancialmente diferente. Conferir com detalhes em: EUROPEAN COURT. *Judgment of the Court of First Instance (First Chamber, extended composition) of 17 September 2007: Akzo Nobel Chemicals Ltd. and Akcros Chemicals Ltd. v. Commission of the European Communities. Competition. Administrative Procedure. Commission’s powers of investigation. Documents seized in the course of an investigation. Legal professional privilege protecting communications between lawyers and their clients. Admissibility*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62003TJ0125>>. Acesso em 21 de junho de 2020.

Ainda que esses entendimentos tenham sido proferidos no âmbito concorrencial comunitário e que consideremos, ainda assim, bastante questionável a sua aplicação ao específico caso das atividades de *compliance* e investigações internas eventualmente executadas por advogados internos<sup>48</sup>, é fato que, diante da inegável controvérsia, pode ser feita a opção pela contratação de advogados externos, a fim de assegurar a confidencialidade das investigações<sup>49</sup>.

De todo modo, seja para os advogados internos ou para os externos, devem ser outorgados os respectivos e expressos poderes de mandato e firmados os competentes termos de confidencialidade dos envolvidos na investigação, com a finalidade de garantir a legitimidade, bem como de preservar o sigilo das informações coletadas, se for o caso<sup>50</sup>.

Feito isso, são iniciadas as atividades de investigação propriamente ditas, mediante a coleta de informações advindas de instrumentos de trabalho - tais como computadores e celulares corporativos -, condução de entrevistas, análise de documentos, gravações de áudio, vídeo e de arquivos digitais - dentre os quais, cadeias de e-mails, ficheiros da *web* e discos rígidos. Pode se fazer necessária também, a realização de perícias técnicas<sup>51</sup>.

---

<sup>48</sup> Uma análise pormenorizada desta problemática ultrapassaria os limites temáticos do presente trabalho. Em linhas gerais, sustenta-se aqui ser inadequada uma diferenciação *per se* entre advogados internos e externos, para fins de aplicação do dever de sigilo profissional, do *attorney-client-privilege* e da *work-product-protection*, salvo nas hipóteses em que o concreto ordenamento jurídico expressamente assim disponha. Preenchido o pré-requisito da inscrição do profissional na respectiva Ordem, as comunicações e materiais de trabalho dos advogados de *compliance* e de investigações internas estarão tuteladas pelas garantias de confidencialidade quando consideradas, no caso concreto, frutos de uma I) representação técnica em juízo; ou II) consultoria ou assessoria estritamente jurídica, vinculadas ou não a um litígio atual ou futuro. Quando, pelo contrário, forem derivadas de III) intermediação ou gestão de interesses alheios sem caráter jurídico, ou de consultoria e assessoria de caráter meramente estratégico, financeiro, econômico, dentre outros, essas comunicações não estarão protegidas por estas prerrogativas. Conferir com detalhes em: JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. O sigilo profissional..., p. 326 e ss.

<sup>49</sup> Neste sentido: GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Proceso penal y persona jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 144-145.

<sup>50</sup> NIETO MARTÍN, Adán. *Investigações internas...*, p. 302-304.

<sup>51</sup> Sobre os procedimentos possíveis na condução de investigações internas, conferir com detalhes em: NESTLER, Nina. *Internal Investigations: Definition*

Finalizadas as diligências investigativas, é apresentado um relatório final ao órgão interno ou pessoa responsável, no qual constarão as conclusões da investigação<sup>52</sup>. A destinação destas informações será decidida de acordo com os concretos interesses da corporação<sup>53</sup>, sendo que, caso identificadas práticas ilícitas ou contrárias às normativas internas, elas poderão: I) dar ensejo a sanções internas, tais como advertências, suspensões e demissões; II) serem resguardadas para a preparação e fundamentação da defesa da pessoa jurídica em posterior procedimento sancionatório (inclusive criminal) em que venha a ser implicada, apresentando as provas que entender cabíveis; ou ainda, III) poderão ser compartilhadas com as autoridades estatais competentes, para a respectiva incorporação destes elementos nas investigações oficiais e a possível obtenção, por parte da empresa, de algum dos benefícios supramencionados<sup>54-55</sup>.

---

und rechtstatsächliche Erkenntnisse zu interner Ermittlungen in Unternehmen. In: KNIERIM, Thomas C.; RÜBENSTAHL, Markus; TSAMBIKAKIS, Michael (Hrsg.). *Internal Investigations: Ermittlungen im Unternehmen*. 2. neu bearbeitete Auflage. Heidelberg: C.F. Müller, 2016.p. 3-22. p. 19-20.

<sup>52</sup> Neste sentido: NIETO MARTÍN, Adán. *Investigações internas...*, p. 321.

<sup>53</sup> Conforme salienta Maria João Antunes, da existência de mecanismos internos de apuração não decorre um necessário dever de denúncia às autoridades, por parte da empresa, dos crimes que venha a tomar conhecimento. Conferir com detalhes em: ANTUNES, Maria João. *Privatização das investigações e compliance criminal*. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 28, n. 1, p. 119-128, jan./abr. 2018. p. 121.

<sup>54</sup> Neste sentido: CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe X. *Investigação defensiva corporativa...*, p. 299. Sobre a específica relação entre os programas de *compliance* e os acordos de não persecução penal, conferir também: CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. *Acordo de não persecução penal como instrumento de promoção de programas de compliance?*. *Boletim IBCCRIM*, ano 29, n. 344, p. 23-25, jul./2021.

<sup>55</sup> No que toca à essa “colaboração” para com as autoridades públicas de *enforcement*, Baer explica que ela poderá ocorrer de acordo com três modelos: I) o *sequencial*, no qual o ente privado realiza todas as diligências necessárias para a apuração do fato e entrega ao ente público suas conclusões, para que este tome as providências que entender cabíveis; II) o *cooperativo*, no qual os entes público e privado conduzem as investigações de maneira conjunta, compartilhando livremente as informações que entenderem pertinentes; e o III) *competitivo*, no qual os investigadores públicos e privados são basicamente adversários, almejando descobrir as evidências relevantes antes que o outro o faça, para assim obter com elas as maiores vantagens. Cfr.: BAER, Miriam H. *When the Corporation Investigates Itself*. In: ARLEN, Jennifer

É justamente desta última hipótese que decorrem alguns dos inúmeros questionamentos relacionados às investigações corporativas e seus possíveis aproveitamentos em processo penal. Primeiramente, porque neste espaço de verdadeira “privatização” das investigações<sup>56</sup>, não pode ser descartada a possibilidade de que empresas eticamente “questionáveis” conduzam essas diligências de maneira abusiva e desproporcional, violando direitos e garantias dos eventuais envolvidos, ou então, que haja uma tentativa de “direcionamento”<sup>57</sup> do resultado das investigações para afastar a responsabilidade da corporação e de ocupantes de cargos hierarquicamente superiores<sup>58</sup>, em desfavor de colaboradores subordinados<sup>59</sup>.

---

(ed.). *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misdealing*. Cheltenham, UK: Elgar, 2018. p. 308-333.. p. 323-324.

- <sup>56</sup> Conforme explica Maria João Antunes, essa “privatização” da investigação criminal no âmbito dos programas de *compliance* se consubstancia nas investigações internas, através das quais há uma colaboração empresarial com a apuração da existência de crimes, na determinação das respectivas autorias e responsabilidades e na recolha de provas. Conferir com detalhes em: ANTUNES, Maria João. Op. Cit., p. 121-122.
- <sup>57</sup> Conforme apontam Balcarce e Berruezo, no âmbito da criminalidade empresarial, há o risco de “deslizamento” do risco penal, ou *risk shifting*, que diz respeito à eventual tentativa dos administradores, de transferir suas respectivas responsabilidades criminais a ocupantes de cargos mais baixos ou até mesmo à pessoa coletiva. Conferir com detalhes em: BALCARCE, Fabián I.; BERRUEZO, Rafael. *Criminal compliance y personas jurídicas*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2016. p. 163-164. Esta ideia de *risk shifting* fora desenvolvida e tratada em pormenor por William S. Laufer, em: LAUFER, William S. Corporate Liability, Risk Shifting, and the Paradox of Compliance. *Vanderbilt Law Review*, v. 52, n. 5, p. 1343-1420, out./1999. Disponível em: <<https://scholarship.law.vanderbilt.edu/vlr/vol52/iss5/9>>. Acesso em 29 de junho de 2020. p. 1368 e ss. No mesmo sentido, conferir: NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid: Iustel, 2008. p. 208.
- <sup>58</sup> Essa preocupação também fora mencionada por Claudia Barrilari, que destaca a cautela que se deve ter na opção legislativa pelos modelos de responsabilidade penal das pessoas físicas e jurídicas, de modo a impedir que as práticas preventivas sejam direcionadas tão somente no sentido do encobrimento da responsabilidade individual daqueles que detenham o poder de comando na sociedade empresarial. Cfr.: BARRILARI, Claudia Cristina. Op. Cit., p. 204.
- <sup>59</sup> Conforme sustentamos mais detalhadamente em: CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe X., *Investigação defensiva corporativa...*, p. 301.

Ademais, uma vez que no cerne destas investigações é coletado amplo acervo probatório, o qual, conforme salientamos, não necessariamente se limitará a tentar isentar a pessoa jurídica de uma sanção ou até mesmo evitar a instauração de um procedimento penal em face da mesma, mas também poderá apontar os responsáveis individuais pelos fatos investigados, a simples transferência dos resultados dessas investigações para as entidades estatais de persecução penal ou sua apresentação direta em juízo em conjunto com a defesa da corporação<sup>60</sup>, levanta grandes questionamentos sobre como compatibilizar esses procedimentos com as garantias processuais penais dos envolvidos, tais

---

<sup>60</sup> Para salientar a relevância desta discussão, destacamos a explicação feita por Arlen e Buell, que demonstram que no sistema jurídico norte-americano, as empresas não enfrentam restrições na investigação de seus empregados, mesmo quando dessas diligências se vislumbra a colaboração para com investigações oficiais do poder público no futuro. Inclusive, explicam os autores que, em caso de recusa do empregado, ele poderá ter seu contrato rescindido. Ademais, sequer o direito a um advogado seria assegurado ao empregado investigado. Não bastasse isso, os membros da Acusação poderiam fazer livre uso destas evidências em um posterior processo, ainda que tenha se configurado uma eventual coerção na sua obtenção. Cfr. com detalhes e citações em: ARLEN, Jennifer; BUELL, Samuel W.. The Law of Corporate Investigations and the Global Expansion of Corporate Criminal Enforcement. *University of Southern California Law Review*, v. 93, n. 4, p. 697-762, set./2020. Disponível em: <<https://southern.californialawreview.com/2020/09/06/the-law-of-corporate-investigations-and-the-global-expansion-of-corporate-criminal-enforcement/>>. Acesso em 21 de março de 2021. p. 719-720.

como o direito à não autoincriminação, ao contraditório e à presunção de inocência<sup>61-62</sup>.

O objetivo do presente trabalho se encontra, porém, em um terceiro ponto controvertido, qual seja, o de como garantir a fidedignidade

<sup>61</sup> Conforme explica Maria João Antunes, no âmbito dos processos penais em que sejam arguidas pessoas coletivas, apresenta especial relevo o questionamento sobre a possibilidade de valoração dos elementos coletados pela empresa nas suas investigações internas, sendo que aquela poderá ter interesse em apresentá-los em juízo, no exercício do seu direito de defesa, ainda que sua produção tenha se dado fora do processo penal, no cerne de uma entidade privada. Conferir em: ANTUNES, Maria João. *Processo penal e pessoa coletiva arguida*. Coimbra: Almedina, 2020. p. 68. Segundo Ana Pais, uma vez que “as investigações internas não estão amarradas às peias que se impõem à investigação criminal”, há um risco de que elas sejam conduzidas ao arrepio das garantias de defesa e dos mais basilares princípios do processo penal, tal como o *nemo tenetur se ipsum accusare*. Neste sentido: PAIS, Ana. Os programas de compliance e o risco de privatização do processo penal. Em especial, a problemática da “prova emprestada” e o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*. In: COSTA, José de Faria et. al. (coord.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade: Volume II: Direito Penal: Direito Processual Penal*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017. p. 663-686. p. 672. Para além das obras supracitadas, para uma análise detalhada destas questões, inclusive com distintas propostas de solução, conferir: CANESTRARO, Anna Carolina. *As investigações internas no âmbito do criminal compliance e os direitos dos trabalhadores: considerações sobre a possibilidade de investigar e a transferência de informações para o processo penal*. São Paulo: IBCCRIM, 2020. p. 95 e ss.; MIRANDA, Matheus de Alencar e. *(In)eficiência de compliance e os direitos dos trabalhadores: evitando o “bode expiatório”*. São Paulo: LiberArs, 2019. p. 287-288.

<sup>62</sup> Cumpre destacar que caso admitidas em processo penal as provas advindas de investigações internas, elas serão apresentadas, via de regra, na forma de documentos, sendo assim, provas pré-constituídas. A exceção a esta regra nos parece residir na hipótese das declarações de testemunhas, das vítimas e do próprio suspeito, os quais, independentemente de terem sido ouvidos ou não nestes procedimentos privados, deverão novamente sê-lo em juízo, em respeito ao contraditório, não bastando, assim, a mera transferência ao processo penal, dos relatórios de entrevistas. Sobre a distinção entre provas pré-constituídas e provas constituídas, conferir com detalhes em: TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005. p. 378. Sobre a desproporcionalidade da transferência dos relatórios de entrevistas e a consequente necessidade de repetição da oitiva, conferir com detalhes em: CANESTRARO, Anna Carolina. Op. Cit., p. 93-94. No mesmo sentido: ROXIN, Imme. Problemas e estratégias da consultoria de compliance em empresas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23, n. 114, p. 321-339, mai./jun. 2015. p.334.



dos elementos probatórios colhidos nas investigações internas, se estas são conduzidas, na maior parte das vezes, de maneira dissociada dos órgãos oficiais de investigação<sup>63</sup>. Em outras palavras, impõe-se o questionamento sobre se há meios para certificar que os elementos colhidos nestes procedimentos serão integralmente os mesmos que serão eventualmente apreciados em juízo, como meios de prova.

Parece-nos que a solução deste problema seria um pouco menos complexa, se a empresa não assumisse no processo penal, uma posição “bifronte”, no sentido de que, independentemente de ser acusada ou vítima no caso concreto<sup>64</sup>, ela poderá atuar visando tão somente infirmar os fatos que contra si são imputados, focando em uma defesa “passiva” ou “negativa”, ou poderá também atuar como uma *longa-manus* estatal, colaborando com os órgãos estatais de persecução penal<sup>65</sup>.

## 2. CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA: CONCEITO, FUNDAMENTOS E RELEVÂNCIA PROCESSUAL PENAL

A “cadeia de custódia da prova” pode ser conceituada como:

... um procedimento documentação ininterrupta, desde o encontro da fonte de prova, até sua juntada no processo, certificando onde,

---

<sup>63</sup> Neste sentido, Ana Pais destaca os riscos derivados da utilização em processo penal, de elementos colhidos por operadores não judiciários, em circunstâncias desconhecidas, ou, ao menos, não controladas. Conferir com detalhes em: PAIS, Ana. Op. Cit., p. 671.

<sup>64</sup> Neste ponto, cumpre mencionar a categorização apresentada por Eduardo Saad-Diniz, no plano da compreensão do comportamento corporativo socialmente danoso, que distingue os casos de: I) vitimização pela empresa (que avalia as causas e consequências do comportamento corporativo socialmente danoso, gerando processos de vitimização social); II) vitimização contra a empresa; e III) vitimização dentro da empresa. Cfr. detalhadamente em: SAAD-DINIZ, Eduardo. *Vitimologia corporativa*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 152.

<sup>65</sup> Sobre esta “aliança” entre as empresas – através de seus programas de *compliance* – e a administração estatal de justiça, através da qual aquelas auxiliam na realização da justiça e na busca da descoberta da verdade, visando a obtenção de vantagens, tais como a isenção ou atenuação da responsabilidade penal ou administrativa, a não promoção processual ou a não aplicação de medidas cautelares: ANTUNES, Maria João. Privatização das investigações..., p. 119-120.

como e sob a custódia de quais pessoas e órgãos foram mantidos tais traços, vestígios ou coisas, que interessam à reconstrução histórica dos fatos no processo<sup>66</sup>.

Trata-se, assim, de um importante instrumento para a constatação da integridade, identidade e autenticidade dos vestígios ou indícios delitivos, visando garantir a retidão do “caminho” percorrido até a conversão em evidência probatória. Cada pessoa que tivera contato com o elemento colhido se torna uma espécie de “garante” de sua conservação, razão pela qual é imperiosa a documentação deste percurso<sup>67</sup>.

É por essa razão, inclusive, que se fala na necessidade de observação da *mismidad* da prova, ou seja, de que aquilo que for submetido a juízo para apreciação e valoração, seja o mesmo que fora apreendido, sem contaminações, substituições, manipulações ou alterações<sup>68,69</sup>. Ademais, ao se viabilizar às partes uma maior rastreabilidade das fontes de prova, o Acusado consequentemente terá maiores possibilidades de aferir se

<sup>66</sup> BADARÓ, Gustavo. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra (orgs.). *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. 1. Reimp. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. 517-538. p. 523.

<sup>67</sup> FIGUEROA NAVARRO, María del Carmen. El aseguramiento de las pruebas y la cadena de custodia. *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Madrid, v. 8, n. 84, p. 5-14, jul./ago. 2011. p. 7.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>69</sup> A importância da documentação da cadeia como instrumento para assegurar a “mesmidade” da prova passou a ser observada pelo Tribunal Supremo Espanhol a partir da decisão de 2009, senão vejamos: “*En relación a la cadena de custodia el problema que se plantea es garantizar que dado que se recogen los vestigios relacionados con el delito hasta que llegan a concretarse como pruebas en el momento del juicio, aquello sobre lo que recaerá la inmediatez, publicidad y contradicción de las partes y el juicio de lo juzgado es lo mismo. Es a través de la cadena de custodia como le satisface la garantía de la “mismidad” de la prueba. Se ha dicho por la doctrina que la cadena de custodia es una figura tomada de la realidad a la que tiene de valor jurídico con el fin de en su caso, identificar el objeto intervenido, pues al tener que pasar por distintos lugares para que se verifiquen los correspondientes exámenes, es necesario tener la seguridad de lo que se traslada y analiza es lo mismo en todo momento, desde que se recoge del lugar del delito hasta el momento final que se estudia, y en su caso, se destruye*” (TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO PENAL. STS 7710/2009. Ponente: Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre. 03.12.2009. Disponível em: <<http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp#>>. Acesso em 25 de junho de 2020).

essas foram obtidas dentro dos limites da legalidade, e em caso de resposta negativa, terá concretas condições de impugná-las, exercendo de maneira efetiva seu direito de defesa.

É neste sentido, inclusive, que Geraldo Prado sustenta a especial importância deste instituto frente à “vulgarização” do apelo aos métodos ocultos de investigação, tais como as interceptações e escutas telefônicas, os procedimentos de vigilância contínua e as quebras de sigilo<sup>70</sup>. Diante do elevado nível de intromissão destes meios na vida privada e de suas potenciais violações a direitos e garantias dos investigados – o que justifica, inclusive, a estrita regulamentação destes institutos –, mostra-se imperiosa a viabilização de controles epistêmicos no processo penal, visando assegurar que a admissão e valoração dos elementos colhidos sejam condicionadas à observação das hipóteses e procedimentos legalmente previstos.

Muito embora seja geralmente associada à prova científica laboratorial, a necessidade de documentação da cadeia é mais ampla e pode estar relacionada à qualquer fonte de prova “real”, uma vez que ela deverá ser coletada e levada ao processo através de um meio de prova, tal como a juntada de documentos ou a realização de perícias. Pode-se falar também, em cadeia de custódia de elementos imateriais, tais como registros eletrônicos, conversas telefônicas, e-mails, mensagens de voz, fotografias, vídeos da internet, dentre outros. De todo modo, mostrar-se-á necessário um rigoroso registro de todas as pessoas que tiveram os elementos de prova sob o seu poder físico, desde sua coleta até a apresentação em juízo<sup>71</sup>.

Uma vez podendo ser considerado o “princípio síntese” do processo penal, o devido processo legal se mostra como o mais básico fundamento da obrigatoriedade de observância da cadeia de custódia da prova<sup>72</sup>, englobando em seu cerne, as garantias a um processo desenvolvido

---

<sup>70</sup> PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 68.

<sup>71</sup> BADARÓ, Gustavo. *A cadeia de custódia...*, p. 522.

<sup>72</sup> Neste sentido: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Cadeia de custódia da prova*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2020. p. 48-51.

perante um juiz natural, em contraditório e com respeito à ampla defesa, à presunção de inocência e à motivação das decisões<sup>73</sup>.

Mais especificamente, pauta-se este instituto, em primeiro lugar, na tutela do contraditório, designadamente com relação à própria obtenção extraprocessual da fonte de prova, viabilizando às partes, a contestação não apenas da sua legalidade, mas também dos métodos utilizados e de sua própria integralidade e credibilidade. Neste sentido, o desrespeito a determinado procedimento no momento da coleta, manipulação ou transporte do elemento probatório afetará sua fidedignidade, fato que poderá ser constatado e alegado pela parte interessada<sup>74</sup>.

Conforme explica Badaró, o contraditório é uma garantia processual fundamental, não apenas por viabilizar às partes o conhecimento e a reação aos atos que lhes sejam desfavoráveis<sup>75</sup>, mas também por permitir o funcionamento de uma estrutura dialética nas atividades processuais e conseqüentemente, exercer uma importante função heurística<sup>76</sup>, no sentido de ser uma garantia epistemológica que amplia os limites de

<sup>73</sup> Essa noção de devido processo legal como princípio síntese do processo penal é apresentada em: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 97. No Brasil, a Constituição Federal prevê expressamente que: “Art. 5º [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 29 de junho de 2020). Em Portugal, o Código de Processo Penal prevê em seu Art. 2º, que “Artigo 2.º Legalidade do processo. A aplicação de penas e de medidas de segurança criminais só pode ter lugar em conformidade com as disposições deste Código” (PORTUGAL. *DL n.º 78/87, de 17 de fevereiro*: Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?tabela=leis&artigo\\_id=199A0002&nid=199&nversao=&tabela=leis&so\\_miolo=>](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?tabela=leis&artigo_id=199A0002&nid=199&nversao=&tabela=leis&so_miolo=>)>. Acesso em 29 de junho de 2020).

<sup>74</sup> MENEZES, Isabela A.; BORRI, Luiz A.; SOARES, Rafael J. A quebra da cadeia de custódia da prova e seus desdobramentos no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 277-300, jan./abr. 2018. p. 284.

<sup>75</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal...*, p. 60-61.

<sup>76</sup> Destacando a estreita vinculação entre o contraditório, nos termos aqui sustentados, e o direito à prova como condição para demonstrar a veracidade dos fatos narrados pelas partes: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. 2ª. tiragem. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 36-43.

conhecimento do julgador sobre os fatos relevantes e diminui as possibilidades de erros<sup>77</sup>.

Ora, e mesmo nos âmbitos em que há maior presunção de credibilidade das provas, tais como nas científicas e até mesmo nas digitais, é importante a observação de um contraditório duplo, qual seja, não apenas sobre o seu conteúdo propriamente dito, mas também quanto à sua própria admissibilidade, sendo ele pautado na possibilidade de controle da fonte de prova<sup>78</sup>.

Estritamente relacionada ao contraditório<sup>79</sup>, podemos também considerar a garantia à ampla defesa como um dos fundamentos do instituto aqui analisado. Conforme explicam Grinover, Gomes Filho e Scarance Fernandes, esses dois institutos estão intimamente interligados, uma vez que é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que surge o direito de defesa, mas é esta, como correlata ao poder de ação, que garante o contraditório. Em outras palavras, a defesa assegura o contraditório, mas é também por ele que se manifesta e é garantida<sup>80</sup>.

No plano da rastreabilidade das fontes probatórias, já salientamos a importância da documentação da cadeia como, quiçá, a única possibilidade concreta do Acusado, de impugnar a coleta e o transporte dos elementos, bem como os métodos científicos empregados para tanto, apresentando, na oportunidade, as provas que entender cabíveis.

---

<sup>77</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal...*, p. 62.

<sup>78</sup> Neste sentido, com múltiplas citações: MENDES, Carlos Hélder Carvalho Furtado. Dado informático como prova penal confiável(?): apontamentos procedimentais sobre a cadeia de custódia digital. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, n. 161, p. 131-161, nov. 2019. p. 151.

<sup>79</sup> Exemplificativa neste ponto é a lição de Ferrajoli, que sustenta ser a defesa – que outrora não possuía espaço em processos inquisitórios – o mais importante instrumento de controle da atividade probatória acusatória, especialmente mediante o contraditório entre teses acusatórias e defensivas e suas respectivas provas e contraprovas. Conferir com detalhes em: FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. Roma: Editori Laterza, 2004. p. 629.

<sup>80</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 71.

Neste sentido, conforme explica Geraldo Prado, o rastreamento da legalidade da atividade persecutória e o conseqüente repúdio aos possíveis excessos acusatórios só é possível, muitas vezes, com o conhecimento, por parte da defesa, da totalidade dos elementos informativos colhidos ao longo da investigação<sup>81</sup>.

Assim, a concretização de uma efetiva ampla defesa fica a depender, neste ponto, do acesso ao registro dos procedimentos e métodos empregados, bem como da cronologia e das pessoas que tiveram contato com as evidências, razão pela qual é fundamental sua conservação.

Um dos principais fundamentos reside ainda, na necessidade de controles epistêmicos na justiça criminal, controles estes instituídos pelo legislador através da definição de hipóteses de admissibilidade ou inadmissibilidade probatória, regramento da produção dos meios de prova, definição das hipóteses e limites dos meios de obtenção de provas e, residualmente, definição dos limites ao livre convencimento em reforço à presunção de inocência<sup>82</sup>. Na base desta pretensão se encontra uma epistemologia judiciária garantista, que busca assegurar um princípio de estrita jurisdicionalidade, que tenha como condições: a) a verificabilidade ou falsificabilidade das hipóteses acusatórias; e b) a sua prova empírica, mediante um processo que permita sua verificação e eventual refutação<sup>83</sup>. Porém, esses limites epistêmicos não bastam, mostrando-se também necessários limites legais à atividade probatória, para a preservação de valores não necessariamente conexos com a descoberta da verdade, mas sim relacionados à dignidade humana e às liberdades individuais<sup>84-85</sup>.

---

<sup>81</sup> PRADO, Geraldo. Op. Cit., p. 65.

<sup>82</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. A cadeia de custódia..., p. 521.

<sup>83</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., p. 8.

<sup>84</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. A cadeia de custódia..., p. 520.

<sup>85</sup> Conforme leciona Gomes Filho, os limites probatórios aqui mencionados podem ter fundamentos extraprocessuais, tais como a vedação de provas obtidas mediante a violação de direitos fundamentais, ou processuais, quando são excluídas, por exemplo, provas impertinentes, irrelevantes ou que possam levar o julgador a um juízo equivocado. Conferir em: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 93.

Em último termo, assim, a documentação da cadeia de custódia e os possíveis efeitos processuais de sua “quebra” visam assegurar que o direito subjetivo à prova não seja absoluto, uma vez que suas eventuais restrições, em última análise, asseguram o direito dos demais interessados, à uma prova corretamente obtida, produzida e valorada. Em outras palavras, “*ao direito à prova* corresponde, como verso da mesma medalha, um *direito à exclusão* das provas que contrariem o ordenamento”<sup>86-87</sup>.

Muito embora se trate de uma construção doutrinária e jurisprudencial de grande relevo no ordenamento jurídico norte-americano, caracterizado por seu procedimento adversarial e pelos mecanismos de *discovery* nas fases pré-processuais<sup>88</sup>, a cadeia de custódia da prova tem

---

<sup>86</sup> Ibidem, p. 93.

<sup>87</sup> É importante destacar que, no que tange especificamente ao ordenamento jurídico português, a doutrina majoritária entende restar prejudicada a caracterização do processo penal como um processo de partes, dentre outras razões, por estar a atuação do Ministério Público orientada pelo princípio da legalidade. Neste sentido, por todos: ANTUNES, Maria João. *Direito processual penal*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 31-32; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. 1. ed. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 239 e ss.; ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova no processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 206. Este entendimento nos faz questionar a idoneidade deste específico último fundamento (direito da “parte contrária” à uma prova lícita) para sufragar a importância de controles epistêmicos no processo penal português. Contudo, ainda que certamente não possamos (e nem pretendamos) descaracterizar todo um sistema processual penal para atender a um específico nicho de casos, parece-nos que, conforme melhor abordaremos no último tópico, os processos penais que tenham como arguidas pessoas coletivas, muitas vezes apresentam singularidades que acabam por se somar aos demais fundamentos supramencionados (contraditório, ampla defesa e devido processo legal) e tornar imperiosos estes controles, mesmo em um sistema acusatório misto. Com isso queremos dizer que, a crescente possibilidade de que um dos Arguidos (pessoa coletiva) promova investigações preliminares e aponte provas que possam ser prejudiciais a outro Arguido (pessoa singular), faz com que o processo penal assuma, ao menos destes casos, algumas características de um processo de partes.

<sup>88</sup> Conforme explica Taruffo, nos ordenamentos jurídicos de *Common Law*, nomeadamente na fase preliminar do processo, os mecanismos de *Discovery* exercem a importante função de permitir que uma das partes conheça os elementos de prova que estão na posse da outra. Trata-se de uma obrigação que, nos Estados Unidos, abrange todos os meios de prova relevantes ao assunto em causa (com exceção daqueles protegidos por privilégios) e que permite, em último termo, a definição dos fatos que fundamentam a demanda ou a

ganhado relevo legislativo também nos ordenamentos jurídicos de *civil law*. É o que se observa, por exemplo, no “Capítulo V” do *Código de Procedimiento Penal de Colombia*, que em seus Artigos 254 e subsequentes, regulamenta especificamente a cadeia de custódia<sup>89</sup>.

O ordenamento jurídico brasileiro também passou a prever expressamente a cadeia de custódia da prova no Código de Processo Penal, especialmente após as modificações inseridas pela Lei 13.964/2019 (Lei Anticrime)<sup>90</sup>. Em seus Artigos 158-A e subsequentes, observamos não apenas o conceito deste instituto, como ainda a regulamentação das etapas e de alguns procedimentos a serem observados<sup>91</sup>. É verdade porém, que

---

defesa. Neste sentido: TARUFFO, Michele. *La prueba*. Traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 118-120. Os mecanismos de *discovery* estão expressamente previstos na *Rule 16*, das *Federal Rules of Criminal Procedure*, podendo ser consultados em: UNITED STATES. *Federal Rules of Criminal Procedure*. As amended to December 1, 2019. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp>>. Acesso em 26 de junho de 2020. Conferir ainda, sobre o tema e suas influências nos controles epistêmicos: PRADO, Geraldo. Op. Cit., p. 72-86.

<sup>89</sup> Conferir com detalhes em: COLOMBIA. *Código de Procedimiento Penal Colombiano (Ley 906 de 2004)*. Disponível em: <[http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l\\_20190708\\_03.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20190708_03.pdf)>. Acesso em 26 de junho de 2020.

<sup>90</sup> Sobre os aspectos positivos e deficitários desta alteração legislativa, conferir: VIEIRA, Antonio. A cadeia de custódia da prova no processo penal: algumas notas sobre as alterações promovidas pela Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime). *Trincheira Democrática: Boletim do Instituto Baiano de Direito Processual Penal*, ano 3, n. 7, p. 27-32, fev./2020. p. 30 e ss. Para uma análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça anterior à aprovação da Lei Anticrime, conferir: ÁVILA, Gustavo Noronha de; BORRI, Luiz Antonio. A cadeia de custódia da prova no “Projeto de Lei Anticrime”: suas repercussões em um contexto de encarceramento em massa. *Revista Direito Público*, v. 16, n. 89, p. 114-132, set./out. 2019. p. 121-124.

<sup>91</sup> Destacamos: “Art. 158-A. Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte. § 1º O início da cadeia de custódia dá-se com a preservação do local de crime ou com procedimentos policiais ou periciais nos quais seja detectada a existência de vestígio. § 2º O agente público que reconhecer um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial fica responsável por sua preservação. § 3º Vestígio é todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal” (BRASIL. *Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*: aperfeiçoa a legislação penal e processual



a redação adotada pelo legislador fora bastante restritiva, seja por fazer recair a cadeia de custódia tão somente sobre “vestígios materiais”, nos termos do §3º. – desconsiderando, assim, toda uma sorte de elementos de prova imateriais que mereciam resguardo -, seja por seu silêncio quanto aos efeitos da não preservação da cadeia e ao momento processual de sua apreciação<sup>92</sup>.

Cumprir destacar que, quando usualmente se fala em violação ou “quebra” da cadeia de custódia, não é propriamente a cadeia que fora rompida, mas sim, a sua documentação. Em outras palavras, sendo a “cadeia de custódia”, propriamente dita, o conjunto de pessoas que tiveram contato com a fonte de prova e seus respectivos momentos específicos, ela não é passível *per se* de ser violada, mas sim, pode haver uma elipse no seu registro<sup>93</sup>.

Uma vez que sem essa documentação torna-se questionável a autenticidade e integridade da fonte, bem como e conseqüentemente, dos elementos de prova dali extraídos, ganha especial relevo no âmbito das investigações internas e do eventual aproveitamento em processo penal<sup>94</sup>,

---

penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art3](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art3)>. Acesso em 26 de junho de 2020).

<sup>92</sup> MATIDA, Janaina. A cadeia de custódia é condição necessária para a redução dos riscos de condenações de inocentes. *Boletim IBCCRIM*, ano 28, n. 331, p. 6-9, jun./2020. p. 7-8. Para uma detida análise dos procedimentos previstos pelo novo regime, conferir em: DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. *Comentários ao pacote anticrime: Lei 13.964/2019*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 117-123.

<sup>93</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *A cadeia de custódia...*, p. 524.

<sup>94</sup> Ainda que não seja possível uma análise minuciosa dos fundamentos e das limitações deste posicionamento e conforme já é possível se depreender dos próprios objetivos do presente trabalho, sustentamos que, a princípio, os elementos de informação advindos dos programas de *compliance* são admissíveis em processo penal, especialmente quando apresentadas pela pessoa jurídica em sua própria defesa. Um entendimento contrário, ao nosso ver, iria de encontro ao direito de defesa e ao direito à prova da pessoa jurídica acusada, bem como afetaria a própria funcionalidade dos programas de *compliance*, sendo um fator de desincentivo à adoção destes mecanismos. Questão bem mais tortuosa é a de saber se serão igualmente admissíveis estes elementos, quando apresentados pela Acusação, em desfavor de um outro Acusado (tais como um empregado ou colaborador) ou até mesmo quando apresentadas pela defesa da corporação, mas em desfavor daquele. Nesta última hipótese, inclusive, estariam em jogo os direitos de defesa de ambos

os Acusados, para além, é claro, das garantias ao contraditório e ao devido processo legal do sujeito afetado pela prova. Se por um lado, os programas de *compliance*, de fato, exercem um importante papel de colaboração para com a administração da justiça, por outro, não podemos abstrair do fato de que estes procedimentos são conduzidos em âmbito privado e sem contraditório judicial. A despeito da necessidade de maior desenvolvimento destas ideias, algumas premissas iniciais, ao nosso ver, já podem ser propostas para discussão, sendo elas: I) estes elementos serão admissíveis *quando apresentados pelo Acusado, no exercício do seu direito de defesa*, podendo ser plenamente valorados para este fim, ressalvadas, é claro, as hipóteses a serem analisadas caso a caso, em que haja ilicitude na sua obtenção (p. ex., tortura de um terceiro). II) Sejam eles apresentados pela Acusação ou pelo Corréu, *estes elementos jamais poderão fundamentar, por si só, uma condenação*. Entre a plena valoração e a inadmissibilidade, essa seria uma solução intermédia, que visaria atender aos interesses relacionados à funcionalidade das investigações internas, em seu viés colaborativo para com o Estado, na descoberta da verdade, mas sem desatender ao direito dos eventuais afetados, ao devido processo legal e ao contraditório. Em um regime análogo ao dos elementos de informação advindos das investigações preliminares, os documentos provenientes destes procedimentos privados serão suficientes tão somente para fundamentar a abertura de um inquérito oficial ou a apresentação de uma denúncia. Sobre este ponto específico, conferir: CANESTRARO, Anna Carolina. Op. Cit., p. 95 e ss.. III) em consequência da primeira premissa, *um documento advindo de investigações internas, apresentado pela pessoa jurídica acusada, ainda que em sua defesa, não poderá ser valorado para fins de fundamentar a condenação de outro Acusado*. Há, ao nosso ver, dois possíveis caminhos passíveis de serem discutidos, para a conciliação entre o direito de defesa de ambos os Acusados nestas hipóteses: a) o primeiro, seria o de considerar que, muito embora pessoas físicas e jurídicas gozem do direito de defesa e das garantias a ele atinentes, *estes direitos não necessariamente teriam o mesmo “peso”*. Neste sentido, conferir: ANTUNES, Maria João. Privatização das investigações..., p. 126-127. Assim, estando em conflito os direitos de defesa da pessoa física e jurídica, os da primeira gozariam de certa primazia, seja em razão da relativização admitida quantos a essas últimas, em razão de sua natureza (cfr. Art. 12º., 2, Constituição da República Portuguesa), seja pela própria vinculação de alguns direitos processuais, não apenas com as garantias relacionadas ao equilíbrio processual, mas também para com a própria dignidade humana, a qual não seria extensível às pessoas coletivas. Sobre esta questão, especificamente no que toca ao direito à não autoincriminação: NEIRA PENA, Ana María. *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. p. 235 e ss.. b) A segunda hipótese seria o uso da faculdade prevista pelos Art. 30º do Código de Processo Penal Português e Art. 80 do Código de Processo Penal Brasileiro, os quais preveem a *separação dos processos*, admitindo, ambos os ordenamentos, essa possibilidade, por questões de conveniência, dentre as quais, a de graves riscos para os interesses do Acusado.

dos elementos nelas colhidos, o questionamento sobre como assegurar a inviolabilidade da cadeia de custódia quando, na base da descoberta das fontes de prova, encontram-se entes privados. Debruçar-nos-emos sobre esta problemática no tópico subsequente.

### **3. RASTREABILIDADE DAS FONTES DE PROVA NAS INVESTIGAÇÕES INTERNAS: POSSIBILIDADES, FUNDAMENTOS E EVENTUAIS IMPLICAÇÕES DA SUA VIOLAÇÃO**

Conforme já mencionado ao longo do trabalho, de maneira idêntica à inexistência de previsões legais quanto à promoção ou não de uma investigação interna, há uma incontestada (e talvez justificada) lacuna no que toca aos eventuais deveres de documentação da recolha de evidências nestes procedimentos, constando estes, quando muito, nos manuais de *compliance* e demais normativas internas. Observa-se, porém, que apesar deste vazio legal, a documentação da cadeia de custódia da prova<sup>95</sup> não apenas é possível, como já é observada e executada pela generalidade dos escritórios especializados neste âmbito, o que nos faz questionar quais seriam as razões de fundo para tanto.

A primeira dessas razões, ao nosso ver, diz respeito à submissão de muitas empresas, ao ordenamento jurídico norte-americano, por estarem listadas no mercado de valores local ou terem suas ações negociadas no “mercado de balcão” nos Estados Unidos, estando assim, submetidas

---

<sup>95</sup> Cumpre-nos salientar aqui, a título de esclarecimento terminológico, que ao empregarmos o termo “cadeia de custódia da prova” no âmbito das investigações internas, o fazemos por fidelidade à forma pela qual o próprio instituto é conhecido na doutrina e jurisprudência. Não queremos com ele dizer, necessariamente, que todos os elementos colhidos neste âmbito das investigações internas reúnem as condições necessárias para serem considerados “provas” em sentido estrito, tal como previsto, por exemplo, no Artigo 155 do Código de Processo Penal Brasileiro, que assim considera somente aquelas produzidas em contraditório judicial. Conferir com detalhes em: BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*: Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em 26 de junho de 2020.

às provisões da *FCPA* (*Foreign Corrupt Practices Act*)<sup>96</sup>. Ora, e sendo a cadeia de custódia, conforme já analisado, um instituto de primeira relevância neste sistema, uma eventual falta de cuidado por parte da pessoa coletiva, para com os registros das evidências por ela colhidas no âmbito de uma investigação interna, poderá prejudicar toda a estratégia defensiva da corporação em eventual processo em causa.

A segunda razão, intimamente relacionada com a supracitada, residiria no incontestado interesse empresarial na obtenção dos “benefícios” processuais já aqui analisados, os quais podem estar vinculados, muitas vezes, com a “utilidade” – do ponto de vista das entidades estatais de controle e persecução - dos elementos colhidos. Observa-se, por exemplo, que o *Memorandum McNulty*, do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, prevê expressamente como um dos aspectos a serem considerados pelos Procuradores Federais, ao avaliarem o processamento ou não de uma pessoa jurídica, a sua voluntária e temporânea colaboração, sendo considerados como fatores negativos o atraso ou a incompletude no fornecimento dos dados<sup>97</sup>.

---

<sup>96</sup> “Who Is Covered by the Anti-Bribery Provisions? The FCPA’s anti-bribery provisions apply broadly to three categories of persons and entities: (1) “issuers” and their officers, directors, employees, agents, and shareholders; (2) “domestic concerns” and their officers, directors, employees, agents, and shareholders; and (3) certain persons and entities, other than issuers and domestic concerns, acting while in the territory of the United States. [...] How Can I Tell If My Company Is an “Issuer”? It is listed on a national securities exchange in the United States (either stock or American Depository Receipts); or the company’s stock trades in the over-the-counter market in the United States and the company is required to file SEC reports” (CRIMINAL DIVISION OF THE U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE; ENFORCEMENT DIVISION OF THE U.S. SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION. *FCPA: a resource guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*. 2012. Disponível em: <<https://www.ganintegrity.com/portal/anti-corruption-legislation/fcpa-foreign-corrupt-practices-act/>>. Acesso em 26 de junho de 2020).

<sup>97</sup> “VII. Charging a Corporation: The Value of Cooperation A. General Principle: In determining whether to charge a corporation, that corporation’s timely and voluntary disclosure of wrongdoing and its cooperation with the government’s investigation may be relevant factors. In gauging the extent of the corporation’s cooperation, the prosecutor may consider, among other things, whether the corporation made a voluntary and timely disclosure, and the corporation’s willingness to provide relevant evidence and to identify the culprits within the corporation, including senior executives. [...] Another factor to be weighed by

Ora, essa perspectiva de análise dos programas de *compliance* em seu viés de colaboração para com a administração da justiça – sendo na prática, o departamento de *compliance*, muitas vezes enxergado como uma espécie de “extensão” do gabinete dos órgãos de controle e persecução<sup>98</sup> – impõe às pessoas jurídicas e aos seus responsáveis pelo cumprimento normativo e pelas investigações internas, uma inegável preocupação para com a fiabilidade das provas colhidas, uma vez que, ainda que elas não sejam legalmente obrigadas a observar a documentação da cadeia de custódia, sua quebra poderá prejudicar os benefícios almejados pela corporação.

Por fim, não podemos abstrair de que a carga das investigações internas, especialmente das realizadas em corporações de grande complexidade, encontram-se grandes escritórios e empresas de renome, cujo valor reputacional é um vetor importante a ser considerado. Com isso queremos dizer que, ainda que não sejam legalmente obrigadas a tanto, as responsáveis pela condução das investigações internas tendem a ser

---

*the prosecutor is whether the corporation, while purporting to cooperate, has engaged in conduct intended to impede the investigation (whether or not rising to the level of criminal obstruction). Examples of such conduct include: [...] incomplete or delayed production of records; and failure to promptly disclose illegal conduct known to the corporation”* (U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. OFFICE OF THE DEPUTY ATTORNEY GENERAL. *Memorandum McNulty*. Washington D.C., 2006. Disponível em: <[https://www.justice.gov/sites/default/files/dag/legacy/2007/07/05/mcnulty\\_memo.pdf](https://www.justice.gov/sites/default/files/dag/legacy/2007/07/05/mcnulty_memo.pdf)>. Acesso em 23 de maio de 2020. p. 7; 12).

<sup>98</sup> É importante salientar que de maneira alguma refratamos a importância do viés colaboracional dos programas de *compliance* para com a administração da justiça, uma vez que, em sendo eles um instrumento que visa, acima de tudo, a promoção de uma cultura de ética e de cumprimento normativo no cerne empresarial, seria totalmente despropositada a sua utilização como uma forma de obstaculizar a descoberta de ilícitos. Contudo, somos críticos a uma percepção unilateral destes mecanismos, que eventualmente os considera tão somente como instrumentos de facilitação da obtenção de dados que, de outra forma, estariam menos acessíveis ao Estado. Se por um lado os programas de *compliance* são ferramentas fundamentais para superação das constatadas dificuldades de enfrentamento da criminalidade empresarial, por outro, seu manejo encontra inultrapassáveis limites justamente ali, onde essas dificuldades persecutórias são originadas justamente dos direitos e garantias das pessoas físicas e jurídicas afetadas, cuja observância se impõe.

zelosas para com a cadeia de custódia e sua respectiva documentação, uma vez que a credibilidade de seus serviços e até mesmo a eficácia do programa de *compliance* da empresa contratante estão em jogo.

Dito isso, surge o questionamento sobre como assegurar a inviolabilidade dos registros da cadeia de custódia de provas derivadas de investigações internas<sup>99</sup>. De maneira geral, observamos que as fontes de prova que apresentam potenciais maiores dificuldades são os exames técnicos (uma perícia em uma barragem ou em determinado equipamento da linha de produção, por exemplo) e os documentos digitais<sup>100</sup>, merecendo estes últimos, em razão de suas particularidades, maiores considerações.

As evidências digitais se destacam por sua imaterialidade, volatilidade, fragilidade<sup>101</sup> e consequente facilidade de desaparecimento e contaminação<sup>102</sup>. Em outras palavras, há um grande risco de *evidence dynamics*, observada quando há alteração, realocação e obliteração da

<sup>99</sup> Cumpre-nos salientar que, uma vez que os concretos métodos variarão de acordo com o setor de atuação da companhia e com o tipo de fonte de prova, nosso objetivo no presente tópico não é o de descrever o método científico a ser adotado pelo especialista no caso, mas tão somente apontar, a título exemplificativo, as fontes de informação que tendem a apresentar maiores dificuldades e possíveis medidas a serem adotadas para assegurar a rastreabilidade.

<sup>100</sup> Conforme destaca Sónia Fidalgo, a recolha de prova em ambiente digital não diz respeito tão somente ao domínio da chamada *cibercriminalidade*, podendo ser relevante para a apuração de fatos relativos a quaisquer crimes, mesmo àqueles que não foram cometidos em ambiente digital. Cfr.: FIDALGO, Sónia. A utilização da inteligência artificial no âmbito da prova digital – direitos fundamentais (ainda mais) em perigo. In: RODRIGUES, Anabela Miranda. *Inteligência artificial no direito penal*. Coimbra: Almedina, 2020. p. 129-162. p. 132 e ss.

<sup>101</sup> Diz-se que a prova digital é *imaterial* porque ela necessita de um suporte físico para sua visualização, pois, do contrário, seria uma mera sequência de *bits*. Em decorrência desta imaterialidade, diz-se que ela é *frágil* e *volátil*, pois sua manipulação descuidada poderá ensejar a alteração de suas propriedades, bem como seu desaparecimento poderá decorrer de fatores como a falta de bateria do dispositivo ou a realização de uma nova gravação sobre a antiga. Neste sentido, com múltiplas citações: RAMALHO, David da Silva. *Métodos ocultos de investigação criminal em ambiente digital*. Coimbra: Almedina, 2017. Versão ebook. Não paginado. Capítulo II. Seção 2.2.

<sup>102</sup> Neste sentido, com múltiplas citações: RAMALHO, David da Silva. Op. Cit., N.P., Capítulo II. Seção 2.2; MENDES, Carlos Hélder Carvalho Furtado. Dado informático como prova penal confiável(?): apontamentos procedimentais

prova, ainda que involuntárias<sup>103</sup>. Essa contaminação, aliás, pode se dar não apenas pelo contato físico inapropriado com o dispositivo ou suporte físico que contém o dado, mas também digitalmente<sup>104</sup>.

O primeiro passo recomendado para prevenir uma contaminação no momento do exame é a realização de uma cópia integral do sistema a ser periciado (*bitstream copy*), uma vez que a análise do próprio original coloca em risco sua integralidade e autenticidade. Neste procedimento de cópia, deve ser utilizado um *write-blocker*, evitando que um sistema informático introduza ou altere dados em outro com o qual ele esteja conectado<sup>105</sup>.

Todas as cópias devem ser validadas com o chamado *Hash*, que é um algoritmo aplicado a um determinado *input*, gerando um *output* codificado. Ao ser aplicado a certos documentos ou conjunto de dados digitais, é criado um código alfanumérico que funciona como uma espécie de “impressão digital”. A aplicação do *Hash* ao mesmo conjunto de dados ou documentos gerará sempre o mesmo código, sendo possível, então, a partir dele, saber se houve ou não alteração nos dados analisados<sup>106</sup>.

Na análise das informações digitais, o investigador não poderá, ainda, abstrair da chamada *metadata*, ou “dados sobre dados”, que contém

---

sobre a cadeia de custódia digital. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, n. 161, p. 131-161, nov. 2019. p. 136.

<sup>103</sup> Conforme explica Eoghan Casey, os investigadores e peritos em evidências digitais raramente terão a oportunidade de examinar a “cena do crime digital” em seu estado original, devendo contar, portanto, com alterações, realocações, obliterações ou ocultações promovidas pelos suspeitos, vítimas, peritos, policiais ou quaisquer outros que tenham tido contato com os dados. Conferir em: CASEY, Eoghan. Foundations of digital forensics. In: CASEY, Eoghan (ed.). *Digital Evidence and Computer Crime: forensic science, computers and the internet*. 3. ed. Waltham, MA: Elsevier, 2011. p. 3-34. p. 27.

<sup>104</sup> Sobre as modalidades “física” e “digital” de contaminação: MENDES, Carlos Hélder Carvalho Furtado. Dado informático como prova penal confiável(?): apontamentos procedimentais sobre a cadeia de custódia digital. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, n. 161, p. 131-161, nov. 2019. p. 148-149; MARSHALL, Angus. *Digital forensics: Digital Evidence in Digital Investigation*. West Sussex, UK: Wiley-Blackwell, 2008. p. 41.

<sup>105</sup> Neste sentido, com múltiplas citações: RAMALHO, David da Silva. Op. Cit., N.P., Capítulo II. Seção 3.2.

<sup>106</sup> *Ibidem*, N.P., Capítulo II. Seção 3.2.

informações muito importantes, tais como horário e data de modificação, pessoas que tiveram acesso ou que tinham permissão para tanto e até mesmo quem excluiu determinados arquivos<sup>107</sup>.

O *National Institute for Standards and Technology* propõe um modelo “quadripartite” para o procedimento de investigação em ambiente digital, consistente nas fases de I) recolha – que engloba a identificação, rotulagem e registro; II) exame; III) análise e IV) apresentação de relatório, o qual deverá necessariamente fazer constar cada passo relevante da investigação, tais como métodos, procedimentos, ferramentas, dentre outros<sup>108</sup>.

Desta sucinta análise e no que toca aos específicos interesses do presente trabalho, é possível depreender que o especialista tem, no âmbito da obtenção de elementos digitais em investigações internas, não apenas o dever de colhe-los e manuseá-los de acordo com os procedimentos científicos aplicáveis, preservando sua integralidade e autenticidade, mas também a obrigação de registrar cada uma das etapas deste procedimento, para que constem os respectivos intervenientes, os específicos momentos de coleta e manuseio, os métodos empregados e o estado em que os dados foram obtidos. Essa documentação é fundamental no sentido de tentar assegurar a rastreabilidade destes elementos e viabilizar o acesso e eventual impugnação pelos interessados.

Estas considerações certamente serão válidas também para as demais espécies de evidências colhidas no âmbito de uma investigação interna, sendo que em cada qual, serão aplicados os respectivos procedimentos e metodologia científica, sendo crucial, em todo caso, a documentação e registro das etapas, métodos, cronologia e intervenientes.

Dito isso, observamos que não apenas é possível o devido registro da cadeia de custódia no âmbito das investigações internas, como também que se trata de uma diligência que já é observada nesta seara, ainda que

---

<sup>107</sup> Ibidem, N.P., Capítulo II, Seção 2.2.

<sup>108</sup> Este modelo pode ser consultado com detalhes em: NATIONAL INSTITUTE OF STANDARDS AND TECHNOLOGY – NIST. *Guide to Integrating Forensic Techniques into Incident Response: Recommendations of the National Institute of Standards and Technology*. 2006. Disponível em: <<https://csrc.nist.gov/publications/detail/sp/800-86/final>>. Acesso em 27 de junho de 2020. Na doutrina, adotando esta classificação: RAMALHO, David da Silva. Op. Cit., N.P., Capítulo II, Seção 3.2.



sem determinação legal. Questiona-se, porém, quais seriam as possíveis implicações processuais penais da violação da cadeia. Em outras palavras, seriam admissíveis em processo penal, elementos de prova colhidos em investigações internas, cuja rastreabilidade estivesse prejudicada?

Nesse escopo no qual as fontes de provas são descobertas não por órgãos estatais, mas sim por particulares que têm especial interesse nos fatos que elas podem vir a corroborar, deve prevalecer de maneira ainda mais acentuada, uma lógica de “desconfiança” sobre as provas<sup>109</sup>. É por esta razão que, ao nosso ver, a quebra da cadeia de custódia das evidências advindas destes procedimentos privados, não pode ser considerada irrelevante no plano processual penal, especialmente se vislumbramos que, para além de seu uso na instrução da defesa corporativa, estes documentos poderão vir a ser utilizados para corroborar uma pretensão acusatória em face de terceiros, tais como funcionários e colaboradores da empresa.

Afastada, assim, sua irrelevância, há duas possíveis consequências processuais penais para as provas cuja rastreabilidade esteja prejudicada: I) a prova seria ilegítima (ou proibida)<sup>110</sup> - e portanto, inadmissível no

---

<sup>109</sup> Segundo Baytelman e Duce, uma vez que “provas materiais” – assim consideradas os objetos e documentos apresentados em juízo – são coletadas sem imediação do juiz e não estando sujeitas a um contraditório quando em seu estado original, deve sua produção em juízo estar regida por uma lógica de “desconfiança”, a qual tem como consequência a necessidade de que estes objetos e documentos sejam “acreditados”, ou seja, de que haja comprovação da sua correspondência com aquilo que são declarados. Conferir com detalhes em: BAYTELMAN A., Andrés; DUCE J., Mauricio. *Litigación penal: juicio oral y prueba*. 1. ed. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2004. Página Irregular. Capítulo VII, Seção 1. Na mesma linha: PRADO, Geraldo. Ainda sobre a “quebra da cadeia de custódia das provas”. *Boletim IBCCRIM*, ano 22, n. 262, p. 16-17, set./2014. p. 17.

<sup>110</sup> Sem prejuízo de outras classificações, a doutrina brasileira costuma distinguir no âmbito da “prova ilegal” – cuja obtenção se dera com violação de leis ou de princípios gerais do ordenamento -, as I) “provas ilegítimas”, quando a proibição for colocada por lei processual; e as II) “provas ilícitas”, quando a proibição for de cariz “material”. Neste sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini et. al., *Op. Cit.*, p. 126-127. A configuração da ilicitude se daria no momento da obtenção da prova, tendo como sanção processual a sua inadmissibilidade, devendo ser desentranhada dos autos, nos termos do Art. 157 do CPP. Já a ilegitimidade ocorreria na fase de produção da prova, tendo como sanção processual a sua nulidade, impondo, se possível, sua renovação, nos termos

processo, devendo, se for o caso, ser desentranhada; ou então II) a prova poderia ser admitida, mas seria valorada de maneira atenuada a depender da situação<sup>111-112</sup>.

A doutrina majoritária, especialmente a brasileira, vai no sentido da primeira solução, sustentando haver uma ilegalidade que deveria ensejar inadmissibilidade ou, se for o caso, exclusão da prova viciada

---

do Art. 573 do CPP. Neste sentido: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas: Lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord.). *As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 246-297. p. 266. Na doutrina portuguesa, por sua vez, é feita a distinção entre as “proibições de prova” e as “regras de produção de prova”, sendo que na primeira categoria – consubstanciada como um verdadeiro limite à própria descoberta da verdade – estariam englobadas as proibições de produção da prova e as proibições de valoração da prova, sendo em todo caso, sua consequência, a ilicitude probatória. Já quanto às regras sobre a produção da prova, elas disciplinariam o procedimento exterior de sua realização, não implicando, porém, em proibição de valoração, mas sim, em responsabilização de quem a produziu, se for o caso. Neste sentido: ANDRADE, Manuel da Costa. Op. Cit., p. 83 e ss.. Na mesma linha, mas salientando que o dever de advertência do juiz, quanto à não obrigatoriedade do Arguido de responder as perguntas, seria uma verdadeira proibição de prova e não uma mera prescrição ordenativa: DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. Cit., p. 446. Esta distinção parte da proposta de Gössel, de consideração das proibições probatórias como barreiras ao objeto sobre o qual poderá recair a sentença, barreiras estas que independem da etapa do procedimento preliminar ou processual penal em que houvera a violação do ordenamento jurídico. Conferir com detalhes em: GÖSSEL, Karl Heinz. As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 2, n. 3, p. 397-441, jul./set. 1992, p. 439 e ss.; GÖSSEL, Karl Heinz. La prueba ilícita en el proceso penal. *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, n. 1, p. 27-116, 2001, p. 104 e ss.

<sup>111</sup> Essas duas possibilidades são apresentadas em: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal...*, p. 512.

<sup>112</sup> Para Guilherme Madeira Dezem, três poderiam ser as consequências: a ilicitude da prova, quando a ilegalidade advenha de norma de direito material; a nulidade, quando advenha de norma de direito processual; ou o enfraquecimento da força probante. Neste sentido: DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 6.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. Versão ebook. Não paginado. Capítulo 11. Seção 11.14.21. Ainda que teoricamente factível, observamos ser, na prática, pouco crível que a violação da documentação da cadeia de custódia advenha de uma norma de direito material.

dos autos<sup>113</sup>. A recém aprovada Lei 13.964/19, conforme já salientamos, fora silente a respeito, havendo posicionamentos também, no sentido de que haveria nulidade pela não observância das regras relativas à cadeia de custódia, podendo, contudo, o órgão acusador – se for ele quem a produziu – comprovar que não houvera prejuízo e afastar a nulidade<sup>114</sup>. No ponto de vista da dinâmica processual, porém, uma vez que na maior parte das vezes a prova maculada já integrará o processo e o juízo quanto à sua ilicitude será feito *a posteriori*, não haverá diferenças concretas, ao menos no plano cronológico, entre o desentranhamento decorrente da inadmissibilidade e a nulidade<sup>115</sup>.

Esse posicionamento, porém, ainda que muito bem fundamentado na justificada preocupação de que provas de “baixa credibilidade” possam vir a influenciar a narrativa processual e possivelmente fundamentar uma condenação, enfrenta uma dificuldade adicional no específico âmbito que aqui analisamos. Conforme já sustentado ao longo do trabalho, as recentes tendências de “privatização das investigações” – escopo no qual inserimos, não apenas as investigações internas corporativas, quando analisadas sob o viés de sua potencial relação para com um processo penal, mas também as investigações defensivas como um todo – certamente potencializaram a possibilidade de que a quebra da cadeia de custódia seja ocasionada não pelos agentes estatais de investigação, mas sim, pela própria defesa e seus investigadores privados.

Neste caso, se por um lado o vício poderá recair sobre um elemento potencialmente prejudicial ao eventual Corréu, por outro, poderá

---

<sup>113</sup> Neste sentido: PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia...*, p. 134; MATIDA, Jaina. Op. Cit., p. 8; EDINGER, Carlos. Cadeia de custódia, rastreabilidade probatória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 120, p. 237-257, mai./jun. 2016. p. 252-254; MENDES, Carlos Hélder Carvalho Furtado. Op. Cit., p. 150. Também em Portugal, por todos: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Op. Cit., p. 97-98.

<sup>114</sup> DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. Op. Cit., p. 123-124. Esta leitura a partir da ideia de “prejuízo” é viabilizada pela literalidade do Artigo 563 do Código de Processo Penal, que prevê: “Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa” (BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*: Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em 26 de junho de 2020).

<sup>115</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal...*, p. 455.

ser relativo a dado fundamental para a defesa da pessoa jurídica e até mesmo das pessoas singulares eventualmente implicadas. Dito isso, seja qual for a solução adotada – de inadmissibilidade ou não – podemos nos questionar sobre qual seria a resposta para o caso em que a ilicitude ou irregularidade ocorresse em prova favorável a um ou mais Acusados. Poderia ela ser admitida e valorada?

Ora, a partir do segundo entendimento doutrinário exposto acima, qual seja, o da admissão da prova e eventual atenuação de sua credibilidade na fase de valoração, a solução mais adequada seria a de remeter este juízo para o âmbito da valoração da prova, especialmente nos casos em que haja irregularidades ou omissões leves, sem indicativos concretos de substituição, adulteração ou modificação da fonte de prova. Mas também nas hipóteses mais contundentes, com vícios mais graves e maiores dúvidas quanto à autenticidade ou integridade da fonte de prova, esse juízo seria feito pelo julgador, de maneira mais rigorosa, no momento da valoração<sup>116-117</sup>.

Os fundamentos desta linha, conforme explica Badaró, residiriam no entendimento de que as irregularidades na cadeia de custódia não seriam suficientes para ensejar a ilicitude probatória, uma vez que essa documentação da cadeia não seria a “prova” propriamente dita, mas sim,

---

<sup>116</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. A cadeia de custódia..., p. 535. Em sentido próximo, Paolo Tonini e Carlotta Conti sustentam que, ao invés de declarar de pronto a *inutilizzabilità*, o controle do juiz sobre as fases do procedimento adotado e sobre a própria autenticidade da evidência poderá ser exercido, em contraditório de partes e levando sempre em conta as particularidades do caso, seja a partir de máximas da experiência, seja através do recurso a leis científicas. Conferir com detalhes em: TONINI, Paolo; CONTI, Carlotta. *Il diritto delle prove penali*. Prima edizione aggiornata. Milano: Giuffrè Editore, 2012. p. 334-335.

<sup>117</sup> O direito à prova se manifesta nos seguintes momentos: I) o *direito à investigação*, que engloba a faculdade de procurar e descobrir provas; II) o *direito de proposição de provas*, referente à indicação e requerimento de provas, que podem ou não ser admitidas, de acordo com sua licitude, pertinência e relevância; III) o *direito à produção de provas*, através do qual se assegura aos interessados a participação no ato de produção dos meios de prova; e por fim, um IV) *direito à valoração das provas*, não podendo o julgador ignorar elementos de informação constantes dos autos. Conferir com detalhes em: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova...*, p. 88-89. Em sentido próximo: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal...*, p. 446-447.

uma “prova sobre a prova”, cuja finalidade não seria a de demonstrar a veracidade ou falsidade das afirmações sobre os fatos, mas sim, assegurar a autenticidade e integridade da fonte da prova<sup>118</sup>.

Ainda que considerados os riscos dessa opção, a remessa dessa avaliação para um momento posterior viabilizaria ao julgador uma apreciação da gravidade e extensão da “quebra”, das dúvidas que ela eventualmente enseja quanto ao elemento probatório e do concreto valor a lhe ser atribuído. Essa liberdade de apreciação, se por um lado poderia gerar um receio de eventuais arbitrariedades e redução da segurança jurídica, por outro, seria uma imperiosidade decorrente da maior participação ativa da defesa nas investigações, impedindo que esta viesse a ter inadmitidos elementos probatórios que poderiam lhe ser favoráveis. Ademais, não podemos nos abstrair do fato de que, em razão da imperiosidade da motivação das decisões, o concreto valor atribuído a um meio de prova cuja cadeia de custódia fosse violada certamente deveria constar da decisão e, em sendo o caso, poderia ser impugnado através dos competentes recursos.

Caso assim entendêssemos, as normas referentes à cadeia de custódia e sua documentação seriam, na linha da supramencionada categorização proposta por Costa Andrade<sup>119</sup>, regras sobre a própria produção da prova, sendo que sua eventual violação faria diminuir sua credibilidade mas não implicaria necessariamente em ilicitude probatória e consequente inadmissibilidade ou proibição de valoração, devendo ser ela devida e motivadamente valorada na sentença.

Vale ressaltar, contudo, que ainda no escopo desta segunda corrente de pensamento, são feitas algumas ressalvas no que toca à *digital evidence*. Segundo Gustavo Badaró, a desmaterialização e a facilidade de mutação dos elementos de prova digital justificariam a adoção de uma solução diversa, vez que se os métodos adotados na obtenção e produção desses elementos não forem fiáveis, eles não gozarão de qualquer potencial epistêmico, não possuindo aptidão para comprovar qualquer fato. Para o autor, “num sistema que respeite a presunção de inocência, não se poderá exigir do acusado a demonstração do prejuízo pela não

---

<sup>118</sup> BADARÓ, Gustavo. *Processo penal...*, p. 514.

<sup>119</sup> Vide nota 110.

utilização das melhores práticas segundo a *computer forensics*, devendo a prova ser destituída de valor probatório<sup>120</sup>.

De fato, no caso da produção de provas digitais por parte da Acusação, não nos parece ser adequado impor ao Acusado o ônus de demonstrar a violação ou inexistência de documentação da cadeia de custódia, bem como o prejuízo decorrente da não adoção das melhores técnicas na coleta, exame e análise desses elementos ou na elaboração do relatório. Contudo, remanesce nosso questionamento principal, relativo às hipóteses de produção de provas pela própria defesa, com vícios de rastreabilidade.

Para esses casos, é interessante observar que no âmbito da primeira corrente doutrinária mencionada anteriormente, qual seja, a que se posiciona no sentido de que a quebra da cadeia de custódia ensejaria a ilegalidade e conseqüente inadmissibilidade e desentranhamento da prova, encontramos posicionamentos que se inclinam pela admissão e valoração destes elementos probatórios quando em favor dos interesses da defesa.

Neste sentido, conforme explica Geraldo Prado, ainda que a disciplina constitucional brasileira nesta matéria não viabilize entendimentos como o de que toda prova ilícita *pro reo* seria admissível – tornando a exceção em regra – ou o de um juízo de proporcionalidade<sup>121</sup> para aferir a possibilidade ou não, do emprego da prova ilícita em desfavor de alguém, isso não significa uma proibição de controle da antijuridicidade quando haja um conflito de interesses<sup>122</sup>.

O autor nos relembra que em sendo o processo penal constitucional uma garantia do imputado contra o arbítrio estatal, não há uma

---

<sup>120</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. Os standards metodológicos de produção na prova digital e a importância da cadeia de custódia. *Boletim IBCCRIM*, ano 29, n. 343, p. 7-9, jun./2021. p. 9.

<sup>121</sup> Exemplificativamente, no sistema alemão: WOLTER, Jürgen. *O inviolável e o intocável no direito processual penal: reflexões sobre dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal*. Organização, introdução e tradução de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 132 e ss.

<sup>122</sup> PRADO, Geraldo. Breves notas sobre o fundamento constitucional da cadeia de custódia da prova digital. *Revista Consultor Jurídico*, 26 de janeiro de 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jan-26/prado-notas-cadeia-custodia-prova-digital>>. Acesso em 21 de março de 2021. p. 25.

posição de perfeita simetria entre este e o Estado investigador e acusador, de maneira com que, em havendo um conflito entre interesses constitucionalmente tutelados, será imprescindível, no caso concreto, a intervenção jurisdicional para aferir a excepcional possibilidade de admissão da prova em favor da comprovação da inocência e da liberdade do Acusado<sup>123</sup>.

Assim, em definitivo, haveria uma excepcional não-correspondência entre a *proibição de ingresso* e a *proibição de valoração* da prova, podendo ela ser eventualmente valorada, mas com emprego único e exclusivo em favor da defesa<sup>124</sup> e nunca em desfavor de outrem<sup>125</sup>.

Os reflexos deste entendimento nas conclusões às quais podemos chegar quanto à cadeia de custódia, são os de que ainda que seja imprescindível a sua preservação a partir do momento de sua apreensão ou apresentação a órgão oficial, a prova poderá ser apresentada por terceiros, estando sujeita, é claro, a uma valoração de sua fiabilidade em caso de quebra da cadeia, ou seja, sujeita a uma “prova sobre prova”<sup>126</sup>.

Diante de todo o exposto, não poderíamos chegar a outra conclusão que não a de que a prova coletada no âmbito de uma investigação interna, que eventualmente possua um vício de rastreabilidade apto a configurar uma “quebra da cadeia de custódia”, poderá ser admitida em um processo penal – ainda que em caráter excepcional - desde de que sua valoração seja feita única e exclusivamente em favor da defesa<sup>127</sup> e nela

---

<sup>123</sup> Neste sentido, ilustra o autor: “Não se pode torturar ou matar para obter a prova da inocência. Outras infrações, no entanto, podem levar a violação de bem jurídico que deve ser moderadamente suportado pela vítima em favor da comprovação da inocência e da garantia da liberdade de outrem” (Ibidem, p. 25).

<sup>124</sup> Sobre a majoritária interpretação no sentido da admissibilidade das provas ilícitas quando favoráveis ao Réu, conferir com detalhes em: AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 7.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. Versão ebook. Não paginado. Capítulo 3. Seção 3.2.3. Sob uma perspectiva de direito comparado: ARMENTA DEU, Teresa. *A prova ilícita: um estudo comparado*. Tradução de Nereu José Giacomolli. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 82-84.

<sup>125</sup> PRADO, Geraldo. Breves notas..., p. 26.

<sup>126</sup> Ibidem, p. 27.

<sup>127</sup> Até mesmo em razão do que fora sustentado na nota n. 94.

seja aferida a sua fiabilidade. Jamais poder-se-á admitir a sua valoração para fundamentar a condenação de alguém.

Duas questões ainda restam, porém, sem solução minimamente pacífica. A primeira delas diz respeito a quem incumbiria o ônus de comprovação da retidão da cadeia de custódia, problemática essa que é controversa também no caso das evidências derivadas das investigações estatais e muito mais o será, no caso das investigações internas. Por um lado, poder-se-ia aplicar um regime próximo ao das nulidades e incumbir àquele que alegou o vício, a tarefa de comprova-lo. Esta solução, contudo, parece-nos que inviabilizaria, em muitas hipóteses e em especial no plano das investigações internas, a demonstração concreta da violação, uma vez que, quem produzir a prova é que possuirá as melhores (se não as únicas) condições para demonstrar sua integralidade, podendo ser dele este ônus<sup>128</sup>. Ademais, não podemos nos abstrair de que estamos aqui, no plano de uma “prova sobre a prova”, e não no da comprovação dos elementos típicos<sup>129</sup>. Assim, mesmo na hipótese de que essa incumbência recaia sobre a defesa, que promovera a investigação da qual decorreria a prova viciada, não nos parece que esta solução afronte as suas garantias processuais. É certo, porém, que esta questão impõe maiores discussões.

Outro ponto controvertido é o do *standard* probatório necessário para demonstrar a “quebra” da cadeia de custódia – ou sua “integralidade”, no caso de atribuição do ônus à parte que a produziu. Conforme

---

<sup>128</sup> Neste sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal...*, p. 513-514.

<sup>129</sup> Esta consideração é muito importante pois, conforme expusemos em outra oportunidade, a eventual consideração da existência e eficácia dos programas de *compliance* na aferição da responsabilidade penal das pessoas jurídicas importa à Acusação o ônus da dificultosa prova destes fatores, independentemente de se estes sejam aferidos no plano do injusto, da culpabilidade ou das causas de isenção de pena. Cfr.: JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. O ônus da prova da existência e eficácia dos programas de *compliance* no âmbito do processo penal das pessoas jurídicas: um estudo com base no ordenamento jurídico espanhol. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, n. 160, p. 219-257, out./2019. p. 239 e ss. A questão aqui certamente é diversa, pois se trata não da comprovação do *compliance* para fins de responsabilização penal (onde haveria primazia do *in dubio pro reo*), mas sim, da integralidade e autenticidade da prova, a qual seria muito mais factível por quem a produziu.



explica Badaró, a doutrina norte-americana vai no sentido de não ser necessário o afastamento de toda e qualquer possibilidade de alteração ou substituição, mas tão somente, a demonstração do que for suficiente para que julgador possa crer que a prova é aquilo que sobre ela é afirmado. Nos casos em que a cadeia não for “facilmente identificável” ou for muito vulnerável à alteração, exige-se um grau maior de demonstração, a um patamar de ao menos uma probabilidade razoável de sua integridade<sup>130</sup>. Se por um lado, observa-se de pronto que estes critérios são extremamente vagos e abrem grande margem para discricionariedade, por outro, diante do silêncio legislativo e doutrinário a respeito desta questão nos sistemas de *civil law*, estes critérios podem ser tomados como ponto de partida para as futuras e necessárias discussões sobre este controvertido aspecto.

## CONCLUSÃO

Conforme restou demonstrado ao longo do presente trabalho, os programas de *compliance* são desenvolvidos como uma potencial resposta às dificuldades estatais de regulação e fiscalização das atividades empresariais, bem como de detecção, prevenção e repressão de ilícitos cometidos nesta seara complexa e bem estruturada. Neste escopo, ainda que não imperiosamente vinculados com estes mecanismos, os procedimentos de investigação interna exercem uma importante função reativa no cerne corporativo, visando, mediante a condução de diversas diligências, a apuração de fatos potencialmente ilícitos ou contrários às suas normativas internas e que possam ensejar prejuízos econômicos e reputacionais, bem como responsabilizações das pessoas coletivas e singulares implicadas.

Observamos, contudo, que essa tendente “privatização das investigações” levanta inegáveis questionamentos, especialmente se considerado o eventual aproveitamento em processo penal, dos elementos colhidos nessas diligências. No estudo em apreço, analisamos especificamente uma destas problemáticas, qual seja, a da cadeia de custódia das provas

---

<sup>130</sup> Neste sentido, com múltiplas citações: BADARÓ, Gustavo Henrique. A cadeia de custódia..., p. 533-534.

advindas de investigações internas e as possíveis consequências processuais penais de sua violação.

Importante instrumento para assegurar a rastreabilidade e, conseqüentemente, a fiabilidade e legalidade das provas apresentadas em juízo, pudemos constatar que o registro da cadeia de custódia da prova, ainda que sem expressa imposição legal para tanto, já é observada pela generalidade das entidades responsáveis pela condução de investigações internas, seja pelos benefícios processuais penais almejados pela empresa objeto da investigação - que a fazem se preocupar com a utilidade dos elementos colhidos nestas diligências, especialmente se ela estiver submetida ao regime da *FCPA* - seja pela própria preocupação com a reputação da empresa contratada e com a eficácia do programa de *compliance* da contratante.

O especialista terá, portanto, no curso das mais diversas diligências a serem empregadas, o dever de, não apenas empregar os competentes métodos científicos para a recolha, transporte e análise de cada um dos elementos colhidos, a fim de preservar sua integralidade e autenticidade, mas também de fazer constar do imperioso relatório, o registro da cada uma das etapas e da cronologia destes procedimentos, com as respectivas pessoas que neles intervíram, viabilizando assim, o acesso e eventual impugnação de todas e cada uma das fases do processo empregado.

Eventual elipse nestes registros poderá acarretar em menor fiabilidade do elemento probatório, o que deverá ser considerado aquando de sua eventual apresentação em processo penal. Contudo, a despeito da ilegalidade ocorrida, ele poderá ser excepcionalmente admitido e valorado no processo penal, desde que única e exclusivamente em benefício da defesa do Acusado e de sua liberdade. Trata-se de uma solução que não apenas viabiliza ao juiz a análise da extensão dos concretos impactos da quebra da cadeia de custódia no caso concreto, como ainda impede que eventuais problemas de rastreabilidade em provas coletadas pelo Acusado, no cerne de suas investigações defensivas, impliquem em prejuízo para sua ampla defesa.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova no processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

ANTUNES, Maria João. *Direito processual penal*. Coimbra: Almedina, 2016.

ANTUNES, Maria João. Privatização das investigações e *compliance* criminal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 28, n. 1, p. 119-128, jan./abr. 2018.

ANTUNES, Maria João. *Processo penal e pessoa coletiva arguida*. Coimbra: Almedina, 2020.

ARLEN, Jennifer; BUELL, Samuel W.. The Law of Corporate Investigations and the Global Expansion of Corporate Criminal Enforcement. *University of Southern California Law Review*, v. 93, n. 4, p. 697-762, set./2020. Disponível em: <<https://southern.californialawreview.com/2020/09/06/the-law-of-corporate-investigations-and-the-global-expansion-of-corporate-criminal-enforcement/>>. Acesso em 21 de março de 2021.

ARMENTA DEU, Teresa. *A prova ilícita: um estudo comparado*. Tradução de Nereu José Giacomolli. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ÁVILA, Gustavo Noronha de; BORRI, Luiz Antonio. A cadeia de custódia da prova no “Projeto de Lei Anticrime”: suas repercussões em um contexto de encarceramento em massa. *Revista Direito Público*, v. 16, n. 89, p. 114-132, set./out. 2019.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. Versão ebook.

AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive regulation: transcending the deregulation debate*. Oxford: Oxford University Press, 1992.

BADARÓ, Gustavo Henrique. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra (orgs.). *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. 1. reimp. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018. p. 517-538.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. 2. tiragem. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Os standards metodológicos de produção na prova digital e a importância da cadeia de custódia. *Boletim IBCCRIM*, ano 29, n. 343, p. 7-9, jun./2021.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

BAER, Miriam H. When the Corporation Investigates Itself. In: ARLEN, Jennifer (ed.). *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misdealing*. Cheltenham, UK: Elgar, 2018. p. 308-333. <https://doi.org/10.4337/9781783474479.00022>

BALCARCE, Fabián I.; BERRUEZO, Rafael. *Criminal compliance y personas jurídicas*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2016.

BARRILARI, Claudia Cristina. *Crime empresarial, autorregulação e compliance*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BAYTELMAN A., Andrés; DUCE J., Mauricio. *Litigación penal: juicio oral y prueba*. 1. ed. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2004.

BRAITHWAITE, John. Enforced self-regulation: a new strategy for corporate crime control. *Michigan Law Review*, v. 80, n. 7, p. 1466-1507, jun./1982. <https://doi.org/10.2307/1288556>

CANESTRARO, Anna Carolina. *As investigações internas no âmbito do criminal compliance e os direitos dos trabalhadores: considerações sobre a possibilidade de investigar e a transferência de informações para o processo penal*. São Paulo: IBCCRIM, 2020.

CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Acordo de não persecução penal como instrumento de promoção de programas de compliance?. *Boletim IBCCRIM*, ano 29, n. 344, p. 23-25, jul./2021.

CANESTRARO, Anna Carolina. JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Dos níveis de exigibilidade dos procedimentos de investigação interna. In: INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. *Anais do CPCRIM: IV Congresso de Pesquisas em Ciências Criminais*, de 21 a 23 de outubro de 2020. São Paulo: IBCCRIM, 2020. p. 215-237. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/pagina/3>>. Acesso em 20 de março de 2021.

CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe X. Investigação defensiva corporativa: um estudo do Provimento 188/2018 e de sua eventual aplicação para as investigações internas de pessoas jurídicas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 283-328, jan./abr. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.324>

CANESTRARO, Anna Carolina; KASSADA, Daiane Ayumi; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Nemo tenetur se detegere e programas de compliance: o direito de não produzir prova contra si próprio em face da Lei n. 13.303/16. In: SAA-D-DINIZ, Eduardo et. al. (orgs.). *Direito penal econômico nas ciências criminais*. Belo Horizonte: Editora Vorto, 2019. p. 311-342.

CASEY, Eoghan. Foundations of digital forensics. In: CASEY, Eoghan (ed.). *Digital Evidence and Computer Crime: forensic science, computers and the internet*. 3. ed. Waltham, MA: Elsevier, 2011. p. 3-34.

COCA VILA, Ivó. ¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada? In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (coord.). *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013. p. 43-76.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 6.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. Versão ebook.

DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. *Comentários ao pacote anticrime: Lei 13.964/2019*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. A advocacia criminal, a investigação defensiva e a luta pela paridade de armas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 26, n. 150, p. 145-187, dez./2018.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. 1. ed. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

EDINGER, Carlos. Cadeia de custódia, rastreabilidade probatória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 120, p. 237-257, mai./jun. 2016.

ENGELHART, Marc. *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance: eine rechtsvergleichende Analyse des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und den USA*. 2. ergänzte und erweiterte Auflage. Berlin: Dunker & Humblot, 2012.

ENGELHART, Marc. *The Nature and Basic Problems of Compliance Regimes*. Freiburg im Breisgau: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 2018. <https://doi.org/10.30709/archis-2018-3>

FERNANDES, Fernando Andrade. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. Roma: Editori Laterza, 2004.

FIDALGO, Sónia. A utilização da inteligência artificial no âmbito da prova digital – direitos fundamentais (ainda mais) em perigo. In: RODRIGUES, Anabela Miranda. *Inteligência artificial no direito penal*. Coimbra: Almedina, 2020. p. 129-162.

FIGUEROA NAVARRO, María del Carmen. El aseguramiento de las pruebas y la cadena de custodia. *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Madrid, v. 8, n. 84, p. 5-14, jul./ago. 2011.

FRIEDMAN, Howard M. The Insider Trading and Securities Fraud Enforcement Act of 1988. *North Carolina Law Review*, v. 68, n. 3, p. 465-494, 1990. Disponível em: <<https://scholarship.law.unc.edu/nclr/vol68/iss3/2/>>. Acesso em 18 de junho de 2020.

GARCIA CAVERO, Percy. *Criminal compliance*. Lima: Palestra Editores, 2014.

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Proceso penal y persona jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas: Lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord.). *As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 246-297.

GÖSSEL, Karl Heinz. As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 2, n. 3, p. 397-441, jul./set. 1992.

GÖSSEL, Karl Heinz. La prueba ilícita en el proceso penal. *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, n. 1, p. 27-116, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 12. ed. rev., e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. *Criminal compliance e corrupção desportiva: um estudo com base nos ordenamentos jurídicos do Brasil e de Portugal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. O ônus da prova da existência e eficácia dos programas de compliance no âmbito do processo penal das pessoas jurídicas: um estudo com base no ordenamento jurídico espanhol. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, n. 160, p. 219-257, out./2019.

JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. O sigilo profissional no âmbito das pessoas jurídicas: um estudo da particular posição dos in-house lawyers e dos advogados de compliance e de investigações internas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, n. 159, p. 297-339, set./2019.

LAUFER, William S.. Corporate Liability, Risk Shifting, and the Paradox of Compliance. *Vanderbilt Law Review*, v. 52, n. 5, p. 1343-1420, out./1999. Disponível em: <<https://scholarship.law.vanderbilt.edu/vlr/vol52/iss5/9>>. Acesso em 29 de junho de 2020.

LENZE, Sebastian. *Compliance, Internal Investigations und Beschuldigtenrechte: Mitarbeiterfragungen im Rahmen unternehmensinterner Ermittlungen und die strafprozessuale Verwertbarkeit selbstbelastender Aussagen unter besonderer Berücksichtigung der Korruptionsfälle Siemens und MAN*. Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH, 2014.

MARSHALL, Angus. *Digital forensics: Digital Evidence in Digital Investigation*. West Sussex, UK: Wiley-Blackwell, 2008.

MATIDA, Janaina. A cadeia de custódia é condição necessária para a redução dos riscos de condenações de inocentes. *Boletim IBCCRIM*, ano 28, n. 331, p. 6-9, jun./2020.

MENDES, Carlos Hélder Carvalho Furtado. Dado informático como prova penal confiável(?): apontamentos procedimentais sobre a cadeia de custódia digital. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, n. 161, p. 131-161, nov. 2019.

MENEZES, Isabela A.; BORRI, Luiz A.; SOARES, Rafael J. A quebra da cadeia de custódia da prova e seus desdobramentos no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 277-300, jan./abr. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.128>

MIRANDA, Matheus de Alencar e. *(In)eficiência de compliance e os direitos dos trabalhadores: evitando o “bode expiatório”*. São Paulo: LiberArs, 2019.

MONTIEL, Juan Pablo. Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, v. XL, p. 251-277, 2013. <https://doi.org/10.4067/s0718-68512013000100008>

NATIONAL INSTITUTE OF STANDARDS AND TECHNOLOGY – NIST. *Guide to Integrating Forensic Techniques into Incident Response: Recommendations of the National Institute of Standards and Technology*. 2006. Disponível em: <<https://csrc.nist.gov/publications/detail/sp/800-86/final>>. Acesso em 27 de junho de 2020.

NEIRA PENA, Ana María. *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

NESTLER, Nina. Internal Investigations: Definition und rechtstatsächliche Erkenntnisse zu interner Ermittlungen in Unternehmen. In: KNIERIM, Thomas C.; RÜBENSTAHL, Markus; TSAMBIKAKIS, Michael (Hrsg.). *Internal Investigations: Ermittlungen im Unternehmen*. 2. Neu bearbeitete Auflage. Heidelberg: C.F. Müller, 2016. p. 3-22.

NIETO MARTÍN, Adán. Compliance, criminología e responsabilidade penal de pessoas jurídicas. In: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (coord.). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 61-122.

NIETO MARTÍN, Adán. Investigações internas. In: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (coord.). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 293-334.

NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid: Iustel, 2008.

NIETO MARTÍN, Adán. O cumprimento normativo. In: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (coord.). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 29-60.

PAIS, Ana. Os programas de compliance e o risco de privatização do processo penal. Em especial, a problemática da “prova emprestada” e o princípio nemo tenetur se ipsum accusare. In: COSTA, José de Faria et. al. (coord.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade: Volume II: Direito Penal: Direito Processual Penal*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017. p. 663-686.

PIETH, Mark; IVORY, Radha. Emergence and convergence: corporate criminal liability principles in overview. In: PIETH, Mark; IVORY, Radha (ed.). *Corporate criminal liability: emergence, convergence and risk*. Rotterdam: Springer Netherlands, 2011. p. 3-62.

PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

PRADO, Geraldo. Ainda sobre a “quebra da cadeia de custódia das provas”. *Boletim IBCCRIM*, ano 22, n. 262, p. 16-17, set./2014.



PRADO, Geraldo. Breves notas sobre o fundamento constitucional da cadeia de custódia da prova digital. *Revista Consultor Jurídico*, 26 de janeiro de 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jan-26/prado-notas-cadeia-custodia-prova-digital>>. Acesso em 21 de março de 2021.

RAMALHO, David da Silva. *Métodos ocultos de investigação criminal em ambiente digital*. Coimbra: Almedina, 2017. Versão ebook.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito penal económico: uma política criminal na era compliance*. Coimbra: Almedina, 2019.

ROXIN, Imme. Problemas e estratégias da consultoria de compliance em empresas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23, n. 114, p. 321-339, mai./jun. 2015.

SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

SAAD-DINIZ, Eduardo. *Vitimologia corporativa*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

SCHARNBERG, Josephine. *Illegale internal Investigations: strafrechtliche Grenzen unternehmensinterner Ermittlungen*. Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH, 2015.

SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 41, n. 2, p. 529-558, mai./ago. 1988.

SIEBER, Ulrich. Compliance-Programme im Unternehmensstrafrecht: ein neues Konzept zur Kontrolle von Wirtschaftskriminalität. In: SIEBER, Ulrich; DANNECKER, Gerhard; KINDHÄUSER, Urs; VOGEL, Joachim; WALTER, Tonio (Hrsg.). *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht – Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen: Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2008.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 3. ed. ampl. Madrid: Edisofer S. L., 2011.

SOUSA, Susana Aires de. *Questões fundamentais de direito penal da empresa*. Coimbra: Almedina, 2019.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

TARUFFO, Michele. *La prueba*. Traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, 2008.

TONINI, Paolo; CONTI, Carlotta. *Il diritto delle prove penali*. Prima edizione aggiornata. Milano: Giuffrè Editore, 2012.

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. OFFICE OF THE DEPUTY ATTORNEY GENERAL. *Memorandum McNulty*. Washington D.C., 2006. Disponível em: <[https://www.justice.gov/sites/default/files/dag/legacy/2007/07/05/mcnulty\\_memo.pdf](https://www.justice.gov/sites/default/files/dag/legacy/2007/07/05/mcnulty_memo.pdf)>. Acesso em 23 de maio de 2020.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Cadeia de custódia da prova*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2020.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. “The Right to Counsel and the Protection of Attorney-Client Privilege in Criminal Proceedings”: direito de defesa técnica e relações cliente-advogado no processo penal contemporâneo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 29, n. 176, p. 257-272, fev./2021.

VIEIRA, Antonio. A cadeia de custódia da prova no processo penal: algumas notas sobre as alterações promovidas pela Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime). *Trincheira Democrática: Boletim do Instituto Baiano de Direito Processual Penal*, ano 3, n. 7, p. 27-32, fev./2020.

WOLTER, Jürgen. *O inviolável e o intocável no direito processual penal: reflexões sobre dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal*. Organização, introdução e tradução de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. Navarra: Aranzadi, 2000.

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

*Agradecimentos (acknowledgement)*: agradeço às Professoras Doutoradas Maria João Antunes e Maria José Capelo, que, aquando da apresentação oral deste trabalho no âmbito da disciplina “A prova em Direito enquanto juízo e enquanto narrativa: perspectivas dogmáticas e metodológicas”, teceram considerações fundamentais para o seu aprimoramento. Agradeço também ao Professor Doutor Geraldo Prado, que gentilmente atendera aos meus questionamentos e me ajudara a refletir sobre alguns pontos essenciais para a versão final do artigo.

*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: 25/09/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 02/11/2020
- Avaliação 1: 05/11/2020
- Avaliação 2: 11/11/2020
- Avaliação 3: 22/11/2020
- Decisão editorial preliminar 1 e deslocamento ao V7N2: 24/02/2021
- Retorno rodada de correções 1: 24/03/2021
- Decisão editorial preliminar 2: 01/06/2021
- Retorno rodada de correções 2: 27/06/2021
- Decisão editorial final: 28/06/2021

### Equipe editorial envolvida

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

### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Cadeia de custódia da prova e investigações internas empresariais: possibilidades, exigibilidade e consequências processuais penais de sua violação. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 7, n. 2, p. 1453-1510, mai./ago. 2021.  
<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i2.453>



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

**Comentários jurisprudenciais**

*Caselaw commentaries*




# Clemência no Tribunal do Júri? Reflexões derivadas do argumento *a fortiori* trazido no voto-vogal do Min. Fachin em sede do ARE 1225185, Tema/RG 1.087


*Jury nullification? Reflections derived from the argumentum a fortiori brought by the opinion of Min. Fachin on the ARE 1225185, Tema/RG 1.087*

**Hugo Soares<sup>1</sup>**

Universidade Humboldt, Berlim, Alemanha

hsoares14@gmail.com

 [lattes.cnpq.br/3831613931413684](https://lattes.cnpq.br/3831613931413684)

 [orcid.org/0000-0003-2263-6432](https://orcid.org/0000-0003-2263-6432)

---

**RESUMO:** O artigo busca responder a questão da legitimidade da absolvição por clemência no júri a partir da análise crítica do argumento *a fortiori* que sustenta sua inadmissibilidade no julgamento de crimes hediondos dolosos contra a vida, pois se nem ao Parlamento seria dado abdicar da punição muito menos estaria o Tribunal do Júri autorizado a tanto. Levanta-se a hipótese de que o Tribunal do Júri, de fato, não seja hierarquicamente inferior ao Parlamento, de modo que as premissas do argumento *a fortiori* estariam equivocadas. Procede-se a uma revisão bibliográfica baseada no funcionalismo penal a respeito da natureza jurídica do Tribunal do Júri no ordenamento jurídico e suas consequências dogmáticas, de modo a verificar a hipótese levantada. Observa-se que o júri consiste numa garantia institucional titularizada pelo Povo, o que permite concluir que ele é hierarquicamente superior ao Parlamento e que a clemência deve, então, ser vista como uma renúncia soberana à pena.

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito Penal pela Universidade Humboldt de Berlim. Mestre em Direito e Ciência Jurídica (especialidade Direito Penal e Ciências Criminais) pela Universidade de Lisboa. Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia, com um semestre de intercâmbio acadêmico na Universidade Paris VIII Vincennes - Saint-Denis. Advogado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Tribunal do Júri; clemência; garantia institucional; Povo; renúncia soberana à pena.

**ABSTRACT:** *The paper aims to answer the problem of the legitimacy of the jury nullification through the critical analysis of the argumentum a fortiori that sustains its inadmissibility in trials of heinous crimes against life because if neither the Parliament would be allowed to waive punishment, much less would the Jury be authorized to do so. The paper raises the hypothesis that the Jury is indeed not hierarchically inferior to the Parliament, so that the premises of the argumentum a fortiori would be mistaken. A bibliographical review based on the criminal functionalism is carried out regarding the legal nature of the Jury Court in the legal system and its dogmatic consequences, in order to verify the raised hypothesis, which observes that that the Jury corresponds to an institutional guarantee belonging to the People, allowing us to conclude that it is hierarchically superior to the Parliament and that the Jury nullification should therefore be seen as a sovereign waiver of the punishment.*

**KEYWORDS:** *Jury; Jury nullification; institutional guarantee; People; sovereign waiver of the punishment.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. O que é o Tribunal do Júri para a Constituição?; 1.1. O júri como garantia institucional; 1.2. O júri como manifestação direta do Povo; 2. O instituto da clemência no júri; 2.1. A clemência como renúncia soberana à pena; 2.2. As limitações do poder de disposição do júri sobre a pena; Conclusões; Referências bibliográficas.

---

## INTRODUÇÃO

Bons argumentos não são apenas os que convencem, mas também aqueles que nos fazem, de fato, refletir. Eles abrem margem para que os debates dos quais participam sejam colocados nos devidos lugares e outros argumentos floresçam. É o caso do argumento *a fortiori* trazido pelo Min. Edson Fachin em seu voto-vogal elaborado para o julgamento do ARE 1225185, tema/RG 1.087. O problema jurídico a ser respondido é o da admissibilidade da chamada *clemência no Tribunal do Júri*, instituto



que confere aos jurados o poder de absolver o réu ainda que as provas dos autos manifestamente demonstrem tanto a materialidade e autoria do delito, quanto seus elementos: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Posicionando-se contrariamente ao reconhecimento sem ressalvas desse instituto, o referido Ministro finaliza seu voto trazendo o seguinte argumento: “Ora, crimes hediondos, como dispõe a própria Constituição Federal, são insuscetíveis de graça ou anistia e, a fortiori, de clemência a cargo do Tribunal do Júri”.

Noutras palavras: se nem ao Parlamento é dado abdicar da punição a um crime hediondo, muito menos o Tribunal do Júri teria tal poder. Por trás dessa lógica reside, portanto, a ideia de superioridade hierárquica do Parlamento, representante do Povo por excelência, sobre outras instituições sociais. Trata-se de um caminho razoável. Caso o tomemos como premissa, a conclusão lógica que se impõe é exatamente aquela à qual o Min. Fachin chegou: o Tribunal do Júri não pode renunciar à pena por não ter legitimidade para tanto. E mais, ao trazer a ideia de superioridade do Parlamento – em conjunto com a sua proibição de renúncia à pena –, o Min. Fachin reposiciona dogmaticamente a discussão sobre a clemência. Ela sai do âmbito da Teoria do Delito – não raro colocada como o reconhecimento de uma causa supralegal de exclusão de culpabilidade<sup>2</sup> –, e passa a inserir-se, antes, nos campos da *Teoria Constitucional* – debates sobre o Povo e seus representantes – e da *Teoria dos Direitos e Garantias Fundamentais* – debates sobre sua natureza, titularidade e possibilidades de disposição. É a esse *insight* que o argumento *a fortiori* do Min. Fachin nos permite chegar: a clemência é um ato de abdição da pena, não uma exclusão da culpabilidade, que nem o representante maior do Povo está constitucionalmente autorizado a praticar.

Um segundo caminho que podemos tomar como premissa, e que tentarei defender no presente artigo, é questionar essa pretendida superioridade hierárquica do Parlamento frente ao Tribunal do Júri. Noutras

---

<sup>2</sup> Cf., por exemplo, FACCINI NETO, Orlando. A clemência e o Júri: uma tentativa de conciliação. In: FACCINI NETO, Orlando. *Questões morais e direito penal: estudos reunidos* (e-Pub). São Paulo: Saraiva, 2020, tópico 10.3. A classificação dogmática adequada da clemência será trabalhada oportunamente.

palavras, buscarei, adotando uma metodologia funcionalista,<sup>3</sup> sustentar a hipótese de que a intuição do senso-comum de que o Tribunal do Júri é o *tribunal do Povo* foi acolhida pelo Constituinte de 88 (I) para, posteriormente, analisar as consequências dogmáticas dessa percepção para reconhecimento do instituto da clemência (II).

## 1. O QUE É O TRIBUNAL DO JÚRI PARA A CONSTITUIÇÃO?

Os dois caminhos apontados na introdução são plausíveis e razoáveis. A decisão por seguir um ou outro é, portanto, uma *opção político-criminal*.<sup>4</sup> As possibilidades de contribuição da ciência jurídica, nesse contexto, dividem-se em duas dimensões: (a) analisar criticamente qual opção seria mais conveniente num ordenamento ideal; ou (b) investigar qual foi a opção política do Constituinte. A primeira dimensão é relevante para auxiliar as escolhas feitas pelo Constituinte; a segunda, para colaborar com a interpretação constitucional, o que é o nosso caso. Meu argumento tentará mostrar que, ao elevar o reconhecimento da instituição do Tribunal do Júri à condição de norma fundamental (CF 5º XXXVIII), o Constituinte optou por compreendê-lo como manifestação popular direta, como tribunal do Povo, de quem o poder emana (CF 1º § único).

### 1.1. O JÚRI COMO GARANTIA INSTITUCIONAL

O Tribunal do Júri não precisa ter um *status* jusfundamental.<sup>5</sup> Ele não decorre daquilo que se poderia chamar de direito natural, nem

<sup>3</sup> Cf. ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

<sup>4</sup> Em sentido similar, cf. breve análise histórica do Tribunal do Júri em 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, v. 6, n. 2, 2020, p. 876 e ss. (881). Sobre a relação entre as decisões político-criminais e a sistematização do Direito Penal, cf. ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

<sup>5</sup> Por jusfundamental, refiro-me ao rol de direitos e garantias fundamentais em sentido amplo.

tampouco é um direito fundamental em sentido material,<sup>6</sup> como a vida, a integridade física, a liberdade de consciência e outros direitos individuais clássicos. Importante para nós, porém, é que a Constituição de 1988 conferiu-lhe natureza jusfundamental. Trata-se de um ato de livre vontade do Constituinte que, independentemente de ser uma liberalidade, tem significado:<sup>7</sup> uma norma jusfundamental é, antes de tudo, uma *pretensão oponível aos Poderes Públicos*.<sup>8</sup> Desse fato é possível deduzir uma conclusão

---

<sup>6</sup> Diferentemente do conceito material de crime, que guarda uma relação mais estreita com a legitimidade da criminalização, a ausência de fundamentalidade de um direito não retira a legitimidade de seu reconhecimento, haja vista o condicionamento a fatores extrajurídicos que os direitos fundamentais sofrem. Exemplo de um direito fundamental apenas formal seria o direito de porte de armas nos EUA, fruto do desenvolvimento histórico americano. Para uma introdução em português sobre a discussão da fundamentalidade material de um direito, bem como a associação de entre direitos fundamentais e fatores extrajurídicos, cf., citando outros autores, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 530 e ss.; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. (ePub). São Paulo: Saraiva, 2017, cap. 3, tópicos 4 e 5; SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 99 e ss.

<sup>7</sup> A natureza jusfundamental do Tribunal do Júri, junto com algumas de suas consequências, já foram notadas por Lenio Streck. Cf. STRECK, Lenio Luiz. Júri: pode um simples “não” levar à imediata prisão do réu? Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-30/senso-incomum-juri-simples-nao-levar-imediate-prisao-reu>>. Acesso em: 02 mar. 2021. Sobre as consequências de conferir *status* jusfundamental a algo, convém rememorar a passagem d’O Senhor dos Anéis onde Pippin, após jurar lealdade a Denethor, regente de Gondor, ouve de Gandalf: “Remember that! For you are now sworn to his service. I do not know what put it into your head, or your heart, to do that. But it was well done. I did not hinder it, for generous deed should not be checked by cold counsel. (...) For there is another side to it. You are at his command; and he will not forget. Be wary still!”. TOLKIEN, John R. R. *The Return of the King*. Quality Paperback Book Club, 2001, p. 32. Conselho similar cabe também ao Constituinte de 1988. Inserir o Tribunal do Júri no catálogo das normas jusfundamentais nada mais é do que lhe jurar lealdade: um ato de generosidade que não deve ser criticado friamente, mas, ainda assim, um ato que o vincula ao Júri, o que tem consequências.

<sup>8</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 560 e ss. (561); FERRAJOLI, Luigi. *Por Uma Teoria dos direitos e dos Bens Fundamentais*. (ePub). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, parte I, tópico 4.; KINGREEN, Thorsten; POSCHER, Ralf. *Grundrechte*

tão simples quanto evidente: se o júri é uma garantia fundamental,<sup>9</sup> seu titular, por lógica, não pode ser o Estado.

A pergunta sobre a titularidade dessa garantia permanece, no entanto, em aberto. Uma primeira aproximação apontaria que a instituição do júri serviria aos interesses do arguido. Dessa concepção parecem advir argumentos, como o defendido por Streck, no sentido de que o Tribunal do Júri, por ser uma garantia constitucional,<sup>10</sup> não poderia se virar contra o réu.<sup>11</sup> O júri, assim, seria um *direito do acusado*, em consonância com a comum associação entre direitos fundamentais e o indivíduo (ou a dignidade da pessoa humana). Tal visão parece difícil de aceitar. Primeiro, pois não há garantias de que o julgamento por um corpo de jurados beneficiará o réu: trata-se de uma questão meramente empírica e não sei dizer se os acusados do caso Nardoni não teriam mais chances de absolvição caso não fossem submetidos ao julgamento por leigos, por exemplo. Segundo, e muito mais importante, é que, fosse o Tribunal do Júri um direito fundamental do acusado, a ele caberia, por força de sua autonomia, o direito de não exercitar tal garantia constitucional.<sup>12</sup> Ocorre que – diferentemente da Constituição Americana, que, na sua Sexta Emenda, vincula expressamente o júri ao acusado, aceitando

---

*Staatsrecht II*. 36. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2020, p. 76 e ss.; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. (ePub). São Paulo: Saraiva, 2017, cap. 3, tópico 5.5.; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 175 e ss. (178).

<sup>9</sup> Ainda que em sentido amplo.

<sup>10</sup> Ressalve-se a distinção, por vezes feita na doutrina luso-brasileira, entre direitos e garantias fundamentais, que, porém, traz poucos efeitos práticos. Cf. debate em SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 255 e ss. Defendendo a distinção, cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 525 e ss.

<sup>11</sup> STRECK, Lenio Luiz. Júri: pode um simples “não” levar à imediata prisão do réu? Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-30/senso-inco-mum-juri-simples-nao-levar-imediate-prisao-reu>>. Acesso em: 02 mar. 2021.

<sup>12</sup> Considerando esse argumento, sem tomar uma posição definida, cf. SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 403 (nota 590). Reconhecendo um direito de renúncia ao

a possibilidade de renúncia desse direito; e da Constituição Portuguesa, que, ao menos em parte,<sup>13</sup> garante ao arguido o direito de requerer, ou não, o julgamento pelos pares (CRP 207º 1) –, a nossa Constituição atribuiu competência absoluta ao Tribunal do Júri (CF 5º XXXVIII d), retirando-o da esfera de disponibilidade do acusado. Uma tentativa de construir uma teoria da indisponibilidade do direito do réu ao júri muito provavelmente dependeria de argumentos paternalistas que dificilmente encontrariam guarida num ordenamento liberal.<sup>14</sup> Mais coerente entender que, no ordenamento brasileiro, o Tribunal do Júri não foi instituído como um direito do acusado.<sup>15</sup>

A outra forma de associar o Tribunal do Júri a um direito individual seria compreendê-lo como um *direito da vítima*. Em que pese a recente e crescente inserção das considerações sobre a vítima no pensamento penal,<sup>16</sup> tal esforço não parece compatível com o atual desenho constitucional brasileiro.<sup>17</sup> Primeiro, pois parece difícil fundamentar um direito do ofendido de ver o acusado ser julgado por um tribunal menos propenso a uma aplicação técnica das normas jurídicas. Ademais, os dois argumentos que refutam a ideia do júri como um direito do réu permanecem intocados: nem há garantias de que o Tribunal do Júri será mais benéfico aos interesses vitimais, nem parece haver justificativa para

---

júri, cf. ARAS, Vladimir. Renúncia ao julgamento pelo júri no processo penal brasileiro. *Custos Legis*, vol. II, 2010.

<sup>13</sup> A Constituição Portuguesa também confere à acusação o direito de requerer o julgamento pelo júri.

<sup>14</sup> Sobre o paternalismo, cf. MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010, p. 96 e ss.

<sup>15</sup> Em sentido contrário, 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, v. 6, n. 2, p. 873-910, 2020, p. 882 e ss.

<sup>16</sup> Cf. recente e minucioso exame sobre a inserção da vítima no pensamento penal, sobretudo nas teorias da pena e suas consequências dogmáticas em GUIMARÃES NETO, Silvio Leite. *Uma teoria da pena baseada na vítima. A busca pela satisfação do indivíduo vitimado como finalidade da pena*. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

<sup>17</sup> O que não impede que reflexões críticas a esse desenho sejam feitas, mas as posiciona num contexto mais teórico-abstrato e de menor aplicabilidade imediata.

que um tal direito não esteja abrangido pela esfera de disponibilidade do afetado pelo crime. Não há, de fato, impedimentos normativos para que o ordenamento venha a ser alterado para tornar-se compatível com um direito da vítima à satisfação penal de seu sofrimento:<sup>18</sup> o Tribunal do Júri, em que pese ter natureza de garantia fundamental, não é cláusula pétrea, pois apenas os direitos e garantias individuais o são (CF 60 §4º IV).<sup>19</sup> Atualmente, porém, essa compatibilidade não existe.

O insucesso das tentativas de vincular a garantia fundamental ao Tribunal do Júri a um indivíduo mostra as limitações de uma concepção exclusivamente individualista dos direitos fundamentais. A classificação do direito ao júri como uma *garantia institucional* – ou seja, como uma proteção constitucional de instituições consideradas fundamentais à sociedade e normas objetivas de organização social<sup>20</sup> – parece mais adequada: em que pesem seus ainda precários reconhecimento e desenvolvimento na ciência constitucional,<sup>21</sup> parece relativamente consensual afirmar que há

---

<sup>18</sup> Faz-se necessário, porém, um debate sério e aprofundado a respeito de todas as consequências e todos os argumentos favoráveis e contrários ao reconhecimento desse direito da vítima. Posicionando-se contrariamente às teorias da pena orientadas à vítima, cf. GRECO, Luís. *Strafjurist mit gutem Gewissen – Kritik der opferorientierten Straftheorie. Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2020, p. 260 e ss.

<sup>19</sup> Em sentido contrário, atribuindo aos direitos sociais a natureza de cláusula pétrea no regime da Constituição de 1988, cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 636 e ss. (641 e ss.). Em outra direção, mas também oposta, e afirmando o caráter de direito individual do Tribunal do Júri, cf. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 13. ed. (ePub). Rio de Janeiro: Forense, 2016, cap. XX, tópico 2.

<sup>20</sup> Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 536 e ss. (537); MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 72 e ss. (73).

<sup>21</sup> Sobre o estado ainda relativamente precário da investigação a respeito das garantias institucionais, também cf. MAUNZ, Theodor; DÜRIG, Günter; HERDEGEN, Matthias (Org.). *Grundgesetz. Kommentar*. Munique: C.H. Beck, 2020, Art. 1, Abs., 3, nr. 29. Para um aprofundamento do tema das garantias institucionais e suas problemáticas, cf. ABEL, Gunther. *Die Bedeutung der Lehre von den Einrichtungsgarantien für die Auslegung des Bonner Grundgesetzes* Berlin: Dunckler & Humblot, 1964; MAGER, Ute. *Einrichtungsgarantien: Entstehung, Wurzeln, Wandlungen und grundgesetzgemäße Neubestimmung einer dogmatischen Figur des Verfassungsrechts*. Tübingen:

instituições constitucionalmente tuteladas contra o Legislador Ordinário, ainda que haja controvérsias a respeito da possibilidade de extração de um direito subjetivo a partir delas.<sup>22</sup>

## 1.2. O JÚRI COMO MANIFESTAÇÃO DIRETA DO POVO

O reconhecimento do júri como uma garantia institucional parece, de certa forma, esvaziar a questão sobre sua titularidade. Ocorre que, sem uma resposta a essa pergunta, também não há como saber se o Parlamento é ou não superior ao Tribunal do Júri. Creio que uma breve revisão de uma *doutrina constitucional de feição contratualista*<sup>23</sup> pode nos ajudar a entender melhor, ao menos algumas garantias institucionais e, ao mesmo tempo, a resolver esse impasse. Entendendo a Constituição como o contrato social no qual o Povo abdica de parte de suas liberdades para (re)fundar o Estado,<sup>24</sup> os direitos fundamentais em geral consistiriam em ressalvas ao novo poder estatal, em espaços livres de intervenção pública. Nada impede, porém, que o Povo inclua, nesse rol de ressalvas, mais do que somente direitos individuais propriamente ditos. É, por exemplo,

---

Mohr Siebeck, 2003. Para uma introdução em língua portuguesa, cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 534 e ss.

<sup>22</sup> Cf. SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 255 e ss. Kingreen e Poscher parecem entender ser sempre possível extrair direitos subjetivos das garantias institucionais, cf. KINGREEN, Thorsten; POSCHER, Ralf. *Grundrechte Staatsrecht II*. 36. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2020, p. 42 e ss.

<sup>23</sup> Sobre o contratualismo, classicamente, ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social*. Paris: Chez Murer et Pinparé, 1797, p. 26 e ss.; na atualidade, por todos, OTT, Konrad. *Moralbegründungen: zur Einführung*. Hamburgo: Junius, 2001, p. 126 e ss. Convém lembrar que o Direito Penal, desde há muito, também é diretamente influenciado pelo pensamento contratualista, cf. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 63 e ss.

<sup>24</sup> Neste sentido, entendendo o paradigma da democracia constitucional como “filho da filosofia contratualista”, Ferrajoli defende que as constituições sejam a forma escrita e positivada dos contratos sociais. cf. FERRAJOLI, Luigi. *Por Uma Teoria dos direitos e dos Bens Fundamentais*. (ePub). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, parte I, tópico 4.

perfeitamente possível que o Povo, no pacto social de gênese – ou, no caso da Constituição de 88, de refundação – do Estado, reserve para si certas instituições que repute importantes.

Defendo que seja esse o caso do Tribunal do Júri. O Poder Constituinte Originário, quando da elaboração da nova constituição, optou como que por retirar os julgamentos dos crimes dolosos contra a vida da esfera estatal, garantindo ao Povo o poder de julgar diretamente tal categoria capital de delitos. O Tribunal do Júri é, assim, uma *ressalva do Povo frente ao Estado*;<sup>25</sup> uma afirmação de que, em relação a certos crimes capitais, é ele quem vai analisar o caso concreto e decidir sobre a necessidade e conveniência da imposição de uma pena, convergindo com a intuitiva definição de Tribunal do Júri como tribunal popular, tribunal do Povo, de quem todo o poder emana (CF 1º § único).<sup>26</sup> Dessa lógica é possível deduzir justificações tanto para a soberania dos vereditos (CF 5º XXXVIII c), quanto para a fixação da competência absoluta (CF 5º XXXVIII d) do Tribunal do Júri. Tal concepção também explica a ausência do

<sup>25</sup> Entendendo o Tribunal do Júri como “direito de participação do povo na atividade jurisdicional estatal”, sem, porém, adentrar na discussão sobre as categorias de direitos fundamentais, cf. NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. 4. ed. (ePub). Rio de Janeiro: Forense, 2015, cap. V, tópico 1.3.5.1. Ressalve-se que o mesmo autor defende posição ao menos aparentemente contraditória, compreendendo o Tribunal do Júri como um direito e garantia individual, mas uma garantia à garanti do devido processo legal. Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 13. ed. (ePub). Rio de Janeiro: Forense, 2016, cap. XX, tópico 2.

<sup>26</sup> Perspectiva não só compatível, como harmônica com as percepções clássicas sobre o Tribunal do Júri. Por todas, e entendendo o júri como uma instituição que “*place la direction réelle de la société dans les mains des gouvernés ou d’une portion d’entre eux, et non dans celle des gouvernants. (...) [II] place le peuple lui-même, ou du moins une classe de citoyens, sur le siège du juge. L’institution du jury met donc réellement la direction de la société dans les mains du peuple ou de cette classe. (...) [II] est avant tout une institution politique; on doit le considérer comme une mode de la souveraineté du peuple (...) [II] est le moyen le plus énergique de faire régner le peuple (...)*”, cf. TOCQUEVILLE, Alexis de. *De la démocratie en Amérique*. Tomo I e II. Breslávia: Nouvelles Lectures d’Antan, 2019, p. 269 e ss. (271 e ss.), convém esclarecer que Tocqueville distingue os júris democráticos – associados ao povo e observados nos EUA – dos aristocráticos – à época presentes na Inglaterra, nos quais somente uma classe podia participar; o júri brasileiro, por estar aberto a qualquer do povo (CPP 436 §1º), insere-se no grupo democrático.



Tribunal do Júri no rol constitucional de órgãos do Poder Judiciário (CF 92),<sup>27</sup> bem como a inclusão do §1º no art. 9º do CPM, feita em 2017, que afirmou a competência do Tribunal do Júri em crimes dolosos contra a vida praticado por militares.<sup>28</sup>

Levanta-se, com isso, uma interessante objeção a pretensões de imposição de um “controle mínimo de racionalidade” por parte do Judiciário, ao qual o Min. Fachin faz referência em seu voto: ao tomar o veredito do júri como uma expressão direta do Povo, tem-se a inversão de um *didatismo estatal* que – num criticável elitismo democrático, caracterizado pela desconfiança em relação ao Povo<sup>29</sup> – atribui ao Estado a tarefa de educar e conduzir a população, colocando as instituições democráticas acima do *demos*, como se elas tivessem a legitimidade para “empurrar a história”<sup>30</sup> na direção de sua preferência. Compreender o júri como tribunal do Povo significa reverter esse fluxo didático: o Povo não mais (apenas) aprende com o Estado ou com as instituições democráticas, mas, antes, os ensina suas virtudes e valores.<sup>31</sup> Reverte-se, em suma, a relação

---

<sup>27</sup> Cf. CAVALCANTE SEGUNDO, Antonio de Holanda; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. Íntima convicção, veredictos dos jurados e o recurso de apelação com base na contrariedade à prova dos autos: necessidade de compatibilidade com um processo de base garantista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 116, 2015, tópico 3.

<sup>28</sup> O Código Penal Militar continuou, porém, prevendo exceções à competência do Tribunal do Júri (CPM 9º §2º), cuja constitucionalidade, embora discutível, é razoável, por tratar-se de crimes cometidos por militares das Forças Armadas em missões de Estado, ainda que em tempos de paz.

<sup>29</sup> Para uma crítica mais densa, cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 126 e ss. (127).

<sup>30</sup> Expressão do Min. Luís Roberto Barroso, ao defender um “papel iluminista” do Supremo Tribunal Federal. Cf. BARROSO, Luís Roberto. ‘Operação Abafa’ tenta barrar avanços do STF, escreve Barroso. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/02/em-artigo-ministro-do-supremo-rebate-criticas-feitas-ao-tribunal.shtml>>. Acesso em: 02 mar. 2021.

<sup>31</sup> “*The jury trial exemplifies the idea that lay citizens play a crucial role in helping institutions learn—about the impact of laws on individuals and neighborhoods, about the shifting meaning of offenses over time, and about the tensions between formal and substantive justice some cases reveal, all as nonelite citizens understand these. Legal systems without significant lay involvement lack the public knowledge relevant to the growth and sensitivity of the law. As important, they fail to convey to the public that this is so: In addition to the ones who know about the laws in a professional sense, justice requires the ones who know about the laws*”

de desconfiança,<sup>32</sup> prevalecendo a ideia de que as instituições também podem ser melhoradas pelo Povo, ao invés de apenas melhorá-lo.<sup>33</sup>

A renovação da perspectiva do júri como tribunal do Povo está, por óbvio, sujeita a críticas de diversas ordens. A mais fundamental de todas reside na própria *ausência de definição do conceito de Povo*. Sempre invocado para sustentar as mais variadas teses e legitimar distintas

---

*as they affect them; this requires a devolution rather than a concentration of responsibility for the law of the land.”* DZUR, Albert W. *Punishment, Participatory Democracy, and the Jury*. Nova York: Oxford University Press, 2012, p. 47.

<sup>32</sup> Associando o júri a uma postura de suspeição contra o poder centralizado do Estado, cf. JACKSON, John D. Making Juries Accountable. *The American Journal of Comparative Law*, vol 50, n. 3, 2002, p. 477 e ss. Como expressão articulada dessa desconfiança: “*The trend of our epoch up to this time has been consistently towards specialism and professionalism. We tend to have trained soldiers because they fight better, trained singers because they sing better, trained dancers because they dance better, specially instructed laughers because they laugh better, and so on and so on. The principle has been applied to law and politics by innumerable modern writers. Many Fabians have insisted that a greater part of our political work should be performed by experts. Many legalists have declared that the untrained jury should be altogether supplanted by the trained judge. (...) Now, it is a terrible business to mark a man out for the vengeance of men. But it is a thing to which a man can grow accustomed, as he can to other terrible things; he can even grow accustomed to the sun. And the horrible thing about all legal officials, even the best, about all judges, magistrates, barristers, detectives, and policemen, is not that they are wicked (some of them are good), not that they are stupid (several of them are quite intelligent), it is simply that they have got used to it. Strictly they do not see the prisoner in the dock; all they see is the usual man in the usual place. They do not see the awful court of judgment; they only see their own workshop. (...) Our civilization has decided, and very justly decided, that determining the guilt or innocence of men is a thing too important to be trusted to trained men. It wishes for light upon that awful matter, it asks men who know no more law than I know, but who can feel the things that I felt in the jury box. When it wants a library catalogued, or the solar system discovered, or any trifle of that kind, it uses up its specialists. But when it wishes anything done which is really serious, it collects twelve of the ordinary men standing round. The same thing was done, if I remember right, by the Founder of Christianity.”* Cf. CHESTERTON, Gilbert Keith. *Tremendous Trifles*. 3. ed. Londres: Methuen & Co., 1909, p. 65 e ss.

<sup>33</sup> Cf. DZUR, Albert W. *Punishment, Participatory Democracy, and the Jury*. Nova York: Oxford University Press, 2012, p. 43 e ss (45). Por meio da clemência, o júri pode indicar tanto circunstâncias que considere capazes de afastar a pena como punições que julgue excessivas. Sobre essas possibilidades, cf. JACKSON, John D. Making Juries Accountable. *The American Journal of Comparative Law*, vol 50, n. 3, 2002, p. 503 e ss (506 e ss.).

ideologias, trata-se de um conceito que carece de univocidade e cujo manejo, portanto, é, no mínimo, complicado.<sup>34</sup> Nada disso afasta a necessidade de seu emprego nas discussões constitucionais, não só por causa de seu papel como questão fundamental da democracia,<sup>35</sup> mas sobretudo porque a Constituição faz uso do termo, colocando-o como fonte de todo o poder legítimo (CF 1º, § único).

Não pretendo aqui discutir se o Povo é uma realidade natural ou uma ficção jurídica<sup>36</sup> nem tentar esboçar uma definição do que é Povo, pois haveria, nessas empreitadas, um sério risco de “encher de vãs palavras muitas páginas e de mais confusões as prateleiras,”<sup>37</sup> o que não seria conveniente para solucionar um debate mais concreto como a questão do júri. Mais sensato parece encontrar quais figuras representam a *concretização constitucional* do conceito de Povo, isto é, a quais figuras o Constituinte atribuiu o poder de expressar a vontade direta do Povo. O eleitorado (CF 14, *caput*), por exemplo, configura uma das variações mais clássicas e intuitivas das concretizações constitucionais do Povo. Nesse contexto, e retomando as já tecidas considerações a respeito do júri como garantia institucional oponível aos Poderes Públicos, há bons motivos para crer que o Constituinte optou por ver no Tribunal do Júri uma dessas concretizações.<sup>38</sup>

Também é possível opor à noção de tribunal popular a crítica à *amostragem insuficiente do júri*. A rigor, a ideia de amostragem guarda

---

<sup>34</sup> Para um breve apanhado histórico dos diferentes usos do conceito de povo, cf. COMPARATO, Fábio Konder. *Variações sobre o conceito de povo no regime democrático. Estudos Avançados*, São Paulo, v. 11, n. 31, 1997, p. 213 e ss. Sobre as distintas acepções do conceito, cf. também BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 72 e ss. (79 e ss.).

<sup>35</sup> Para uma análise dessa questão, cf. MÜLLER, Friedrich. *Wer ist das Volk: Die Grundfrage der Demokratie - Elemente einer Verfassungstheorie VI*. Berlin: Duncker & Humblot, 1997.

<sup>36</sup> Cf. LEISNER, Walter. *Das Volk: Realer oder fiktiver Souverän?* Berlin: Duncker & Humblot, 2005.

<sup>37</sup> VELOSO, Caetano. *Livros. Livro*. Polygram, 1997.

<sup>38</sup> Em sentido convergente, entendendo o Tribunal do Júri como “exercício direto do poder popular”, cf. SILVA JARDIM, Eliete. *Tribunal do Júri – absolvição fundada no quesito genérico: ausência de vinculação à prova dos autos e irrecorribilidade. Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, 2015, p. 20 e ss.

uma certa conexão com a de representatividade, de modo que já haveria uma certa contradição em sequer empregá-la numa discussão a respeito de uma concretização constitucional do conceito de Povo. Mas a crítica que aqui formulo resume-se na seguinte ideia: a associação entre a figura idealizada do Povo e a figura concreta do corpo de jurados seria inviável, haja vista que um grupo de apenas sete pessoas<sup>39</sup> seria excessivamente pequeno para corresponder à vontade direta do Povo.<sup>40</sup>

A primeira resposta a essa objeção reside na possibilidade de reformar a composição do júri. A Constituição, ao tratar do tema, não determinou uma quantidade específica de jurados, delegando expressamente ao Legislador Infraconstitucional a tarefa de organizar o Tribunal do Júri (CF, 5º, XXXVIII), o que permite uma correção, ao menos parcial, desse problema. Deve-se, ademais, notar que tal crítica está localizada num plano pré-positivo. Isto é, ainda que fosse aceita, ela afetaria apenas a legitimidade da opção constitucional – o que, de fato, não é pouca coisa –, mas não seria capaz de afetar nem a sua existência, nem a sua cogência. Ainda mais importante, é razoável reconhecer uma *inevitável imperfeição das concretizações constitucionais do conceito de Povo*. Por exemplo, se, de fato, o eleitorado consiste numa amostragem mais ampla do que o Tribunal do Júri, a sua legitimidade é, noutra dimensão, maculada pela tendência de estímulo à formação de classes profissionais de políticos,<sup>41</sup> o que, por conseguinte, abre margem para a inserção de interesses particulares – seja pela via econômica, seja por outras formas de poder – na formação da vontade democrática. Por sua vez, a insuficiência amostral do Tribunal do Júri é compensada tanto pela menor vulnerabilidade à infiltração de interesses pessoais na formação da vontade quanto pela sua randomização advinda do sistema de alistamento (CPP, 425 e ss.) e sorteio<sup>42</sup> (CPP, 432 e

<sup>39</sup> A rigor, o Tribunal do Júri é composto de por 26 pessoas: um juiz togado e por 25 jurados sorteados. É o Conselho de Sentença que é composto por sete membros. Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 13. ed. (ePub). Rio de Janeiro: Forense, 2016, cap. XX, tópico 14.2.

<sup>40</sup> Nesse sentido, LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 19. ed. (ePub). São Paulo: Saraiva, 2019, cap. XIII, tópico 3.9.

<sup>41</sup> DZUR, Albert W. *Punishment, Participatory Democracy, and the Jury*. Nova York: Oxford University Press, 2012, p. 55.

<sup>42</sup> Sobre as vantagens do uso de sorteios como forma de seleção, cf. WOLIN, Sheldon S. Norm and form. In: WOLIN, Sheldon S. *Fugitive democracy: and*

ss.) de jurados – que também está sujeito a críticas, igualmente sanáveis, relativas a uma insuficiente aleatorização.<sup>43</sup> Não desconheço que existem imperfeições mais incorretas que outras,<sup>44</sup> o que afirmo é que, para além das questões sanáveis pela já aventada possibilidade de reforma, o problema amostral do júri não é tão grave a ponto de comprometer a sua correspondência à vontade popular, pois é condição para o saneamento de problemas de outras concretizações constitucionais do Povo.

A última crítica à concepção do júri como tribunal do Povo que tratarei reside no seu risco de nos conduzir a uma espécie de *feudalismo moral*.<sup>45</sup> Tal alteração implicaria, em última análise, o fim do Estado como hoje o conhecemos, acarretando uma desestruturação da ordem social capaz de deflagrar graves retrocessos relativos aos índices de violência observados na espécie humana.<sup>46</sup> Nessa linha, legitimar o Tribunal do Júri como vontade direta do Povo, retirando-o da esfera de controle e de

---

other essays. Nova Jersey: Princeton University Press, 2016, p. 86 e ss. (87); Para uma defesa um tanto problemática do emprego da aleatoriedade nas decisões públicas, cf. HARCOURT, Bernard E. Meditaciones postmodernas sobre el castigo: Acerca de los límites de la razón y de las virtudes de la aleatoriedad (una polémica y un manifiesto para el siglo XXI). *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, n. 90, vol. XXXI, 2010, p. 38 e ss. Para críticas à forma supostamente viciada e não representativa de seleção decorrente da organização do júri no Brasil (e, portanto, sanável), bem como outras objeções ao instituto do júri em si, cf. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 19. ed. (ePub). São Paulo: Saraiva, 2019, cap. XIII, tópico 3.9.

<sup>43</sup> Cf. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 19. ed. (ePub). São Paulo: Saraiva, 2019, cap. XIII, tópico 3.9.

<sup>44</sup> Para uma crítica à equiparação de todas as imperfeições, cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. Pessoa, Direitos Fundamentais e Direito da Personalidade. *Revista Mestrado em Direito*, Osasco, ano 6, n. 1, 2006, p. 153 e ss. (155).

<sup>45</sup> Expressão de Jesse Prinz, cunhada ao reconhecer um dilema entre a imposição de valores a populações heterogêneas e a redução das jurisdições a pequenas comunidades morais dotadas de autonomia. Cf. PRINZ, Jesse. Constructive sentimentalism: legal and political implications. *Nomos*, Nova York, vol. 53, 2013, p. 15.

<sup>46</sup> WRANGHAM, Richard. Killer Species. *Daedalus*, Cambridge, vol. 133, 2004, p. 30 e ss. Cf. também breve análise associando o processo de integração civilizacional à redução de violência em PINKER, Steven. A History of Violence; We're getting nicer every day. Disponível em: <<https://newrepublic.com/article/64340/history-violence-were-getting-nicer-every-day>>. Acesso em: 02 mar. 2021.

uniformização das instâncias democráticas, poderia representar um passo para a desintegração do tecido social que compõe o Estado, pondo em perigo a indissolubilidade da unidade nacional (CF, 1º, *caput*).

A resposta que se dá ocorre em dois sentidos relativamente interconectados. Primeiramente, a própria instituição do júri estaria ainda sujeita a uma certa heterogeneidade sociomoral,<sup>47</sup> o que, se não afasta, ao menos mitiga a aproximação com um dos extremos de um longo espectro – que vai desde a homogeneização ético-social forçada até a feudalização moral –, a ponto de não mais significar uma ameaça relevante à unidade nacional. Mais importante parece reconhecer que, dentro desse espectro, há um *espaço de livre movimentação político-constitucional* que autoriza uma opção por um modelo mais ou menos centralizado sem que isso represente algum perigo à existência do Estado. Trata-se de uma lógica similar à da distribuição de competências e atribuições entre os entes federativos: nos Estados Unidos, por exemplo, os estados são competentes para legislar em matéria penal, ao passo que, no Brasil, tal competência é privativa da União (CF, 22, I). Nenhum desses diferentes desenhos constitucionais, contudo, consiste em riscos graves à unidade nacional dos seus respectivos países. Do mesmo modo, adotar uma concepção do Tribunal do Júri como expressão direta do Povo não parece ter o condão de inaugurar um temido feudalismo moral.

## 2. O INSTITUTO DA CLEMÊNCIA NO JÚRI

Feita a devida análise a respeito da natureza popular do Tribunal do Júri, cabe, agora, examinar as repercussões dessas considerações para o reconhecimento do instituto da clemência pela ciência penal. Noutras

---

<sup>47</sup> Cf. PRINZ, Jesse. Constructive sentimentalism: legal and political implications. *Nomos*, Nova York, vol. 53, 2013, p. 15. É possível, contudo, levantar uma razoável crítica a respeito da forma socialmente homogeneizante que a seleção de jurados apresenta no Brasil. Cf. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 19. ed. (ePub). São Paulo: Saraiva, 2019, cap. XIII, tópico 3.9. Essa homogeneização abre espaço para uma perigosa tendência de enviesamento dos jurados por considerações preconceituosas. Cf. JACKSON, John D. Making Juries Accountable. *The American Journal of Comparative Law*, vol 50, n. 3, 2002, p. 479 e ss. Tais objeções, no entanto, seriam sanáveis ou ao menos mitigadas por meio de reformas legais.

palavras, faz-se necessário discutir a *possibilidade e formatação da clemência*, bem como suas circunstâncias.

## 2.1. A CLEMÊNCIA COMO RENÚNCIA SOBERANA À PENA

As tentativas de enquadramento dogmático da clemência enveredam-se, não raro, pela análise do ilícito culpável.<sup>48</sup> Cuidam, em geral, de analisar se uma absolvição manifestamente contrária às provas dos autos decorreria de uma excludente supralegal de culpabilidade, construindo, por vezes, posicionamentos com base em doutrinas que orbitam o conceito de culpabilidade, como o chamado princípio da desculpa defendido por Palma<sup>49</sup> ou a categoria dogmática da responsabilidade sustentada por Roxin e Greco.<sup>50</sup> Defendo que uma concepção do júri como tribunal popular, se levada a sério, põe esse caminho em xeque. Procurar uma resposta para a natureza da clemência na dogmática do delito significa buscar na própria conduta criminosa uma justificação para a sua não punição. É tentar manter a análise exclusivamente no plano dos atos de conhecimento, negando ao Tribunal do Júri – concretização constitucional do Povo – a prática de *atos de vontade*. A vontade de simplesmente não punir.

Tal visão faria sentido caso entendêssemos o júri como ente estatal e não como concretização constitucional do conceito de Povo. Um ato de vontade do Estado – como a abstenção de impor uma sanção *a priori* legítima que o Povo, seu mandante, entende cabível – requer uma justificativa perante seus representados. É preciso apresentar razões que os convençam, é preciso dar-lhes satisfação por meio de argumentos. Ao entendermos o Tribunal do Júri como manifestação direta do Povo, porém, tal necessidade desaparece. A clemência não é, portanto, o reconhecimento de uma ausência de culpabilidade no caso concreto, pois ela

---

<sup>48</sup> Cf. FACCINI NETO, Orlando. A clemência e o Júri: uma tentativa de conciliação. In: FACCINI NETO, Orlando. *Questões morais e direito penal: estudos reunidos* (ePub). São Paulo: Saraiva, 2020, tópico 10.3.

<sup>49</sup> PALMA, Maria Fernanda. *O princípio da desculpa em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2005.

<sup>50</sup> Sucintamente, cf. ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Bd I. 5. ed. Munique: C.H. Beck, 2020, p. 317.

é, antes, uma *renúncia soberana à pena*, um ato de vontade popular, que – motivado pelas mais variadas causas – abdica da imposição da punição que é infligida em seu nome. E, como ato de vontade soberana, a clemência não precisa de argumentos justificantes, pois emitido exatamente por aqueles a quem a justificação seria destinada: o Povo, concretizado, segundo as normas constitucionais, na figura do Tribunal do Júri. Em suma, a relação de representação exige somente que o representante explique ao representado o exercício de seu poder. O contrário não ocorre, pois o representado é soberano. Não é por outro motivo que, numa eleição, o eleitor não precisa justificar o seu voto e não é por outro motivo que a Constituição de 1988 garantiu a soberania dos veredictos do Tribunal do Júri (CF, 5º, XXXVIII, c).<sup>51</sup> A partir desse fundamento é possível legitimar a redação legalmente determinada do chamado quesito genérico (CPP, 483, §2º) – “O jurado absolve o acusado?” –, em substituição a questões específicas de caráter mais técnico.

Quanto à *classificação dogmática* da clemência como renúncia soberana à pena, convém um parêntese para um breve aprofundamento. A renúncia soberana à pena é uma espécie do gênero causa de isenção de pena (*Strafbefreiungsgründe*). Nessa categoria são incluídos os benefícios jurídicos que, a despeito de não afetarem a tipicidade, ilicitude e culpabilidade de uma conduta, retiram a punibilidade de seu autor.<sup>52</sup> Dentro dela, temos dois subgrupos: as causas de exclusão de pena (*Strafausschließungsgründe*), que abrangem as circunstâncias, anteriores ou concomitantes ao fato punível, capazes de isentar um indivíduo da sua punição; e as causas de não-aplicação da pena (*Strafaufhebungsgründe*), que também compreendem circunstâncias capazes de afastar a punição de um indivíduo, mas que tenham ocorrido posteriormente à prática do fato punível.<sup>53</sup> No caso da clemência, trata-se, como dito, de uma renúncia soberana à pena por parte do seu titular último, o povo. Essa renúncia,

<sup>51</sup> Também atribuindo à soberania popular o fundamento do sistema eleitoral e do sistema de júri, cf. TOCQUEVILLE, Alexis de. *De la démocratie en Amérique*. Tomo I e II. Breslávia: Nouvelles Lectures d'Antan, 2019, p. 271.

<sup>52</sup> Cf. VON HIPPEL, Robert. *Deutsches Strafrecht*. Bd. 2. Berlim: Springer, 1971, p. 382 e ss.

<sup>53</sup> Cf. VON HIPPEL, Robert. *Deutsches Strafrecht*. Bd. 2. Berlim: Springer, 1971, p. 382 e ss.



por óbvio, só ocorre no momento do julgamento, sendo, portanto, classificável como uma causa de não-aplicação da pena. Considerando as causas de não-aplicação de pena mais tradicionais – a prescrição e as diferentes formas de perdão<sup>54</sup> –, a clemência possui a peculiaridade de, mais do que não ser um ato estatal, ser um ato de vontade popular direta. Por essa razão, a classifiquei como uma renúncia soberana.

Essa constatação nos conduz a uma conclusão imperativa, mas que, diante de sua contundência, requer certa coragem para afirmá-la. Sendo a clemência um ato de renúncia soberana à pena, deduz-se a impossibilidade de controlar as motivações que a fundamentaram. Tal visão pode, inclusive, ser sustentada pela garantia constitucional ao sigilo das votações no Tribunal do Júri (CF, 5º, XXXVIII, b).<sup>55</sup> Daí decorre a *admissibilidade de teses moral e juridicamente repulsivas*, como a erroneamente chamada legítima defesa da honra,<sup>56</sup> por parte do júri<sup>57</sup> – com a ressalva de que ele não pode aceitá-la enquanto excludente efetiva de ilicitude,

---

<sup>54</sup> Cf. VON HIPPEL, Robert. *Deutsches Strafrecht*. Bd. 2. Berlim: Springer, 1971, p. 551 e ss.

<sup>55</sup> O sigilo das votações é, por certo, uma norma sujeita a críticas de ordem teórico-abstrata, por criar obstáculos ao acesso à fundamentação das decisões. Sobre uma possível incompatibilidade entre o júri e um direito à fundamentação de decisões, cf. GRECO, Luís. *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft: Grundlagen und Dogmatik des Tatbegriffs, des Strafklageverbrauchs und der Wiederaufnahme im Strafverfahrensrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 2015, p. 886 e ss.; JACKSON, John D. Making Juries Accountable. *The American Journal of Comparative Law*, vol 50, n. 3, 2002, p. 503 e ss. (510 e ss) e LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 19. ed. (ePub). São Paulo: Saraiva, 2019, cap. XIII, tópico 3.9. Sua justificação, contudo, parece residir tanto numa garantia da soberania do júri – ao impedir o acesso e, por conseguinte, o controle das fundamentações – como numa garantia da independência do júri. Cf. JACKSON, John D. *Op. cit.*, p. 494 e ss., Tais razões acabam respondendo a crítica, posta por Aury Lopes Jr, a respeito do não-gozo das garantias orgânicas da Magistratura por parte dos jurados. Cf. LOPES JR., Aury. *Op. cit.*, cap. XIII, tópico 3.9.

<sup>56</sup> Cuida-se da situação em que, numa situação de flagrância de adultério, o marido mata a esposa, o terceiro envolvido ou ambos.

<sup>57</sup> Crítico à aceitação dessa categoria de teses, cf. FACCINI NETO, Orlando. A clemência e o Júri: uma tentativa de conciliação. In: FACCINI NETO, Orlando. *Questões morais e direito penal: estudos reunidos* (ePub). São Paulo: Saraiva, 2020, tópico 10.2.

mas apenas como motivo relevante para a renúncia da pena.<sup>58</sup> Noutras palavras, o argumento da defesa da honra – e teses similares – pode afastar a imposição da pena, a punibilidade, mas não tornar um ilícito justo.<sup>59</sup>

Uma solução para dificultar a ocorrência de tais situações seria vedar à defesa o direito de sustentar tais argumentos. Parece difícil, porém, fundamentar, como pretende o Min. Dias Toffoli na ADPF 779/DF, uma nulidade processual ou uma proibição puramente jurídica de levantar tal espécie de tese defensiva, considerando a garantia constitucional da plenitude de defesa (CF, 5º, XXXVIII a). A solução desse impasse residiria, talvez, na inserção de tais limitações no plano da *ética advocatícia*,<sup>60</sup> por meio do reconhecimento de um dever do defensor de não apelar a argumentos moral e juridicamente repulsivos – dever talvez derivável dos art. 31 ou 34, VI ou XXV do EAOAB ou talvez somente fundamentável *de lege ferenda* (o que demonstra a necessidade de um estudo mais profundo e específico).

## 2.2. AS LIMITAÇÕES DO PODER DE DISPOSIÇÃO DO JÚRI SOBRE A PENA

A concepção que ora defendo não é completamente nova. Creio apenas que suas bases ainda não tenham sido devidamente explicitadas e levadas a sério, o que acabou impedindo – ou ao menos dificultando – que extraíssemos as suas consequências da forma mais correta. É a partir dessa renovada fundamentação do Tribunal do Júri que se torna possível

---

<sup>58</sup> Daí que seria mais correto chamar o argumento de tese da defesa da honra, excluindo a referência a ideias de legitimação. No mesmo sentido, cf. decisão, de relatoria do Min. Dias Toffoli que concedeu medida cautelar em sede da ADPF 779/DF.

<sup>59</sup> O que é relevante para que a vítima possa requerer uma indenização no âmbito cível, pois apenas as sentenças penais que reconheçam alguma justificante legal fazem coisa julgada na esfera cível (CPP 65), sendo expressamente estabelecida a possibilidade de propositura de ação cível nos casos de decisões referentes à extinção da punibilidade (CPP 67 II), o que seria o caso da clemência. Em sentido contrário, FACCINI NETO, Orlando. A clemência e o Júri: uma tentativa de conciliação. In: FACCINI NETO, Orlando. *Questões morais e direito penal*: estudos reunidos (ePub). São Paulo: Saraiva, 2020, tópico 10.2.

<sup>60</sup> Num sentido amplo que abarque também os defensores públicos.

responder ao que chamo de *argumento do cavalo de Tróia* trazido por Trindade e Streck: a aceitação da clemência – por eles descrita como o “sim, porque sim” – esconderia consigo, tal qual um presente de grego, a necessidade de também acolhermos a condenação sem fundamentos – a que eles se referem como o “não, porque não”.<sup>61</sup> Não há insensatez nessa lógica, sobretudo por ela guardar uma certa conexão com o princípio da paridade de armas,<sup>62</sup> que, por sua vez, pode ser derivado do princípio da igualdade (CF, 5º, *caput*).<sup>63</sup> No plano do Direito vigente,<sup>64</sup> trata-se da principal objeção à clemência no júri, pois não parece haver, dentro do ordenamento brasileiro, outro óbice ao reconhecimento do instituto.<sup>65</sup>

O erro do argumento do cavalo de Tróia reside em ignorar<sup>66</sup> não apenas a origem democrática do Tribunal do Júri, mas sobretudo a necessária *distinção entre os princípios da democracia e do Estado de Direito*

---

<sup>61</sup> TRINDADE, André Karam; STRECK, Lenio Luiz. Júri não pode absolver porque quer ou porque sim. Nem condenar. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jun-18/diario-classe-juri-nao-absolver-porque-ou-porque-sim-nem-condenar>. Acesso em: 02 mar. 2021.

<sup>62</sup> Nesse sentido, cf. FACCINI NETO, Orlando. A clemência e o Júri: uma tentativa de conciliação. In: FACCINI NETO, Orlando. *Questões morais e direito penal: estudos reunidos* (ePub). São Paulo: Saraiva, 2020, tópico 10.2. Convém ressaltar que, a rigor, a positivação constitucional da paridade de armas limita-se aos processos decorrentes de atos infracionais (CF 227 §3º IV).

<sup>63</sup> Sobre a paridade de armas e sua relação com a igualdade, cf. VIEIRA, Renato Stanzola. *Paridade de armas no processo penal: do conceito à aplicação no direito processual brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.

<sup>64</sup> Num plano mais crítico-abstrato, a objeção do direito da vítima ganha relevo.

<sup>65</sup> Mesmo seu fundamento legal pode ser extraído do chamado quesito genérico (CPP 483 §2º), isto é, da possibilidade, estabelecida sem ressalvas, de absolvição do réu mesmo após o reconhecimento da autoria e da materialidade do delito. Admitindo tal interpretação e mencionando expressamente a inexistência de uma “exigência de *accountability*”, cf. TRINDADE, André Karam; STRECK, Lenio Luiz. Júri não pode absolver porque quer ou porque sim. Nem condenar. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jun-18/diario-classe-juri-nao-absolver-porque-ou-porque-sim-nem-condenar>. Acesso em: 02 mar. 2021..

<sup>66</sup> Nota-se essa confusão em Trindade e Streck quando, após rechaçarem um modelo que permita a condenação sem provas, clamam por uma “dose de democracia”, quando o mais técnico seria pedir por mais Estado de Direito. Cf. TRINDADE, André Karam; STRECK, Lenio Luiz. Júri não pode absolver porque quer ou porque sim. Nem condenar. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jun-18/diario-classe-juri-nao-absolver-porque-ou-porque-sim-nem-condenar>.

(CF, 1º, *caput*).<sup>67</sup> Enquanto a ideia de Estado de Direito vincula-se às de direitos fundamentais, constitucionalidade e juridicidade, associando-se a imperativos de justiça,<sup>68</sup> o princípio democrático está conectado ao conceito de Povo e soberania popular, ligados a questões de poder e próximos da noção de vontade geral.<sup>69</sup> Em última análise, trata-se

---

com.br/2016-jun-18/diario-classe-juri-nao-absolver-porque-ou-porque-sim-nem-condenar. Acesso em: 02 mar. 2021..

<sup>67</sup> A distinção entre os princípios da democracia e do Estado de Direito guarda paralelos e similiaridades com a distinção entre os modelos de autoridade coordenado – caracterizado por estruturas de autoridade definidas por leis aplicando valores comunitários nas decisões públicas – e hierárquico – identificado por um corpo profissional inserido numa cadeia de comando e orientado a promover decisões baseadas em critérios técnicos. Sobre os referidos modelos, cf., minuciosamente, DAMAŠKA, Mirjan. Structures of Authority and Comparative Criminal Procedure. *The Yale Law Journal*, New Haven, vol. 84, n. 3, 1975, p. 483 e ss.; de forma sucinta, cf. JACKSON, John D. Making Juries Accountable. *The American Journal of Comparative Law*, vol 50, n. 3, 2002, p. 477 e ss. (478 e ss.). Uma notável convergência entre essas duas distinções reside exatamente na conclusão favorável à possibilidade de o Tribunal do Júri ignorar a lei para absolver, mas não para condenar um réu. A análise dessa possibilidade sob a ótica dos princípios da democracia e do Estado de Direito será promovida aqui. Para uma análise sob a perspectiva dos modelos de autoridade, cf. JACKSON, John D. *Op. cit.*, p. 512 e ss. (517).

<sup>68</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 348 e ss. (380 e ss.). Não por acaso, são atribuídas a Kant as primeiras formulações concretas que desembocariam no conceito de Estado de Direito: as expressões “condição jurídica” ou mesmo “estado jurídico” [com “e” minúsculo] (*rechtlicher Zustand* ou *status iuridicus*), que representam uma condição na qual todos os indivíduos teriam seus direitos assegurados. Cf. BYRD, B. Sharon; HRUSCHKA, Joachim. Kant zu Strafrecht und Strafe im Rechtsstaat. *Juristen Zeit*, Tubinga, ano 60, n. 20, 2007, p. 958; KANT, Immanuel. *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*. AA VIII, 1793, p. 292.

<sup>69</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 401 e ss. Sobre a ideia de vontade geral e sua natureza de “direção suprema”, cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social*. Paris: Chez Mourer et Pinparé, 1797, p. 26 e ss. (30 e ss.). Sobre as limitações da democracia, é possível notar, já na sua descrição aristotélica como forma corrompida da politeia – para Aristóteles, o governo virtuoso da maioria, a menos capaz forma virtuosa de governo –, que há um reconhecimento das suas falhas e de sua dissociação com a ideia de justiça, reconhecimento que funciona, porém, como uma “defesa qualificada” do governo da maioria, pois, considerando a corruptibilidade humana e, por conseguinte, de todos os governos, a democracia acaba sendo também a menos capaz forma viciada de

da clássica relação de tensão entre os interesses coletivos (princípio democrático) e os interesses individuais (princípio garantístico,<sup>70</sup> sobretudo na dimensão de respeito aos direitos fundamentais), que permeiam qualquer discussão sobre a organização social. O Estado Democrático de Direito é, assim, o modelo de Estado que tenta conciliar essas duas forças fundantes<sup>71</sup> – justiça e poder; indivíduo e coletivo – que, se nem sempre são antagônicas, não deixam de, em diversos momentos, se contrapor uma à outra.<sup>72</sup> Distinguir esses dois princípios nos permite uma melhor visualização dos argumentos que estão em jogo nesses conflitos, bem como seu melhor manejo.

O Tribunal do Júri, dessa forma, significa o interesse do Povo de gerenciar a imposição da pena. A soberania dos vereditos (CF, 5º, XXXVIII, c), para ser uma real soberania, pressupõe o poder de renúncia dessa imposição. Ela incide, porém, somente sobre aquilo de que o Povo dispõe: o poder de punir. Num paralelo, a soberania está para o Povo assim como a autonomia está para o indivíduo: ambas significam a legitimação do exercício do autogoverno, e ambas são limitáveis pela existência de outros autogovernos igualmente legítimos. O titular desse

---

governo. Cf. RUSSELL, Bertrand. *History of Western Philosophy*. Abingdon: Routledge, 2004, p. 179 e ss. (183). Ressalve-se que, no Brasil, Paulo Bonavides chama a politeia de “democracia” e a democracia de “demagogia”, o que pode provocar uma certa confusão. Cf. BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 208 e ss.

<sup>70</sup> Expressão que Luís Greco utilizou para traduzir o adjetivo alemão “*rechts-taetlich*” – que significa “relativo ao Estado de Direito” – para o português. Cf. ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 3, nota 3.

<sup>71</sup> Em sentido relativamente próximo, mas sem fazer uma distinção tão clara entre os dois princípios – por aglutiná-los num amplo princípio democrático (contribuindo para a tendência de criar cada vez mais adjetivos e qualificações para o conceito de democracia, o que acaba esvaziando o seu significado), que se subdividiria em duas dimensões: uma política (ou formal) e uma substancial –, cf. FERRAJOLI, Luigi. *Por Uma Teoria dos direitos e dos Bens Fundamentais*. (ePub). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, parte I, tópico 4.

<sup>72</sup> Para um aprofundamento da discussão sobre o conflito entre os princípios democrático e garantístico no âmbito do Direito Penal (sobretudo na discussão do conceito material de crime), cf. ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Bd I. 5. ed. Munique: C.H. Beck, 2020, p. 80 e ss.

poder de punir, portanto, não está autorizado a decidir sobre aquilo que nunca lhe pertenceu.<sup>73</sup> os direitos fundamentais do indivíduo, dentre os quais figura o direito ao *devido processo legal* (CF, 5º, LIV) – e, no plano de fundo, a própria liberdade de locomoção (CF, 5º, XV).<sup>74</sup> E, diga-se, não basta ao conceito de devido processo legal que o processo esteja submetido a um regramento editado pelo Parlamento. Antes, é necessário que esse regramento seja devido, isto é, justo.<sup>75</sup> Certamente a discussão sobre o que é justa é muito maior do que o escopo do presente texto,<sup>76</sup> porém é possível afirmar com segurança que a condenação sem provas – ou, pior, contrária às provas – consiste numa injustiça. Violaria, portanto, o chamado *fair trial*,<sup>77</sup> corolário do devido processo legal.

<sup>73</sup> Para uma fundamentação um pouco distinta da mesma ideia, recorrendo ao argumento de que os juízos absolutórios estão abertos também ao Direito Penal do Autor, enquanto os juízos condenatórios estão circunscritos apenas ao Direito Penal do Fato, cf. SILVA JARDIM, Eliete. Tribunal do Júri – absolvição fundada no quesito genérico: ausência de vinculação à prova dos autos e irrecorribilidade. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, 2015, p. 14 e ss. (16 e ss.). Trata-se, porém, de um argumento intermediário que, embora pertinente, não é, a rigor, necessário, pois as razões pelas quais os juízos condenatórios devem ater-se ao Direito Penal do Fato e os juízos absolutórios estão livres para promover considerações de Direito Penal do Autor são justamente os princípios do Estado do Direito e da democracia, respectivamente.

<sup>74</sup> É possível também mencionar o princípio da legalidade e da presunção de inocência. Cf. SILVA JARDIM, Eliete. Tribunal do Júri – absolvição fundada no quesito genérico: ausência de vinculação à prova dos autos e irrecorribilidade. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, 2015, p.14 e ss. (17).

<sup>75</sup> Associando o princípio do devido processo legal a uma “forma de assegurar a justa aplicação da força estatal na repressão aos delitos existentes”, cf. NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. 4. ed. (ePub). Rio de Janeiro: Forense, 2015, cap. II, tópico 2.

<sup>76</sup> Para uma introdução a esse debate, cf. SANDEL, Michael J. *Justice: what’s the right thing to do?* Nova York: Farrar, Straus and Giroux, 2009.

<sup>77</sup> A nível de crítica mais teórico-abstrata, é cabível questionar se o Tribunal do Júri, sobretudo no desenho brasileiro, não traz consigo um problema de valoração de provas e fundamentação das decisões que o torna inerentemente incompatível com um julgamento justo. Neste sentido, cf. GRECO, Luís. *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft: Grundlagen und Dogmatik des Tatbegriffs, des Strafklageverbrauchs und der Wiederaufnahme im Strafverfahrensrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 2015, p. 886 e ss.; e LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 19. ed. (ePub). São Paulo: Saraiva, 2019, cap. XIII, tópico 3.9. A Constituição, ao instituir o júri como garantia fundamental, parece, porém, ter respondido negativamente a essa questão. Corroborar

É também do reconhecimento desse embate entre o princípio do Estado de Direito e o fundamento democrático do Tribunal do Júri que se extrai a justificação para a garantia constitucional da *plenitude de defesa* nos processos de competência do júri (CF, 5º, XXXVIII, a),<sup>78</sup> algo que vai além da usual ampla defesa garantida em todos os processos judiciais e administrativos (CF, 5º, LV).<sup>79</sup> Tal percepção é relevante não apenas para afastar o argumento do cavalo de Tróia, mas também para legitimar um direito de clamar expressamente pela clemência dos jurados.<sup>80</sup>

---

esse entendimento o dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais (CF 93, IX), que é imposto aos órgãos do Poder Judiciário (CF 92), conjunto que não abrange o Tribunal do Júri – embora inclua implicitamente o juiz-presidente do júri, na medida em que é juiz estadual (CF 92, VII) ou federal (CF 92, III). Cf. CAVALCANTE SEGUNDO, Antonio de Holanda; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. Íntima convicção, veredictos dos jurados e o recurso de apelação com base na contrariedade à prova dos autos: necessidade de compatibilidade com um processo de base garantista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 116, 2015, tópico 3.

<sup>78</sup> Em sentido similar, NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. 4. ed. (ePub). Rio de Janeiro: Forense, 2015, cap. V, tópico 1.1.3.

<sup>79</sup> Alertando para a distinção entre ampla defesa e plenitude de defesa, cf. FACCINI NETO, Orlando. A clemência e o Júri: uma tentativa de conciliação. In: FACCINI NETO, Orlando. *Questões morais e direito penal: estudos reunidos* (ePub). São Paulo: Saraiva, 2020, tópico 10.1.; de forma um pouco mais aprofundada e citando outros autores, NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 13. ed. (ePub). Rio de Janeiro: Forense, 2016, cap. IV, tópico 3.1.3; *idem*. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. 4. ed. (ePub). Rio de Janeiro: Forense, 2015, cap. V, tópico 1.1.3. Utilizando a plenitude da defesa como argumento para justificar o direito do réu de renunciar ao Tribunal do Júri, cf. ARAS, Vladimir. Renúncia ao julgamento pelo júri no processo penal brasileiro. *Custos Legis*, vol. II, 2010, p. 6 e ss. Tal posicionamento parece equivocado por esquecer que o fundamento da plenitude de defesa é a submissão a um tribunal popular. Ou seja, a tese da possibilidade de renúncia ao júri confunde a plenitude de defesa no Tribunal do Júri, prevista constitucionalmente, com uma inexistente plenitude de defesa dos crimes dolosos contra a vida.

<sup>80</sup> Direito cuja existência é defendida por Orlando Faccini Neto, embora posicionando-se contrariamente à clemência não requerida. FACCINI NETO, Orlando. A clemência e o Júri: uma tentativa de conciliação. In: FACCINI NETO, Orlando. *Questões morais e direito penal: estudos reunidos* (ePub). São Paulo: Saraiva, 2020, tópico 10.3.

Se levada a sério, a plenitude de defesa no Tribunal do Júri, sobretudo em conjunto com a garantia de um devido processo legal, nos permite, para além de questões relativas à figura da clemência, questionar a própria *constitucionalidade da vedação a uma segunda apelação* nos casos em que o corpo de jurados novamente condenam o réu de forma manifestamente contrária<sup>81</sup> às provas dos autos (CPP, 593, §3º). Uma condenação sem provas permanece, afinal, uma condenação sem provas. A confirmação, por si só, de um juízo condenatório que se oponha de forma manifesta às provas produzidas não é capaz de torná-lo justo, pois a mera repetição não é critério de justiça. Um Estado que aceita a proibição sem ressalvas da segunda apelação no júri, portanto, aceita também a possibilidade de retirar a liberdade de inocentes por mero exercício do poder popular. É, ainda, um Estado Democrático, mas não mais um Estado de Direito.

Uma solução para preservar a constitucionalidade do dispositivo talvez consistisse em acolher a possibilidade de absolvição do réu nos casos de procedência da apelação, já que haveria um reconhecimento expresso, por parte do Judiciário, de que as provas produzidas contra o acusado não são capazes de sustentar uma condenação. Seria, também, uma forma de exigir responsabilidade do Povo por sua decisão. Caso ele não se atenha ao dever de julgamento justo – o que seria um abuso do poder de punir –, perde o direito de julgar. Seria uma conciliação entre os princípios democrático e garantístico.<sup>82</sup> A fundamentação legal para

---

<sup>81</sup> A respeito das implicações recursais da admissão da clemência no Tribunal do Júri, convém um breve parêntese. O reconhecimento do instituto não impede a apelação contra absolvição manifestamente contrária ao conjunto probatório (CPP 593, III, b), pois somente a decisão absolutória decorrente do quesito genérico (CPP 483 §2º) pode ser classificada como uma irrecorrível renúncia soberana à pena, ou seja, um ato de vontade que independe da realidade fática. Permanece, contudo, disponível à acusação o recurso contra as absolvições que, em flagrante incongruência com as provas do processo, não reconhecem a materialidade ou a autoria do delito (CPP 483 §1º), pois se trata de atos de conhecimento, que devem vincular-se aos fatos, isto é, às provas colhidas. Para um maior aprofundamento nessa questão, cf. SILVA JARDIM, Eliete. Tribunal do Júri – absolvição fundada no quesito genérico: ausência de vinculação à prova dos autos e irrecorribilidade. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, 2015, p. 20 e ss.

<sup>82</sup> Essa solução talvez responda parcialmente a relevante questão levantada e deixada em aberto por Paulo Bonavides sobre se as garantias institucionais



tanto possivelmente residiria numa interpretação *a contrario sensu* da própria vedação à segunda apelação. O Tribunal de Justiça, ao identificar uma contrariedade manifesta às provas, teria, a rigor, duas opções: ou absolver o réu ou submetê-lo a um novo júri. Ocorre que esse novo júri seria, nesse desenho, incompatível com a garantia constitucional da defesa plena (CF, 5º, XXXVIII, a), já que não haveria a possibilidade de apresentar recurso contra uma segunda condenação contrária às provas, isto é, contra uma condenação injusta. Restaria ao Tribunal de Justiça, portanto, apenas a alternativa absolutória. A segunda apelação seria, então, vedada, pois caberia ao Tribunal de Justiça apenas reafirmar a vinculação do júri às provas ou absolver o réu. Teríamos algo como uma *despronúncia tardia*, um novo juízo de impronúncia, que talvez não tarde tanto a ponto de falhar. Tal sugestão, contudo, teria que ser discutida mais a fundo, sobretudo a sua compatibilidade com a soberania do Tribunal do Júri (CF 5º XXXVIII c), o que não cabe no presente texto.

## CONCLUSÕES

O debate sobre a clemência no Tribunal do Júri deve partir de análises no âmbito das Teorias Constitucional e dos Direitos e Garantias Fundamentais. O entendimento do júri como tribunal do Povo é, nesse contexto, fruto de uma opção político-criminal de conferir-lhe *status* de norma jusfundamental, tornando-o uma pretensão oponível aos Poderes Públicos.

Dentro do atual desenho constitucional brasileiro, porém, não é possível entender o Tribunal do Júri nem como um direito do acusado, nem como um direito da vítima, restando a possibilidade de compreendê-lo como uma garantia institucional. Numa doutrina constitucional de feição contratualista, o júri pode, então, ser visto como uma ressalva do Povo frente ao Estado, uma contraposição a um elitista e desconfiado didatismo estatal.

As possíveis objeções relativas à ausência de uma definição do conceito de Povo podem ser respondidas com o recurso à ideia de que o

---

enfraqueceriam a proteção dos direitos individuais. Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 538 e ss.

Tribunal do Júri se trata de uma de suas formas de concretização constitucional. Igualmente, às críticas a respeito de uma amostragem insuficiente do júri opõe-se o argumento da inevitável imperfeição das concretizações constitucionais do conceito de Povo. Por fim, receios de que o Tribunal do Júri representaria um passo na direção de um feudalismo moral são afastados sob o argumento de que a instituição do júri está inserida num espaço de livre movimentação político-constitucional.

A possibilidade e formatação da clemência têm origem no reconhecimento de que o Tribunal do Júri, como tribunal do Povo, é capaz de emitir atos de vontade, entre eles o ato de renúncia soberana à pena, que é a adequada classificação dogmática do instituto. A problemática admissibilidade de teses moral e juridicamente repulsivas – como a da legítima defesa da honra –, que se extrai dessa fundamentação, parece ser solucionável no âmbito da ética advocatícia – o que requer, todavia, um exame mais detido. O argumento do cavalo de Tróia – no sentido de que a renúncia à pena implicaria também a renúncia a um julgamento justo –, por sua vez, falha ao não compreender a distinção entre os princípios da democracia e do Estado de Direito. Enquanto o princípio democrático fundamenta a renúncia à pena, o garantístico assegura o respeito aos direitos individuais, incluindo a garantia ao devido processo legal.

É deste fundamento que se deduz a garantia constitucional à plenitude de defesa, de onde também se extraem dúvidas a respeito da constitucionalidade da vedação a uma segunda apelação em casos de condenação manifestamente contrária às provas dos autos. Para sanar esse problema, sugeri o acolhimento de uma possibilidade de despronúncia tardia por parte dos Tribunais de Justiça, cuja discussão merece mais aprofundamentos.

Ao fim de tudo, gostaria de retomar às considerações que deram início a esse texto. Como espero ter exposto, o argumento *a fortiori* do Min. Fachin não é capaz de convencer que a clemência seja um instituto vedado ao Tribunal do Júri. É, porém, um bom argumento. Bom, porque nos abriu um espaço para reflexão e crítica. Bom, porque nos deu a oportunidade para recolocar a discussão sobre o Tribunal do Júri em seu devido lugar: no debate sobre o papel do Povo na administração da justiça penal e suas consequências. *Bom, enfim, porque belo.*

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABEL, Gunther. *Die Bedeutung der Lehre von den Einrichtungsgarantien für die Auslegung des Bonner Grundgesetzes* Berlin: Dunckler & Humblot, 1964. <https://doi.org/10.3790/978-3-428-40001-0>

ARAS, Vladimir. Renúncia ao julgamento pelo júri no processo penal brasileiro. *Custos Legis*, vol. II, 2010.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Pessoa, Direitos Fundamentais e Direito da Personalidade. *Revista Mestrado em Direito*, Osasco, ano 6, n. 1, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. 'Operação Abafa' tenta barrar avanços do STF, escreve Barroso. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/02/em-artigo-ministro-do-supremo-rebate-criticas-feitas-ao-tribunal.shtml>>. Acesso em: 02 mar. 2021.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BYRD, B. Sharon; HRUSCHKA, Joachim. Kant zu Strafrecht und Strafe im Rechtsstaat. *Juristen Zeit*, Tubinga, ano 60, n. 20, 2007. <https://doi.org/10.1628/002268807782338547>

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAVALCANTE SEGUNDO, Antonio de Holanda; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. Íntima convicção, veredictos dos jurados e o recurso de apelação com base na contrariedade à prova dos autos: necessidade de compatibilidade com um processo de base garantista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 116, 2015.

CHESTERTON, Gilbert Keith. *Tremendous Trifles*. 3. ed. Londres: Methuen & Co., 1909.

COMPARATO, Fábio Konder. Variações sobre o conceito de povo no regime democrático. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 11, n. 31, 1997. <https://doi.org/10.1590/S0103-40141997000300013>

DAMAŠKA, Mirjan. Structures of Authority and Comparative Criminal Procedure. *The Yale Law Journal*, New Haven, vol. 84, n. 3, 1975. <https://doi.org/10.2307/795463>

DZUR, Albert W. *Punishment, Participatory Democracy, and the Jury*. Nova York: Oxford University Press, 2012. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199874095.001.0001>

FACCINI NETO, Orlando. A clemência e o Júri: uma tentativa de conciliação. In: FACCINI NETO, Orlando. *Questões morais e direito penal: estudos reunidos* (ePub). São Paulo: Saraiva, 2020.

FERRAJOLI, Luigi. *Por Uma Teoria dos direitos e dos Bens Fundamentais*. (ePub). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

GRECO, Luís. Strafjurist mit gutem Gewissen – Kritik der opferorientierten Straftheorie. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2020.

GRECO, Luís. *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft: Grundlagen und Dogmatik des Tatbegriffs, des Strafklageverbrauchs und der Wiederaufnahme im Strafverfahrensrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 2015. <https://doi.org/10.3790/978-3-428-54464-6>

GUIMARÃES NETO, Silvio Leite. *Uma teoria da pena baseada na vítima. A busca pela satisfação do indivíduo vitimado como finalidade da pena*. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

HARCOURT, Bernard E. Meditaciones postmodernas sobre el castigo: Acerca de los límites de la razón y de las virtudes de la aleatoriedad (una polémica y un manifiesto para el siglo XXI). *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, n. 90, vol. XXXI, 2010. <https://doi.org/10.5354/0718-4735.2011.29455>

JACKSON, John D. Making Juries Accountable. *The American Journal of Comparative Law*, vol 50, n. 3, 2002. <https://doi.org/10.2307/841060>

KANT, Immanuel. *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*. AA VIII, 1793.

KINGREEN, Thorsten; POSCHER, Ralf. *Grundrechte Staatsrecht II*. 36. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2020.

LEISNER, Walter. *Das Volk: Realer oder fiktiver Souverän?* Berlin: Duncker & Humblot, 2005. <https://doi.org/10.3790/978-3-428-51831-9>

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 19. ed. (ePub). São Paulo: Saraiva, 2019.

MAGER, Ute. *Einrichtungsgarantien: Entstehung, Wurzeln, Wandlungen und grundgesetzgemäße Neubestimmung einer dogmatischen Figur des Verfassungsrechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

MAUNZ, Theodor; DÜRIG, Günter; HERDEGEN, Matthias (Org.): *Grundgesetz. Kommentar*. Munique: C.H. Beck, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. <https://doi.org/10.11117/9788502155077>

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 13. ed. (ePub). Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. 4. ed. (ePub). Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OTT, Konrad. *Moralbegründungen: zur Einführung*. Hamburgo: Junius, 2001.

PALMA, Maria Fernanda. *O princípio da desculpa em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2005.

PINKER, Steven. A History of Violence; We're getting nicer every day. Disponível em: <<https://newrepublic.com/article/64340/history-violence-were-getting-nicer-every-day>>. Acesso em: 02 mar. 2021.

PRINZ, Jesse. Constructive sentimentalism: legal and political implications. *Nomos*, Nova York, vol. 53, 2013. <https://doi.org/10.18574/nyu/9780814760147.003.0001>

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, v. 6, n. 2, 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i2.301>

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Bd I. 5. ed. Munique: C.H. Beck, 2020. <https://doi.org/10.17104/9783406758010>

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social*. Paris: Chez Mourer et Pinparé, 1797.

- RUSSELL, Bertrand. *History of Western Philosophy*. Abingdon: Routledge, 2004.
- SANDEL, Michael J. *Justice: what's the right thing to do?* Nova York: Farrar, Straus and Giroux, 2009.
- SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- SILVA JARDIM, Eliete. Tribunal do Júri – absolvição fundada no quesito genérico: ausência de vinculação à prova dos autos e irrecurribilidade. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, 2015.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- STRECK, Lenio Luiz. Júri: pode um simples “não” levar à imediata prisão do réu? Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-30/senso-incomum-juri-simples-nao-levar-imediata-prisao-reu>>. Acesso em: 02 mar. 2021.
- TOLKIEN, John R. R. *The Return of the King*. Quality Paperback Book Club, 2001.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *De la démocratie en Amérique*. Tomo I e II. Breslávia: Nouvelles Lectures d'Antan, 2019.
- TRINDADE, André Karam; STRECK, Lenio Luiz. Júri não pode absolver porque quer ou porque sim. Nem condenar. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jun-18/diario-classe-juri-nao-absolver-porque-ou-porque-sim-nem-condenar>. Acesso em: 02 mar. 2021.
- VELOSO, Caetano. Livros. *Livro*. Polygram, 1997.
- VIEIRA, Renato Stanziola. *Paridade de armas no processo penal: do conceito à aplicação no direito processual brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.
- VON HIPPEL, Robert. *Deutsches Strafrecht*. Bd. 2. Berlim: Springer, 1971. <https://doi.org/10.1007/978-3-642-52599-5>
- WOLIN, Sheldon S. Norm and form. In: WOLIN, Sheldon S. *Fugitive democracy: and other essays*. Nova Jersey: Princeton University Press, 2016. <https://doi.org/10.23943/princeton/9780691133645.003.0005>
- WRANGHAM, Richard. Killer Species. *Daedalus*, Cambridge, vol. 133, 2004. <https://doi.org/10.1162/0011526042365573>

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

*Agradecimentos (acknowledgement):* Felipe de Lorenzi, Izabele Kasecker, Lucas Montenegro, Luís Greco, Orlandino Gleizer, Ronan Rocha, pela revisão e comentários.

*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 autoplagio.

### Dados do processo editorial

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

- Recebido em: 26/11/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 02/12/2020
- Avaliação 1: 21/12/2020
- Avaliação 2: 22/12/2020
- Avaliação 3: 08/01/2021
- Decisão editorial preliminar: 24/02/2021
- Retorno rodada de correções: 04/03/2021
- Decisão editorial final: 19/04/2021

### Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-assistente: 1 (TAJ)
- Revisores: 3

### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

SOARES, Hugo. Clemência no Tribunal do Júri? Reflexões derivadas do argumento a fortiori trazido no voto-vogal do Min. Fachin em sede do ARE 1225185, Tema/RG 1.087. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 7, n. 2, p. 1513-1546, mai./ago. 2021. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i2.468>



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