



Revista
Brasileira de
Direito
Processual
Penal

Volume 2 - Nº 01 - Ano 2016

ISSN 2525-510X



IBRASPP

EXPEDIENTE

EDITORES-CHEFES

Prof. Dr. Nereu José Giacomolli (PUCRS e IBRASPP – Porto Alegre/RS)

Prof. Me. Vinicius Gomes de Vasconcellos (USP e FICS – São Paulo/SP;
IBRASPP – Porto Alegre/RS)

EDITOR-ASSOCIADO

Prof. Dr. André Machado Maya (IBRASPP – Porto Alegre/RS)

CONSELHO EDITORIAL

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

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

Prof. Dr. Giulio Illuminati, Univesità degli Studi di Bologna, Itália

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

Prof. Dr. Manuel Monteiro Guedes Valente, Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, Portugal

Prof. Dr. Máximo Langer, Univerity of California, Estados Unidos

Prof. Dr. Rafael Hinojosa Segovia, Univerdidad Complutense de Madrid, Espanha

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

Prof. Dr. Renzo Orlandi, Università di Bologna, Itália

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

Prof. Dr. Stefano Ruggeri, Università degli Studidi Messina, Itália

Prof. Dra. Teresa Armenta Deu, Universidad de Girona, Espanha

Sumário

- 5** *Fundamentos de Direito Processual Penal*
- 7 Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana
Renzo Orlandi
- 43 O modelo constitucional de processo e o eixo estrutural da processualidade democrática.
Leonardo Augusto Marinho Marques
- 57** *Persecução Penal: investigação, juízo oral, provas e etapa recursal*
- 59 O “Júri” Alemão: O leigo no processo penal na Alemanha
Uriel Moeller
- 99 Meios Ocultos de Prova: Perspectiva do Controlo da Velocidade
Maria João Escudeiro
- 111 Hábeas Corpus: contribuciones a la causa del estado de derecho
Norma I. Bouyssou
Fernando M. Machado Pelloni
- 145 O Supremo Tribunal Federal e a lei Maria da Pena – uma lamentável decisão
Rômulo de Andrade Moreira
- 185 Três teses sobre a inconstitucionalidade substancial do art. 383 do CPP: por que o réu não se defende (apenas) dos fatos
Ricardo Jacobsen Gloeckner
- 213 Notas sobre a investigação e prova da criminalidade econômico-financeira organizada
Diogo Malan

239 *Processo Penal Internacional e Cooperação Jurídica*

241 Decisioni della Corte europea e giudicato penale “iniquo”

Bruna Capparelli

269 Diálogos possíveis entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos no “Caso Araguaia”: uma defesa ampla, geral e irrestrita dos direitos humanos?

Fauzi Hassan Choukr

Fundamentos de
Direito Processual Penal

Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana

Direitos individuais e processo penal na Itália republicana

Individual rights and criminal procedure in republican Italy

Renzo Orlandi

Prof. ord. di dir. proc. penale – Alma Mater Studiorum – Università di Bologna - renzo.orlandi@unibo.it.

RESUMO: Com o presente artigo se propõe uma busca de diálogo interdisciplinar, entre cultores do direito positivo e históricos ou filósofos do direito, sobre as transformações do direito processual penal italiano e também acerca do papel que neste obtiveram os direitos fundamentais na Itália republicana. De 1946 em diante, as novas visões do relacionamento entre o indivíduo e o estado, entre liberdade e autoridade, entre garantia da pessoa e poder punitivo dos aparados públicos, configuraram em modo sensível e não sempre progressista o tipo de rito penal.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Comparado. Processo Penal Italiano. Direito Individual.

ABSTRACT: *This article proposes a search for the interdisciplinary dialogue between positive right and historical or philosophers of law, about the transformation of Italian Criminal Procedure LAw and also about the role that the fundamental rights had in the republican Italy. From 1946 onwards, the visions of the relationship between the individual and the state, between freedom and authority, between individual guarantees and punitive power of the State, configured in sensitive method and not always a progressive type of criminal rite.*

KEY-WORDS: *Comparative Law. Italian Criminal Procedure. Individual Rights.*

1. *Premessa.* La letteratura penalistica è ancora priva di una riflessione sulla storia recente del nostro diritto processuale. Una riflessione utilissima per il giurista positivo, tanto più in una fase di grande instabilità normativa come l'attuale.

Molte monografie (degli anni 60 e 70) informano sugli istituti di volta in volta considerati con resoconti stilati sulla scorta delle codificazioni precedenti (del 1865, del 1913). Le monografie successive alla riforma del 1988 appaiono meno orientate alla ricostruzione storica degli istituti. L'abbandono del modello processuale cosiddetto misto ha creato uno stacco rispetto alla tradizione precedente, sicché si reputa inutile mettere a confronto istituti considerati privi di una reale base di comparabilità. Francamente non è un male, considerato il carattere manierato, meramente compilativo e spesso superficiale di molte fra le ricostruzioni fornite dagli autori dei decenni passati. Del resto, non ci si può improvvisare storici. E, quasi sempre, il giurista positivo che si esercita nella comparazione diacronica lo fa da dilettante.

Ben vengano, dunque, le iniziative degli storici sul passato recente della nostra procedura penale. Sono l'occasione per un dialogo molto istruttivo. Penso, ad esempio, a Mario Sbriccoli e ai suoi studi sulla giustizia penale durante il fascismo¹; a Marco Miletto, autore di una bella monografia sul codice del 1913²; penso ai saggi raccolti nel volume curato da Loredana Garlati sull'eredità del codice Rocco³ nonché, per il periodo a noi più vicino, ai saggi di Mario Pisani⁴ e di Ennio Amodio⁵.

¹ Si veda, in particolare, il saggio *Le mani in pasta e gli occhi al cielo*, la penalistica italiana negli anni del fascismo, in *Quaderni fiorentini*, vol. XXVIII, *Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica*, 817 ss.

² *Un processo per la terza Italia: il Codice di procedura penale del 1913*, Giuffrè, 2003.

³ *L'inconscio inquisitorio*, Giuffrè, 2010.

⁴ Autore dello scritto intitolato *Il lungo cammino del codice 1988*, inserito quale primo capitolo nel *Manuale di procedura penale* edito da Monduzzi, Bologna 2008 (VIII ed.).

⁵ Autore di uno scritto intitolato *Processo penale*, dedicato alla riforma del 1988 e pubblicato in *Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto*, 50° volume dei *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, a cura di Paolo Grossi, Milano 1997, p. 363 ss.

Segue questa scia l'idea lanciata dagli amici ferraresi di ripercorrere la storia delle riforme processuali nell'Italia repubblicana, con la tutela dei diritti individuali a far da filo conduttore. Una storia lunga fatta di slanci ideali e proiezioni ottimistiche nel futuro, ma anche di misoneseismi e conseguenti impulsi di ritorno al passato. Comunque sia, una storia istruttiva per lo studioso, se non altro perché permette di evidenziare talune costanti della crisi che ha caratterizzato e caratterizza l'esperienza giuridica italiana nel settore della giustizia penale. Certo, non è una gran consolazione apprendere che, già negli anni '50 del secolo scorso, si lamentava l'eccessiva durata dei processi, si denunciava il ruolo marginale della difesa specialmente nella fase istruttoria, si segnalava l'insufficiente tutela della libertà personale. E' però di grande interesse ripercorrere gli argomenti esibiti nelle polemiche di quegli anni; soffermarsi sugli sfondi politico-sociali che hanno fatto da scenografia ai progetti di modifica della procedura penale dalla metà degli anni '40; meditare sul senso di fallimento che l'attuazione di ogni grande riforma prima o poi produce.

Le principali riviste penali offrono abbondante materiale per la nostra riflessione. Materiale poco studiato, soprattutto con riguardo agli anni '40 e '50. Eppure è proprio nel periodo successivo alla caduta del fascismo e nell'immediato dopoguerra che il tema della riforma processuale penale è per la prima volta affrontato con le speranze e le paure tipiche dei momenti di grande svolta storica. Il lasso temporale che va dal 1944 al 1955 (anno della prima grande riforma processuale) merita di essere riconsiderato come il periodo nel quale si gettano le basi ideali delle riforme processuali penali.

Dagli anni '60 in poi la storia è assai meno misteriosa, ma merita anch'essa di essere raccontata, non foss'altro a vantaggio dei giovani che si avvicinano allo studio del diritto processuale penale. Ai meno giovani bastano pochi cenni per evocare le tappe di questo lungo e, per molti versi, appassionante itinerario; il "progetto Carnelutti" del 1962, preceduto dal convegno veneziano del settembre 1961⁶ il suo impatto

⁶ Intitolato ai *Primi problemi della riforma del processo penale*. Gli atti sono raccolti nel volume omonimo pubblicato a cura di G. De Luca, nei Quaderni di S. Giorgio, dall'editore Sansoni, Firenze 1962.

nel dibattito sulla riforma del processo penale; lo storico convegno del 1964, svoltosi in due tempi fra Lecce e Bellagio; le riforme di stampo garantista propiziate da una coraggiosa giurisprudenza costituzionale che seppe essere segnava per il legislatore. E poi la legislazione dei due decenni successivi: quella segnata dall'emergenza antiterrorismo degli anni '70 e quella, ad inizio degli anni '80, contrassegnata dall'emergenza antimafia, ma anche da una grave caduta di legittimazione della magistratura (soprattutto a seguito del caso Tortora) fino alla riforma processuale del 1988.

Quanto ai due decenni che ci separano dall'entrata in vigore del "nuovo" codice, la memoria è sin troppo fresca, al punto che farne la storia è impresa ardua, per eccesso di vicinanza all'oggetto osservato. Tuttavia, le involuzioni e i tentativi di controriforma, seguiti da aperture garantiste, in breve, le vicissitudini normative tortuose e contraddittorie, che hanno caratterizzato sin qui la vigenza del codice 1988, permettono di abbozzare una periodizzazione utile per individuare le linee di tendenza di una riforma processuale che è andata assumendo carattere permanente.

Il tema dei diritti individuali può essere affrontato in termini per così dire obiettivi, alla luce del principio di proporzionalità, al fine di stabilire fin dove possa spingersi l'esercizio di poteri coercitivi per ragioni di giustizia. Oppure può essere declinato in termini personalistici, sul piano dei poteri delle facoltà, dei diritti spettanti ai soggetti processuali. E' quest'ultimo, come si vedrà alla fine del nostro *excursus*, l'approccio prevalente nella dottrina italiana. Gran parte delle discussioni ruotano attorno allo spazio da riservare alla funzione difensiva e al correlativo contenimento della funzione accusatoria. Il diritto inviolabile di difesa, così come enunciato nell'art. 24 comma 2 cost., assorbe in sé o, meglio, oscura altri diritti individuali di cui possono esser titolari persone non coinvolte come parti nel processo (persone offese dal reato o persone coinvolte casualmente e indirettamente nell'attività investigativa e di accertamento).

2. *Una proposta di periodizzazione.* – E' impossibile abbracciare con uno sguardo un periodo lungo quasi settant'anni, né è consigliabile

perdersi nei dettagli delle molte discussioni e iniziative che sul terreno della riforma processuale penale si sono susseguite dalla nascita della Repubblica italiana. Riesce meno complicata l'analisi e più comprensibile l'esposizione se questo lungo arco viene ripartito in segmenti temporali, scanditi da significative uniformità.

Ritengo adeguata ai nostri fini una divisione in tre parti del periodo considerato. La prima va dalla caduta del fascismo alla fine degli anni Cinquanta. La seconda, dall'inizio degli anni Sessanta alla riforma processuale maturata sul finire degli anni Ottanta. La terza, da codesta riforma ai giorni nostri.

La suggerita periodizzazione si fonda su un triplice distinguo: la situazione politico-sociale; lo stile dottrinale; la conseguente impostazione riformista.

Il primo periodo (1944-1961) inizia con l'Italia ancora in guerra: un Paese stordito dalla caduta del regime fascista e dalla catastrofe bellica, pronto però a investire energie nella ricostruzione sia materiale sia istituzionale. Anche il sistema penale di allora, a guardarlo dal nostro punto di vista odierno, appare come un edificio pericolante: da abbattere e ricostruire oppure da ristrutturare. Lo stile dottrinale è quello tecnico-giuridico, tipico anche dell'epoca fascista. Gli autori maggiormente presenti nel dibattito e che più esercitavano influenza hanno i nomi di Giovanni Leone, Remo Pannain, Giuseppe Sabatini, Alfredo De Marsico. Sul piano delle iniziative e dei progetti, due sono le proposte che si fronteggiano: la prima, in ordine di tempo, ravvisando nel codice di rito del 1930 l'espressione del regime caduto, lo vorrebbe sostituire con il codice liberale del 1913; l'altra proposta, assai meno radicale, punta su una riforma parziale del codice Rocco, sì da adeguarlo al nuovo clima democratico.

Il secondo periodo (1962-1989) ha inizio nell'Italia del *boom* economico. Un'Italia che, anche con riguardo alla riforma penale, coltiva un disegno utopistico: superare il modello processuale misto, ispirato al *code d'instruction criminelle*, sostituendo ad esso un modello *adversary*. Il 1962 è l'anno della svolta. Nel mese di gennaio il ministro della giustizia Gonella affida, all'ultraottantenne Francesco Carnelutti, il compito di progettare un nuovo codice di procedura penale. L'incarico coincide con

un cambio generazionale. Attorno al vecchio Carnelutti si raccolgono giuristi quali Bellavista, Conso, Cordero, Delitala, De Luca, Foschini, Nuvolone, Sabatini e Vassalli: autori che – forse con le sole eccezioni di Giuseppe Sabatini e Giuliano Vassalli – non avevano partecipato alle diatribe del quindicennio precedente: quindicennio indubbiamente dominato dalla figura di Giovanni Leone. Nemmeno Carnelutti aveva svolto un ruolo importante in quelle discussioni, almeno a giudicare dal dibattito registrato sulle principali riviste penali degli anni Quaranta e Cinquanta⁷. E' questo un periodo che, sulla spinta del potente messaggio esistenzialistico e antiformalistico dell'ultimo Carnelutti, si apre all'idea di una riforma radicale del codice di rito penale. Il messaggio sarà raccolto dai giovani autori dell'epoca, in particolare da Franco Cordero, che diventerà un alfiere della riforma processuale in senso *adversary*. Il periodo degli anni Sessanta si rivelerà ricco di progetti avveniristici.

Siamo in una fase di rapide e profonde trasformazioni sociali. L'Italia del *boom* economico è anche quella delle migrazioni interne da Sud a Nord. Si accentuano i processi di urbanizzazione⁸, con i disagi, le

⁷ Dalle ricerche effettuate sulle riviste dell'epoca risultano pressoché inesistenti le prese di posizione sulla riforma processuale penale di un giurista come lui, tanto incline a prender la parola su tutti i temi del momento e che, si badi, nella parte finale del suo insegnamento universitario (1946), all'età di sessantesette anni, si era "convertito" al diritto processuale penale. Unico intervento di questo periodo riguardante la riforma processuale penale è quello apparso su *Giust. Pen.* del 1945 (*L'equità nelò giudizio penale*, III, c. 1 ss.) dove si auspica una riforma delle Corti d'assise che restituisca alla giuria popolare la competenza a pronunciarsi sulla colpevolezza dell'imputato, sia pur con un pronunciamento dall'effetto soltanto consultivo (non vincolante) per il giudice togato. Una proposta destinata a cadere nel vuoto. Il nome di Carnelutti è pressoché assente anche dai numerosi convegni che fra la fine degli anni Quaranta e nel decennio successivo saranno dedicati alla riforma del processo penale. Il suo primo intervento significativo sul tema della riforma processuale risale al 1958 nel saggio *Crisi della giustizia penale*, dedicato a Emilio Betti e pubblicato in *Riv. dir. proc.* 1958, p. 333 ss.

⁸ Si registra un forte inurbamento, soprattutto nelle città del Nord-Italia. Stando alle rilevazioni sui censimenti Torino passa da circa 700 mila abitanti nel 1951 a più di 1 milione nel 1961 (+ 42 %) a 1 milione e 200 nel 1971 (+ 70%). Milano, da 1 milione e 200 mila nel 1951 passa a più di un milione e mezzo nel 1961 (+ 25%) e più di 1 milione 700 mila nel 1971 (+ 41%).

tensioni sociali e le situazioni di anomia che ne derivano. La tradizione rurale lascia il posto alla moderna cultura dei poli industriali. L'Italia dovrà fare i conti con forme di criminalità inedite e insidiose: aumento della criminalità predatoria, traffico di droga, sequestri di persona, terrorismo interno. Le prassi tradizionali, scarsamente incise dalla "riformetta del 1955" (come la chiamava Carnelutti), ispirate a regole farraginose e prive di sistematicità, appaiono inadeguate sia a fronteggiare la crescita di manifestazioni criminose tipiche della società del benessere, sia a garantire con la dovuta effettività la difesa dell'imputato.

Se si guarda alle iniziative assunte sul terreno della riforma processuale, si constata che nel periodo dal 1962 al 1988 numerosi progetti di riforma sono presentati in parlamento. Il dibattito nella comunità scientifica e fra gli operatori è intenso quanto appassionato. Le proposte cambiano nel tempo, sono diverse e spesso confliggenti fra loro, ma hanno in comune l'idea della riforma radicale e organica del processo: il codice Rocco non va revisionato in alcune parti; va sostituito non già col codice del 1913, con un codice nuovo, adeguato alla Costituzione e all'altezza dei tempi moderni. La dottrina favorevole a questo progetto è rappresentata principalmente dagli autori che avevano partecipato alla breve esperienza della Commissione Carnelutti. Vi si aggiungeranno, più tardi, studiosi come Giandomenico Pisapia e Delfino Siracusano, che avranno un ruolo importante nei passaggi successivi della riforma.

Nel frattempo, fra la fine degli anni Sessanta e gli anni Settanta, matura una nuova generazione di giuristi, cresciuta con la giurisprudenza della nostra Corte costituzionale e con una chiara consapevolezza del valore particolarissimo che spetta alle norme volte a tutelare diritti fondamentali; una generazione ormai interamente conquistata – per questa via – ai valori della costituzione repubblicana.

Sull'esempio di qualche lungimirante autore attivo anche negli anni Cinquanta (penso soprattutto a Giuliano Vassalli), si sviluppa in questo periodo un cambio di stile nella letteratura processualpenalisti-

Bologna da 340 mila nel 1951 a quasi 450 mila nel 1961 (+ 30%), a circa 500 mila nel 1971 (+ 47%). Roma, da 1 milione e 600 mila nel 1951 a più di 2 milioni nel 1961 (+ 25%) a quasi 2 milioni 800 mila nel 1971 (+ 75%). Inoltre, fra il 1951 e il 1971, l'Italia passa da 47 milioni a 53 milioni (+13%).

ca⁹. Basterà qui ricordare gli studi monografici sulla libertà personale di Giuliano Amato, di Ennio Amodio sulla motivazione della sentenza penale; di Vittorio Grevi sul *nemo tenetur se detegere*, di Massimo Nobili sul principio del libero convincimento, di Mario Chiavario su processo e garanzie della persona alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, di Giulio Illuminati sulla presunzione di innocenza, di Paolo Ferrua sul principio di oralità. . Questi lavori, tutti concepiti quando si discuteva e, per così dire, si “sognava” un nuovo modello processuale, hanno tratto linfa dalle tensioni riformistiche di quegli anni; al contempo hanno accompagnato e favorito la riscrittura del codice, fornendo il supporto teorico e ideale per le soluzioni che si andavano elaborando.

Il terzo periodo si apre nel 1989. Qui possiamo individuare una data precisa: il 24 ottobre, il primo giorno di vita del nuovo codice. Il primo codice dell'Italia repubblicana, come si è soliti ripetere con una frase divenuta una sorta di *refrain*. Esso entra in vigore un anno dopo la sua pubblicazione, in un'Italia politicamente instabile (fra il 1986 e il 1989 la guida del governo cambia per ben quattro volte), con una magistratura in forte crisi di legittimazione (le polemiche intorno al caso Tortora sfociate nel *referendum* del 1987 sulla responsabilità civile dei magistrati) in un contesto internazionale che incubava trasformazioni (la fine dell'Unione sovietica) destinate, di lì a poco, a riflettersi anche sulla situazione politica interna.

⁹ Nella mente di molti magistrati s'era già fatta largo l'idea di un'interpretazione della legge necessariamente orientata ai valori costituzionali, come conferma l'ordine del giorno approvato al termine del Convegno organizzato a Gardone nel 1965 dall'Associazione nazionale magistrati. In esso si ripudiava l'idea che l'esercizio della giurisdizione dovesse ridursi a “una attività puramente formalistica indifferente al contenuto e all'incidenza concreta della norma nella vita del Paese”; e concludeva affermando che “Il giudice, all'opposto, deve essere consapevole della portata politico-costituzionale della propria funzione di garanzia, così da assicurare, pur negli invalicabili confini della sua subordinazione alla legge, un'applicazione della norma conforme alle finalità fondamentali volute dalla Costituzione”. Il testo completo della mozione è riportato nel volume *L'ordinamento giudiziario*, a cura di A. Pizzorusso, Bologna, 1974, p. 34, nt. 47.

L'eccesso di vicinanza impedisce di cogliere in poche, sintetiche battute il senso di questo ventennio. Un ventennio già ricco di vicissitudini sul piano delle riforme processuali che attendono di essere strutturate e sistemate in racconto. Sappiamo come la riforma del 1988 abbia subito ben presto un serio ridimensionamento. Dopo esser stata, nei decenni precedenti, paladina del garantismo, la Corte costituzionale, forse spinta da una sorta di *ratio compensandi*, con le note sentenze del febbraio e del maggio 1992 si mostra sensibile alle voci lamentose che dalla magistratura (specie quella requirente) si levano a criticare il nuovo assetto normativo..

Ne scaturisce uno squilibrio tra gli agonisti del processo che acuisce in misura patologica i contrasti fra accusa e difesa: contrasti degenerati, verso la metà degli anni '90, in aperta ostilità fra magistratura e classe forense.

Credo che la febbrile attività di riforma della riforma o – se si preferisce – di controriforma, l'incessante produzione di novelle che ritoccano aspetti settoriali del codice di rito trovi spiegazione, almeno in parte, nell'accennato squilibrio fra le parti processuali. Almeno in parte, giacché – a partire dagli anni '90 – pure le legislazioni processuali di ordinamenti non caratterizzati da analoghe tensioni (penso, ad esempio, a Francia, Spagna, Germania, Austria) sono andate assumendo l'aspetto di cantieri sempre aperti.

Altro tratto di questo periodo, peraltro logicamente connesso con l'accennata situazione di continua instabilità normativa (tratto, questo sì, comune all'esperienza di altri ordinamenti), è la crescita di peso del formante giurisprudenziale: la perdita di centralità della legge statale propiziata per un verso dal sindacato costituzionale sulle leggi e, per altro verso, dalla cessione di sovranità derivante dall'inserimento dell'Italia nell'attuale contesto internazionale, esalta il ruolo dell'interprete e, in definitiva, del giudice che applica la norma nel caso concreto.

Ciò si riflette sulla qualità e sullo stile della letteratura odierna, comprensibilmente alla rincorsa dell'ultimo orientamento giurisprudenziale e al commento dell'ultima novella legislativa, da interpretare alla luce degli insegnamenti della Corte costituzionale, della Corte di Strasburgo, della Corte di giustizia delle Comunità europee. Risiede qui, a mio avviso, la ragione dello slittamento della produzione lettera-

ria verso temi settoriali, accentuamente specialistici e tendenzialmente compilativi. Rare o quasi inesistenti le opere con pretese di sistemazione concettuale, sul tipo di quelle offerte dalla dottrina degli anni '60 e '70. Eppure non mancherebbero spunti per rivisitazioni di temi classici o per riflettere su temi nuovi, quali quelli suggeriti dal valore crescente che per il nostro diritto interno vanno assumendo le decisioni dell'Unione europea così come le norme dei Patti e delle convenzioni internazionali alla luce della giurisprudenza delle Corti europee.

3. *La riforma processuale nel primo periodo (1944-1961)*. – Conviene far coincidere l'inizio del primo periodo con il varo di talune leggi processuali immediatamente successive alla caduta del fascismo. Due anni abbondanti ci separano dal *referendum* istituzionale dal quale nascerà la Repubblica italiana. La retrodatazione si giustifica, perché già in quel periodo la legge processuale subisce modifiche ispirate all'affermazione dei diritti inviolabili della persona.

L'Italia è in guerra. La parte settentrionale ancora occupata dai tedeschi. Lì si pensa addirittura a un giudice speciale (l'alta corte di giustizia)¹⁰ per giudicare i capi del fascismo. Insomma, non proprio il clima ideale per riforme processuali di stampo liberale. Eppure risale al gennaio del 1944 il primo significativo intervento legislativo in tema di fermo di indiziati di reato¹¹. Nell'agosto dello stesso anno vedono la luce disposizioni legislative di impronta garantista in tema di durata della "custodia preventiva"¹². Nel successivo mese di settembre, il potere di archiviazione del pubblico ministero – espressione di una giustizia penale direttamente condizionata dall'esecutivo e assoggettata alla ragion politica – viene subordinato al controllo del giudice istruttore¹³; la difesa dell'imputato nel dibattimento viene meglio garantita¹⁴.

¹⁰ Istituita con il d. lgs. lgt. 13 settembre 1944, n. 198.

¹¹ R.d.l. 20 gennaio 1944, n. 45 recante Norme relative al fermo di indiziati di reato e di individui pericolosi per l'ordine sociale e la sicurezza pubblica

¹² Art. 6 d. lgs. lgt. 10 agosto 1944, n. 194.

¹³ L'art. 6 d. lgs. lgt. 14 settembre 1944, n. 288 modifica l'art. 74 c.p.p. 1930.

¹⁴ L'art. 7 modifica gli artt. 468 e 469 c.p.p. 1930, sopprimendo i limiti temporali originariamente previsti per le arringhe difensive.

Si coglie in codesti provvedimenti una prima reazione alla cultura giuridica autoritaria del ventennio: si tratta di provvedimenti provvisori, concepiti però nella prospettiva di una riforma dell'intera legislazione penale, percepita allora come imminente oltre che doverosa. Il proposito è formulato *expressis verbis* nel d. lgs. lgt. del settembre 1944: “*Fino a quando non siano pubblicati i nuovi codici penale e di procedura penale – si legge nell’art. 1 – sono apportate le modificazioni di cui agli artt. seguenti al codice penale e al codice di procedura penale*”.

Del resto, che la caduta del fascismo – per le circostanze nelle quali era avvenuta – comportasse il ripudio degli eccessi autoritari dei quali la giustizia penale era intimamente compenetrata è opinione diffusa anche presso giuristi di stampo conservatore. “*Il problema della riforma dei codici pubblicati fra il 1930 e il 1942 si presentò come immediato atto impulsivo sin dal mattino del 26 luglio 1943*”, scriveva REMO PANNAIN nel 1945. Anche se subito sotto aggiungeva “*Quel giorno tutto era spiegabile e giustificato. Poi subentrò la freddezza e la riflessione e il problema cominciò ad essere discusso in maniera diversa*”¹⁵.

In effetti, il primo impulso era stato quello di un ritorno al passato pre-fascista. La commissione istituita nel gennaio 1945 dal ministro Tupini si era espressa a maggioranza per un ritorno al codice del 1913 “*con l’impegno di aggiornarlo*”¹⁶. Le componenti accademica e giudiziaria, minoritarie, erano invece favorevoli al mantenimento della legislazione vigente, debitamente depurata delle spigolosità autoritarie che il fascismo vi aveva introdotto.

Fra gli avversari del tuffo all’indietro si distinse, in particolare G. Leone. Significativo l’incipit di un suo intervento risalente al 1945: “*Questo scritto mira a dimostrare come, ad onta delle opposte apparenze, il tradizionale complesso di principi giuridico-penali, di assodata origine liberale, sia stato, durante il ventennio trascorso, energicamente e quasi universalmente difeso e tenuto fermo dai giuristi italiani*”¹⁷.

¹⁵ *Notizie e spunti sulla riforma dei codici penali*, in *Arch. pen.* 1945, p. 5.

¹⁶ Così riferisce Pannain nello scritto citato alla nt. precedente, p. 57.

¹⁷ G. Leone, *La scienza giuridico-penale nell’ultimo ventennio*, in *Arch. pen.* 1945, 23. Dello stesso tenore gli interventi svolti dal medesimo autore in *La giustizia* del 22 gennaio 1945 e su *Il Domani d’Italia*, del 10 febbraio 1945.

Una simile posizione, condivisa e difesa da altri autorevoli giuristi dell'epoca, come Remo Pannain¹⁸, Francesco Santoro Passarelli¹⁹, Piero Calamandrei²⁰, Giuseppe Sabatini²¹, finirà con l'imporsi negli anni successivi. Nel Congresso nazionale giuridico-forense del 1947 dedicato proprio alla riforma del codice di procedura penale, Giovanni Leone traccia le linee sulle quali lavoreranno, negli anni seguenti, le commissioni ministeriali impegnate nella revisione delle leggi penali fasciste. L'idea è sempre quella di salvare il codice di rito del 1930, innestandovi le modifiche necessarie a renderlo compatibile con i postulati dello Stato democratico²². Leone propone mutamenti che toccano la struttura stessa del processo (abolire l'istruzione sommaria; garantire l'istruzione formale per la generalità dei processi; ampliare i casi di citazione diretta a giudizio; riformare in senso garantista la disciplina delle impugnazioni) e toccano altresì le funzioni dei soggetti processuali (il pubblico ministero va alleggerito dei poteri spettanti al giudice; il ruolo del difensore va rafforzato anche attribuendogli "una certa sfera di documentazione di avvenimenti a lui noti"; alla persona offesa va riconosciuto il diritto a un'azione penale sussidiaria rispetto a quella del pubblico ministero). Mutamenti pesanti e profondi, sui quali è difficile trovare l'intesa sia dei politici sia degli operatori. Per questo, il convegno si chiuderà con una lunga mozione in 45 punti, dove si auspicano le modifiche repute indifferibili per un'adeguata tutela dei diritti individuali: spiccano, in particolare, il diritto del difensore a partecipare a taluni atti dell'istruzione formale; il ripri-

A conclusioni analoghe giungeva, con riguardo al diritto penale del fascismo, T. Delogu, *L'elemento politico nel codice penale*, in *Arch. pen.* 1945, 161 ss., dove si legge che "... le linee fondamentali del codice non sono ispirate a principi contrastanti con un regime di libertà, mentre le infiltrazioni politiche riguardano più che altro questioni di dettaglio o singole figure di reati." (p. 193).

¹⁸ *La riforma della legislazione*, in *Annali della Facoltà giuridica di Camerino*, 1944, 35 ss.

¹⁹ *E' tempestiva la riforma?*, in *Il Domani d'Italia*, 3 febbraio 1945.

²⁰ *Sulla riforma dei codici - La truffa delle etichette*, in *La Nuova Europa*, 4 marzo 1945.

²¹ *La riforma del codice di procedura penale*, in *Rassegna giuridica*, n. 1, 1945.

²² Il testo della relazione è pubblicato nella rivista *Arch. Penale* 1947, 442 ss. col titolo *Sulla riforma del Codice di Procedura Penale*.

stino delle nullità assolute, come argine ai possibili abusi dell'autorità giudiziaria; l'imposizione di termini perentori alla durata della custodia preventiva; la facoltà di impugnare i provvedimenti limitativi della libertà personale; l'abolizione dell'obbligo per il latitante di costituirsi in carcere quale presupposto di ammissibilità dell'impugnazione; l'obbligo del giudice di pronunciarsi sulle istanze delle parti private.

Sono, questi, i punti che caratterizzeranno i progetti di riforma coltivati dalle Commissioni ministeriali attive nei primi anni '50, nelle quali Giovanni Leone eserciterà la sua indiscussa *leadership*.

Tale il disegno di legge presentato dal ministro Zoli alla Camera dei deputati nella seduta del 13 novembre 1952²³: il primo fra i progetti di riforma processuale elaborato tenendo conto anche della costituzione repubblicana entrata in vigore quattro anni prima. Approvato da un solo ramo del Parlamento nello scorcio finale della legislatura (23 marzo 1953), il d.d.l. in questione viene ripresentato sul limine della successiva legislatura, con qualche emendamento favorevole alla difesa e alle parti²⁴. Finalmente il progetto diventa legge nel giugno 1955. La legge 19 giugno 1955, n. 517, prima grossa riforma del nostro processo penale, entra in vigore a metà luglio dello stesso anno. Essa sostituisce ben centodiciotto articoli del codice di rito e ne introduce diciotto di nuovi. Ma, al di là dei numeri, la riforma del 1955 altera in modo preoccupante l'equilibrio fra individuo e autorità: così essa viene percepita persino nell'opinione degli accademici.

L'estensione di garanzie difensive allarma i primi commentatori. Secondo Remo Pannain, "*la legge che entra in vigore il 15 luglio, ispirata a principi demagogici di cattiva lega, trascura del tutto l'interesse dello Stato e si prodiga in inchini e riverenze nei confronti dei delinquenti*"²⁵. Alfredo De Marsico, pur compiacendosi delle accresciute garanzie difensive, si mostra preoccupato per il notevole aumento di attività giudiziaria che ne deriva e per le conseguenti disfunzioni nell'esercizio della giurisdizione²⁶.

²³ La relativa relazione è pubblicata in *Arch. penale* 1952, 406.

²⁴ Come affermato dal ministro De Pietro nella relazione alla Camera dei deputati: il testo è in *Riv. pen.* 1954, 569 ss.

²⁵ *La riforma della procedura penale*, in *Arch. penale* 1955, 371.

²⁶ *Problemi della giustizia penale*, *ibidem*, 482.

Nell'aprile del 1956 comincia ad operare la Corte costituzionale, destinata ad avere un ruolo di primissimo piano nella tutela dei diritti individuali, in quella zona di confine per la loro tutela rappresentata dal diritto processuale penale²⁷. E' meritevole di segnalazione la circostanza che, fra le 34 decisioni di quel primo anno d'attività, nessuna riguarda il codice di rito penale (molte sono riferite al testo unico di pubblica sicurezza; altre a norme penali sostanziali). Bisogna dunque riconoscere che al primo impatto con la concreta applicazione della carta costituzionali, la riforma maturata l'anno precedente rivela una sua indubbia capacità di tenuta.

Nella seconda metà degli anni '50 si parla meno di riforma processuale. Negli indici delle riviste il tema non occupa più lo spazio riservatogli nella prima metà del decennio. L'attenzione si rivolge ora alla riforma del diritto penale e dell'esecuzione penale²⁸

Bisogna attendere qualche anno, prima che affiori, all'inizio del decennio successivo, l'insoddisfazione per l'eccessiva complicatezza della legge processuale novellata, nella quale si ravvisa la causa di intollerabili lungaggini. Il tema prevalente diventa, pertanto, la struttura del processo, le finalità delle singole fasi, la distribuzione di poteri e facoltà tra i soggetti processuali. L'accento si sposta dai diritti e relativa tutela alle funzioni processuali e relative situazioni soggettive.

A dar voce all'insoddisfazione è Francesco Carnelutti, in un convegno veneziano da lui stesso organizzato nel settembre 1961²⁹.

Come accennato in precedenza, Carnelutti aveva praticamente disertato le discussioni e le diatribe dottrinali sfociate nella riforma del 1955³⁰. Resta assai misteriosa la ragione che lo spingerà, già molto anzia-

²⁷ La giurisprudenza costituzionale è, per anni, il vero motore della riforma processuale, considerata la difficoltà legislativa a realizzare una riforma globale, come osserva A. Malinverni, *La riforma del processo penale*, Torino 1970, p. 43.

²⁸ Ad alcune fra le più urgenti riforme del diritto penale sono dedicati, ad esempio, i convegni nazionali di studio organizzati nel 1958 e nel 1959 dal Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale.

²⁹ Si veda il resoconto che ne fa Giuseppe De Luca, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1961, 1040.

³⁰ Vedi tuttavia l'intervento al convegno dell'aprile 1953, dove Carnelutti (sorprendentemente, se si pensa all'iniziativa che intraprenderà circa 10 anni più tardi) invita a diffidare del modello accusatorio, "pericoloso perché siamo

no, a dedicare le proprie energie alla riforma del processo penale. A spiegarla, almeno in parte, contribuisce la circostanza che Giovanni Leone, divenuto proprio nel 1955 presidente della Camera dei deputati, era stato costretto ad abbandonare il campo. Egli non poteva più esercitare – sul piano dottrinale – l’influenza avuta nelle discussioni degli anni precedenti³¹. Nessuno, fra i giuristi dell’epoca, aveva osato o era stato in grado di occupare la posizione di preminenza che Leone si era conquistato. All’inizio degli anni ’60 ci provò e ci riuscì Francesco Carnelutti, il quale – oltretutto – nutriva scarso apprezzamento verso il collega-rivale napoletano³².

4. *Secondo periodo: dal progetto Carnelutti all’entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale (1962-1989).* –

Il convegno veneziano voluto da Carnelutti segna dunque una ripresa d’interesse sulla riforma processuale penale, pur limitata, per il momento, a pochi, selezionati interlocutori³³. Qualche mese più tardi,

troppo intelligenti in Italia”; cfr. *Atti del convegno fra le più urgenti riforme del c.p.p.*, Giuffrè, Milano 1954, 81.

³¹ Leone viene eletto presidente della Camera il 10 maggio 1955 e riceverà altri due mandati nelle legislature successive (fino al 15 maggio 1963).

³² Il difficile rapporto fra due grandi processualisti emerge con tutta evidenza nello scritto *A proposito di alcuni giudizi del prof. Carnelutti*, pubblicato da Leone in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1962, 15 ss. Con toni caustici, Leone rimprovera il collega di aver recensito il suo *Trattato di diritto processuale penale*, senza nemmeno averlo letto. Ma la critica più severa (e amara) è riservata al modo sprezzante col quale Carnelutti, nella prefazione dei suoi *Principi del processo penale* (Napoli, Morano, 1960, 2), parlava di Leone come colui “che insegna, *nientemeno*, la nostra materia all’Università di Roma”.

Dal canto suo, Giovanni Leone giudicherà molto severamente lo sforzo riformistico di Carnelutti. Si veda quanto riferisce al riguardo M. Pisani, *Variazioni in tema di <<bozza>> Carnelutti per un nuovo c.p.p.*, in *Riv. dir. proc.* 2010, p. 88, note 12 e 13.

³³ Più che un convegno, un seminario condotto con la tecnica del *brain-storming*, al quale partecipano, oltre allo stesso Carnelutti, accademici (Bellavista, Conso, Cordero, De Luca, De Marsico, G. Foschini, C. Massa, Pannain, Petrocelli, Pisapia, Gius. Sabatini e Vassalli), alcuni dei quali anche nella veste di avvocati nonché magistrati locali e di Cassazione (Cabrini, Caprioglio, A. Foschini, Grieco, Lattanzi, Liguori, Loschiavo, Piacenza, Scandellari, Velotti, Vista e Zingale).

nel gennaio del 1962, il ministro della Giustizia Gonella, presente a quel convegno, istituirà una commissione per la riforma del codice di rito penale e chiamerà proprio Carnelutti a presiederla³⁴. Dominata dall'invasante personalità del presidente, quella commissione opererà con scarso senso della collegialità³⁵. Dopo una prima riunione nel febbraio 1962, Carnelutti si impegna a redigere molto rapidamente uno "schema originale" che, riveduto dal magistrato di cassazione Nicola Reale e da Giuliano Vassalli, sarà poi ampiamente emendato e presentato alla Commissione nelle successive riunioni del maggio e del settembre 1962.

Il contesto politico-sociale non è più quello degli anni '50. Diverso è inoltre l'approccio intellettuale al tema della riforma processuale. L'iniziativa di Carnelutti risulta molto innovativa rispetto alle discussioni degli anni precedenti, limitate – come s'è visto – all'alternativa di un ritorno al passato (codice del 1913) ovvero di una riforma del codice esistente per adeguarlo ai principi della costituzione. Non aveva raccolto adepti l'idea di un nuovo codice di rito penale, reso necessario dal mutato clima politico nell'Italia repubblicana, conquistata ai valori democratici³⁶.

Carnelutti muove dall'esigenza di un profondo cambiamento, benché nemmeno lui sembri preoccuparsi della ragione politica della

³⁴ Il nesso fra il convegno veneziano e l'idea di una nuova commissione per la riforma processuale è attestato dallo stesso Carnelutti nella *Avvertenza* al volume *Verso la riforma del processo penale*, Napoli, Morano, 1963, 5, che riproduce il progetto da lui redatto.

Sulla commissione Carnelutti e sull'atmosfera che vi si respirava è di notevole interesse l'eccezionale testimonianza offerta dal prof. Giuliano Vassalli nell'*Introduzione* al volume *L'inconscio inquisitorio*, cit., 9 ss.

³⁵ Come ammette lo stesso Carnelutti nell'*Avvertenza* citata alla nota precedente. L'esperienza di codesta Commissione è efficacemente ricostruita da O. Mazza, *L'illusione accusatoria: Carnelutti e il modello dell'inchiesta preliminare di parte*, in *L'inconscio inquisitorio*, cit. 153 ss

³⁶ L'idea trova pochi fautori: fra questi, Giuseppe Guarneri, autore sottovalutato, docente di procedura penale all'Università di Parma, che nel saggio *Osservazioni sul progetto di modificazioni per l'aggiornamento del Codice di procedura penale*, in *Arch. penale*, 1950, 453 ss. denuncia il considerevole iato tra diritto vigente e diritto preannunciato dalla carta costituzionale e reputa del tutto insufficienti le iniziative fin lì discusse e intraprese per colmarlo.

riforma. *“Io sono convinto – scrive nell’Introduzione allo schema del suo progetto – che l’operseguito in Italia negli ultimi trent’anni consenta, anzi esiga, una modificazione dei principii, sui quali è fondato il codice vigente, così profonda che non è possibile provvedere a un restauro del codice stesso, del quale è invece necessaria una coraggiosa ricostruzione”*.

Composto di 227 articoli, lo schema carneluttiano è un punto di svolta nella storia della riforma processuale italiana. Esso si caratterizza soprattutto per la risistemazione del procedimento di primo grado, dove si stabilisce una separazione netta tra “inchiesta preliminare del pubblico ministero” (finalizzata alla elaborazione dell’accusa) e “fase definitiva del processo di cognizione” (finalizzata alla decisione di merito). Si abbandona così il modello – ispirato al *code d’instruction criminelle* del 1808 – divenuto tradizionale anche in Italia grazie al suo affermarsi nelle tre codificazioni dell’Italia unitaria (1865, 1913 e 1930).

Nelle parole dell’autore, l’esigenza di cambiamento ha radice intellettuale e teorica (*“lo studio del diritto processuale”*) più che politico-costituzionale. A evidenziare ed enfatizzare il valore politico della rivoluzionaria proposta di riforma contribuirà poi, con efficaci argomenti, Franco Cordero, uno dei membri (il più giovane) della commissione Carnelutti. L’occasione è data dal convegno dedicato ai *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*, organizzato dal centro nazionale di prevenzione e difesa sociale e destinato a svolgersi in due tempi: nel maggio 1964 a Lecce e nel successivo ottobre a Bellagio.

Nella mozione conclusiva si prende atto della difformità d’opinioni registrata intorno al modo di condurre la fase preliminare del processo. Tutti concordano sull’opportunità di abolire il dualismo istruttorio (all’istruzione formale, affidata al giudice istruttore, era giustapposta l’istruzione sommaria, affidata al pubblico ministero). Le opinioni differivano tuttavia con riguardo al modo per attuare la semplificazione. Tre orientamenti si dividevano il campo: (a) abolire l’istruzione sommaria e mantenere l’istruzione formale con adeguate garanzie per la difesa (proposta Pietro Nuvolone alla quale aderiva anche Giovanni Leone); (b) abolire l’istruzione formale e generalizzare l’istruzione sommaria, con le garanzie difensive imposte dall’art. 24 cost. (proposta dei magistrati Giuseppe Altavista e Girolamo Tartaglione

appoggiata anche da Giovanni Conso); (c) introdurre l'inchiesta preliminare di matrice carneluttiana (proposta di Franco Cordero)³⁷.

In quello stesso periodo riprendono, febbrili, iniziative di riforma sul terreno parlamentare. Lo schema di Carnelutti non si traduce in proposta legislativa. Si afferma però l'idea che il codice vada ricostruito, riscritto per intero, non soltanto revisionato in alcune sue parti. La pur ampia riforma del 1955 appare insufficiente ad assicurare la necessaria efficacia dell'azione repressiva e, al contempo, inadeguata ad attuare i principi della Costituzione con i diritti inviolabili dalla stessa riconosciuti. La riscrittura del codice consiglia una divisione del lavoro tra Parlamento e Governo: strumento adeguato a tal fine è la legge-delega, mai sperimentata fino all'inizio degli anni sessanta. La prima è del 1963 e riguarda tutti e quattro i codici. Ma solo la delega relativa al codice di procedura penale sarà coltivata negli anni successivi. Fra il 1963 e il 1974 si contano una diecina di deleghe proposte dal parlamento ai molti governi susseguiti. Le tredici direttive elencate nel disegno di legge presentato alla camera dei deputati dal ministro Bosco il 10 ottobre 1963³⁸ lievitano a 85 nella delega legislativa approvata finalmente in via definitiva dal Senato il 3 aprile 1974³⁹.

Si afferma altresì l'idea che la riforma processuale sia essenzialmente una questione di equilibrio tra le forze in campo. In tutti i progetti di questo periodo si auspica l'attuazione di un sistema accusatorio, si persegue la parità fra le parti, si celebrano le garanzie difensive anche nella fase preliminare del processo, si esaltano il contraddittorio, l'oralità,

³⁷ Per bravura di relatori ed efficacia di interventi, il convegno di Lecce-Bellagio raggiunse vette qualitative forse non più eguagliate nei dibattiti (numerosissimi) sulla riforma processuale. Gli atti sono pubblicati a cura del Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale nel volume *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*, Giuffrè, Milano 1965. La mozione conclusiva è riportata alle p.p. 405-406.

³⁸ Il testo, con la relazione, è pubblicato in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1963, 110 ss.

³⁹ Legge 3 aprile 1974, n. 108. Testo e relazione in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1974, 400 ss. Una ricostruzione molto ben documentata degli atti parlamentari sfociati nella l. delega del 1974 è offerta da G. Conso, *Precedenti storici e iter della legge n. 108 del 1974*, in G. Conso, V. Grevi, G. Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, vol. I, *La legge delega del 1974 e il progetto preliminare del 1978*, Cedam, Padova 1989, 3 ss.

la concentrazione nella fase di merito. Fra i diritti inviolabili riconosciuti dalla costituzione, lo spazio preponderante spetta senza dubbio al diritto di difesa. Espanderlo oltre i limiti assicurati dalla citata riforma del 1955 comporta la messa in discussione del sistema “misto” o “bifasico”, che quella riforma aveva inteso preservare.

Proprio in questo rilievo risiede – a mio avviso – la ragione che ha spinto il legislatore a progettare un nuovo codice di procedura penale, anziché proseguire nella riforma di quello vigente. Proseguire sulla via del *garantismo inquisitorio* – per riprendere l’icastica espressione coniata da Ennio Amodio – significava accrescere l’importanza della fase istruttoria e, al contempo, aggravarne l’ipertrofia.

Anche la Corte costituzionale si muove lungo la linea di una progressiva affermazione del diritto di difesa nella fase investigativa. La sua giurisprudenza negli anni ’60, permetterà di ampliare considerevolmente le garanzie di partecipazione del difensore nell’istruzione formale, in quella sommaria e persino nella cosiddetta fase preistruttoria condotta dalla polizia. Anche qui, la norma che ricorre più spesso quale parametro nelle valutazioni di illegittimità, è l’art. 24 comma 2, spesso combinato con l’art. 3, al fine di censurare irragionevoli disparità di trattamento fra le posizioni dell’imputato nelle diverse fasi del procedimento o per ridurre la distanza fra difensore e pubblico ministero. Ben più sporadici gli interventi fondati su asseriti contrasti della legislazione ordinaria con altri diritti inviolabili quali libertà personale, libertà e segretezza di comunicazione e corrispondenza, presunzione d’innocenza. Anche nella mente dei giudici rimettenti si è dunque instillata l’idea che l’adeguamento ai valori costituzionali passa, essenzialmente, per un’attuazione del diritto di difesa e, in ultima analisi, per una modifica degli equilibri fra accusa e difesa. L’enfasi sulla garanzia difensiva costituisce un tratto tipico nell’evoluzione recente della nostra procedura penale; un tratto non riscontrabile, ad esempio, nella coeva e similare esperienza di altri ordinamenti come, ad esempio, quello germanico⁴⁰.

⁴⁰ Dove il *Bundesverfassungsgericht*, a partire dal 1952, ha per così dire bonificato la legislazione processuale facendo leva sul principio di proporzionalità (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*) alla luce dell’esigenza di tutelare la dignità (*Menschenwürde*: Art. 1 *Grundgesetz*) di tutte le persone a qualsiasi titolo coinvolte nel processo (non del solo imputato).

La delega del 1974, nell'*incipit* dell'art. 1, "promette" un articolato definitivo del nuovo codice di procedura penale "entro due anni dall'entrata in vigore della presente legge". Redatto da una Commissione presieduta dal prof. Giandomenico Pisapia, l'articolato sarà pronto con due anni di ritardo, nel 1978, in un momento assai poco propizio per riforme dal sapore garantistico. Siamo in piena emergenza antiterrorismo. Un'emergenza che già da qualche anno aveva trovato riscontro sul piano delle iniziative legislative. E' curioso osservare che, a una settimana dall'approvazione della legge-delega per la riforma del processo, il Governo vara un decreto-legge contenente "Provvedimenti urgenti sulla giustizia penale"⁴¹ per fronteggiare l'allarmante fenomeno dei sequestri di persona a scopo di estorsione: sarà la prima di una lunga serie di leggi d'emergenza approvate nel corso degli anni '70.

Eppure, l'inversione di tendenza non fa venir meno la tensione verso la riforma processuale. Accade che alcuni provvedimenti emergenziali facciano – per così dire – tesoro di talune proposte tradotte in direttive di legge-delega o in articoli elaborati e discussi dalla commissione Pisapia. E' il caso, ad esempio, della l. 152 del 1975 (la cosiddetta legge Reale, una delle più controverse leggi d'emergenza) che, traendo spunto da una direttiva della delega 1974, riconosce alla "tutela della collettività" il rango di possibile esigenza cautelare⁴² con anticipo sulla riforma processuale⁴³. E un discorso analogo vale per la l. 534 del 1977 (Modificazioni al codice di procedura penale) che modifica la disciplina delle nullità nel senso previsto dalla Commissione Pisapia. Insomma, il periodo emergenziale non fa tramontare il disegno di riforma processuale, anche se nel 1979, il ministro della giustizia (Morlino) – come ricorda Vassalli – "*sospese i lavori a causa delle modifiche sopravvenute nella legislazione speciale*"⁴⁴.

⁴¹ D.l. 11 aprile 1974, n. 99 (conv. nella l. 7 giugno 1974, n. 220).

⁴² Precisamente la dir. nr. 54 dell'art. 2 l. delega 1974. Il particolare è rilevato da Corte cost. 1/1980, che dichiara parzialmente illegittimo l'art. 1 della citata l. 152/1975.

⁴³ Oltretutto, la natura eccezionale e temporanea della stessa "legge Reale" è ben presente alla consapevolezza dei compilatori, quando scrivono, nell'art. 35, che "le disposizioni della presente legge si applicano sino all'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale".

⁴⁴ *Introduzione*, cit., 12.

Oggi possiamo dire che il momento per l'approvazione del nuovo codice fu solo rinviato di qualche anno. I lavori riprenderanno verso la fine del 1983, finita l'emergenza terroristica, per iniziativa del ministro della giustizia Martinazzoli, il quale istituirà una commissione presieduta di nuovo dal prof. Pisapia, in segno di continuità con l'esperienza maturata sulla legge-delega del 1974 e sfociata nel ricordato progetto preliminare del 1978.

La nuova delega, ricca di ben 105 direttive, è pronta nel febbraio 1987⁴⁵ e meno di un anno sarà sufficiente per redigere il corrispondente progetto preliminare di nuovo codice⁴⁶. A fine settembre del 1988 è pronta la versione definitiva del nuovo codice, pubblicata poi il 24 ottobre su un supplemento ordinario della Gazzetta ufficiale.

La rapidità di redazione si spiega col fatto che la commissione Pisapia attinge largamente ai risultati del decennio precedente. Ma ciò non spiega tutto. Credo che il varo del nuovo codice sarebbe stato assai più difficile e faticoso, se in quel periodo – come accennato in precedenza – la magistratura italiana non fosse precipitata in una forte crisi di legittimazione. Le discussioni e le polemiche seguite al caso Tortora (1983) e la conseguente iniziativa referendaria sulla responsabilità civile dei magistrati (1987) prepararono, a mio avviso, il terreno per attuare quella radicale riforma processuale della quale si parlava da quasi trent'anni senza esser capaci di tradurla in norma effettiva.

Entrato in vigore il 24 ottobre 1989, il nuovo codice di rito penale rivela una notevole affinità con l'idea carneluttiana dell'inchiesta di parte. L'idea-guida è quella di una marcata separazione tra fase preliminare e fase del giudizio. L'attuazione del diritto di difendersi, è perseguita attraverso un riequilibrio nei rapporti di forza fra accusa e difesa. Il pubblico ministero è signore incontrastato dell'indagine preliminare, ma le conoscenze da lui acquisite servono, di regola, al solo fine di preparare l'accusa e poi sostenerla con prove e buoni argomenti davanti al

⁴⁵ Approvata con l. 16 febbraio 1987, n. 81.

⁴⁶ In data 29 gennaio 1988 il testo del progetto preliminare viene trasmesso dal consiglio dei ministri ai due rami del parlamento per l'esame da parte della commissione incaricata di esprimere il parere di conformità alle direttive della legge delega.

giudice del dibattito. La separazione tra fase preliminare e fase di merito cambia i rapporti fra i soggetti processuali in quel campo di forze che è l'agone processuale. Ben presto si capirà che il nuovo equilibrio faticherà ad affermarsi a causa delle resistenze incontrate all'interno dell'ordine giudiziario.

5. *Terzo periodo: l'esperienza del primo codice dell'Italia Repubblicana (1989-2010).* –

Più di vent'anni ci separano dall'entrata in vigore del primo codice dell'Italia repubblicana. Un tempo che offre abbondante materiale di riflessione nella prospettiva che qui interessa, quella della riforma processuale attuate sotto il segno dei diritti individuali.

Il contesto politico-sociale è segnato dalla fine della guerra fredda e dalla successiva globalizzazione dei mercati, che trascina con sé trasformazioni atte a incidere profondamente sulla sovranità dello Stato e, quindi, sulla qualità delle fonti normative⁴⁷.

Quanto allo stile dottrinale, è difficile individuarne uno che appaia oggi prevalente negli studi processualpenalistici. Ancora una volta, l'eccesso di vicinanza nuoce. Si può comunque rilevare come l'entrata in vigore del nuovo codice e le numerose modifiche che ne sono seguite abbiano imposto agli studiosi una frenetica attività di commento e aggiornamento a carattere essenzialmente esegetico, lasciando poco tempo per l'analisi o la rivisitazione sistematica degli istituti. Inoltre, s'è persa quella tensione verso il nuovo che caratterizzò i tre decenni precedenti la riforma del 1988 e che ispirò i migliori saggi monografici di quel periodo. La diagnosi dell'odierno stile dottrinale appare difficoltosa, ma c'è spa-

⁴⁷ Il fenomeno della progressiva perdita di pregnanza del diritto statuale nell'era della globalizzazione riguarda ogni settore dell'esperienza giuridica, non escluso, ovviamente, il campo penale, così esposto ai venti della politica. Per istruttive riflessioni sulla portata del fenomeno si vedano gli studi di M. R. Ferrarese, *La governance tra politica e diritto*, Bologna 2010, alla quale si rinvia anche per la ricca bibliografia sui riflessi che la globalizzazione economica è capace di irradiare sulle istituzioni pubbliche nazionali. Si vedano, inoltre, sul declino dello Stato nazionale S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Roma 2002 e P. Grossi, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Società, diritto, Stato*, Milano 2006, p. 279 ss.

zio almeno per un auspicio. Un ritorno al tecnicismo del primo periodo è improponibile, essendo ancora attuali le ragioni che indussero molti autori negli anni '60-'70 del secolo scorso ad abbandonare tale indirizzo metodologico. Ma anche l'approccio costituzionalistico tipico del secondo periodo mostra, in questo momento, i suoi limiti. La presenza di normative sopranazionali direttamente applicabili dal giudice italiano e il peso che, per il diritto interno, vanno assumendo le Corti europee (Strasburgo e Lussemburgo), pongono nuove sfide sul terreno della riflessione teorica. La molteplicità e varietà delle fonti normative complica l'esegesi e rende la ricostruzione sistematica degli istituti assai più impegnativa di quel che questa non fosse quando tutto era regolato dalla legge statale. La classificazione dei principi regolatori del processo penale va riveduta alla luce anche delle norme comunitarie e degli argomenti sviluppati nella giurisprudenza delle Corti europee. Al qual riguardo è utilissima la comparazione con altre realtà (almeno quelle più importanti in Europa), per maturare quella giusta distanza che consenta di guardare dall'esterno il nostro ordinamento processuale. Quella distanza straniante che permetta di coglierne i nessi profondi con visioni culturali, politiche, religiose magari affini eppur diverse dalla nostra, sì da porsi quali condizioni pregiudiziali di soluzioni normative considerate ovvie e irrinunciabili, se percepite nel ristretto orizzonte del diritto interno⁴⁸. Per le stesse ragioni appare

⁴⁸ La letteratura processualpenalistica italiana sconta un certo ritardo sul terreno delle comparazione sincronica. A parte alcune felici eccezioni (riguardanti soprattutto il raffronto con gli ordinamenti di *common law*) c'è stata finora scarsa propensione per quei sistemi di giustizia penale stranieri appartenenti alla tradizione di *civil law* e, quindi, più facilmente comparabili con il nostro. Diversamente, le dottrine del processo civile a partire da Giuseppe Chiovenda e ancor prima con Ludovico Mortara, hanno tratto linfa vitale dalla comparazione: al proposito, si veda la bella e istruttiva sintesi di V. Denti, *Diritto comparato e scienza processuale*, in *Riv. dir. proc.* 1979, 334 ss. Oggi quel ritardo va colmato per ragioni non solo culturali, ma anche pratiche. Si pensi all'applicazione del mandato d'arresto europeo, quando si debba stabilire se dal diritto straniero derivino ostacoli alla consegna dell'estradando (esemplare, al riguardo, Cass. s.u. 30 gennaio 2007, n. 4614, Ramoci). E, ancora, si pensi alle sentenze con le quali la Corte di Strasburgo condanna uno Stato straniero per violazioni del *fair trial*: occorre avere una sufficiente conoscenza dell'ordinamento processuale nel quale la violazione è maturata,

essenziale anche la comparazione storica, dalla quale possono scaturire preziosi contributi circa lo genesi e l'evolversi degli istituti processuali. Importante, infine, lo studio dei risultati che il sistema di giustizia penale concretamente produce, giacché la bontà di una norma o di un'indirizzo giurisprudenziale non possono essere valutate solo per la loro coerenza con principi astratti, se poi questi vengono disattesi nella quotidianità. La procedura penale è una scienza pratica che deve saper dire la sua circa l'opportunità di certe soluzioni tecnico-normative, anche valorizzando i dati quantitativi (ad es. sulla quantità di prescrizioni, o di archiviazioni o di accessi al patteggiamento etc.).

Infine, l'impostazione riformista. Il primo codice dell'Italia repubblicana è nato nell'"età della decodificazione". Una battuta paradossale che però corrisponde alla realtà delle cose. Anche per il diritto processuale – che ben più dei diritti sostanziali aspira a una regolamentazione coerente ed unitaria – la forma "codice" si rivela essere un contenitore stretto, angusto. L'opera portata a termine nel 1988 è ben lontana dall'essere quel modello di completezza duraturo nel tempo rappresentato, ad esempio, dal codice del 1930, rimasto pressoché invariato per circa un quarto di secolo. Questo è il tempo delle incessanti riforme propiziate da una molteplicità di fattori difficilmente controllabili, di carattere sia giuridico (moniti o declaratorie di illegittimità della Corte costituzionale, condanne della Corte di Strasburgo, decisioni della Corte di giustizia UE, decisioni quadro e direttive comunitarie) sia extragiuridico (campagne di stampa portatrici di un allarme sociale che il politico di turno si sforza di sedare mettendo mano alla leva del diritto e del processo penale). Nel tempo che ci separa dal 24 ottobre 1989 si sono registrate numerose revisioni della legge processuale. Quella delle riforme settoriali sembra essere, al momento, l'unica via rimasta per revisionare la legge processuale⁴⁹.

per capire se gli argomenti esposti in quella condanna possano fornire anche al difensore italiano spunti favorevoli al proprio assistito. E rilievi analoghi valgono per le decisioni della Corte di giustizia europea, che risolvano questioni pregiudiziali relative a norme di ordinamenti stranieri.

⁴⁹ Due tentativi intrapresi di recente di ricompilare il codice del 1988 sono rimasti senza esito. Nel 2005, la Commissione ministeriale presieduta dal prof.

L'aspirazione verso un nuovo codice ha bisogno di una nuova utopia capace di misurarsi su tempi lunghi. E quella che stiamo vivendo non è epoca di utopie, ma di bilanci a breve termine che esigono atteggiamenti pragmatici.

Insomma, chi credeva che il nuovo codice, grazie alla sua coerenza sistematica, avrebbe contribuito a stabilizzare le norme regolatrici del processo penale è stato smentito. In realtà, dopo la riforma, cresce l'instabilità normativa⁵⁰ e si accentua altresì l'incertezza sugli scenari futuribili. Comprensibilmente, l'innovazione scioglie la tensione ideale, il senso di utopia, che aveva attraversato gli anni precedenti, almeno a partire dallo "schema Canelutti". All'euforia del nuovo si contrappone ben presto il timore depressivo dell'ignoto. L'entusiasmo della fase progettuale lascia posto alle reali necessità di far funzionare la "macchina dell'giustizia"⁵¹. La riforma diventa terreno di scontro fra chi intende difenderla e magari completarla in senso garantistico e chi la avversa, perché vi ravvisa un cedimento al delitto, letale per la società. Di qui i molti tentativi, spesso riusciti, di riformare la riforma, con interventi particolaristici, quasi sempre "giustificati" da concrete vicende processuali o da scandali capaci di scuotere l'opinione pubblica.

Nino Dalia ha riscritto il codice di procedura penale, nel tentativo di riordinare e razionalizzare una normativa che s'era andata sfilacciando. L'articolo non è stato però mai fatto oggetto di un'iniziativa legislativa. Analoga sorte ha subito il disegno di legge delega portato a termine dalla Commissione presieduta dal prof. Giuseppe Riccio nel febbraio 2008.

⁵⁰ Un giornalista de *Il sole - 24 ore* (edizione del 30 novembre 2009, p. 9) ha calcolato che, nei suoi primi vent'anni, il codice ha subito complessivamente 1.016 modifiche, 846 per iniziativa del legislatore e 170 a seguito di pronunce della Corte costituzionale.

⁵¹ Nell'interessante saggio apparso sui *Quaderni fiorentini* Ennio Amodio è incline a vedere nella circostanza che la fase *post-codicem* fu gestita dagli apparati ministeriali la ragione del repentino fallimento del nuovo codice. Diversamente sarebbero andate le cose - secondo Amodio - se gli accademici, i "giuristi", non fossero stati estromessi dal dialogo con le istituzioni nella delicata fase di prima applicazione della riforma (cfr., in particolare, p. 380-383). A me pare, però, che la reazione negativa al nuovo codice venne, all'epoca, più dai magistrati attivi negli uffici giudiziari, che da quelli operanti presso l'ufficio legislativo del ministero della giustizia.

La lunga sequela di modifiche che ne risulta, priva di un'ideale linea-guida, risulta persino difficile da illustrare. E' tuttavia possibile distinguere alcune fasi nell'evoluzione normativa di questo terzo, tortuoso periodo.

Per comodità espositiva suggerisco una suddivisione in quattro tempi: il "triennio sperimentale" (fino al 1992); "l'epoca di Mani pulite", dal 1992 al 1997; "l'epoca del giusto processo", dal 1997 al 2001; "l'epoca dell'ossessione securitaria e l'apertura allo spazio giuridico europeo", dal 2001 ai giorni nostri.

a) *Il triennio sperimentale (1989-1992)*. – La legge-delega del 1987 (art. 7) attribuiva al Governo il potere di emanare "norme integrative e correttive, nel rispetto dei principi e criteri direttivi fissati dagli artt. 2 e 3" entro tre anni dall'entrata in vigore del codice. Consapevole delle difficoltà che l'applicazione della nuova legge processuale avrebbe incontrato nella pratica, il legislatore aveva opportunamente sancito l'ultrattività della legge-delega. Ciò al fine di consentire, per la via rapida del decreto delegato, quelle correzioni o aggiunte, in corso d'opera, che la pratica applicazione della nuova normativa avesse richiesto. Di questa *chance* il governo profitterà una sola volta, per aggiustamenti numerosi, ma di scarsa importanza⁵². Ben più importanti sono le novità che stanno maturando nel vivo confronto fra i soggetti processuali.

L'entrata in vigore del codice determina – come detto – significativi cambiamenti nei rapporti di forza interni all'accertamento penale. Cambiamenti che si scontrano con prassi e mentalità coltivate e a lungo sedimentate sotto il codice previgente. Ora sono soprattutto i magistrati del pubblico ministero a lamentare l'irragionevolezza del nuovo impianto codicistico. Criticano apertamente la rigida separatezza fra fase preliminare e fase del giudizio. Denunciano l'assurdità di taluni divieti probatori che rendono difficoltoso sostenere con successo l'accusa in giudizio. Il disagio si traduce nella sollecitazione a sollevare questioni di illegittimità davanti alla Corte costituzionale, allo scopo di superare la divisione tra indagini preliminare e dibattimento; una divisione essen-

⁵² Con il d. lgs. 14 gennaio 1991, n. 12 (Disposizioni integrative e correttive della disciplina processuale penalee delle norme ad essa collegate).

ziale per l'equilibrio del sistema, perché costituiva l'architrave del nuovo ordinamento processuale⁵³. Ben presto, il destino del processo riformato è nelle mani dei giudici costituzionali.

Nel 1992, con tre note sentenze (nr. 24, nr. 254 e nr. 255), la Corte attua una vera controriforma del nostro diritto processuale. Il governo va nella stessa direzione, quando, sull'onda emotiva provocata dalle due stragi palermitane di Capaci e di via D'Amelio, approva un decreto-legge (d.l. n. 306/1992 convertito nella l. 356/1992) che accresce ulteriormente il peso dell'indagine preliminare nell'economia del giudizio di merito. Ne esce ingigantita la posizione del pubblico ministero, *dominus* non solo della fase investigativa, ma dell'intero processo. Correlativamente ne esce marginalizzata, per non dire mortificata la posizione del difensore.

b) *L'epoca di "Mani pulite" (1992-1997)*. – Non sapremo mai come sarebbero finiti i processi per fatti di corruzione politica successivi al 1992, se l'accertamento delle responsabilità penali fosse avvenuto secondo le regole originariamente previste nel codice del 1989. Possiamo solo immaginarlo. Certo è che, la segnalata controriforma ha grandemente agevolato la funzione accusatoria del pubblico ministero e, con essa, l'ipoteca della fase preliminare sugli esiti del giudizio. Di efficacia davvero formidabile si rivelò, in particolare, la possibilità – dischiusa da Corte cost. 254/1992 – di usare come prove d'accusa dichiarazioni

⁵³ Viene alla mente un'arguta notazione fatta da A. Malinverni, *La riforma del processo penale*, cit. p. 45, dove, nel ricordare l'origine delle difficoltà a realizzare un nuovo codice di rito avverte che "nella storia della società umana, più di una volta è accaduto di vedere leggi processuali, ispirate dal principio di autorità, venir applicate da giudici aperti alla dialettica, e leggi processuali ispirate dal principio di libertà, venir applicate da giudici fedeli al principio di autorità". Donde la possibilità che la legge sia interpretata in maniera non corrispondente ai suoi fini e che la sua applicazione sia gravemente ostacolata o distorta. Non sempre, in effetti, (anzi raramente) i tempi della politica coincidono con quelli del costume giudiziario e forense. Le parole appena citate sono seguite da tre pagine dense di sano realismo e disillusa saggezza sul modo di realizzare le riforme processuali. Parole non molto ascoltate allora. Parole da leggere, rileggere e meditare attentamente ancor oggi, a oltre quarant'anni di distanza.

raccolte unilateralmente dal pubblico ministero, non verificate nel contraddittorio dibattimentale.

E' altrettanto certo che lo squilibrio fra le parti processuali derivante dal rinnovato contesto normativo fu all'origine di un conflitto patologico fra accusa e difesa: un conflitto fra funzioni che si trasformò in conflitto aperto fra magistrati e avvocati, segnatamente, fra magistrati dell'ANM e avvocati delle Camere penali. Del resto, anche di fronte alla collettività, un simile squilibrio di posizioni poteva essere giustificato solo con il classico argomento del "pericolo sociale", del "nemico da combattere" (il politico corrotto, il mafioso, etc.). Quando il senso del pericolo si attenua o svanisce, quello squilibrio appare inaccettabile, perché persino l'opinione pubblica poco sensibile alle ragioni del garantismo intravede il rischio dell'eccesso di zelo, pronto a degenerare in arbitrio.

c) *L'epoca del "giusto processo" (1997-2001)*. – Il conflitto fra magistratura e avvocatura generatosi durante l'esperienza di Mani pulite ha prodotto due iniziative legislative che meritano di essere qui segnalate: la prima volta a rafforzare la posizione della difesa durante la fase preliminare e, in particolare, nel procedimento cautelare (l. 332/1995); l'altra tesa ad affermare il diritto dell'imputato a confrontarsi con i testi d'accusa (l. 267/1997)⁵⁴.

Questa seconda legge è concepita in aperta polemica con la "controriforma" del 1992. Con essa si pone, di fatto, il problema di un recupero dello spirito che aveva animato la riforma processuale del 1988. La rea-

⁵⁴ Desta peraltro sorpresa la circostanza che l'iniziativa legislativa del 1997 si sia limitata alla modifica del solo art. 513. Evidentemente, i politici coinvolti nei processi per fatti di corruzione avvertirono con particolare urgenza la necessità di porre un argine all'uso massiccio di chiamate in correità non riscontrate davanti al giudice del dibattimento. Altrettanto grave era il *vulnus* al contraddittorio connesso con l'uso di dichiarazioni contestate al teste autoconfutantesi (art. 500) o di testimonianze *de relato* della polizia giudiziaria su dichiarazioni raccolte durante l'indagine preliminare (art. 195 comma 4). L'iniziativa del 1997 parziale, settoriale, mirata su determinate situazioni processuali, in quanto tale sospetta di configurarsi come legge-provvedimento sarà caratteristica (patologica) di numerose riforme processuali degli anni successivi, marchiate come leggi *ad personam*.

zione della magistratura non si fa attendere. Nell'arco di pochi mesi, la l. 267/1997 subirà una fitta gragnuola di eccezioni d'illegittimità (più di cento). Anche in questo caso, la Corte costituzionale si mostrerà sensibile alle obiezioni dei giudici remittenti ed emetterà una decisione (sent. 361/1998) che finirà praticamente col neutralizzare la portata garantista della legge impugnata. Ne scaturisce un conflitto fra Parlamento e Corte costituzionale destinato a sfociare, un anno più tardi nella revisione dell'art. 111 cost., vale a dire nella riforma detta del "giusto processo" (l. cost. 2/1999).

Concepita ufficialmente per conferire rango costituzionale all'idea di *proces equitabile* (*fair trial*) delineata nell'art. 6 CEDU, la modifica dell'art. 111 si segnala anche per la puntigliosità con la quale – al comma 4° – vieta un accertamento di colpevolezza sulla scorta di dichiarazioni rese "da chi, per libera scelta, si sia sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato". Parole nelle quali è ravvisabile una diretta reazione alle regole permissive che, dal 1992, consentivano condanne basate su dichiarazioni accusatorie non ribadite in sede dibattimentale, da chi poteva trasformarle in prova semplicemente avvalendosi del proprio diritto al silenzio. La revisione costituzionale segna un passo significativo verso l'affermazione di un'idea di individuo inedita per la nostra cultura giuridica: titolare non solo del diritto di difendersi, ma altresì del diritto a contribuire direttamente alla formazione del giudizio che lo riguarda, con la propria parola e con la propria volontà⁵⁵.

⁵⁵ Come osserva P. Costa, *Intervento*, in *questo Volume*, il modello *adversary* decolla in Italia proprio nel momento in cui si va attenuando l'*ethos* solidaristico che ha ispirato la nostra Costituzione sin dalla sua nascita. Coincidenza non casuale, che merita attenta riflessione. I concetti di individuo e di diritto individuale coltivati dai nostri padri costituenti rinviavano agli ideali egualitari e universalizzanti di matrice illuministica, non privi di venature religiose; supponevano, inoltre, un individuo definito socialmente, del quale lo Stato si prende cura (persino quando lo punisce). In tempi recenti è affiorata però anche sul terreno del processo penale una diversa concezione di individuo, come entità dominata dall'idea del proprio interesse e naturalmente contrapposta allo Stato: un'idea – come nota P. Costa – affine a quella in voga nella cultura giuridica o, meglio, nella "antropologia politica" nordamericana. Codesta evoluzione del concetto di individuo trova conferma, a mio avviso, nella crescente importanza che il "formante giurisprudenziale" sta facendo registrare anche negli ordinamenti di *civil law*, incluso quello italiano. L'influsso delle

Seguono due provvedimenti legislativi volti ad attuare, almeno in parte, l'idea di giusto processo penale, ancora una volta attraverso la ridefinizione dei rapporti di forza fra soggetti processuali.

La legge 397/2000 disciplinerà analiticamente le indagini difensive, nell'intento di avvicinare la situazione del patrocinatore delle parti private alla posizione del pubblico ministero.

Subito dopo, la legge 63/2001 tradurrà in norme ordinarie i nuovi principi del giusto processo dedicati al modo di formare la prova dichiarativa (commi 3-5 del citato art. 111), sicché la Corte costituzionale, preso atto dei mutati parametri di costituzionalità, si vedrà costretta a superare la giurisprudenza elaborata nel 1992⁵⁶.

d) *L'epoca della "ossessione securitaria" e l'apertura allo spazio giuridico europeo (2001-2010)*. – Il tema dei diritti individuali vive una nuova stagione all'alba del nuovo secolo. La tragedia del settembre 2001 induce pressoché tutti gli stati dell'Occidente a varare leggi speciali per fronteggiare il terrorismo internazionale. Le tecniche d'indagine debbono essere all'altezza delle nuove sfide. La posta in gioco (l'entità dei danni temuti) è a tal punto elevata da far apparire necessario l'approntamento di mezzi eccezionali per prevenire il paventato delitto, più che per reprimerlo. L'attività di contrasto tende a spostarsi sul terreno dell'iniziativa poliziesca e di *intelligence*, con conseguente attenuazione delle garanzie insite nel controllo giudiziario. La sicurezza dei cittadini esige nuovi sacrifici nel quadro di un nuovo concetto della cooperazione giudiziaria.

Nessun politico è insensibile alle ricadute, in termini di consenso, che le iniziative volte ad accrescere il senso di sicurezza sono in

parti sull'evoluzione della giurisprudenza è un tratto tipico dell'*adversarial legalism* orientato in senso marcatamente individualistico, come segnala R. A. Kagan, *The Adversarial Legalism. The American Way of Law* 2001, trad. it. *La giustizia americana, Come il contraddittorio fa il diritto*, Bologna, 2009, p. 49 e, per quanto concerne il processo penale, p. 157 ss. Credo, inoltre, che molti contrasti dottrinali (ad esempio, in tema di valore oggettivo o soltanto soggettivo del principio del contraddittorio o del principio di ragionevole durata del processo) nascano precisamente dal diverso concetto di individuo che gli autori assumono a premessa dei propri svolgimenti argomentativi.

⁵⁶ Si vedano, in particolare, sent. 32/2002 e ord. 36/2002.

grado di assicurare. Il discorso vale anche per la politica europea. Credo, ad esempio, che – senza lo *shock* dell'11 settembre 2001 – non avremmo mai avuto la decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo (2002), né sarebbero state messe a punto altre modalità agevolate di cooperazione fra polizia e magistratura degli stati UE, per un più efficace contrasto del crimine transnazionale.

Il pensiero securitario – trasmodato in vera ossessione anche grazie all'uso spregiudicato dei mezzi di comunicazione sociale – rivela elevate capacità di contaminazione e di diffusione ben al di là del crimine transnazionale. Esso nutre modelli di trattamento ispirati a un diritto penale della prevenzione, caratterizzato – sul terreno penale sostanziale – da una marcata anticipazione delle soglie di punibilità e – sul terreno processuale – da un correlativo uso degli strumenti cautelari in funzione di neutralizzazione della pericolosità.

Ne risulta uno spostamento del confine fra prevenzione e repressione, sul quale sono state calibrate le tradizionali categorie del garantismo penale e della tutela dei diritti individuali⁵⁷. Abbondanti esempi sono riscontrabili nella legislazione (non solo italiana) in tema di immigrazione clandestina, di sicurezza del lavoro, di circolazione stradale, di inquinamento ambientale, di violenze domestiche e nei rapporti fra i sessi. Si pensi ancora alle molte modifiche intervenute sulla disciplina del sequestro e della confisca nel procedimento di prevenzione *ante-delictum* (l. 575/1965). E lo stesso codice di rito offre qualche esempio che dimostra l'inclinazione preventiva del sistema processuale: si pensi ai numerosi interventi novellistici sull'art. 275 comma 3, in tema di adeguatezza presunta della custodia cautelare in carcere per reati di allarme sociale.

La politica securitaria tende ad attuarsi per la via diretta del diritto amministrativo e di polizia, proprio mentre si affermano i principi del giusto processo⁵⁸. Sembra una contraddizione, ma non lo è, perché diverse sono le tipologie soggettive pensate come destinatarie dell'uno o

⁵⁷ Illuminanti, al riguardo, le riflessioni di W. Hassemer, *Sicherheit durch Strafrecht*, in *Strafverteidiger* 2006, 322 ss. e, più recentemente, in *Warum Strafe sein muß*, Ullstein Buchverlage GmbH, Berlin 2009, soprattutto alle pagine 70 ss.

⁵⁸ Così, acutamente, P. Costa, *Intervento*, in *questo Volume*.

dell'altro trattamento. Affiora qui un'evidente logica selettiva, non dissimile da quella auspicata dai teorici del *Feindstrafrecht*⁵⁹.

Nel nuovo contesto politico-sociale, i diritti individuali a rischio sono principalmente quelli minacciati da iniziative preventive confidate alle agenzie di controllo sociale (polizia e pubblici ministeri): iniziative spesso di carattere amministrativo, sfornite pertanto del corredo di garanzie assicurate per il procedimento penale (oltre al procedimento di prevenzione *ante delictum*, il pensiero va alle procedure di controllo sull'immigrazione clandestina regolate dal d.lgs 286/1998, ripetutamente modificato dai vari "pacchetti sicurezza").

Il diritto penale della sicurezza apre una nuova stagione dei diritti individuali, per la cui tutela si rivela sempre più importante il ruolo della Corte europea dei diritti dell'uomo. Pur guardata con sospetto da parte della dottrina processualistica⁶⁰, la Corte di Strasburgo ha sviluppato nel tempo una giurisprudenza attenta alla "sostanza" dei diritti individuali. La circostanza poi che la Corte EDU guardi al concreto comportamento di volta in volta tenuto dall'autorità pubblica attribuisce alle sue decisioni un carattere di duttilità ignoto alla sentenze della nostra Corte costituzionale. Pur consapevole dei rischi insiti nell'affidarsi al responso di giurisdizioni sovrastatali, penso dunque vada salutato con favore il riconoscimento delle nostre alte Corti (di cassazione e costituzionale) rispetto sia all'effetto delle sentenze europee sui giudicati interni⁶¹, sia al

⁵⁹ La nota tesi di G. Jakobs, secondo la quale occorre creare un diritto penale volto alla immediata neutralizzazione di condotte pericolose per il contesto sociale, quali quelle di terroristi, pedofili, delinquenti abituali (*Feindstrafrecht*), al fine di far salve le tradizionali garanzie del diritto penale per tutti gli altri cittadini (*Bürgerstrafrecht*). Per una succinta esposizione delle idee di Jakobs si veda, in particolare, il saggio *I terroristi non hanno diritti*, in *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, a cura di R. Kostoris e R. Orlandi, p. 3 ss.

⁶⁰ Critica la tendenza (giurisprudenziale e dottrinale) a ragioni del decidere espresse nelle motivazioni delle sentenze della Corte di Strasburgo P. Ferrua, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in P. Ferrua, F.M. Grifantini, G. Illuminati, R. Orlandi, *La prova nel dibattimento penale*, 4° ed., Torino 2010, p.406 ss.

⁶¹ Si vedano le sentenze emesse nei noti casi Sejdovic (2006), Dorigo (2007) e Drassich (2009) con le quali si riconosce che la condanna dello Stato italiano da parte della Corte EDU sia idonea a risolvere l'efficacia del giudicato interno.

rango “para-costituzionale” delle norme convenzionali e dei principi in esse affermati⁶². Tale riconoscimento segnala, al contempo, un diverso sguardo alla tematica dei diritti individuali. Alla lunga, gli argomenti della Corte di Strasburgo sui limiti di tutela della persona (argomenti orientati al principio di proporzionalità più che al criterio di ragionevolezza) finiranno col contaminare anche la giurisprudenza e la dottrina italiane.

6. *Conclusioni.* – E’ ora di tirare le fila al termine del lungo itinerario. Poche battute saranno sufficienti a svelarne il senso.

Caduto il fascismo, con l’Italia ancora in guerra, si avverte subito l’esigenza di purgare l’ordinamento processuale degli elementi autoritari tipici del passato regime. L’orientamento individualistico della Costituzione repubblicana accentua la necessità della riforma, inizialmente perseguita nell’illusione che sia sufficiente una revisione parziale del codice Rocco.

Al centro degli sforzi riformistici è principalmente il diritto di difesa, del quale si reclama l’attuazione “in ogni stato e grado del procedimento”, come scritto nell’art. 24 comma 2 cost. L’enfasi sulla garanzia difensiva sposta ben presto l’asse dell’interesse (e delle discussioni) sui rapporti di forza interni al processo. L’attuazione dei diritti individuali diventa così una funzione della dialettica accusa/difesa e della scelta fra stile inquisitorio e modello accusatorio.

Di qui il carattere fortemente ideologico con tinte, per così dire, corporative che le dispute sulla riforma processuale assumono nel dibattito italiano. Soprattutto a partire dall’inizio degli anni ’60, con la svolta segnata dall’iniziativa di Carnelutti, il tema dei diritti individuali è per così dire assorbito e confuso nella disputa fra accusatorio e inquisitorio. Attuare il processo di parti, è la via maestra per salvaguardare al contempo i diritti individuali minacciati o compressi dall’attività giudiziaria e di polizia.

⁶² Si vedano le sent. 348 e 349/2007 che – facendo leva sull’art. 117 comma 1 cost. – attribuiscono ai principi convenzionali il rango di “norme interposte”, suscettibili di fungere da parametro per il giudizio di legittimità della legge italiana. Va peraltro segnalato che, a partire dal 1° dicembre 2009, le norme della convenzione europea dei diritti dell’uomo sono divenute parte integrante del diritto comunitario, grazie al loro recepimento nell’art. 6 del Trattato di Lisbona (come riconosce la stessa Corte cost. nella sent. 138/2010).

Negli anni '60 e '70, la Corte costituzionale si muove nella stessa direzione, sviluppando a sua volta una giurisprudenza processuale penale incentrata principalmente intorno all'art. 24 comma 2, spesso combinato con l'art. 3 cost. Le questioni di legittimità vengono esaminate alla luce del criterio (marcatamente politico) della ragionevolezza, anziché in base a quello (più connotato in senso giuridico) della proporzionalità fra diritto violato e scopo perseguito dalla misura restrittiva⁶³.

L'iniziale fallimento della riforma processuale entrata in vigore nel 1989 ha accentuato il contrasto fra i soggetti processuali. I conflitti e le polemiche seguiti all'esperienza di Mani pulite hanno trovato una composizione momentanea nella riforma costituzionale del "giusto processo" (1999). I motivi di tensione non sono peraltro venuti meno, come dimostrano le perduranti incomprensioni fra avvocatura e magistratura, alle quali si è aggiunta, nell'ultimo decennio, la difficile convivenza fra magistratura e classe politica di governo. I toni accesi e spesso personalistici delle dispute non devono trarre in inganno. Non si tratta di polemiche destinate a sparire con i protagonisti del momento. E' in gioco qualcosa di più serio e importante che tocca un presupposto essenziale della cultura giuridica: il concetto di individuo al centro di una contesa ancora irrisolta fra ideale illuministico e approccio pragmatico-utilitaristico.

L'evoluzione del sistema penale in senso preventivo (soprattutto a partire dal 2001) e il diffondersi di un'ideologia securitaria, esigono una rivisitazione, un aggiornamento delle classiche categorie del garantismo, maturate sul presupposto di una chiara (almeno in teoria) separazione tra prevenzione e repressione. Al contempo, lo sviluppo di modalità investigative che sfruttano l'uso di moderne risorse tecnologiche apre prospettive inedite per diritti individuali non riducibili al diritto di difesa e, forse per questo, rimasti fino ad ora ai margini dell'attenzione del processualpenalista: penso al diritto della riservatezza, del quale si fatica a trovare un ancoramento costituzionale.

⁶³ Questo è invece, come già ricordato, il criterio preferito dalla Corte costituzionale tedesca, già a partire dai primi anni '50. Un criterio – val la pena aggiungere – prossimo all'ideale egualitario e universalizzante di provenienza illuministica più che all'approccio pragmatico-utilitaristico tipico della cultura giuridica americana.

L'apertura dell'Italia allo spazio giuridico europeo e i nuovi scenari della cooperazione giudiziaria internazionale pongono nuove sfide sul terreno dei diritti individuali. La loro tutela trova spesso risposte adeguate nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, capace di fungere da modello (soprattutto quanto a modalità argomentative) anche per i giudici italiani.

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

ORLANDI, Renzo. Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 2, n. 1, p. 7 - 41, 2016. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v2i1.15>

O modelo constitucional de processo e o eixo estrutural da processualidade democrática.

The constitutional process model and the structural axis of democratic processuality.

Leonardo Augusto Marinho Marques

Professor de Processo Penal da UFGM e da PUCMinas
Doutor em Ciências Penais pela UFGM
leonardo@leonardomarinho.com.br

RESUMO: Neste artigo, analisar-se-á a relação entre Constituição e processo, a partir de teorias que surgiram na segunda metade do século XX. Passando pelo pensamento de Eduardo Couture, Héctor Fix-Zamudio, Elio Fazzalari e Italo Andolina e Giuseppe Vignera, apresentar-se-á o modelo constitucional de processo como referencial teórico que permite compreender o processo como garantia. No modelo constitucional, os princípios da não-parcialidade do juízo, contraditório, ampla argumentação e fundamentação da decisão se interligam, legitimando o ato jurisdicional que repercute na esfera de direitos dos cidadãos. Assim, pretende-se demonstrar que eixo estrutural da processualidade democrática é extraído desse núcleo principiológico.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Processual. Constitucional. Processualidade democrática.

ABSTRACT: In this article we will analyze the relation between the Constitution and the process, in light of theories that have emerged in the second half of the twentieth century. Passing by the thought of Eduardo Couture, Héctor Fix-Zamudio, Elio Fazzalari and Italo Andolina and Giuseppe Vignera, it will introduce the constitutional process model as a theoretical framework that allows us to understand the process as a guarantee. In the constitutional model, the principles of non-partiality of judgment, contradictory, extensive argumentation and decision motivation are interconnected, legitimizing the jurisdictional act that affects the citizens' rights sphere. Thus, we intend to demonstrate that the structural axis of democratic processuality is extracted from this core of principles.

KEYWORDS: Procedural law. Constitutional. Democratic processuality.

1 INTRODUÇÃO

No artigo, analiso a relação entre Constituição e processo, a partir de teorias que surgiram na segunda metade do século XX. Passando pelo pensamento de Eduardo Couture, Héctor Fix-Zamudio, Elio Fazzalari e Italo Andolina e Giuseppe Vignera, apresento o modelo constitucional de processo como referencial teórico que permite compreender o processo como garantia.

Ressalto a necessidade de se superar a teoria da relação jurídica e o instrumentalismo processual, que justificaram o protagonismo judicial do século XX, elevando o juízo à condição de intérprete qualificado dos valores sociais e do sentimento geral de justiça de seu povo.

Examino os princípios processuais constantes no capítulo dos direitos fundamentais da Constituição de 1988, com o objetivo de encontrar as diretrizes impostas para o exercício da atividade processual. Parece-me, claro, que o ideal de construção participada do ato decisório surge em afirmação ao pluralismo democrático.

No modelo constitucional, os princípios da não-parcialidade do juízo, contraditório, ampla argumentação e fundamentação da decisão se interligam, legitimando o ato jurisdicional que repercute na esfera de direitos dos cidadãos. Pretendo demonstrar que eixo estrutural da processualidade democrática é extraído desse núcleo principiológico.

2 DA FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO AO MODELO CONSTITUCIONAL.

A fundamentação constitucional do processo ganha evidência após a Segunda Grande Guerra Mundial, motivada por dois fatores: a inserção de diversas categorias processuais nas novas constituições e a assunção do controle de constitucionalidade, pelos juízes, ainda que de modo diferente em cada país (BARACHO, 2008: 25 e 323).

Nessa época, chega-se a pensar na existência de duas disciplinas, que teriam conteúdos distintos, embora idêntica fonte, que são as normas constitucionais. Alguns autores passaram a vincular o Direito Constitucional Processual ao Direito Constitucional e o Direito Processual

Constitucional à teoria do processo (BARACHO, 2008: 323 e 348). A dualidade será superada com a consolidação do processo constitucionalizado.

Tendo como pressuposto a supremacia da Constituição sobre as normas processuais, Eduardo Couture e Héctor Fix-Zamudio enunciam o processo como instrumento de proteção de direitos fundamentais. (BARACHO, 2008: 11-13).

Couture e Zamudio deduzem o novo conceito das garantias, mas advertem que o processo constitucional não se realiza, no plano formal, com a positivação de princípios processuais. A efetividade do processo constitucionalizado dependerá da exata compreensão do conceito, extensão e limites dos preceitos constitucionais.

Lembre-se de que, desde o final do século XIX, a teoria do processo sofria forte influência do pensamento de Oskar von Bulow. Com a teoria da relação jurídica, o processo se configurou a partir dos vínculos subjetivos que se formam entre as partes e o juiz. Por consequência desses vínculos, um sujeito processual poderia exigir de outro a realização de um determinado comportamento.

Na relação jurídica, as partes aparecem em condição de desigualdade. Nela, o réu se sujeita à vontade do autor, devendo praticar a conduta por ele exigida. E, na relação jurídica, as duas partes ficam em desvantagem diante do juiz, representante do Estado, e detentor do poder de dizer o direito. O papel de proeminência do julgador permite-lhe impor comportamentos às partes (GONÇALVES, 1992:70-74).

No marco teórico da relação jurídica, o processo constitui mero instrumento de jurisdição e a atividade decisória se legitima na consciência do julgador. A sua compreensão de vida, o modo como ele interpreta o fato e apreende os valores sociais são suficientes para lhe permitir adequar o direito à realidade que se lhe apresenta, independentemente da manifestação dos possíveis afetados. (LEAL, 2008: 25). Nessa perspectiva, a técnica processual não contempla a participação dos interessados, assim como a decisão judicial não passa pelo controle direto dos destinatários.

Somente na segunda metade do século XX, com o movimento de constitucionalização, é que a teoria do processo começa a abandonar a matriz da relação jurídica e a rever a instrumentalidade. A nova

fundamentação constitucional tem reflexo imediato sobre a técnica processual. Os preceitos constitucionais reclamam a reestruturação do procedimento, visando a assegurar, para as partes, igual oportunidade, de intervenção influente, na atividade preparatória da decisão.

Elio Fazzalari presta enorme contribuição com sua teoria do processo como procedimento em contraditório (FAZZALARI, 2006). Primeiro, ele rompe com os vínculos de sujeição, próprios da relação jurídica, e lembra que, no Estado Democrático, somente o provimento estatal, proveniente de procedimento legítimo, pode impor condutas aos cidadãos. A vontade humana jamais poderá estabelecer, para outra pessoa, a obrigatoriedade de um comportamento.

Posteriormente, ele redefine procedimento, como atividade preparatória de um ato de poder, e processo, como espécie de procedimento, ou o procedimento realizado em contraditório entre as partes. Em Fazzalari, o princípio constitucional do contraditório representa a garantia das partes de participação na formação do provimento, sempre em simétrica paridade. (GONÇALVES, 1992: 102-132)

Ampliando o horizonte fazzalariano do contraditório, Italo Andolina e Giuseppe Vignera concebem o modelo constitucional de processo, promovendo uma “aplicação mais dinâmica dos princípios constitucionais” (NUNES, 2009: 207). O processo começa a se estruturar em torno de uma “base principiológica uníssona” (BARROS, 2009a:334), presente na Constituição, que serve de orientação para a atividade processual. Essa base afirma a processualidade democrática, viabilizando a efetiva participação dos interessados e a tutela dos direitos fundamentais.

O modelo constitucional de processo é composto pelos princípios do contraditório, ampla argumentação, fundamentação da decisão e terceiro imparcial (BARROS, 2009b: 16).

Italo Andolina e Giuseppe Vignera conheciam a diferença entre as diversas espécies de processo, “seja em razão do provimento pretendido ou dos direitos fundamentais a serem garantidos” (BARROS, 2009b: 16), e tiveram o cuidado de construir um modelo bastante dinâmico, com capacidade de adequação a cada tipo de processo.

Nesse sentido, o núcleo de princípios formador do modelo constitucional de processo pode se expandir, aperfeiçoar-se e se especia-

lizar, com o objetivo de se adaptar às especificidades dos microsistemas processuais, em face de suas características:

“a expansividade, que garante a idoneidade para que a norma processual possa ser expandida para os microsistemas, desde que mantenha sua conformidade com o esquema geral de processo; a variabilidade, como a possibilidade de a norma processual especializar-se e assumir forma diversa em função da característica específica de um determinado microsistema, desde que em conformidade com base constitucional; e por fim a perfectibilidade, como a capacidade do modelo constitucional aperfeiçoar-se e definir novos institutos por meio do processo legislativo, mas sempre de acordo com o esquema geral” (BARROS, 2009b: p 15).

Destarte, no microcosmos do processo penal, por exemplo, a base principiológica precisa se expandir para absorver alguns princípios, como a presunção de não culpabilidade e o princípio acusatório, sob pena de não haver o aperfeiçoamento e a especialização mencionados anteriormente.

Preserva-se, assim, a idéia de um esquema geral extraído da Constituição, que permite conceber o processo como garantia, a partir da principiológica que lhe serve de referência, mas que, por suas próprias características, ajusta-se à qualquer realidade processual.

2.1 O EIXO ESTRUTURAL DA PROCESSUALIDADE DEMOCRÁTICA: CO-RELAÇÃO ENTRE A NÃO-PARCIALIDADE DO JUÍZO, O CONTRADITÓRIO, A AMPLA ARGUMENTAÇÃO E A FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL.

Embora mantenha a expressão consagrada por Andolina e Vignera, modelo constitucional de processo, complementada pelos aportes teóricos recentes que lhe aprimoraram o conceito, proponho a substituição da expressão *terceiro imparcial* por *não-parcialidade do juízo*.

O conceito de imparcialidade exige nova leitura, diversa daquela concebida pela filosofia da consciência. Não há mais condição de se sustentar a imparcialidade a partir do distanciamento entre o sujeito cognoscente e objeto de conhecimento. Até porque, no século XX, a linguagem e a ciência romperam com os pressupostos daquela teoria: (1º) existe uma verdade pressuposta; (3º) o sujeito é capaz de alcançá-la,

sozinho, por meio da razão; (2º) para atingir a verdade, o sujeito deve se limitar a descrever a realidade, sem interagir com ela;

A suposta neutralidade defendida pela filosofia da consciência é ilusória. O homem é fruto de suas próprias contingências, nasce e é imerso em um contexto de linguagem, do qual não costuma se libertar. Inequivocamente, suas pré-compreensões permeiam o ato de interpretação.

Acredito que o ideal de imparcialidade deva ser substituído pelo conceito de não-parcialidade. Minha aposta é de que a não-parcialidade seja factível, e que possa ser construída objetivamente, tendo como referência critérios concretos. Esses critérios irão remeter ao debate e à crítica toda forma de pré-compreensão da vida e do direito.

Não-parcial, portanto, será quem aceitar o diálogo em torno do próprio ponto de vista. Será preciso, pois, abrir-se para o mundo e enxergar a diversidade; aceitar, com tranqüilidade, a possibilidade de que terceiros não compartilhem a mesma opinião; e, em certos momentos, propor-se a rever idéias.

Antecipando um pouco, o ideal de não-parcialidade não exigirá do juízo a compreensão do seu processo de formação subjetiva, nem tampouco o desvelamento de sua personalidade no processo. Os elementos da personalidade só podem ser trabalhados pela psicanálise, mesmo assim por iniciativa e vontade do interessado. Mas, há de se saber que o processo de auto-conhecimento é inesgotável.

No processo constitucional, definitivamente, não poderá haver patrulhamento sobre a sua visão de mundo. Quando muito, a não-parcialidade contribuirá para testificar as convicções pessoais do juízo no ambiente processual, propiciando condições para a construção compartilhada de uma realidade mais impessoal.

Pois bem, pretendo sustentar, com base no modelo constitucional de processo, que os princípios constitucionais da não-parcialidade do juízo, contraditório, ampla argumentação e fundamentação da decisão judicial, formam o eixo estrutural da processualidade democrática.

Entretanto, é preciso insistir: não há como buscar fundamentação constitucional para o processo sem abandonar a matriz da relação jurídica e a lógica da instrumentalidade. A conhecida técnica processual que confere primazia ao juízo na relação jurídica e transforma o proces-

so em instrumento por meio do qual ele decide, solitariamente, conforme sua convicção pessoal, não se enquadra na realidade democrática.

Na democracia, não há espaço para argumentos qualificados, que se legitimam *a priori*, em razão da função ou do cargo que se exerce no Estado. O pluralismo democrático é incompatível com figura da autoridade, ou seja, o sujeito privilegiado que desenvolve sua percepção de forma solitária e sem conexão com o mundo da vida, para, em seguida, fundamentar o ato decisório na sua compreensão pessoal, sem diálogo e sem abertura para a diversidade.

No Estado Democrático, não há relação de hierarquia entre as instituições e os cidadãos. Há, ao contrário, igualdade jurídica, no nível “poliárquico”. No plano da isonomia, Estado e cidadãos devem dialogar sobre matérias importantes. A democracia rompe, conscientemente, com o plano “autárquico-estatal”, que confere primazia institucional no Estado Absoluto (LEAL, 2004: 49). Nessa nova realidade:

“as constituições não mais podem ser um estatuto totalizante e exclusivo da atividade estatal, mas um texto articulador e legitimante das instituições jurídicas, em que o Estado comparece como uma delas e com funções específicas, sem a conotação hegeliana de expressão entitativa superior, criador de direitos, condutor único e controlador normativo, soberano e absoluto da sociedade política” (LEAL, 2004: 48).

Com efeito, a Constituição propôs um novo esquema processual, que assegura a construção participada do provimento. O processo democrático viabiliza a participação igualitária e influente dos interessados, conferindo-lhes ampla liberdade para interpretar o Direito, introduzir argumentos e produzir provas, no tempo do processo. Nesse quadro, classifico como inconstitucionais os pré-julgamentos e as decisões unilaterais.

A conexão entre os princípios da não-parcialidade do juízo, contraditório, ampla argumentação e fundamentação da decisão estabelece um novo eixo de racionalidade democrática para os provimentos judiciais, negando o “primado do juízo moralista sobre as provas e fatos do processo” (LOPES JÚNIOR, 2005:277)

Antes, o juízo tinha liberdade de convicção, mas obrigação de motivar a sua compreensão. Havia, ali, terreno fértil para ele desenvolver sua habilidade retórica e fundamentar sua interpretação pessoal, sempre à revelia da realidade objetiva construída, no processo, pelos argumentos e pelas provas.¹

Ao juízo era permitido enxergar além e fazer prevalecer seu sentimento pessoal de justiça. Como a decisão não se vinculava, necessariamente, à realidade construída no processo, o controle de racionalidade da decisão se concentrava exclusivamente na fundamentação:

“(…) com o objetivo de reduzir o máximo possível o componente pessoal e subjetivo no conhecimento judicial é que se afirma como regra constitucional fundamental o dever de motivação das decisões judiciais (art. 93, IX), para que se possam ser submetidas a um controle mínimo de racionalidade de sua fundamentação (...) as exigências de racionalidade jurídica das decisões judiciais apontam para a problematização acerca das motivações ou fundamentações dos julgados, e não da inevitável influência da subjetividade do julgador na escolha do referencial normativo para julgamento.” (OLIVEIRA, 2004: 172).

O problema é que, concentrando o controle do ato decisório exclusivamente na fundamentação, as partes ficam à mercê do juízo moral do julgador. Nessas condições, o dever de motivar cumpre o papel de legitimar as pré-compreensões do juízo, permitindo que a subjetividade se afirme sobre a realidade objetiva do processo.

Como o entendimento do juízo é exposto na sentença, sem que o processo lhe proporcione condição de verificação, as partes dependem do recurso para problematizá-lo. Consequentemente, o contraditório e a argumentação se retiram da etapa de formação do provimento, e deslocam-se para a instância revisora. Na primeira instância, o juízo continua soberano. E pode exercer sua atividade intelectual com plena liberdade.

¹ A jurisprudência brasileira consolidou o entendimento de que a decisão não precisa contemplar todos os argumentos das partes. A interpretação do juízo é autosuficiente, fundamentada na instrumentalidade e na teoria da relação jurídica.

Com o modelo constitucional de processo, a situação se modifica substancialmente. A decisão não pode conter elementos novos, senão aqueles que foram introduzidos previamente no debate e que, por consequência, submeteram-se à discursividade processual, no tempo previamente demarcado. Nessa realidade, o ato decisório passa a ser controlado diretamente pelos destinatários.

Todavia, para se compreender a nova mentalidade, em toda sua dimensão, é preciso retomar aquela antiga preocupação de Couture e Zamudio em relação à efetivação do processo constitucional. O conceito e a extensão de cada princípio são fundamentais para a realização do processo constitucionalizado.

A não-parcialidade condiciona o convencimento do juízo ao debate e ao controle dos possíveis afetados. O “esforço argumentativo das partes” (BARROS, 2009b:21) e as provas produzidas judicialmente fazem com que a decisão se edifique em cima de uma realidade objetivada.

Sob o ângulo da democracia, trata-se de uma diretriz importante. Se o juiz não é o “único e valoroso intérprete do direito”, a construção do provimento não comporta “discricionariedade e subjetivismo” (BARROS, 2009b:21). Historicamente, o dever de motivar a decisão não elidiu esses elementos antidemocráticos da fundamentação. Muitas vezes, a discricionariedade e o subjetivismo foram encobertos, na sentença, pelo silogismo e pela arte da retórica.

É preciso impedir que o *sentire* do juízo asfixie a argumentação jurídica e a atividade probatória. Para tanto, o contraditório deve ser compreendido como garantia de influência e não-surpresa, na perspectiva pós-fazzalariana. A ausência de co-relação entre o contraditório e a fundamentação da decisão acaba anulando a garantia de participação em simétrica paridade.

É necessário que o princípio do contraditório passe a expressar, para as partes, mais do que aquela garantia fazzalariana de participação isonômica no procedimento. Ele precisa alcançar a garantia de participação efetiva na preparação dos atos jurisdicionais. Com o novo conceito, a partes adquirem poder de influência sobre o conteúdo das decisões e o resultado do processo (NUNES, 2009: 226-227), evitando surpresa no provimento.

O novo contraditório impede que o provimento jurisdicional inove com argumentos que não foram devidamente introduzidos naquela etapa procedimental que visa à preparação dos atos decisórios (garantia de não surpresa):

“Permite-se, assim, a todos os sujeitos potencialmente atingidos pela incidência do julgado (potencialidade ofensiva) a garantia de contribuir de forma crítica e construtiva para a sua formação” (NUNES, 2009: 227).

Vale a pena comentar que, na Europa, os atuais Códigos de Processo Civil, alemão, português, francês e austríaco já concebem o contraditório como garantia de influência e não-surpresa. No Brasil, é que ainda convivemos com o atraso. Não sedimentamos sequer o contraditório de Elio Fazzalari. Tem prevalecido, entre nós, o entendimento de que o contraditório é “a ciência bilateral dos atos e termos processuais e a possibilidade de contrariá-los” (ALMEIDA, 1973:82).

Sem dúvida, esse conceito possui enorme importância histórica, mas precisa ser atualizado. Com o passar do tempo, ele se tornou limitado e se revelou incapaz de absorver o ganho teórico proporcionado pela constitucionalização do processo.

Faz-se necessário aderir, com urgência, ao modelo constitucional de processo e compreender que o conteúdo do ato decisório provém da “comparticipação dos sujeitos do processo (juiz e partes contraditórias)” (DIAS, 2010:101).

O poder de influência sobre o conteúdo das decisões pode ser aferido pelos argumentos e provas que foram introduzidos no processo. Há de prevalecer a lógica de que o argumento provado deve ser recepcionado pela decisão e de que o argumento não provado deve ser rejeitado, salvo se houver dúvida razoável em favor do acusado. São eles que formam a realidade objetiva e edificante da decisão, e que excluem os juízos morais, subjetivos e unilaterais.

A garantia de ampla argumentação é estendida a todos os possíveis afetados pelos efeitos do provimento. Cada um deles tem igual direito de interpretar o Direito e de sustentar argumentos que tenham o potencial de interferir na compreensão da realidade. Suas

interpretações têm lugar cativo no ambiente processual e passam a condicionar a fundamentação. Em suma, o processo cumpre a função de institucionalizar os discursos, demarcando o tempo inerente ao diálogo democrático.

Percebam que não proponho o fim da atividade interpretativa do juízo, nem concordo que ele seja apenas um expectador do trabalho das partes. O Juízo não deve se limitar a acolher um dos discursos propostos, sem dele poder divergir. Ele pode se inserir no debate, problematizar a realidade e interagir com a prova proposta pelas partes. Posiciono-me contrário, apenas, à proposição de provas pelo juízo. Esta é uma prerrogativa das partes, sobretudo no processo penal.

No modelo constitucional de processo, o juízo precisa conhecer todos os argumentos e entender que a prova fixa fatos. A realidade que se firma diante de seus olhos interfere na decantada liberdade de convencimento. Seu alcance não é absoluto. O primado da hipótese cede passagem à institucionalização dos discursos. Alimenta-se, assim, o ideal de construção de uma decisão menos impessoal. (BARROS, 2009b:21)

Inevitavelmente, a não-parcialidade, o contraditório e a ampla argumentação estabelecem uma relação de co-dependência com a fundamentação. Antes, o direito havia sido reduzido a uma construção individual, “monológica e prospectiva” (GALUPPO, 2001:57-58). Essa construção individual provinha de “um estado de natureza hermenêutico, no interior do qual o juiz decide como mais lhe aprouver” (STRECK, 2009:6).

Com o processo constitucional, o direito se transforma no resultado de uma interpretação plural e dialógica, obtida a partir de uma realidade problematizada pelas partes e pelo juízo.

Se a principiologia constitucional exige que o ato decisório seja construído no processo, de forma compartilhada, a fundamentação precisa espelhar a argumentação jurídica empreendida pelas partes, e mostrar, por meio da prova produzida, por que a decisão enuncia a resposta adequada, diante de pontos de vista opostos.

A processualidade democrática lança a realidade objetiva do processo contra o subjetivismo e discricionariedade do juízo.

3 CONCLUSÃO

A constitucionalização do processo reclama a superação da teoria da relação jurídica e da instrumentalidade processual. O modelo constitucional de processo recomenda a aplicação dinâmica de princípios que viabilizam participação dos sujeitos processuais na atividade preparatória do provimento.

Depreende-se, pois, desse núcleo principiológico o eixo estrutural da processualidade democrática. Os princípios da não parcialidade do juízo, contraditório, ampla argumentação e fundamentação da decisão se conectam para legitimar o ato decisório. Este somente repercutirá, legitimamente, na esfera de direitos dos cidadãos, se precedido pelo debate e se amparado na prova produzida.

Enfim o juízo não pode se convencer daquilo que não foi debatido e nem do que não restou provado.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios Fundamentais do Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARROS, Flaviane Magalhães de Barros. Modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (coord). *Constituição e processo: A contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009a.

BARROS, Flaviane Magalhães de Barros. *(Re) forma do processo penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08, n. 11.719/08 e n. 11.900/08*. 2ª ed.. Belo Horizonte: Del Rey, 2009b.

DIAS, Ronaldo Bretas de Carvalho. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

GALUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica e jurisdição constitucional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. CRUZ, Álvaro Ricardo de Sousa (coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Ed. Aide, 1992.

LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas/FUMEC, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 5ª ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004.

LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo: fundamentos da instrumentalidade garantista*. 3. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris: 2005.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Processo e hermenêutica na tutela dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica, Constituição e Processo, ou de “como a discricionariedade não combina com democracia: o contraponto da resposta correta. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (coord). *Constituição e processo: A contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009a.

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. O modelo constitucional de processo e o eixo estrutural da processualidade democrática. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 2, n. 1, p. 43 - 55, 2016. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v2i1.16>

***Persecução Penal: investigação,
juízo oral, provas e etapa recursal***

O “Júri” Alemão

O leigo no processo penal na Alemanha

The German “jury”.
The layman in the Criminal Procedure of Germany

Uriel Moeller

Doutorando em Direito pela Universität Osnabrück (Alemanha) e pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS em co-tutela¹
uriel.moeller@uos.de

RESUMO: O presente artigo oferece uma visão geral do papel do juiz leigo no sistema penal alemão, bem como apresenta os respectivos direitos e funções, em comparação ao júri brasileiro. Além disso, exalta a importância de uma instituição que aumenta a conscientização no sistema penal enquanto evita posições que romantizam demasiadamente o papel do leigo no processo penal.

PALAVRAS-CHAVE: Júri, Juiz Leigo, *Schöffe*, Processo Penal, Alemanha, Brasil, Sistema Jurídico

ABSTRACT: *This article gives an overview of the role, rights and function of the lay judge in the German criminal law system, drawing comparisons with the Brazilian jury. The author defends an institution that heightens consciousness in the criminal law system, while avoiding to side with over romanticized positions defending laymen in the criminal procedure.*

KEYWORDS: *Jury, Lay judge, Schöffe, Criminal Procedure, Germany, Brazil, Legal System*

¹ Especialista em Direito Internacional e Europeu (*Wahlschwerpunkt*). *Staatsexamen* Hamburgo 2013. Assistente de pesquisa (*Wissenschaftlicher Mitarbeiter*) no projeto ALPhA na Universidade de Osnabrück (Bolsista CAPES). E-mail: uriel.moeller@uos.de. Agradeço aos colegas e aos professores da PUCRS pelo apoio no desenvolvimento deste artigo, especialmente ao colega Bruno Buonicore, ao professor Nereu José Giacomolli e ao professor Fabio Roberto D’Ávila.

1. INTRODUÇÃO

A participação de pessoas leigas no processo penal² é prevista em muitos países de cultura, história e tradição jurídica bastante diversas.³ Não surpreende, portanto, que estas diferenças se concretizem em concepções, previsões e regulamentos divergentes em países diferentes. Frequentemente, isso é motivo de mal-entendidos sobre os direitos e os poderes dos leigos que atuam nos processos penais dos respectivos países, assumindo-se equivalências onde não há. Para evitar tais confusões, iremos expor o sistema de participação leiga no processo penal alemão. Na Alemanha, um juízo de condenação ou absolvição pode depender de uma decisão dos leigos, como ocorre no caso do júri brasileiro?⁴ No famoso caso do “canibal de Rothenburg”, alguns “jurados” na Alemanha teriam ficado confusos com o fato de o canibalismo não ser punível pela lei alemã.⁵ Qual seria a importância desse fato para o julgamento?

² Este artigo não tratará da participação de leigos em outros processos, assim como não tratará das exceções que se aplicam ao processo penal de jovens (14 a 18/21 anos), § 1 *Jugendgerichtsgesetz* (JGG).

³ Ver sobre seu desenvolvimento na França, na Alemanha, na Inglaterra, em Roma e na antiga Grécia: DAWSON, John P. *A History of Lay Judges*. Cambridge, Massachusetts: HARVARD UNIVERSITY PRESS, 2010 (1960). No sistema alemão, desenvolvido a partir do sistema inquisitório, porém, pode ser considerada uma reintrodução resultando da revolução francesa: DUTTGE, Gunnar. *Laienrichter in der Strafgerichtsbarkeit – Anspruch und Wirklichkeit. Juristische Rundschau, Heft 9/2006*, p. 358; SATZGER, Helmut. *Die Schöffen im Strafprozess. Juristische Ausbildung, Heft 7/2011*, p. 518, p. 519; VOLK, Klaus. *GRUNDKURS StPO*. München: Verlag C.H. Beck, 2008, p. 14 (§ 5, 15); BÖRNER, René. *Die Beteiligung von Laienrichtern am Strafprozess als Erkenntnismittel einer funktionellen Theorie des Strafprozessrechts. Strafverteidiger Forum, 11/2012*, p. 434, p. 436.

⁴ Através do questionário, art. 482 ss. Código de Processo Penal (CPP). Devido ao espaço restrito de um artigo, não compararemos ao juiz leigo brasileiro previsto no juizado especial criminal pelo artigo 60 da lei 9.099/95, que julgaria somente contravenções penais e crimes com pena máxima de dois anos (art. 61 da referente lei).

⁵ Situação descrita por SANDEL, Michael J. *Justiça – O que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 94.

Essas questões serão esclarecidas posteriormente,⁶ porém passamos, já neste ponto, a introduzir a terminologia alemã. O juiz leigo no sistema penal contemporâneo alemão se chama “Schöffe”.⁷ A origem etimológica da palavra não é pacífica, mas a descendência da palavra “scabini”,⁸ possivelmente relaciona-se com a terminologia portuguesa para este sistema de participação leiga, o escabinato.⁹ Este artigo visa, em um primeiro momento, explicar quem é a pessoa do *Schöffe*, para depois discutir sua funcionalidade e sua legitimidade no sistema processual penal, também, levando em consideração a discussão de tais aspectos no sistema brasileiro. Para entendermos como funciona a participação de leigos no sistema penal alemão é fundamental entender como o *Schöffe* é eleito (2.) qual é o seu âmbito de competência (3.) e qual é o seu papel (4.). Após resumirmos a situação do Schöffe no processo penal alemão (5.), apontaremos algumas críticas da participação leiga (6.) e oferecemos uma conclusão (7.).

2. A ELEIÇÃO DO SCHÖFFE

O *Schöffe* não é escolhido aleatoriamente na população alemã. Existe um processo regulamentado por lei que determina como o cidadão deve ser eleito para o cargo e quais são as qualidades mínimas para assumi-lo. Como exemplo dos problemas que podem surgir a partir desse processo, existe um caso de alegada inidoneidade para o cargo de *Schöffe* que recentemente criou polêmica na Alemanha. Esse caso será discutido nesse trabalho (2.3).

⁶ Como parte do resumo na parte 5 do presente artigo.

⁷ Terminologia decretada por § 45a *Deutsches Richtergesetz* (DRiG). O termo para juízas leigas, segundo a gramática alemã, é “Schöffin”.

⁸ Origem etimológica de *Schöffe*: do antigo alemão “skephen”, ordenar, dar forma – <http://de.wiktionary.org/wiki/Schöffe>. Segundo DAWSON, John P. *A History of Lay Judges...*, p. 94, mais especificamente do “scabini”, juiz leigo da dinastia carolíngia.

⁹ Ver sobre o escabinato entre outros VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; GALÍCIA, Caíque Ribeiro. *Tribunal do júri na justiça criminal brasileira: críticas e propostas de reforma para a restituição de sua função de garantia no processo penal democrático*. Revista Eletrônica de Direito Processual, 2014, volume 13, p. 903.

2.1 PROCESSO DE ELEIÇÃO

Vejam, então, qual é o processo e quais são as consequências da infração às normas regulamentadoras. Em um processo guiado pelos dispositivos dos §§ 36 ss. da *Gerichtsverfassungsgesetz* (GVG),¹⁰ o *Schöffe* é eleito por cinco anos.¹¹ O município (*Gemeinde*) cria, no quinto e último ano do período de exercício da função de *Schöffe*, uma *lista de sugestão* com nomes de candidatos para o cargo para o próximo período.¹² Essa lista é elaborada livremente,¹³ mas deve representar todos os grupos da sociedade, considerando sexo, idade, profissão e nível social.¹⁴ O cidadão pode se candidatar para esta lista.¹⁵ A lista de sugestão, ao ser concluída, é exibida no município por uma semana,¹⁶ período em que é possível fazer objeção aos candidatos.¹⁷ Esta lista, constando possíveis

¹⁰ “Gerichtsverfassungsgesetz” significa lei da constituição dos tribunais.

¹¹ § 42 I Nr. 1 GVG.

¹² § 36 I GVG. Dois terços dos representantes presentes do município, e no mínimo a metade de todos os representantes legais da comunidade, devem estar a favor da eleição do candidato para a lista.

¹³ Um sorteio, por outro lado, não é permitido, por infringir grave e manifestamente o procedimento de elaboração da lista: SATZGER, Helmut. *Die Schöffen im Strafprozess...*, p. 522. Ver também nota de rodapé 24.

¹⁴ § 36 II GVG.

¹⁵ Assim estaria se auto-sugerindo para fazer parte da lista de sugestão. Isto foi facilitado para o período mais recente, que começou em 2013, por um site de internet: <http://www.schoeffenwahl.de/interessenten/> (acessado em 04.12.2013).

¹⁶ § 36 III, IV GVG. Nela deve constar, no mínimo, o dobro de pessoas exigidas pelo presidente do *Landgericht* (segunda instância em casos de crimes “leves”, primeira em casos de crimes “graves” – ver sobre isto mais abaixo, no item 2.3), nos termos do § 43 GVG. Assim, substituições serão possíveis, “*Hilfsschöffen*” (§ 42 I Nr. 2 GVG), e isto também durante o processo através do “*Ergänzungsschöffen*”. Ver: SATZGER, Helmut. *Die Schöffen im Strafprozess...*, p. 526. No Brasil, há regulamento semelhante a este último, considerando no mínimo 15 jurados presentes para o julgamento (art. 463 CPP), possibilitando então a exclusão de jurados sem perder a viabilidade do julgamento (art. 463 § 2 CPP), que depende do sorteio de somente sete jurados para o conselho de sentença (art. 467 CPP).

¹⁷ § 37 GVG.

objeções (por exemplo, inelegibilidade – ver no próximo parágrafo) é enviada para o *Amtsgericht* (AG, tribunal de “primeira instância”, ver mais abaixo parte 3.a) do distrito.¹⁸ No *Amtsgericht* há uma comissão constituída por um juiz, um funcionário público e mais sete pessoas de confiança¹⁹, que decidem sobre as objeções.²⁰ Entre os candidatos restantes da lista de sugestão, a comissão elege os *Schöff*en para os próximos cinco anos, reconsiderando a sua representatividade.²¹

Porém, sentenças proferidas com a participação de *Schöff*en que foram eleitos em procedimentos que não atenderam às normas referentes à *lista de sugestão*, não podem ser reformadas com base nesse fundamento. Somente se a comissão, no *Amtsgericht*, não estiver constituída corretamente e, portanto, não houver eleição eficaz, as decisões tomadas com a participação dos *Schöff*en eleitos sob infração ao procedimento justificariam a *Revision* (instituto semelhante à revisão criminal).²² Mesmo neste caso, atendendo ao princípio da segurança jurídica, *somente erros graves e manifestos* na constituição da comissão justificariam uma *Revision*.²³ Outras infrações contra o procedimento da eleição, da mesma forma, só serão relevantes para os julgamentos se forem graves e manifestas, *verbi gratia*, a eleição de cidadão que não constava na lista.²⁴

2.2 QUALIDADES MÍNIMAS PARA A ELEIÇÃO

As características do juiz leigo na Alemanha são reguladas de forma mais detalhada do que no Brasil, onde o cidadão deve ser maior

¹⁸ § 38 GVG.

¹⁹ Estes são eleitos pelo distrito de forma semelhante à eleição dos candidatos à lista elaborada pelo município (§ 40 GVG).

²⁰ §§ 40, 41 GVG.

²¹ § 42 GVG.

²² *Bundesgerichtshof* (BGH): *Beschluss vom 16.07.2008 - 2 StR 83/08*.

²³ SATZGER, Helmut. *Die Schöff*en im Strafprozess..., p. 522.

²⁴ Sobre este ponto, ver ainda: GERICKE, Jan. *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*. München: Verlag C. H. Beck, 7. Auflage 2013, § 338 StPO, n.º 39-47; SATZGER, Helmut. *Die Schöff*en im Strafprozess..., p. 522.

de 18 anos e ter “notória idoneidade” (art. 436 do Código de Processo Penal – CPP). Na Alemanha o candidato deve ser, em primeiro momento, elegível e, em segundo lugar, capacitado para o cargo de *Schöffe*.²⁵ Enquanto a cidadania alemã é o critério positivo de elegibilidade (ver § 31 GVG),²⁶ os outros critérios são negativos, definindo várias qualidades que impedem a atuação como *Schöffe*. Nos termos dos § 33 Nr. 1-6 GVG, não deve ser nominado como *Schöffe* quem:

- a. estiver com menos de 25 anos ou tiver alcançado 70 anos de idade;
- b. residir em município diferente ao da sede do tribunal onde atua;
- c. não apresentar condições suficientes de saúde para seguir o processo ou domínio suficiente da língua alemã²⁷;
- d. estiver em uma situação de deterioração do seu patrimônio.

Entre a população restante também não pode ser *Schöffe* quem for funcionário do Ministério Público, juiz, advogado, tabelião, policial e alguns outros tipos de funcionários do aparelho legal,²⁸ regulamento previsto também no art. 437 CPP, que prevê semelhante isenção. Os eleitos têm o dever de assumir os seus cargos, limitando a sua dispensa para poucos casos previstos na lei, quando requerida pelo eleito.²⁹ O *Schöffe* eleito presta juramento³⁰ e é obrigado a preencher seu cargo sob

²⁵ Sobre previsões acerca da pessoa do *Schöffe*, ver mais detalhadamente: SATZGER, Helmut. *Die Schöffen im Strafprozess...*, p. 521 ss.

²⁶ Múltipla cidadania não veda esta qualidade: SATZGER, Helmut. *Die Schöffen im Strafprozess...*, p. 520 s.

²⁷ Uma decisão em que a falta de domínio da língua alemã resultou em *Revision* bem sucedida: BGH, *Urteil vom 26. 1. 2011 - 2 StR 338/10 (LG Köln)*.

²⁸ § 34 I Nr. 1-7 GVG. Esta norma prevê ainda mais exceções, por exemplo, para o presidente da República e ministros, padres e outros líderes religiosos etc.

²⁹ § 35 GVG: no caso de médicos ou enfermeiros, pessoa idosa, deputado, pessoa que já exerceu o cargo anteriormente etc.

³⁰ Nos termos do § 45 III-V *Deutsches Richtergesetz (DRiG)*. Falta do mesmo constitui “base absoluta” para a *Revision*: SATZGER, Helmut. *Die Schöffen im Strafprozess...*, p. 522.

pena de sanção financeira (§ 56 GVG),³¹ o que ocorre também no Brasil (art. 436 § 2 CPP – recusa – e art. 442 CPP – ausência). Por outro lado, sua atuação e suas despesas são restituídas nos termos do § 55 GVG remetendo aos §§ 15 ss. *Justizvergütungs-und-entschädigungsgesetz* (JVEG), com 6 € até 24 € por hora.³²

Se um *Schöffe ineligível* for eleito e participar de um processo, isto *per se* não justifica recurso contra a decisão de que ele participou.³³ Por sua vez, no caso de participação do *Schöffe incapacitado*, estamos diante de uma infração do princípio do juiz natural, o que em si já justifica a *Revision*.³⁴ A incapacidade do cidadão de ser eleito como *Schöffe* dá-se nos termos do § 32 GVG quando o mesmo:

- a. perde a sua capacidade de exercer um cargo público por decisão judicial;
- b. foi condenado a uma pena de prisão ou detenção de no mínimo seis meses por um crime doloso;
- c. estiver sendo investigado por um crime que pode resultar em perda da capacidade de exercer um cargo público.

Outro impedimento é ter infringido os princípios de humanidade e do Estado de direito (§ 44a I Nr. 1 *Deutsches Richtergesetz* - DRiG, “Lei alemã dos juízes”)³⁵.

³¹ Inclusive os custos causados pelo não cumprimento dos deveres do seu cargo (§ 56 I GVG). Exceção: § 54 GVG.

³² 6 € pelo tempo investido (§ 16 JVEG) e até 24 € a mais pelas perdas econômicas causadas por sua ausência no seu serviço (§ 18 JVEG). Caso o processo demore mais que 50 sessões nas quais o *Schöffe* atuou, este valor restitutivo pode aumentar até o valor máximo de 61 € por hora (§ 18 S. 3 JVEG). Transporte e algumas outras despesas também são restituídas (§ 15 JVEG). O § 45 Ia DRiG estipula que o *Schöffe* não pode sofrer discriminação, especialmente trabalhista, por causa da sua função. A norma mais próxima no sistema brasileiro parece ser o art. 441 CPP.

³³ SATZGER, Helmut. *Die Schöffen im Strafprozess...*, p. 521.

³⁴ SATZGER, Helmut. *Die Schöffen im Strafprozess...*, p. 520.

³⁵ Explicitamente não pode ser *Schöffe* quem trabalhou pelo serviço de inteligência da Alemanha Oriental (Stasi) (§ 44a I Nr. 2 DRiG).

2.3 A VESTIMENTA RELIGIOSA COMO IMPEDIMENTO PARA A ATUAÇÃO DO SCHÖFFE

O *Schöffe* deve ser leal à constituição (§ 45 III DRiG),³⁶ e o cargo de juiz também demanda, leigo ou não, neutralidade e imparcialidade.³⁷ Tais características foram consideradas ausentes em uma *Schöffin* que usava véu muçulmano, resultando na exclusão da cidadã como *Schöffin* do caso.³⁸ A fundamentação desta decisão utilizou palavras como “imparcialidade” e “dignidade do tribunal”. Optar por um véu e usar o mesmo durante a atuação como *Schöffe* demonstraria uma certa visão de mundo (*Weltanschauung*) rígida, especialmente em relação ao papel da mulher, restringindo-o religiosamente.³⁹ A *Schöffin*, assim, demonstraria que sua decisão seria tomada a partir desta sua visão e não atendendo à lei, que é o papel do juiz nos termos do Art. 20 II, 97 I *Grundgesetz* (GG, Constituição alemã).

Este raciocínio foi rejeitado por muitas vezes da doutrina e da jurisprudência.⁴⁰ O § 34 I Nr. 6 GVG, a única norma de inelegibilidade como *Schöffe* com referência à religião, exprime: os sacerdotes e outros

³⁶ Em nível constitucional, isto se dá a partir do Art. 92 e 20 II GG, como o *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG, “Tribunal Constitucional Federal”) decidiu para os juízes leigos no processo trabalhista (*BVerfG, Beschluss vom 6. 5. 2008 - 2 BvR 337/08*). Sobre aplicação para os *Schöffen* ver: ANGER, Thorsten. *Die Verfassungstreuepflicht der Schöffen. Neue Juristische Wochenschrift*, 2008, p. 3041; SATZGER, Helmut. *Die Schöffen im Strafprozess...*, p. 525.

³⁷ BADER, Johann. *Die Kopftuch tragende Schöffin. Neue Juristische Wochenschrift*, 2007, p. 2964.

³⁸ LG (*Landgericht*) Dortmund. *Neue Juristische Wochenschrift* 2007, p. 3013 (LG Dortmund, Beschluß vom 7. 11. 2006 - 14 (VIII) Gen. Str. K.).

³⁹ “Das Kopftuch verkörpert eine strenge weltanschauliche Haltung, die sich unter anderem auf die Stellung der Frau in der Gesellschaft und der Öffentlichkeit bezieht und Ausprägung einer religiösen Einschränkung dieser Stellung ist“, ver fundamentação: LG (*Landgericht*) Dortmund. *Neue Juristische Wochenschrift* 2007, p. 3014.

⁴⁰ BADER, Johann. *Die Kopftuch tragende Schöffin...*, p. 2964 e 2966; SATZGER, Helmut. *Die Schöffen im Strafprozess...*, p. 525; LG Bielefeld: *Beschluss vom 16.03.2006 - 3221 b EH 68*; KG, *Urteil vom 09.10.2012 - (3) 121 Ss 166/12 (120/12)*; GROH, Kathrin. *Angewandte Verfassungsrechtsprechung? - Die Schöffin mit Kopftuch. Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2006, p. 1023, p. 1026.

líderes religiosos estão excluídos de exercer o cargo do *Schöffe*.⁴¹ Segundo Satzger⁴², isto permitiria dizer, *argumentum e contrario*, que o mero membro de uma comunidade religiosa não pode ser excluído somente por esta sua característica. Ademais segundo Bader,⁴³ poderíamos concluir, já que líderes religiosos costumam se vestir de forma que ostentaria a sua religiosidade, que a inelegibilidade dos mesmos, através da norma especial do § 34 I Nr. 6 GVG, significaria que o legislador considera que, pelas normas gerais, a saber, o princípio da neutralidade do juiz, uma exclusão não pode ser realizada com base na vestimenta religiosa.

Os dois argumentos, porém, não são, por si só, convincentes. O *argumentum e contrario* de Satzger nada diz sobre a vestimenta, mas somente sobre ser membro de uma comunidade religiosa. Que isto constitucionalmente não pode ser motivo de exclusão é evidente por motivos de liberdade religiosa (art. 4 I, II GG) e até mesmo de discriminação (art. 3 I, III GG).⁴⁴ Mas o caso aqui é de um *Schöffe se vestit e julgar* com vestimenta religiosa.

O Argumento de Bader de que a existência da lei específica (§ 34 I Nr. 6 GVG) comprovaria que, sem ela, a norma geral – o princípio da neutralidade do juiz – não permite exclusão do líder religioso – e em consequência não permite a exclusão de membros de comunidade religiosa que usem trajes religiosos – é um argumento mais elaborado. O § 34 I Nr. 6 GVG, porém, poderia ser somente uma norma esclarecedora, declarativa e, além do mais, mostra que, para o legislador, o *perigo de influência religiosa* no aparelho judiciário através do *Schöffe* é, sim, levado a sério.

Para resolver as tensões jurídicas, é importante ter claro de qual conflito estas são oriundas: um cidadão mostra abertamente uma *Weltanschauung* (visão de mundo) enquanto preenche cargo público. Estamos tentados a comparar essa situação com o caso da professora de

⁴¹ Sobre o § 34 GVG ver a nota de rodapé 28. No alemão, fala-se de “Religionsdiener”, terminologia antiquada para pessoas de cargo religioso: BARTHE, Christoph. *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*. München: Verlag C.H. Beck, 7. Auflage 2013, § 34 GVG n° 7.

⁴² SATZGER, Helmut. *Die Schöffen im Strafprozess...*, p. 525.

⁴³ BADER, Johann. *Die Kopftuch tragende Schöffin...*, p. 2965.

⁴⁴ No Brasil, há previsão explícita referente ao júri no art. 436 § 1 CPP.

colégio que ministra aula usando o véu muçulmano.⁴⁵ Esta visão, porém, não leva em conta a situação especial do juiz leigo:⁴⁶

- a. o juiz não está diante de crianças que ele tem o dever de educar, possivelmente passando a influenciá-las em suas *Weltanschauungen*.⁴⁷ Diferentemente, então, da professora de colégio que usa véu muçulmano, o dever do Estado de se manter neutro em questões de *Weltanschauung* e Religião (art. 140 GG em conexão com art. 137 I *Weimarer Reichsverfassung*) não é reforçado pelo direito e interesse dos pais de não ter os seus filhos educados conforme *Weltanschauungen* alheias (art. 6 I GG);⁴⁸
- b. o juiz leigo, ademais, não é togado, e não há lei que regule a sua aparência no tribunal.⁴⁹ Ele pode se vestir como quiser, desde que não opte por uma vestimenta desrespeitosa.⁵⁰ O *Schöffe* é abertamente distinto do juiz togado, ele é abertamente “povo” e nisso encontra o seu papel por bem ou por mal.⁵¹

⁴⁵ Objeto do famoso caso do *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG, “Tribunal Constitucional Federal”): BVerfGE 108, 282 (BVerfG: *Urteil vom 24.09.2003 - 2 BvR 1436/02*).

⁴⁶ Assim também: BADER, Johann. *Die Kopftuch tragende Schöffin...*, p. 2965.

⁴⁷ BADER, Johann. *Die Kopftuch tragende Schöffin...*, p. 2966. Sobre isso ver também: BVerfGE 108, 282 (BVerfG: *Urteil vom 24.09.2003 - 2 BvR 1436/02*), item B. II. 5.

⁴⁸ BADER, Johann. *Die Kopftuch tragende Schöffin...*, p. 2966. E também reforçado pelo direito dos filhos de não ser influenciados na sua *Weltanschauung* por terceiros (art. 6 I GG, alcançado certo nível de maturidade). No entanto, estamos com o BVerfG, na citada decisão BVerfGE 108, 282, ao julgar que a vedação do uso do véu e outros símbolos religiosos por professores de escolas públicas é questão para o legislador decidir, como ocorreu, em vários *Länder* (Estados da Federação Alemã) de forma diferente. Ver: <http://www.uni-trier.de/index.php?id=24373> (acessado em 16.04.2014).

⁴⁹ LG Bielefeld: *Beschluss vom 16.03.2006 - 3221 b EH 68*; LAG (*Landesarbeitsgericht*) Hamburg: *Beschluss vom 19.03.1991 - 6 SHa 21/90*, item 2.3.4.

⁵⁰ LAG Hamburg... (acima), item 2.3.4; PRÜTTING, Hanns. *Germelmann/Matthes/Prütting, Arbeitsgerichtsgesetz Kommentar*. München: Verlag C.H. Beck, 8. Auflage 2013, § 27 n°6.

⁵¹ Ver discussão abaixo na parte 6.3.

Dito de outra forma, ao *Schöffe* é permitida uma aparência individualista, nos limites da decência e da dignidade da Corte, que permite também conclusões sobre as suas convicções pessoais. Pode ter roupas luxuosas ou simples, pode ser careca, ter o cabelo preso ou o cabelo solto e pode ter o cabelo coberto com o véu. Além do mais, o uso desta vestimenta é protegido pela *liberdade religiosa* assegurada no Art. 4 I, II GG. Portanto, enquanto não ocorrer uniformização dos *Schöffen* por lei, eles têm o direito de se vestir conforme as suas convicções pessoais, conquanto a dignidade da corte seja respeitada.⁵²

No caso concreto, aliás, a decisão do *Landgericht* (LG, primeira ou segunda instância, ver item 3.b)) *Dortmund* parece ainda mais obscura: por que uma muçulmana religiosa não poderia julgar adequadamente um caso qualquer, por exemplo, de furto? Em nenhum momento o juiz alega que a *Schöffin* não respeita as leis alemãs, somente que ela tem uma visão que reduz o papel da mulher. Mesmo se isso fosse verdade, falta mostrar o que isso diz respeito ao caso concreto. O que somente reforça a posição aqui compartilhada: a inidoneidade de um *Schöffe* não se dá por expressões de *Weltanschauung* externas, mas sim por sua postura no caso concreto. Para a aparência dar motivo de suspeição, esta deve fundamentar suspeita no caso concreto.⁵³ Além do mais, a decisão, neste caso, parece emanar de um conflito ocorrido entre o juiz e a *Schöffin*, que não quis tirar o seu véu, mesmo com a insistência do juiz. Para sua exclusão, ordenada pelo juiz em seguida, não se encontra base em lei incidente⁵⁴ da ordem do tribunal (§ 176 GVG) ou, da exclusão por suspeição (§§ 31 I, 24 II *Strafprozessordnung* – StPO, “Ordem do processo penal”), pois esta não foi demonstrada. Consequentemente, a decisão é insustentável.

⁵² Isto excluiria, por exemplo, as burcas, que tapam todo o rosto da mulher: BADER, Johann. *Die Kopftuch tragende Schöffin...*, p. 2965, assim como máscaras que impedem a identificação do sujeito.

⁵³ BADER, Johann. *Die Kopftuch tragende Schöffin...*, p. 2965.

⁵⁴ BADER, Johann. *Die Kopftuch tragende Schöffin...*, p. 2966; assim também GROH, Kathrin. *Angewandte Verfassungsrechtsprechung? – Die Schöffin mit Kopftuch...*, p. 1026.

Conforme a lei em vigor, a inelegibilidade ou a exclusão de um *Schöffe* por suspeição não podem ter base *somente* no fato de ele ostentar símbolos de uma *Weltanschauung*.⁵⁵

2.4 CRÍTICAS E AVALIAÇÃO

O processo de eleição dos *Schöffen* é criticado principalmente por não atender, na prática, aos requerimentos do § 36 II 1 GVG: falta de representatividade.⁵⁶ Uns reclamam da aleatoriedade⁵⁷, outros da arbitrariedade⁵⁸. A importância política e social de uma participação de leigos ser representativa é evidente. Legalmente, não atender a esta previsão significa, no mínimo, uma infração do princípio do primado da lei e, no caso de uma decisão arbitrária, do princípio da igualdade assegurado no Art. 3 I do GG.

Existem sugestões para a reforma do processo de eleições.⁵⁹ Não há espaço, porém, para discutir estas importantes questões neste artigo,

⁵⁵ SATZGER, Helmut. *Die Schöffen im Strafprozess...*, p. 525. Se isto seria de fato impossível na ordem constitucional conferida pelo GG, como defendido por BADER, Johann. *Die Kopftuch tragende Schöffin...*, p. 2966, parece duvidoso. Ao nosso ver, uma reforma do instituto do *Schöffe*, que regula mais rigidamente a sua aparência na corte, poderia afetar esta discussão jurídica. A inconstitucionalidade de uma reforma hipotética neste sentido não seria “evidente”, dado que o instituto do *Schöffe* na Alemanha não é garantia constitucional (ver nota de rodapé 146).

⁵⁶ DUTTGE, Gunnar. *Laienrichter in der Strafgerichtsbarkeit – Anspruch und Wirklichkeit...*, p. 362.

⁵⁷ “...man sich des Eindrucks einer gewissen Wahllosigkeit und geradezu der Unüberlegtheit nicht erwehren” könne: MACHURA, Fairneß und Legitimität, 2001, p. 299, citado por DUTTGE, Gunnar. *Laienrichter in der Strafgerichtsbarkeit – Anspruch und Wirklichkeit...*, p. 362.

⁵⁸ VULTEJUS, Ulrich/VOLK, Klaus. *Pro & Contra: Stärkung der Rolle der Schöffen. Zeitschrift für Rechtspolitik, Heft 02/2004*, p. 63: “Arbeiter nur selten vorgeschlagen”.

⁵⁹ VULTEJUS, Ulrich/VOLK, Klaus. *Pro & Contra: Stärkung der Rolle der Schöffen...*, p. 63: importante que haja mais miscigenação entre as classes, o que não ocorre no presente (faltam a classe baixa e a classe alta). Na citada fonte, VOLK expõe que sempre falamos do *Schöffe* somente como cidadão

que visa apresentar a situação de *lege lata* na Alemanha e enfrentar a crítica à participação do leigo no processo penal em si. Tendo sido apresentado quem é o *Schöffe* e como ele chega ao cargo, passamos a externar de que forma se dá a sua efetiva participação no sistema penal alemão.

3. A COMPETÊNCIA DO SCHÖFFE NO SISTEMA PENAL ALEMÃO

O *Schöffe* não constitui um pilar próprio na arquitetura processual alemã, no sentido de usufruir de poderes próprios e únicos e encontrar nestes o seu papel sistêmico. Portanto, não é um “Jury” que, tradicionalmente, tem o poder, único e próprio, de julgar os fatos e/ou a culpa, sem decidir sobre a qualidade e a quantidade da pena.⁶⁰ Este “jury” foi abandonado na Alemanha em 1924,⁶¹ pouco depois da introdução deste mesmo sistema no Brasil (1922).⁶² O *Schöffe*, em contrapartida, é concebido e inserido no processo penal como juiz, portanto, a princípio, com os mesmos direitos do juiz técnico, “togado”, e fazendo parte do mesmo pilar processual.

Salvo exceções previstas pela lei, o *Schöffe* exerce no “processo principal” o pleno cargo de juiz, com o mesmo peso de voto dos juízes do *Amtsgericht* e participa também das decisões em curso do processo principal, que não tem relação alguma com a sentença e as quais também podem ser tomadas sem oralidade (§ 30 I do *Gerichtsverfassungsgesetz* - GVG).

disposto a julgar outros, mas nunca do fato de que ele pode ser, e às vezes é, forçado a assumir esta função. Em 2004, houve uma reforma na Alemanha que é julgada “irrelevante” por DUTTGE, Gunnar. *Laienrichter in der Strafgerichtsbarkeit – Anspruch und Wirklichkeit...*, p. 359.

⁶⁰ VOLK, Klaus. *GRUNDKURS StPO...*, p. 14.

⁶¹ O *Jury* era chamado na Alemanha de “Geschworene”. Outra grande reforma ocorreu em 1975: anteriormente havia o *Schöffengericht* com três juízes técnicos e seis *Schöffen*. Ver: DUTTGE, Gunnar. *Laienrichter in der Strafgerichtsbarkeit – Anspruch und Wirklichkeit...*, p. 358; SATZGER, Helmut. *Die Schöffen im Strafprozess...*, p. 519.

⁶² PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de processo penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 10ª edição, 2008, p. 563.

Nos termos do §§ 11 I Nr. 2a), 11 I Nr. 3 *Strafgesetzbuch* (StGB, “Código penal alemão”) o *Schöffe* é considerado funcionário público, punível por crimes específicos cujo tipo exige este elemento típico do autor.⁶³ Também é comprometido ao sigilo, quando exigido,⁶⁴ e em caso de infração é punível nos termos do § 353b StGB. Como juiz, o *Schöffe* é independente (Art. 92, 97 I GG). Entretanto, como ele não é funcionário público no sentido trabalhista (*Beamter*), a *independência e a segurança pessoal* (para os juízes togados, art. 97 II GG e Art. 33 V GG) não estão garantidas através de norma constitucional,⁶⁵ mas do § 44 II DRiG: assim como no Brasil (ver art. 444 CPP), uma dispensa antecipada demanda decisão judicial. A suspeição do *Schöffe* é tratada da mesma forma que a suspeição do juiz togado, por exceção de suspeição (§ 31 I StPO e § 24 II StPO).⁶⁶

A competência do júri brasileiro dá-se constitucionalmente e trata-se dos crimes dolosos contra a vida (art. 5 XXXVIII CF).⁶⁷ Os *Schöffren*, por outro lado, não são previstos explicitamente na constituição alemã⁶⁸ e atuam nos Tribunais do *Amtsgericht* e no *Landgericht*. Trata-se da primeira instância em crimes “leves” (*Amtsgericht*) e “graves” (*Landgericht*):

- a. O *Amtsgericht* julga tudo aquilo que não é competência do *Landgericht* ou do *Oberlandesgericht* (“Supremo Tribunal Estadual”), até uma *pena máxima de quatro anos* (§ 24 I Nr.

⁶³ Regulamento semelhante ao brasileiro, onde o membro do júri é criminalmente equiparado ao juiz togado (art. 445 CPP).

⁶⁴ Em princípio somente em julgamentos a porta fechada (§ 174 GVG). A parte majoritária da doutrina, porém, defende também o sigilo referente à deliberação de sentença (§ 43 em conjunto com § 45 S. 2 DRiG), como abrangido pela punibilidade nos termos do § 353b StGB. Ver: SATZGER, Helmut. *Die Schöffren im Strafprozess...*, p. 526.

⁶⁵ SATZGER, Helmut. *Die Schöffren im Strafprozess...*, p. 523.

⁶⁶ Outra coisa em comum com o sistema brasileiro, ver: PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de processo penal...*, p. 580. Aqui, adicionalmente exceção por art. 448 e 449 CPP.

⁶⁷ PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de processo penal...*, p. 570.

⁶⁸ Ver nota de rodapé 146.

1 e Nr. 2 GVG).⁶⁹ Há dois tipos de câmaras no *Amtsgericht*: o *Strafrichter* e o *Schöffengericht*. O *Strafrichter* é composto por somente um juiz togado e julga casos em que a expectativa de pena máxima de detenção ou prisão é de dois anos⁷⁰ ou ações penais de iniciativa privada (§ 25 GVG). O lugar do *Schöffe* é no *Schöffengericht*, onde as decisões são tomadas por um juiz técnico e dois juízes leigos (§§ 28 s. GVG). Trata-se de casos em que a expectativa de pena é de dois a quatro anos de prisão;

- b. O *Landgericht* julga casos de crimes cuja tipicidade depende do resultado morte, § 74 II GVG,⁷¹ ou casos em que a expectativa de pena é *de mais de quatro anos de prisão* (§ 74 I 2 GVG). Estes crimes são julgados pela *große Strafkammer*, composta por três juízes técnicos e dois leigos (§ 76 I 1 1. Var. GVG).⁷² Quando houver uma “Berufung” – a apelação, com efeito de reabertura da apreciação de prova (“fato”) – contra uma decisão do *Amtsgericht*, o *Landgericht* vira segunda instância, na assim chamada “kleine Strafkammer”, composta por um juiz técnico e dois juízes leigos (§ 76 I 1 2. Var. GVG). Neste caso, o *Schöffe* também julga apelações.⁷³

⁶⁹ A pena máxima aplicável pelo *Amtsgericht* é de quatro anos de prisão (§ 24 II GVG). Há ainda outras exceções para competência do *Amtsgericht*, ver § 24 I Nr. 2 2. Var. e Nr. 3 GVG.

⁷⁰ “Expectativa de pena” se refere à pena que, considerando o caso concreto, pode ser esperada, e não a pena máxima que o tipo penal permite. O furto (§ 242 I StGB), por exemplo, tem uma pena máxima de cinco anos de prisão. Porém, em regra, um furto de algo de valor não muito grande, e por alguém sem reincidência não vai levar a uma pena maior que dois (2) anos de prisão, e seria, em consequência, julgado pelo *Strafrichter* (§ 25 GVG).

⁷¹ Assim podemos, grosso modo, resumir os 29 tipos penais que fazem parte do catálogo do § 74 II GVG.

⁷² Essa *große Strafkammer* pode decidir atuar com somente dois juízes leigos e dois togados (§ 76 II GVG), o que ocorre com frequência, DUTTGE, Gunnar. *Laienrichter in der Strafgerichtsbarkeit – Anspruch und Wirklichkeit...*, p. 359, nota de rodapé 12.

⁷³ Entretanto, somente “Berufungen”, apelações com efeito de nova apreciação dos fatos, aceitação de prova etc. Nunca a *Revision* (somente decisão sobre a lei, não o fato), uma decisão legislativa que é defendida por SATZGER, Helmut. *Die Schöffen im Strafprozess...*, p. 523.

- c. Contudo, o *Schöffe* não julga em todos os casos de primeira instância⁷⁴: não participa do *Oberlandesgericht* (OLG, “Supremo Tribunal Estadual”), que é a primeira instância em crimes como genocídio, ataques contra representantes estrangeiros e outros que, grosso modo, concernem a segurança pública e relações internacionais (§ 120 GVG),⁷⁵ além de ser última instância em casos de competência do *Amtsgericht*. A última instância, em casos que se iniciam no *Landgericht* ou no *Oberlandesgericht*, é o *Bundesgerichtshof* (BGH), que é somente instância de recursos, sem participação de *Schöffen*.⁷⁶

Assim, dos casos criminais julgados por tribunal, somente 30% tem participação do *Schöffe*.⁷⁷ Trata-se de criminalidade leve a grave, excluindo a criminalidade “levíssima” (*Strafrichter*) e “gravíssima” (*OLG*). Em 2001, havia na Alemanha⁷⁸ 36 mil *Schöffen* principais, ou seja, não *Hilfsschöffen*.⁷⁹ Visto quem é o *Schöffe* e como ele se insere no sistema penal do direito alemão, veremos, então, qual é o seu papel no processo penal, sobretudo em relação aos juízes togados.

4. O PAPEL DO SCHÖFFE NO PROCESSO PENAL ALEMÃO

Sobre o papel do *Schöffe*, a primeira afirmação do § 30 I GVG é de que, salvo exceções previstas pela lei, o *Schöffe* exerce no “processo

⁷⁴ Como já vimos na parte 3.a), no *Amtsgericht* como primeira instância, casos do *Strafrichter* são julgados sem participação do *Schöffe*.

⁷⁵ Isto levou VOLK, Klaus, a dizer: “Also misstraut man dem Laien eben doch” (Desconfia-se do leigo sim), citado por DUTTGE, Gunnar. *Laienrichter in der Strafgerichtsbarkeit – Anspruch und Wirklichkeit...*, p. 359, nota de rodapé 16.

⁷⁶ Como efeito, as instâncias penais na Alemanha se dão das seguintes três formas, dependendo da competência de primeira instância: AG – LG – OLG; LG – BGH; OLG – BGH (§§ 23 ss. GVG).

⁷⁷ SATZGER, Helmut. *Die Schöffen im Strafprozess...*, p. 520 (2010); outra fonte fala de somente 2%: SPONA, *Laienbeteiligung im Strafverfahren*, 2000, p. 74 e 129, citado por: DUTTGE, Gunnar. *Laienrichter in der Strafgerichtsbarkeit – Anspruch und Wirklichkeit...*, p. 360, nota de rodapé 44.

⁷⁸ DUTTGE, Gunnar. *Laienrichter in der Strafgerichtsbarkeit – Anspruch und Wirklichkeit...*, p. 362.

⁷⁹ § 42 I Nr. 2 GVG, ver nota de rodapé 16.

principal” o pleno cargo de juiz, com o mesmo peso de voto dos juízes do *Amtsgericht*. Portanto: (1.) dispõe do mesmo peso de voto, mas exerce o cargo somente (2.) no “processo principal” (previsão reforçada em §§ 30 II, 76 I 2 GVG e 33a II JGG) e (3.) “salvo exceções previstas pela lei”.

4.1 PESO DE VOTO

No Brasil, o Conselho de Sentença é composto por sete jurados (art. 447 CPP) que julgam em segredo e por maioria de votos sobre a condenação ou a absolvição do acusado (art. 487 ss. CPP), julgando (somente) com a própria íntima convicção.⁸⁰ Como os *Schöffen*, por outro lado, são concebidos como juízes, o seu julgamento é guiado pelo princípio do livre convencimento (§ 261 StPO), diferença substancial do jurado brasileiro. Com o mesmo peso de voto, os *Schöffen* dispõem do poder de, em conjunto, proferir decisões contra os juízes togados. No *Schöffengericht* do *Amtsgericht*, isto se dá por representarem a maioria de dois (2) dos três (3) juízes.⁸¹ No *Landgericht*, eles constituem somente a metade (2/4) ou somente dois quintos (2/5) do conselho de sentença.⁸² O § 263 StPO prevê, porém, uma maioria de votos de dois terços (2/3) para todas as decisões *contra reo* referentes a culpa e pena.⁸³ Os juízes leigos podem, então, em conjunto, *bloquear qualquer condenação* ou pena alta no *Landgericht*, e no *Amtsgericht* até mesmo condenar contra o voto do juiz togado. Mas, na prática, este poder é desperdiçado: decisões tomadas pelo voto dos *Schöffen* contra os juízes

⁸⁰ Sobre isto ver: PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de processo penal...*, p. 566; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; GALÍCIA, Caíque Ribeiro. *Tribunal do júri na justiça criminal brasileira: críticas e propostas de reforma para a restituição de sua função de garantia no processo penal democrático*. Revista Eletrônica de Direito Processual, 2014, volume 13, p. 903.

⁸¹ Sobre o *Schöffengericht* ver acima parte 3.a).

⁸² Sobre o *Landgericht* ver acima parte 3.b).

⁸³ Contraria a regra geral do § 196 I GVG. Ver: DUTTGE, Gunnar. *Laienrichter in der Strafgerichtsbarkeit – Anspruch und Wirklichkeit...*, p. 360.

togados só ocorrem em 1,4% dos casos.⁸⁴ Ademais, há relatos de que os bloqueios podem ser “superados” pelo juiz togado, se ele provocar o recurso contra a decisão através de uma fundamentação defeituosa, já que a sentença não é assinada pelos *Schöffen*⁸⁵ (§ 275 II 3 StPO) (ver parte 4.3.b)). Consequentemente, o proferimento de uma sentença eficaz pelos *Schöffen* contra o voto dos juízes togados é situação teoricamente possível, mas praticamente muito rara.

4.2 PROCESSO PRINCIPAL

O processo penal alemão é dividido em três etapas:⁸⁶ o *Ermittlungsverfahren* (inquérito ou fase preliminar)⁸⁷, o *Zwischenverfahren* (processo intermediário, onde são julgadas a acusação e a abertura do processo principal, semelhante à instrução preliminar seguida da pronúncia) e o *Hauptverfahren* (processo principal, semelhante à chamada fase julgamento). A participação do *Schöffe* é restrita ao processo principal (§ 30 I GVG), após a aceitação da acusação pelo juiz. Portanto, ele não participa de decisões tomadas *antes e depois* do processo principal. Neste âmbito a questão das decisões (a) tomadas durante a suspensão, especialmente sobre a prisão preventiva, assim como (b) as questões e interrogações de testemunhas pelo *Schöffe* e (c) a conferência dos autos do processo merecem destaque.

⁸⁴ CASPER/Zeisel, in: *dies.* (Hrsg.), *Der Laienrichter im Strafprozess*, 1979, S. 26, 84 f.: “Änderung des Schuldspruchs durch Schöffen nur in 1,4% der Fälle”, citado por: DUTTGE, Gunnar. *Laienrichter in der Strafgerichtsbarkeit – Anspruch und Wirklichkeit...*, p. 360, nota de rodapé 40.

⁸⁵ DUTTGE, Gunnar. *Laienrichter in der Strafgerichtsbarkeit – Anspruch und Wirklichkeit...*, p. 360, citando: WETTE, *zit. nach* MACHURA, *Fairneß und Legitimität*, 2001, p. 245: “Richter rühmen sich manchmal damit, dass sie ihr schriftliches Urteil nach einer Abstimmungsniederlage so formulieren, dass es aufgehoben werden muss”. Sobre este ponto, ver ainda notas de rodapé 137 e 168.

⁸⁶ VOLK, Klaus. *GRUNDKURS StPO...*, p. 7 s.

⁸⁷ Sobre a fase preliminar no Brasil ver: GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar do processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

a) Decisão sobre a prisão preventiva: a extensão da exclusão de decisões tomadas *durante suspensões* do processo principal (§ 30 II GVG) não é pacífica na doutrina alemã. A questão surgiu acerca da decisão sobre a prisão preventiva, quando competência do tribunal principal (§§ 125 II, 126 II StPO) e quando tomada durante uma suspensão do processo (§ 229 StPO).⁸⁸ Aqui, há três posicionamentos:⁸⁹ o primeiro é que, partindo do princípio de que o *Schöffe* é basicamente equiparado ao juiz togado, a decisão tomada durante o processo principal deve, de todo modo, ser tomada com a sua participação.⁹⁰ A posição menos principiológica defende que, considerando o § 30 I e II GVG *i.a.*, uma participação é indicada somente quando não houver suspensão do processo principal. Em caso de suspensão, não deverá haver participação.⁹¹ O BGH⁹², entretanto, defendeu outra posição, como já havia sido feito por parte da jurisprudência e da doutrina.⁹³ Segundo este raciocínio, não há necessidade de participação do *Schöffe* na decisão sobre a prisão preventiva, nem quando tomada durante o processo principal *ininterrupto*. Esta solução poderia ser considerada contra *legem*, já que o juiz leigo seria excluído de uma decisão judicial após a abertura e durante o processo principal. Entretanto, além de uma possível interpretação gramatical do § 30 I e II do GVG no sentido de que o “processo principal” não inclui a decisão acerca da prisão preventiva,⁹⁴ podemos também considerar uma *interpretação constitucional* partindo do princípio do juiz natural. Interpretando o § 30 GVG

⁸⁸ BARTHE, Christoph. *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung...*, § 30 GVG n° 5 s.

⁸⁹ MOSBACHER, Andreas. *Aktuelles Strafprozessrecht*. Juristische Schulung, 8/2011, p. 708, p. 713.

⁹⁰ OLG Koblenz, *Beschluss vom* 17.03.2009 - 1 Ws 120/09.

⁹¹ OLG Naumburg, *Beschluss vom* 21.06.2001 - 1 Ws 239/01.

⁹² Bundesgerichtshof (BGH), *Beschluss vom* 11. 1. 2011 - 1 StR 648/10.

⁹³ OLG Köln, *Beschluss vom* 7. 1. 2009 - 2 Ws 640-641/08; OLG Hamm, *Beschluss vom* 22.04.1998 - 3 Ws 182/98; SATZGER, Helmut. *Die Schöffen im Strafprozess...*, p. 524, com mais fontes.

⁹⁴ Porém, interpretação inidônea visto que decisões sem oralidade e sem nexos com a sentença durante o processo principal também devem ser tomadas com a participação do *Schöffe* (§ 30 I GVG, ver parte 3).

a favor da participação do *Schöffe* na decisão sobre a prisão preventiva durante o processo principal, tal participação dependeria do momento em que a promotoria requereria a prisão preventiva. Antes da abertura do processo principal (sem *Schöffe*) ou depois (com *Schöffe*). Assim, a competência do juiz leigo, e com ela a constituição do tribunal para esta decisão, dependeriam da vontade da promotoria.⁹⁵ Contra isto foi sustentado o argumento de que o princípio do juiz natural também seria atendido se houvesse sempre a participação do *Schöffe*, já que neste caso não haveria risco de manipulação.⁹⁶ Entretanto, vigem no processo alemão os princípios da aceleração e do prazo adequado do processo (*Beschleunigungsgebot*):⁹⁷ o chamamento dos *Schöffen* para o julgamento da prisão preventiva, por definição urgente, pode significar um *prolongamento indevido*.⁹⁸ Portanto, parte da doutrina segue o BGH na sua decisão de permitir a exclusão do *Schöffe* de todas as decisões sobre a prisão preventiva,⁹⁹ e aplica esta interpretação constitucional¹⁰⁰ do § 30 GVG, excluindo a participação do *Schöffe* em todas as decisões sem nexos com a sentença,¹⁰¹ todavia este último ponto continua discutido.¹⁰² Em vista da lei, parece-nos que uma participação do *Schöffe* dificilmente pode ser negada a todas as decisões durante o processo principal mas sem nexos com a sentença, pois infringe claramente o

⁹⁵ SATZGER, Helmut. *Die Schöffen im Strafprozess...*, p. 524, com mais fontes.

⁹⁶ DEHN, Bertram. *Besetzung bei Entscheidung außerhalb der Hauptverhandlung. Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1997, p. 606, p. 607 s.

⁹⁷ SATZGER, Helmut. *Die Schöffen im Strafprozess...*, p. 524; VOLK, Klaus. *GRUNDKURS StPO...*, p. 172 (§ 18 n° 11).

⁹⁸ SATZGER, Helmut. *Die Schöffen im Strafprozess...*, p. 524.

⁹⁹ Salve a decisão de continuação da prisão preventiva proferida com a sentença: SATZGER, Helmut. *Die Schöffen im Strafprozess...*, p. 524; MOSBACHER, Andreas. *Aktuelles Strafprozessrecht...*, p. 713.

¹⁰⁰ Atendendo aos princípios de prazo adequado do processo e do juiz natural, SATZGER, Helmut. *Die Schöffen im Strafprozess...*, p. 524.

¹⁰¹ BARTHE, Christoph. *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung...*, § 30 GVG n° 5 c.

¹⁰² Outra vez lembramos o texto da lei do § 30 I GVG: decisões sem oralidade e sem nexos com a sentença durante o processo principal também devem ser tomadas com a participação do *Schöffe* (ver parte 3 deste artigo). Ver também SATZGER, Helmut. *Die Schöffen im Strafprozess...*, p. 523.

§ 30 I GVG. Além do mais, o princípio de prazo adequado aqui não se aplica com tanto rigor, já que o processo pode demorar mais, não só para a anulação da prisão preventiva, mas também para a decisão sobre o ordenamento da mesma, momento em que o prazo adequado seria *contra reo*. Contudo, a solução do BGH é preferível frente à solução que considera somente o momento da decisão sobre a prisão preventiva, antes ou depois do processo principal. Neste caso, o princípio do juiz natural encontrar-se-ia tangido.

b) Questões e interrogações de testemunhas: no processo principal, como já referido, o *Schöffe* tem, a princípio, o papel do juiz togado (§ 30 GVG). Pode *fazer perguntas, deferir pedidos e interrogar testemunhas* (§ 240 II 1 StPO). Aqui, há semelhança ao júri brasileiro, que também tem o direito de fazer perguntas.¹⁰³ Segundo Rennig¹⁰⁴, porém, 57% dos *Schöffen* não fizeram uma só pergunta durante o processo principal, quase 12% fizeram somente questões sobre temas já tratados e quase 24% sobre aspectos que em perspectiva jurídica pareciam irrelevantes. Mesmo durante a deliberação da sentença, em 50% dos casos os *Schöffen* mal se manifestaram, em 30% se manifestaram após serem perguntados e cerca de 20% dos casos os *Schöffen* se manifestaram por iniciativa própria.

c) Conferição dos autos: inicialmente, a posição do *Schöffe* no processo principal, e não no processo intermediário onde a abertura do processo principal é julgada,¹⁰⁵ assegura a sua função como representante do povo, tomando a decisão - ao julgar pelo princípio do livre convencimento (ver acima item 4.1) - somente a partir do caso exposto no processo principal (*Inbegriff der Verhandlung*). O *Schöffe* é um juiz que é confrontado com provas que atendem rigidamente aos princí-

¹⁰³ Art. 473 § 2 CPP.

¹⁰⁴ RENNIG, *Die Entscheidungsfindung durch Schöffen und Berufsrichter in rechtlicher und psychologischer Sicht. Empirische, rechtsdogmatische und psychologisch-theoretische Untersuchungen zur Laienbeteiligung an der Strafgerichtsbarkeit*, 1993, S. 530 s., citado por: DUTTGE, Gunnar. *Laienrichter in der Strafgerichtsbarkeit – Anspruch und Wirklichkeit...*, p. 361.

¹⁰⁵ § 199 StPO, ver VOLK, Klaus. *GRUNDKURS StPO...*, p. 8. Sobre a exclusão do *Schöffe* desta decisão: DUTTGE, Gunnar. *Laienrichter in der Strafgerichtsbarkeit – Anspruch und Wirklichkeit...*, p. 360.

pios da imediatidade e da oralidade¹⁰⁶ (ver o referido no § 249, 261 StPO). Assim, por muito tempo, não havia permissão para o *Schöffe conferir os autos do processo*.¹⁰⁷ Da mesma forma, os autos do inquérito estariam vedados, para que o *Schöffe* não fosse contaminado pelo texto tendencioso da acusação¹⁰⁸ (ver Segmento 126 III 1 *Richtlinien* für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren – RiStBV, “Diretrizes para o processo penal e o processo das contravenções”, que é somente uma diretriz, não lei). Aqui, há, então, outra diferença fundamental do jurado brasileiro, que tem acesso aos autos, mas é mantido em isolamento de notícias de opinião durante a deliberação,¹⁰⁹ algo que não ocorre na Alemanha, onde o processo de deliberação de julgamento com o *Schöffe* é um processo de comunicação entre os julgadores.¹¹⁰ Recentemente, o BGH se posicionou de outra forma referente aos autos do processo:¹¹¹ em casos demorados e/ou de alta complexidade (crimes econômicos complexos, *verbi gratia*), a função do *Schöffe* de julgar o caso não pode ser atendida sem que este revise os autos do processo.¹¹² O juiz, *Schöffe* ou togado, deve decidir levando em consideração todos os fatos do caso, e então deve ter a opção de se informar através dos autos quando a complexidade do caso não permite a decisão partindo somente do exposto no *processo principal confuso e longo*.¹¹³ Este raciocínio, de permitir exceção em casos complexos, também foi adotado para os autos do in-

¹⁰⁶ BÖRNER, René. *Die Beteiligung von Laienrichtern am Strafprozess als Erkenntnismittel einer funktionellen Theorie des Strafprozessrechts*. Strafverteidiger Forum, 11/2012, p. 434, p. 439; SATZGER, Helmut. *Die Schöffen im Strafprozess...*, p. 523; entre outros.

¹⁰⁷ SATZGER, Helmut. *Die Schöffen im Strafprozess...*, p. 523.

¹⁰⁸ SATZGER, Helmut. *Die Schöffen im Strafprozess...*, p. 524.

¹⁰⁹ Art. 473 § 3, art. 479 CPP. Ver: PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de processo penal...*, p. 587.

¹¹⁰ Ver: BÖRNER, René. *Die Beteiligung von Laienrichtern am Strafprozess...*, p. 437.

¹¹¹ BGH: *Urteil vom 26.03.1997 - 3 StR 421/96*. Diferentemente de antes: BGH, *Urteil vom 5. 1. 1954 - 1 StR 476/53*.

¹¹² BGH: *Urteil vom 26.03.1997 - 3 StR 421/96*; SATZGER, Helmut. *Die Schöffen im Strafprozess...*, p. 524.

¹¹³ SATZGER, Helmut. *Die Schöffen im Strafprozess...*, p. 523 s.

querito.¹¹⁴ Börner¹¹⁵, salienta que, para cumprir com a função do *Schöffe* como juiz garantidor da oralidade e da imediatidade, os autos deverão ser revelados não quando estes forem apenas convenientes, mas necessários para o seu julgamento informado.

4.3 EXCEÇÕES PREVISTAS PELA LEI

A lei prevê várias regras excluindo o *Schöffe* de decisões tomadas durante o processo principal. Mesmo equiparado, a princípio, ao *Schöffe*, o juiz togado é o condutor principal do processo na função do juiz presidente (“*Vorsitzender*”): “a condução do julgamento, a interrogação do acusado e a aceitação de provas é feita pelo presidente da câmara” (§ 238 I StPO).¹¹⁶ O *Schöffe* não decide sobre a exclusão por suspeição (§ 31 II S. 1 StPO), e a interrogação de testemunhas com menos de 18 anos de idade é feita somente pelo presidente da câmara (§ 241a I StPO). Aqui também há discussões a destacar: (a) a participação no debate da situação processual e (b) a isenção do dever de assinar a fundamentação da sentença são controvertidas.

a) Debate da situação processual: o *Schöffe*, como juiz natural do caso, não está excluído da *Verständigung* (“*barganha*”) (§ 257c StPO em conexão com § 30 I GVG).¹¹⁷ A situação complica em relação ao “debate da situação processual”, concebido em parte como preparatório para a “*barganha*”,¹¹⁸ e iniciado pela promotoria (§ 160b StPO), ou pelo

¹¹⁴ Seg. 126 III frase 2 RiStBV, porém como diretriz sem força de lei.

¹¹⁵ BÖRNER, René. *Die Beteiligung von Laienrichtern am Strafprozess...*, p. 439. Assim concordamos, ver item 5 e nota de rodapé 175.

¹¹⁶ “Die Leitung der Verhandlung, die Vernehmung des Angeklagten und die Aufnahme des Beweises erfolgt durch den Vorsitzenden”.

¹¹⁷ Sobre os problemas da “*barganha*” na Alemanha ver: SCHÜNEMANN, Bernd. *Ein deutsches Requiem auf den Strafprozess des liberalen Rechtsstaats. Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2009, p. 104.

¹¹⁸ JAHN, Matthias/MÜLLER, Martin. *Das Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren – Legitimation und Reglementierung der Absprachenpraxis. Neue juristische Wochenschrift*, 2009, p. 2625, p. 2627; SATZGER, Helmut. *Die Schöff en im Strafprozess...*, p. 525.

tribunal (§ 202a StPO). Como estas normas se aplicam ao processo intermediário, anterior ao processo principal, o *Schöffe* não participa. Porém, o § 212 StPO prevê a aplicação do § 202a StPO após a abertura do processo principal e, assim, a questão se coloca.¹¹⁹ Referente ao “debate da situação processual”, temos que levar em consideração que este permite o encaminhamento da “barganha”, mas não a “barganha” em si, que só pode ser decidida com a participação do *Schöffe* (§ 257c StPO em conexão com § 30 I GVG). Além do mais, para a validação do encaminhamento da barganha no “debate da situação processual”, este deve ser mencionado pelo presidente da câmara no processo principal (§ 243 IV StPO), e devidamente protocolado (§ 273 Ia StPO).¹²⁰

Há quem defenda que o *Schöffe* não deveria ser incluído no “debate da situação processual”.¹²¹ Outros, porém, observam que com a participação do *Schöffe* frente a uma “barganha” que já está encaminhada a partir do “debate da situação do processo” pela promotoria, defesa e presidente da câmara, o *Schöffe* dificilmente ousará se opor e que, portanto, sua participação somente no momento da decisão sobre a “barganha”, mesmo que anteriormente informado sobre o encaminhamento, se insere muito tarde; por isso, defendem sua *participação já no debate da situação processual*.¹²²

A “barganha” do § 257c StPO é um instituto muito discutido e de duvidosa legitimidade frente a vários princípios fundamentais do processo penal e da constituição.¹²³ Não cabe aqui se posicionar acerca dele em si mas somente a respeito da participação do *Schöffe* nele. Como a “barganha” é um instrumento para concluir o processo principal, a participação do *Schöffe*, já que é juiz natural, é indispen-

¹¹⁹ SATZGER, Helmut. *Die Schöffen im Strafprozess...*, p. 525.

¹²⁰ SATZGER, Helmut. *Die Schöffen im Strafprozess...*, p. 525.

¹²¹ JAHN, Matthias/MÜLLER, Martin. *Das Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren...*, p. 2627.

¹²² FISCHER, Strafverteidiger Forum, 2009, p. 177, p. 183, citado por: SATZGER, Helmut. *Die Schöffen im Strafprozess...*, p. 525.

¹²³ SCHÜNEMANN, Bernd. *Ein deutsches Requiem auf den Strafprozess des liberalen Rechtsstaats...*, p. 104. Sobre a discussão principiológica e a situação antes da reforma de 2009 ver também VOLK, Klaus. *GRUNDKURS StPO...*, p. 277 (§ 30).

sável. A participação na preparação da mesma, no “debate da situação processual”, por outro lado, é um instituto que é concebido como um processo preparatório para a “barganha”, semelhante ao processo intermediário em relação ao processo principal. E é justamente neste processo intermediário que o “debate da situação processual” normalmente ocorre (§ 160b StPO). Como não há participação do *Schöff*e no processo intermediário, é coerente prever que a mesma tampouco ocorrerá no debate, mesmo que este ocorra por acaso durante o processo principal.

Também o argumento de que o *Schöff*e, excluído do debate da situação processual, dificilmente irá se opor à barganha, não convence.¹²⁴ A situação é semelhante ao julgamento do processo principal, onde ele também se vê diante de um *processo de julgamento já encaminhado*,¹²⁵ situação que não se corrige pela participação do *Schöff*e no “debate da situação processual”. Adicionalmente, como argumentado em referência à decisão sobre a prisão preventiva,¹²⁶ a participação do *Schöff*e traz consigo um custo para os princípios do prazo adequado e da aceleração do processo, que são os principais motivos de ser do instituto da barganha.¹²⁷ Assim, manter o instituto da barganha, mas exigir uma participação do *Schöff*e já no debate da situação processual contrapõe-se aos argumentos que sustentam justamente a existência da barganha. Todo o exposto, porém, não substituiria a lei, e o § 30 I GVG prevê expressamente a participação do *Schöff*e em decisões tomadas durante o processo principal. No entanto, *a participação no*

¹²⁴ Posição fortalecida pelos argumentos expostos acima, de que os seus direitos já estão garantidos através da inclusão mandatória do “debate da situação processual” no protocolo (§ 273 Ia StPO) (ver nota de rodapé 120).

¹²⁵ Isto nos faz pensar na “dissonância cognitiva” dos juízes no processo penal alemão, ver: SCHÜNEMANN, Bernd. *Der Richter im Strafverfahren als manipulierter Dritter? Zur empirischen Bestätigung von Perseveranz- und Schulterchlussseffekt*. Strafverteidiger (Zeitschrift), 2000, p. 159. Sobre a “estranha” ausência do *Schöff*e no processo intermediário: DUTTGE, Gunnar. *Laienrichter in der Strafgerichtsbarkeit – Anspruch und Wirklichkeit...*, p. 360.

¹²⁶ Ver parte 4.2 a).

¹²⁷ Sobre as origens da Barganha VOLK, Klaus. *GRUNDKURS StPO...*, p. 277 (§ 30).

debate da situação processual não é decisão judicial. Considerando então que não há previsão expressa da participação do *Schöffe* no debate da situação processual e considerando também os argumentos acima expostos, uma participação do *Schöffe* no “debate da situação processual”, *de lege lata* não nos parece mandatória, nem quando ocorrer durante o processo principal.¹²⁸

b) Dever de assinar sentença: uma exceção que ocorre também no Brasil¹²⁹ é o § 275 II 3 StPO: *não é necessário assinar a fundamentação*, apesar de a responsabilidade e o peso de voto serem equiparados aos do juiz togado. O fato de o *Schöffe* não assinar a sentença¹³⁰ permite maior velocidade na expedição da mesma, já que sua formulação pode ser feita com calma¹³¹ pelo juiz togado ou pelos juízes togados sozinho(s), sem necessidade de chamar os *Schöffen* para um ato meramente formal. Porém, vozes na doutrina brasileira¹³² e alguns autores na Alemanha também¹³³ consideram o simbolismo e o efeito psicológico do ato de assinar muito significante.

De fato, o assinar é um ato de sanção e valorização da sentença escrita que conclui exclusivamente o processo e que, portanto está regulamentada pelo § 275 StPO, sem a jurisdição permitir muito descuido.¹³⁴ O dever de justificar uma decisão, relacionado à assinatura da mesma, é

¹²⁸ Isto mantém coerência com o defendido referente à decisão do BGH sobre a prisão preventiva, parte 4.2 a) do presente artigo.

¹²⁹ No sentido de ausência de fundamentação por parte do jurado. Ver: PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de processo penal...*, p. 565.

¹³⁰ E se for assinar, não tem problema: BGH: *Entscheidung vom 06.08.1993 - StbSt (R) 1/93*.

¹³¹ O prazo, a princípio, é de cinco semanas, dependendo da quantidade das sessões no processo principal, ver § 275 I 2 StPO.

¹³² PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de processo penal...*, p. 565.

¹³³ DUTTGE, Gunnar. *Laienrichter in der Strafgerichtsbarkeit – Anspruch und Wirklichkeit...*, p. 360, citando mais outros.

¹³⁴ Por exemplo, não é permitida a assinatura prévia de uma sentença posteriormente alterada, pois a assinatura sempre deve referir-se ao texto, correspondendo ao resultado da deliberação do julgamento, e conhecido pelo assinante em todos os detalhes, BGH: *Beschluß vom 10.01.1978 - 2 StR 654/77*. Sobre o § 275 ver: GREGER, Anette. *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*. München: Verlag C.H. Beck, 7. Auflage 2013, § 275 n° 21-37.

amplamente reconhecido como um meio de aprimorar o autocontrole do responsável pela mesma, a fim de garantir maior diligência para com o exercício do poder.¹³⁵ Curiosamente, no ordenamento dos tribunais trabalhistas, a assinatura do *Schöffe* é requerida (§ 69 ArbGG). Além disso, há alegações de que justamente a falta de confrontação do *Schöffe* com a decisão por escrito e sua justificação permite que um juiz togado supere uma decisão que ele considera indesejada, através de uma sentença tão defeituosa que o sucesso de recurso, seja pelo lado da acusação ou da defesa,¹³⁶ é mera formalidade.¹³⁷

Sem dúvida, a isenção do *Schöffe* com relação à assinatura significa uma desconstrução da sua responsabilidade pela decisão final. Por outro lado, ela é consequência do papel do *Schöffe* como juiz dedicado principalmente à oralidade, que se encerra no momento do julgamento, e não com a formulação da sentença por escrito.¹³⁸ Assim, devido aos problemas encontrados já com a assinatura dos juízes togados,¹³⁹ é compreensível que o legislador tenha optado por uma desburocratização do processo ao prever a isenção. A decisão sobre esta questão, assim como o caso de “superação” de sentença forçada pelo juiz, é avaliada dependendo de como concebemos o juiz leigo no processo penal, e qual posição é preferível (parte 6.3). Após um breve resumo, partiremos então à análise da função e da importância do *Schöffe* no sistema alemão.

5. RESUMO DA SITUAÇÃO DO SCHÖFFE NO PROCESSO PENAL ALEMÃO

Os *Schöffen* são juízes leigos equiparados, a princípio, aos juízes togados, mas, sobretudo, são juízes somente no *processo principal*.

¹³⁵ Ver o dever de justificação de atos administrativos no processo administrativo alemão, § 39 *Verwaltungsverfahrensgesetz* (Bund), *v.g.*

¹³⁶ Na Alemanha, são permitidas a apelação e a revisão a favor do Ministério Público, § 296 I StPO.

¹³⁷ Sobre isso, ver notas de rodapé 85 e 168.

¹³⁸ Porém, ainda faz parte do processo principal, do qual o *Schöffe* faz parte integral.

¹³⁹ Sobre a assinatura ver: GREGER, Anette. *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung...* § 275 n° 21-37.

O leigo, portanto, não decide sobre absolvição ou condenação por voto majoritário como o júri no Brasil, mas faz parte da deliberação do julgamento, onde o seu voto pesa como o voto do juiz. Em conjunto com outros *Schöffen*, ele poderia vedar uma decisão, no entanto, na prática, isto quase nunca acontece.¹⁴⁰ Em consequência, a alegada confusão do “júri alemão” pelo fato de o canibalismo não ser punível na Alemanha, referida na introdução desse artigo, não afetaria o julgamento do caso da mesma forma como no Brasil.¹⁴¹ A competência do *Schöffe* em comparação com a competência do júri brasileiro, que é somente a de crimes dolosos contra a vida (art. 5 XXXVIII CF), é bastante ampla, desde crimes leves até graves.¹⁴² Porém, através de vários dispositivos legais e interpretações judiciais, a posição dele como “juiz equiparado” no processo principal é enfraquecida, excluído de muitas decisões e poderes processuais. Entre outros, não presta assinatura sob o próprio julgamento. Consequentemente, parece seguro concluir que o *Schöffe* não influencia a jurisprudência com “o senso natural de justiça”, mas segue, em toda regra, a linha do juiz togado.¹⁴³

6. CRÍTICAS E AVALIAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO DO LEIGO NO PROCESSO PENAL

A discussão acerca da participação de juízes leigos no sistema alemão e brasileiro conhece dois polos da doutrina: os prós e os contras da participação de leigos. A visão tradicionalista vê o juiz leigo como garante de um sistema democrático, não somente útil, mas até mesmo indispensável para um processo penal no Estado democrático de direito.¹⁴⁴

¹⁴⁰ Ver acima parte 3.

¹⁴¹ Aliás, não foi encontrado um artigo que confirmasse a alegada confusão, o que houve é preocupação com a psique dos *Schöffen*, que tiveram que ver o vídeo dos atos do Sr. Meiwes, <http://www.faz.net/aktuell/rhein-main-region/revisionsprozess-meiwes-anwaelte-bezweifeln-zustaendigkeit-des-gerichts-1304380.html> (acessado em 16.04.2014).

¹⁴² Ver acima parte 3 último parágrafo.

¹⁴³ Assim também: DUTTGE, Gunnar. *Laienrichter in der Strafgerichtsbarkeit – Anspruch und Wirklichkeit...*, p. 360 ss.

¹⁴⁴ TASSE, Abdel El. *Tribunal do Júri*. Curitiba: Juruá Editora, 2007, p. 21.

Esta posição é defendida especialmente no Brasil, onde a participação do juiz leigo é garantia constitucional (ver art. 5 XXXVIII CF) do réu, a qual ele, porém, não pode renunciar¹⁴⁵. Qualquer voz que queira abolir o instituto no Brasil, portanto, visa a *constituciones ferenda*.

Diferentemente da situação do júri brasileiro, na Alemanha não há um debate constitucionalista sobre a competência do *Schöffe*, pois encontram-se normas somente em nível de lei.¹⁴⁶ Portanto, os oponentes alemães, que somam alguns artigos nos últimos oito anos,¹⁴⁷ têm uma posição mais forte, ao olhar positivista. A abolição da participação do leigo como *Schöffe* na StPO é questão de *lege ferenda*, que formalmente poderia ser efetuada pelo legislador federal a qualquer momento, com base no art. 74 I Nr. 1 GG – isto não levando em consideração possíveis exigências constitucionais de sua existência por outros princípios.

6.1 ENFRENTANDO OS “TRADICIONALISTAS”

Os argumentos *pro* participação do leigo no processo penal são referidos pelo autor Tasse¹⁴⁸. Um dos argumentos parte de uma concepção de *justiça material* em dependência somente das circunstâncias do caso concreto: a função é justamente avaliar um caso sem exagero

¹⁴⁵ TASSE, Abdel El. *Tribunal do Júri...*, p. 22. Posição dogmaticamente problemática que, porém, não aprofundaremos.

¹⁴⁶ Com exceção do art. 88 *Bayrische Verfassung* (Constituição do Estado da Baviera), que garante ao cidadão participar da justiça como *Schöffe*. Como esta norma encontra-se somente em nível de Estado da Federação (*Bundesland*), a efetividade desta norma frente ao ordenamento federal contemporâneo parece duvidosa, pois as leis que preveem o *Schöffe* como instituto, ou seja, o GVG e a StPO, são de competência federal concorrente (art. 74 I Nr.1 GG em conexão com art. 72 I GG), o que veda regulamento estadual durante a vigência do GVG e da StPO.

¹⁴⁷ DUTTGE, Gunnar. *Laienrichter in der Strafgerichtsbarkeit – Anspruch und Wirklichkeit*. ...; SATZGER, Helmut. *Die Schöffen im Strafprozess...*; VULTEJUS, Ulrich/VOLK, Klaus. *Pro & Contra: Stärkung der Rolle der Schöffen...*; entre outros.

¹⁴⁸ TASSE, Abdel El. *Tribunal do Júri...*

tecnicista e rigores normativos, atendendo a um desejo de justiça, não necessariamente estabelecida nos termos legais.¹⁴⁹ Partindo deste pressuposto, os tradicionalistas defendem que a decisão tomada por leigos é mais qualificada, amalgamado com a convicção de que o legislador é incapaz de criar uma lei suficientemente precisa. Isto porque, dado que a justiça não depende de leis, mas primeiramente de um senso de justiça, o leigo, livre de doutrinação jurista, está mais qualificado para julgar fazendo uso do seu senso puro de justiça. Dizem que não existiria *justiça mais precisa* que aquela na qual o próprio cidadão analisa a conduta praticada por outro integrante do corpo social e que o habitante comum da cidade sabe de forma mais clara que qualquer congressista o que é melhor para a sua vida.¹⁵⁰ Seria impossível que o legislador conseguisse levar em consideração todos os casos possíveis em uma sociedade complexa e que está mudando rapidamente.¹⁵¹ Nem toda lei representaria a vontade do povo. O júri seria, então, demanda democrática obrigatória. Os críticos do júri não perceberiam que se contradizem, pois todo poder vem do povo, então é ele quem deve decidir.¹⁵² Críticos do tribunal do júri seriam “críticos da própria democracia”.¹⁵³

Todos estes argumentos partem de concepções de justiça e sociedade opostas àquelas vigentes no *Estado Democrático de Direito* contemporâneo. A justiça material, objetivo dos tradicionalistas, é um conceito de enorme complexidade.¹⁵⁴ De toda maneira, parece-nos um conceito cujo alcance está tão distante do tribunal técnico quanto do tribunal leigo. O problema não está na formação do juiz, mas sim no confronto com casos concretos cuja complexidade foge do previsto pelo legislador. Porém, esta situação é enfrentada, no Estado de Direito, através de recursos e pela jurisprudência de uma corte constitucional, que julga a excepcionalidade do caso concreto e a infração de direitos fundamentais

¹⁴⁹ TASSE, Abdel El. *Tribunal do Júri...*, p. 24 s.

¹⁵⁰ TASSE, Abdel El. *Tribunal do Júri...*, p. 22 s.

¹⁵¹ TASSE, Abdel El. *Tribunal do Júri...*, p. 23, nota de rodapé 5.

¹⁵² TASSE, Abdel El. *Tribunal do Júri...*, p. 26.

¹⁵³ TASSE, Abdel El. *Tribunal do Júri...*, p. 23.

¹⁵⁴ Ver: TIMM, Ricardo de Souza. *Justiça Em Seus Termos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

do cidadão, aplicando os princípios constituintes desse mesmo Estado. O que é justo, no caso concreto complexo, diferentemente do que pensam os defensores ideológicos do leigo no processo penal, não é pacífico, e depende das convicções subjetivas de cada julgador. Isto em mente é que se constrói um Estado Democrático de Direito: para que haja *coerência e igualdade no processo penal* é importante impedir até o limite do possível que os princípios axiológicos de um ordenamento democrático de direito sejam substituídos pela vontade própria do tribunal.

Ao lado dessa questão da suposta melhor qualificação do leigo defende-se, como exposto, que o legislador não teria, também, a qualificação necessária. Neste ponto, o tradicionalista ideológico exprime um entendimento diverso do Estado Democrático de Direito, fundado sobre o princípio da divisão de poderes, pois é justamente este o vetor crucial reitor do referido modelo de Estado. *A instituição eleita pelo povo é o legislador e não a banca do júri*. A lei, e não a “intima convicção” da maioria entre sete (7) jurados,¹⁵⁵ é vontade do povo: democrática é a aplicação da lei em vigor igualmente para todos nos limites de um ordenamento democrático de direito.

Contra isto poderia se alegar que o júri não cria lei, mas é mero tribunal e, portanto, só aplica a mesma, somado com o argumento de que esta competência, já que advém de uma expressão da vontade do povo – substituída, no caso do Brasil em tese, pela constituinte – está democraticamente legitimada. Entretanto, vemos nisto uma insuperável contradição: se o papel do tribunal do júri é somente a aplicação da lei, então por que não confiar este poder a alguém que estudou, no mínimo, cinco anos e meio para isto e passou por provas difíceis para comprovar a sua aptidão?¹⁵⁶ O sistema *Civil Law* é predominantemente o sistema de abstração e centralismo.¹⁵⁷ Casos excepcionais são levados à próxima

¹⁵⁵ Ver acima parte 4.1.

¹⁵⁶ DUTTGE, Gunnar. *Laienrichter in der Strafgerichtsbarkeit – Anspruch und Wirklichkeit...*, p. 361. Claro que há elementos que justificam a participação do leigo mesmo assim, como veremos mais abaixo.

¹⁵⁷ Subsumido à descrição de DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y El poder Del estado*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2000 (1986 Yale University).

instância e assim julgados por todos. Os defensores polêmicos do tribunal do júri não levam em conta, por sua vez, que o resultado sistêmico que buscam é a imprevisibilidade do julgamento leigo, a insegurança jurídica e, por consequência, a *infração do primado da lei*: o poder do judiciário acima do poder legislativo já na primeira instância. Querem para si, em suas funções de defesa ou acusação, o poder de convencer sete (7) pessoas a se opor à vontade expressa pelo povo na eleição do legislativo. A decisão democrática do povo tem os seus limites no princípio do Estado de Direito e as suas expressões chamadas direitos fundamentais: entre eles, o direito à igualdade perante a lei, na Alemanha previsto no art. 3 GG. A participação de leigos no poder judicativo infringe este princípio quando, por razões ideológicas, permitimos uma corte arbitrária, expressamente emancipada do primado da lei.

6.2 ENFRENTANDO OS ABOLICIONISTAS

Os abolicionistas, por outro lado, colocam em questão a alegação de qualquer efeito democrático e legitimador da participação do *Schöffe*. Chamam-no de romantismo social, deslocado da realidade. Simplesmente não haveria efeitos positivos que valeriam os custos financeiros altos.¹⁵⁸ Perguntam: por que o cirurgião não opera com leigos, se os efeitos da participação destes são tão positivos em trabalhos técnicos?¹⁵⁹ Contra isso, fácil opor que um julgamento penal é algo que afeta não somente o acusado, mas a comunidade como um todo também.¹⁶⁰ O juiz, diferentemente do cirurgião, não aplica a medicina (certamente mais exata que o direito) mas a lei, a força pública. Além disso, como sabemos, o cirurgião não é penalmente responsável

¹⁵⁸ Entre outros: DUTTGE, Gunnar. *Laienrichter in der Strafgerichtsbarkeit – Anspruch und Wirklichkeit...*, p. 362 s.

¹⁵⁹ FÖHRIG, Friedrich-Karl. *Kleines Strafrichter-Brevier*. München: Verlag C.H. Beck, 2008, p. 88.

¹⁶⁰ Esse elemento social na Alemanha se reflete, por exemplo, no proferimento público da sentença “em nome do povo” (§ 268 I StPO). Para mais réplicas a esta questão, ver BÖRNER, René. *Die Beteiligung von Laienrichtern am Strafprozess...*, p. 435 ss.

somente por dolo, situação confortável na qual o juiz se encontra (§ 339 StGB – Prevaricação). Sendo assim, alguma forma de fiscalização dessa função pública é prudente.

Os abolicionistas observam que a ideia de que precisamos de “bom senso” através dos leigos significaria que o mesmo estaria ausente no juiz togado e isto seria um “ehrabschneidendes Vorurteil”, um preconceito difamatório.¹⁶¹ Sobretudo para a nova geração de juízes, fortemente identificada como “democrata”. Ora, é justamente esta tendência de superestimar a própria neutralidade e a infalibilidade democrática que exige ceticismo para com a exclusão total de leigos do processo penal. Na Alemanha, vemos sinais desta tendência perigosa. Os juízes veem-se como justos e razoáveis, democratas de uma nova geração que não enxergam a razão de ser de garantias processuais que protegem o acusado do poder judicial.¹⁶² Além disso, há pesquisas também no Brasil que mostram que o juiz, em grande parte, não só reconhece a falta de neutralidade da sua atuação, como considera este caminho de parcialidade parte do seu papel sistêmico.¹⁶³

6.3 POSICIONAMENTO

Como então posicionar-se frente à participação de leigos no processo penal? Certamente argumentos polêmicos a favor da participação do leigo como que os adversários teriam o “germe do autoritarismo”¹⁶⁴ não sustentam a existência da participação leiga de *lege lata*

¹⁶¹ DUTTGE, Gunnar. *Laienrichter in der Strafgerichtsbarkeit – Anspruch und Wirklichkeit...*, p. 361.

¹⁶² Situação descrita por BÖRNER, René. *Die Beteiligung von Laienrichtern am Strafprozess...*, p. 434.

¹⁶³ Veja sobre a falta de neutralidade dos juízes brasileiros: PINHEIRO, Armando Castelar. *Judiciário, reforma e economia: a visão dos magistrados*. Febraban, Dezembro de 2002, p. 6, disponível em http://www.febraban.org.br/Arquivo/Destaques/armando_castelar_pinheiro2.pdf.

¹⁶⁴ TASSE, Abdel El. *Tribunal do Júri...*, p. 25. Respondo: O “germe do adversário” é o primado da lei, “filhote” do princípio do Estado de Direito e do princípio da Democracia.

nos ordenamentos alemão e brasileiro. No Estado de direito vigem o primado da lei e a igualdade perante a mesma, o que exige o mesmo direito para todos os réus. Em consequência, a aplicação da lei, que já passou por legitimação democrática no Estado de Direito, não pode depender de núcleos leigos, mas deve, sim, ser executada por juízes técnicos estudiosos dessa mesma lei, anteriormente legitimada democraticamente pelo legislativo. Como acabamos de ver, é justamente isto que, mesmo com várias incoerências e falhas, no sistema do *Schöff*, acaba acontecendo: a influência do voto do *Schöff* na decisão é mínima e é o juiz togado que conduz a decisão.¹⁶⁵ Contudo, mesmo que o *Schöff* tenha pouca influência direta no resultado do processo, há algo a favor da participação leiga que os abolicionistas não levam em consideração: o efeito de contenção reforçado pelo discurso.

O processo penal é um processo de comunicação¹⁶⁶ e, por isso, o colóquio de deliberação é importante. Os *Schöffen* acrescentam juízes e assim forçam pelo julgamento por voto (e não por um juiz somente) o debate sobre a decisão.¹⁶⁷ Ainda que o juiz togado possa, mesmo que ilicitamente, forçar a superação da sentença facilitando o recurso,¹⁶⁸ o mero perigo de se colocar nesta situação força uma contenção frente

¹⁶⁵ Quase poderíamos chamar este sistema “hierarquista legalista lógico” na terminologia de DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia...*, p. 42, já que se trata de um sistema processual onde julgamentos são feitos por funcionários profissionalizados, no qual a decisão é avaliada pela fidelidade à norma aplicável, menos individualizada, mas mais consistente. Porém, um tal sistema tem várias desvantagens, e também nunca se encontra em estado puro (p. 413 s.). Buscamos sim a consistência, ou seja, igualdade, que é um princípio de valor caro em uma sociedade desigual, mas sem restringir demasiadamente uma flexibilização constitucional necessária.

¹⁶⁶ BÖRNER, René. *Die Beteiligung von Laienrichtern am Strafprozess...* p. 436 ss.

¹⁶⁷ BÖRNER, René. *Die Beteiligung von Laienrichtern am Strafprozess...*, p. 437 ss; de forma semelhante LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Vol. II. 4a edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 328, que atribui ao escabinato um efeito positivo na administração da justiça através do intercâmbio de saberes.

¹⁶⁸ Ver nota de rodapé 85 e 137. Uma situação bastante séria, que, se realmente ocorrer, ao nosso olhar, somente reforça os argumentos a favor do controle dos juízes togados.

aos *Schöffen*. A visão leiga também pode enriquecer o debate sobre a sentença, e segundo Vultejus¹⁶⁹, é devido à presença deles que se dá a inteligibilidade do *Amtsgericht* e do *Landgericht* e devido à ausência deles a ininteligibilidade do *Oberlandesgericht*. Mesmo que isto seja exagerado, um efeito positivo na inteligibilidade das decisões nos parece mais provável com a participação do leigo do que sem ela.

A condenação e a absolvição demandam transparência. É, por isso, também que o juiz togado fundamenta e assina a sentença, e tendo em vista o papel do leigo no processo penal podemos agora precisar a questão acerca da necessidade do juiz leigo de assinar a sentença: O fato do *Schöffe* não assinar a mesma é discutível. Todavia, o mais importante é a introdução de estranhos no aparelho jurídico, sempre novos a cada cinco anos.¹⁷⁰ Por que não

(..) devam ser formados colégios mistos, nos quais os leigos, como mostra a experiência, costumam exercer influência inferior à dos juristas profissionais, de tal modo que sua presença tem na prática, quase sempre apenas, a significação de uma espécie de caráter público obrigatório das discussões dos juristas profissionais (...) ¹⁷¹?

Este caráter público é levado em consideração pela publicidade do processo penal também.¹⁷² Porém, muito mais que este instituto, que hoje em dia é posto em uso principalmente pela mídia, o juiz leigo está por trás da deliberação de sentença e participa da “barganha” de forma imediata. Não subestimaremos o efeito levemente pressionador de contenção que a presença de estranhos, que têm o poder de vedação, mesmo que somente na teoria, tem nos atores técnicos.

¹⁶⁹ VULTEJUS, Ulrich/VOLK, Klaus. *Pro & Contra: Stärkung der Rolle der Schöffen...*, p. 63.

¹⁷⁰ Ressaltado por BÖRNER, René. *Die Beteiligung von Laienrichtern am Strafprozess...*, p. 438.

¹⁷¹ WEBER, Max. *Economia e sociedade. Fundamentos da Sociologia Compreensiva (1921/1922)*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, Volume 2, 1999, p. 152.

¹⁷² A publicidade do processo tem fundamentos no princípio do Estado de Direito, e hoje se dá atendendo ao interesse de informação da coletividade, VOLK, Klaus. *GRUNDKURS StPO...*, p. 178 (§ 18 Rn. 27).

O que o *Schöffe* traz é ventilação para um sistema que, justamente por não querer ser incomodado, se torna suspeito.¹⁷³ O mais importante, portanto, é que ele está presente para observar: “(...) o modelo atual da presença e participação de leigos no processo principal e na deliberação de sentença (efetua) um contributo significativo para a confiança geral de que no processo penal, nada de indevido esteja acontecendo”.¹⁷⁴

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema alemão de participação de leigos é um sistema de escabinato, ou seja, o leigo é juiz (chamado de *Schöffe*) e não há uma divisão de papéis comparável ao júri brasileiro. A eleição, as qualidades para ser eleito como *Schöffe*, assim como o seu papel e as suas competências encontram-se fortemente regulamentados (parte 2. a 4.). Enquanto, em tese, o *Schöffe* tem o mesmo peso que o juiz togado, na prática ele não o tem (parte 4 e 5). Porém, isso está, não obstante alguns problemas levantados, de acordo com o Estado Democrático de Direito, pois o juiz leigo não garante o “povo decidindo” e nem deve garanti-lo (parte 6.). No Estado Democrático de Direito, pelo vigor do primado da lei, os direitos constitucionais são garantidos através de recursos num devido processo penal, que tem como fim a aplicação

¹⁷³ BÖRNER, René. *Die Beteiligung von Laienrichtern am Strafprozess ...*, p. 434, alerta para os perigos advindos da nova autoimagem como “democrata” do juiz contemporâneo que, justamente por se entender como justo e neutro, não vê mais razão para demasiados direitos processuais para a defesa.

¹⁷⁴ “(...) die heutige Form der Anwesenheit und Beteiligung von Laien an der Hauptverhandlung und der Urteilsberatung (leistet) einen wesentlichen Beitrag zu einem allgemeinen Vertrauen darauf, dass es im Strafprozess mit rechten Dingen zugeht”: BÖRNER, René. *Die Beteiligung von Laienrichtern am Strafprozess...*, p. 436. Um argumento a favor desta afirmação é algo que até um abolicionista como DUTTGE, Gunnar. *Laienrichter in der Strafgerichtsbarkeit – Anspruch und Wirklichkeit...*, p. 362, teve que admitir: Os *Schöffen* estão em geral muito satisfeitos com a sentença proferida e com a imparcialidade do processo.

da lei fruto da legislação democrática, nos limites da constituição. O juiz leigo assume o papel de contribuir, assegurando e fortalecendo os princípios vigentes, como por exemplo, a oralidade e imediatidade.¹⁷⁵ Eles têm justamente o papel de controle e não de ser equiparados ao juiz, contrário ao raciocínio na doutrina¹⁷⁶ e do proclamado no § 30 I GVG, só para ser depois relativizado, como vimos, por vários outros dispositivos da lei e da jurisprudência:

Contudo, precisamos dos leigos para monitorar o processo penal, para não nos tornarmos um sistema despreocupado com a sua inteligibilidade e transparência. Ao invés de celebrar com grandes palavras o júri, que no caso do Brasil julga somente crimes dolosos contra a vida, devíamos pensar em mais competência para juízes leigos nos mais variados casos, que não passam por cima da lei democrática julgando somente pela consciência, mas são incluídos na tomada de decisões judiciais e, assim, monitoram os juízes técnicos na devida aplicação da lei: “(...) neste regulamento as forças diversas se aproximam de forma natural às funções às quais correspondem (...)”.¹⁷⁷

Certamente os dois sistemas vigentes têm as suas falhas e incoerências, e devem ser aprimorados para conferir ao processo a estabilidade e continência adequada. No entanto, a participação de leigos sem outorgá-los todo o poder de decisão parece um caminho muito viável para alcançar estas demandas de um Estado Democrático de Direito moderno que queremos ser.

¹⁷⁵ Por isso, estamos com Börner quando proclama que a conferição dos autos pelos *Schöffen* deve ser a exceção, ver BÖRNER, René. *Die Beteiligung von Laienrichtern am Strafprozess...*, p. 439.

¹⁷⁶ SATZGER, Helmut. *Die Schöffen im Strafprozess...*, p. 523.

¹⁷⁷ “(...) bei dieser Regelung neigen sich die verschiedenen Kräfte in natürlicher Weise den Aufgaben zu, die ihnen entsprechen (...)”, MAYER, Max Ernst. *Rechtsnormen und Kulturnormen (1903)*. Darmstadt: *Wissenschaftliche Buchhaltung*, 1965, p. 100, a favor do sistema *Schöffe*.

REFERÊNCIAS

ANGER, Thorsten. *Die Verfassungstreuepflicht der Schöffen*. Neue Juristische Wochenschrift, 2008, p. 3041.

BADER, Johann. *Die Kopftuch tragende Schöffin*. Neue Juristische Wochenschrift, 2007, p. 2964.

BARTHE, Christoph. *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*. München: Verlag C.H. Beck, 7. Auflage 2013.

BÖRNER, René. *Die Beteiligung von Laienrichtern am Strafprozess als Erkenntnismittel einer funktionellen Theorie des Strafprozessrechts*. Strafverteidiger Forum, 11/2012, p. 434.

DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y El poder Del estado*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2000 (1986 Yale University).

DAWSON, John P. *A History of Lay Judges*. Cambridge, Massachusetts: HARVARD UNIVERSITY PRESS, 2010 (1960).

DEHN, Bertram. *Besetzung bei Entscheidung außerhalb der Hauptverhandlung*. Neue Zeitschrift für Strafrecht, 1997, p. 606.

DUTTGE, Gunnar. *Laienrichter in der Strafgerichtsbarkeit – Anspruch und Wirklichkeit*. Juristische Rundschau, Heft 9/2006, p. 358.

FÖHRIG, Friedrich-Karl. *Kleines Strafrichter-Brevier*. München: Verlag C.H. Beck, 2008.

GERICKE, Jan. *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*. München: Verlag C. H. Beck, 7. Auflage 2013.

GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar do processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GREGER, Anette. *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*. München: Verlag C.H. Beck, 7. Auflage 2013.

GROH, Kathrin. *Angewandte Verfassungsrechtsprechung? – Die Schöffin mit Kopftuch*. Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 2006, p. 1023.

JAHN, Matthias/MÜLLER, Martin. *Das Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren – Legitimation und Reglementierung der Absprachenpraxis*. Neue juristische Wochenschrift, 2009, p. 2625.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Vol. II. 4a edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 328.

MAYER, Max Ernst. *Rechtsnormen und Kulturnormen (1903)*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchhaltung, 1965.

MOSBACHER, Andreas. *Aktuelles Strafprozessrecht*. Juristische Schulung, 8/2011, p. 708.

PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de processo penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 10ª edição, 2008.

PINHEIRO, Armando Castelar. *JUDICIÁRIO, REFORMA E ECONOMIA: A VISÃO DOS MAGISTRADOS*. Febraban, Dezembro de 2002. Link: http://www.febraban.org.br/Arquivo/Destaques/armando_castelar_pinheiro2.pdf

PRÜTTING, Hanns. *Germelmann/Matthes/Prütting, Arbeitsgerichtsgesetz Kommentar*. München: Verlag C.H. Beck, 8. Auflage 2013.

SANDEL, Michael J. *JUSTIÇA O que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SATZGER, Helmut. *Die Schöffen im Strafprozess*. Juristische Ausbildung, Heft 7/2011, p. 518.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Ein deutsches Requiem auf den Strafprozess des liberalen Rechtsstaats*. Zeitschrift für Rechtspolitik, 2009, p. 104.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Der Richter im Strafverfahren als manipulierter Dritter? Zur empirischen Bestätigung von Perseveranz- und Schulterschlusssekt*. Strafverteidiger (Zeitschrift), 2000, p. 159.

TASSE, Abdel El. *Tribunal do Júri*. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

TIMM, Ricardo de Souza. *Justiça Em Seus Termos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

VASCONCELLOS, Vinicius G; GALÍCIA, Caíque Ribeiro. Tribunal do júri na justiça criminal brasileira: críticas e propostas de reforma para a restituição de sua função de garantia no processo penal democrático. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. 13, p. 903-929, 2014.

VOLK, Klaus. *GRUNDKURS StPO*. München: Verlag C.H. Beck, 2008.

VULTEJUS, Ulrich/VOLK, Klaus. *Pro & Contra: Stärkung der Rolle der Schöffen*. Zeitschrift für Rechtspolitik, Heft 02/2004, p. 63.

WEBER, Max. *Economia e sociedade. Fundamentos da Sociologia Compreensiva (1921/1922)*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, Volume 2, 1999.

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

MOELLER, Uriel. O "Júri" Alemão: O leigo no processo penal na Alemanha. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 2, n. 1, p. 59 - 98, 2016. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v2i1.17>

Meios Ocultos de Prova Perspetiva do Controlo da Velocidade

*Hidden evidence:
speed control perspective.*

Maria João Escudeiro

Doutora em Ciências Jurídico Criminais pela
Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.
maria.escudeiro@ipleiria.pt

RESUMO: O problema dos meios ocultos de prova no controlo de velocidade, principalmente, no que diz respeito à admissibilidade de prova obtida através de meios insidiosos, sub-reptícios, dissimulados ou ocultos. A compatibilidade destas questões com o Estado de Direito Democrático e com o respeito pelos Direitos Fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Controlo de velocidade; Meios ocultos de prova; Estado de Direito Democrático

ABSTRACT: *The problem of the hidden evidence in the speed control, mainly the admissibility of the evidence obtained through insidious means, surreptitious or hidden. The compatibility of this question with the democratic rule of law and with the respect for the fundamental rights.*

KEYWORDS: *Speed Control; Hidden Evidence; Democratic Rule of Law*

A chamada à colação desta temática, surge-nos como uma necessidade da vida em sociedade e enquanto cidadãos automobilistas. Do nosso ponto de vista, pensamos que estas matérias têm sido pouco analisadas pela nossa doutrina, daí que façamos aqui uma chamada de atenção sobre as problemáticas que elas acarretam. É de suma importância que questionemos o respeito pelos nossos direitos, não só enquanto juristas, mas também enquanto cidadãos cientes dos nossos deveres para com o Estado que se pretende cada vez mais respeitador e democrático.

A circulação nas vias de comunicação públicas exige que o condutor tenha título de condução, mas também o cumprimento das regras do Código da Estrada.

A matéria do controlo da velocidade não se encontra descrita de forma detalhada, em qualquer dos diplomas¹ que se lhe aplicam. Face a esta condicionante afiguram-se duvidosas determinadas práticas realizadas pelos agentes de fiscalização, sobretudo no que diz respeito a equipamentos não localmente identificáveis ou usados em veículos descaracterizados.

A prova científica obtida mediante aparelhos de medição da velocidade só poderá ser admitida se estiverem verificados determinados pressupostos, designadamente de legalidade e de respeito pelos valores constitucionais.

Coloca-se a questão de saber se, em matéria criminal ou contraordenacional, será admissível a prova obtida através de meios insidiosos, sub-reptícios, dissimulados ou ocultos? Será que vale tudo em matéria de controlo da velocidade?

A existência de um Estado de direito democrático constitucionalmente previsto apresenta contornos nem sempre bem definidos, mas que se fundamentam sempre na suprema dignidade da pessoa humana – art. 9.º, al. b) da CRP.

¹ Código da Estrada, Lei n.º 18/2007, de 17 de Maio; Portarias n.º 902-A/2007, de 13 de Agosto, n.º 902-B, de 13 de Agosto e n.º 1556/2007, de 10 de Dezembro.

Para garantir o respeito pelas normas constitucionais e legais é imprescindível que o agente fiscalizador seja uma das entidades com competências e conhecimentos para realizar tal operação.² Somente com este requisito se poderá realizar uma restrição dos direitos fundamentais, onde o critério da proporcionalidade, da adequação e da necessidade sejam compatibilizados com a descoberta da verdade material.

De entre os direitos constitucionalmente previstos, destacamos as garantias de defesa e consequente direito ao contraditório. Como refere Benjamin Silva Rodrigues em matéria de controlo de velocidade «este é o calcanhar de Aquiles do sistema».³ Vejamos, a repetição da operação é difícil de concretizar, portanto, só resta a possibilidade de questionarmos a credibilidade e autenticidade dos resultados obtidos através dos equipamentos de controlo da velocidade. Não obstante, não deveremos descartar por completo a possibilidade de repetição, simulando as condições existentes à data do facto, estaríamos neste âmbito a realizar aquilo que poderíamos denominar como uma perícia de velocidade.

No âmbito constitucional é relevante, também, a análise do princípio democrático. Em respeito por este princípio não podemos aceitar a provocação como atuação das autoridades. Como refere o Professor Germano Marques da Silva, «numa concepção democrática que, admitindo a fraqueza humana, considera que a ocasião, na forma de provocação, não revela apenas a apetência natural ou intrínseca para o crime, mas pode fazer vacilar aquele que, como qualquer de nós, sendo capaz de roçar os limites do ilícito, não os ultrapassa espontaneamente, não comete a *infracção*⁴ senão por causa da provocação».⁵

² Rodrigues, Benjamin Silva; *Da Prova Penal*, Tomo II, Rei dos Livros 2010, p. 317.

³ *Idem*.

⁴ Substituição do termo original «crime» por «infracção», por melhor adequação ao artigo e sem prejuízo para o texto de origem.

⁵ Silva, Germano Marques da, in Tereza Pizarro Beleza, *Apontamentos de Direito Processual Penal*, III Vol., AAFDL, 1995, p. 64.

Intrínsecamente relacionado com o princípio democrático encontra-se o princípio da lealdade que, apesar de ter uma natureza essencialmente moral, é reconhecido como um princípio jurídico que deve regular a atuação das autoridades judiciais.

O princípio da lealdade diz respeito tanto à produção de prova como à condução dos indivíduos no processo.⁶ Como refere Germano Marques da Silva, «a lealdade não é uma noção jurídica autónoma, é sobretudo de natureza essencialmente moral, e traduz uma maneira de ser da investigação e obtenção das provas em conformidade com o respeito dos direitos da pessoa e a dignidade da justiça.»⁷ «A atuação desleal como meio de investigação é sempre reprovável moralmente, embora nem sempre sancionada juridicamente.»⁸

Jamais poderemos tolerar que um meio de obtenção de prova moralmente reprovável, por se tratar de uma atuação desleal, possa ser prática comum das autoridades responsáveis. O respeito pelas pessoas e pela dignidade da justiça não se coaduna com a possibilidade de se obterem provas através do artifício, de meios insidiosos ou sub-reptícios.

O princípio da lealdade afigura-se como um princípio que deve reger toda a máquina judiciária, incluindo-se aqui todos os operadores da justiça.⁹

Por conseguinte, não se admite todo o tipo de prova, nem todos os meios para obtenção de prova legalmente admitida, «daí que não se afigure le[g]al o uso de veículos descaracterizados e radares ocultos não devidamente identificados».¹⁰

Como refere Manuel Valente, «o princípio da lealdade impele e impede a polícia/OPC a não recorrer a meios enganosos, a mé-

⁶ Albuquerque, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal*, Universidade Católica Editora, 2011, p. 55.

⁷ Silva, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, Verbo, 2000, pp. 66-67.

⁸ *Idem*.

⁹ Valente, Manuel Monteiro Guedes, *Teoria Geral do Direito Policial*, Almedina 2012, p. 209.

¹⁰ Rodrigues, Benjamim Silva, *Da Prova Penal*, Tomo I, Rei dos Livros, 2010, pp. 141-142.

todos arditos que traduzem a obtenção de provas de forma ilícita, que induzem o arguido à prática de factos que não praticaria se não fosse... incitado».¹¹

Deste modo, as nossas forças policiais devem ter como propósito não só garantir a segurança interna, mas também promover o respeito e a garantia dos direitos fundamentais da pessoa.¹²

Mais grave ainda são as situações em que os agentes fiscalizadores, de forma descaracterizada, instigam os cidadãos nas estradas portuguesas, atuando como um agente provocador. O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 578/98 afirma claramente que «é inquestionável a inadmissibilidade da prova obtida por agente provocador, pois seria imoral que, num Estado de direito, se fosse punir aquele que um agente estadual induziu ou instigou a delinquir.»¹³ Não podemos deixar de pensar em fenómenos criminosos como o *carjacking* numa situação em que os cidadãos, perante a aproximação de veículo, ainda que policial, mas descaracterizado, optem por acelerar e fugir aos seus perseguidores. Este tipo de atuação não pode ser aceite/incentivado pelas nossas autoridades policiais.

Sabemos que sobre esta questão os nossos tribunais têm apresentado entendimentos divergentes e também não podemos esquecer que cada caso é um caso e que as decisões judiciais analisam apenas o caso em concreto, não podendo por isso generalizar os seus entendimentos. Não obstante, importa mencionar uma decisão com a qual concordamos inteiramente, referida por Benjamin Silva Rodrigues, proferida pelo 3.º Juízo Criminal do Tribunal Judicial de Coimbra em 13 de Julho de 2005, que passamos a transcrever:

«Ora, não pode valer como meio de prova, contra o arguido, o registo obtido pelas autoridades policiais de modo insidioso e circulando em veículo no cometimento da mesma infração que pretendem imputar.

¹¹ Valente, Manuel Monteiro Guedes, *Teoria Geral do Direito Policial*, Almedina 2012, p. 211.

¹² *Idem*, p. 206.

¹³ Disponível no *site*: www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980578.html.

Na verdade, tal comportamento corresponde à violação do bem jurídico que dizem pretender defender e que a norma tutela sem distinção entre a autoridade policial e os demais cidadãos.

Tal valoração de prova corresponderia à violação dos princípios constitucionais da legalidade do Estado de Direito (art. 3.º, n.º 2 e n.º 9, al. a), do processo equitativo (art. 20.º, n.º 4 parte final), violação das garantias de defesa (art. 32.º, n.º 1), da CRP, o que acarreta a inconstitucionalidade da interpretação da norma (art. 151.º, n.º 4 do Código da Estrada).

Assim sendo, a prova obtida pelo modo referido não pode ser valorada contra o arguido.»¹⁴

As divergências jurisprudenciais são notórias sobre esta questão e, em sentido contrário, o Tribunal da Relação do Porto defende que ainda que os agentes da autoridade, para captarem no radar do veículo em que se fazem transportar a velocidade excessiva do arguido, tenham eles próprios excedido os limites de velocidade, a prova assim obtida não é ilegal.¹⁵

Como *supra* mencionado, o problema é o de saber se em matéria criminal ou contraordenacional será admissível prova obtida por meio enganador, dissimulado ou oculto. O art. 126.º, n.º 2, al. a), do CPP, refere que «são ofensivas da integridade física ou moral das pessoas as provas obtidas, mesmo que com consentimento delas, mediante... a utilização de meios enganosos».

Vejamos o seguinte *case study*, claramente dentro da problemática do controlo de velocidade, mas neste caso sobre a fiscalização através da utilização de radares ocultos.

Numa via rodoviária estão colocados dois radares ocultos no espaço de 500 metros, no mesmo sentido da marcha. A consequência é óbvia: duas coimas consecutivas. Será isto prevenção rodoviária ou uma verdadeira «caça à multa» através de meios insidiosos?

¹⁴ Rodrigues, Benjamim Silva, *Da Prova Penal*, Tomo I, Rei dos Livros, 2010, p. 142.

¹⁵ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 21 de março de 2007, disponível no *site* www.trp.pt.

Prevenir significa atuar psiquicamente sobre a generalidade dos membros da comunidade, afastando-os da prática de atos ilícitos, através da ameaça de uma sanção. Sendo certo que a utilização de cinemómetros (termo técnico de radar ou sistema de vídeo de controlo de velocidade) fixos, móveis ou de perseguição, se encontra perfeitamente regulamentada, resta-nos questionar, enquanto cidadãos, as prioridades de um país em crise, mas onde o bom senso e o sentido do que é moralmente aceite não pode, nem deve, ser esquecido. Todavia, apesar da aparente correta regulamentação, importa referir que o termo radar oculto ou encoberto em nenhum momento surge nos diplomas jurídicos relacionados com esta temática, daí que nos seja absolutamente legítimo questionar os métodos adotados pelas nossas forças de segurança. Ao contrário de outras matérias, como seja o caso da fiscalização da condução sob a influência de álcool ou de substâncias psicotrópicas, cujo processo se encontra descrito de forma detalhada, o legislador não clarificou de forma aprofundada o processo de fiscalização de velocidade. Face ao exposto, poderemos considerar duvidosas algumas práticas levadas a cabo pelos agentes de fiscalização, nomeadamente o uso de equipamentos não aprovados, não homologados, não comunicados, não localmente identificáveis ou usados em veículos descaracterizados.¹⁶ Concordamos com Benjamim Silva Rodrigues, quando afirma que em matéria de controlo de velocidade não pode valer tudo.

Quando o Código da Estrada impõe limites máximos de velocidade e a sua violação implica comportamentos potencialmente perigosos para a vida, integridade física e segurança dos cidadãos, temos de criar mecanismos de fiscalização da velocidade.¹⁷ Todos tendemos a concordar com esta situação, o problema coloca-se na forma como essa fiscalização é feita. Isto porque o uso dos equipamentos tem de ser feito dentro dos limites das normas constitucionais e legais que restringem ou limitam os direitos fundamentais. Sabemos que o art. 18.º da CRP permite a restrição dos direitos, liberdades e

¹⁶ Rodrigues, Benjamim Silva, *Da Prova Penal*, Tomo II, Rei dos Livros, 2010, p. 311.

¹⁷ *Idem*, p. 312.

garantias, mas devendo essas restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. As leis restritivas dos direitos, liberdades e garantias não podem diminuir a extensão ou alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais (n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo). Assim sendo, pode recorrer-se ao uso de instrumentos de medição da velocidade dos veículos desde que se respeitem os direitos fundamentais envolvidos, designadamente, liberdade de circulação, direito à imagem relacionado com a reserva da intimidade da vida privada, etc. A forma como se procede a esta fiscalização tem de ser proporcional e adequada aos seus objetivos, mas sempre respeitando os direitos constitucionalmente previstos dos cidadãos.

A verdade material não pode ser um valor supremo, que permita uma sobreposição à dignidade da pessoa humana e à possibilidade de agir livremente.¹⁸

O Estado deve ser uma pessoa de bem e os seus agentes devem atuar de acordo com princípios fundamentais de respeito pelos cidadãos que neles depositam confiança.

Ao encontro das palavras de Costa Andrade, «os métodos proibidos de prova proscreve a [lei] os atentados mais drásticos à dignidade humana, mais capazes de comprometer a identidade e a representação do processo penal como processo de um Estado de Direito...»¹⁹

Logo, não pode ser admissível qualquer tipo de prova e muito menos deve ser admissível a prova obtida por agentes fiscalizadores que, no cumprimento das suas funções, violam todas as regras rodoviárias perseguindo e instigando os cidadãos, vestindo a pele de um verdadeiro “agente provocador”, infiltrado de forma descaracterizada.²⁰

Por conseguinte, a obtenção de prova através da utilização de veículos descaracterizados em que a identidade dos seus ocupantes é impercetível não pode nem deve ser admitida por configurar uma prova

¹⁸ Valente, Manuel Monteiro Guedes, *Teoria Geral do Direito Policial*, Almedina 2012, p. 209.

¹⁹ Andrade, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra Editora, 2006, p. 209.

²⁰ *Idem*, pp. 318-319.

proibida, conforme os artigos 126.º, n.º 2 do CPP e 32.º, n.º 8 da CRP. A utilização de veículos descaracterizados não deve ser admissível num Estado de direito democrático onde se exige dos cidadãos um respeito pela *res publica*.²¹ Face ao exposto, os magistrados judiciais, quando perante um arguido de um processo de contraordenação com origem numa violação do código da estrada apurada mediante radar oculto em veículo descaracterizado, devem absolvê-lo visto estarmos perante prova proibida porque obtida através de meios enganosos. Esta situação não é compatível com uma sociedade que se pretende democrática e respeitadora dos direitos fundamentais. Desde modo, não vale todo o tipo de prova, nem todos os meios para obtenção de prova legalmente admitida. O Estado democrático português deve assumir como modelo de conduta um padrão ético elevado.

Costa Andrade, a propósito da temática do agente provocador, tem uma frase que resume na perfeição a nossa opinião, ao considerar que «se aponta para a imoralidade do Estado que com uma mão favorece o crime que quer punir com a outra.»²²

No âmbito destas matérias, importa ainda referir que o paradigma do «agente encoberto» não tem aplicação às infracções estradais. Logo, o uso de veículos descaracterizados ou de agentes policiais infiltrados no trânsito rodoviário em veículo não oficiais configura uma ocultação da qualidade e identidade dos seus ocupantes.²³

O que devemos questionar é em que sociedade queremos viver? Não será a melhor solução a prevenção rodoviária em vez de uma fiscalização realizada através de meios enganosos? Mas, quando vemos notícias de que as multas de trânsito são uma parcela importante do Orçamento de Estado, temos consciência de que este tipo de atitudes das forças de segurança não tem um mero propósito preventivo; estamos claramente a contribuir para um aumento das receitas do Estado.

²¹ *Idem*, p. 147.

²² Andrade, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra Editora, 2006, p. 221.

²³ Rodrigues, Benjamim Silva, *Da Prova Penal*, Tomo II; Rei dos Livros 2010; pp. 322-324.

A nossa indignação e a razão de análise desta problemática prende-se com o facto de esta atuação transcender, claramente, os objetivos inerentes às forças de segurança e não ser, de todo, honrosa para uma classe que tem como fim a prevenção e o conseqüente bem-estar dos cidadãos. A sociedade reconhece a necessidade de uma força coletiva que atue em nome do Estado e do povo e sabe que só existirá liberdade se a segurança não for colocada em causa. Mas, também, que o bom senso deve imperar e que a fiscalização feita, a nosso ver, através da utilização de meios de obtenção de prova proibidos e, por esse motivo, ilegais chega a ser desconcertante. Consideramos mesmo uma afronta para todos os cidadãos, sendo inaceitável numa sociedade civilizada em que a intervenção das forças de segurança deve ser visível e transparente e não dissimulada e sub-reptícia. Sabemos que muitos são os que violam o Código da Estrada, mas não seria a prevenção muito mais eficiente, por exemplo, com a colocação de um radar fixo e devidamente identificado?

A lealdade na atuação policial deve ser um princípio basilar, que não pode ser atropelado sempre que é conveniente aumentar, de forma absolutamente repreensível e condenável, os cofres do Estado.

Do ponto de vista jurídico, corroboramos a ideia de alguns juristas de renome, como Manuel Monteiro Guedes Valente. Segundo este autor, não se admite e é mesmo francamente reprovável e censurável que as autoridades judiciárias recorram a meios ocultos de obtenção de prova.²⁴ A boa-fé é um princípio do Estado de Direito e apresenta-se como garante das expectativas e da confiança dos cidadãos face à atividade policial.

Do ponto de vista da cidadania, resta-nos esperar que o nosso Estado de Direito regresse a uma sã democraticidade respeitadora da dignidade humana, onde a discriminação não seja uma realidade.

Parece-nos que nesta matéria, como em tantas outras, o silêncio confrangedor da nossa doutrina deve desvanecer-se rapidamente, so-

²⁴ In Valente, Manuel Monteiro Guedes, *Do Ministério Público e da Polícia – Prevenção Criminal e Ação Penal como Execução de uma Política Criminal do Ser Humano*, Tese de Doutoramento apresentada à Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, março de 2011, p. 480.

bretudo porque se trata de uma área potencialmente lesante dos direitos fundamentais dos cidadãos. Lamentavelmente, tendemos a crer que, no que diz respeito às normas que regulam a circulação rodoviária, há uma inexplicável complacência em relação a um conjunto de normas e procedimentos que aceitamos como inquestionáveis.

Em circunstância alguma se pode admitir que uma atuação que perpassa a lealdade e o combate às infrações de trânsito transforme uma função policial num motivo de desconfiança dos cidadãos.

Vale a pena interrogarmo-nos sobre se nesta matéria, como em tantas outras com que nos deparamos todos os dias, não deveríamos ser mais proativos e usarmos, de facto, o nosso direito à indignação inerente ao direito de cidadania.

Terminamos com um frase, que sintetiza na perfeição esta exposição, apresentada pelo Doutor Manuel Monteiro Guedes Valente «a tolerância do povo não é ilimitada sob pena de se auto-acorrentar e de se autocondicionar na existência de publicidade e transparência de todos os processos».²⁵

LEGISLAÇÃO:

- Constituição da República Portuguesa - de 2 de Abril de 1976
(Revista pelas Leis Constitucionais n.ºs 1/82, de 30 de Setembro, 1/89, de 8 de Julho, 1/92, de 25 de Novembro, 1/97, de 20 de Setembro e 1/2001, de 12 de Dezembro, 1/2004, de 24 de Julho e 1/2005, de 12 de Agosto).
- Código do Processo Penal - DL n.º 78/87, de 17 de Fevereiro

BIBLIOGRAFIA E FONTES:

- **Albuquerque, Paulo Pinto de**, *Comentário do Código de Processo Penal*, Universidade Católica Editora, 2011
- **Andrade, Manuel da Costa**, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra Editora, 2006

²⁵ *Idem*, p. 375.

- **Beleza, Tereza Pizarro**, *Apontamentos de Direito Processual Penal*, III Vol., AAFDL, 1995
- **Rodrigues, Benjamim Silva**, *Da Prova Penal*, Tomo I e II; Rei dos Livros 2010
- **Silva, Germano Marques da**, *Curso de Processo Penal*, Verbo, 2000
- **Valente, Manuel Monteiro Guedes**, *Do Ministério Público e da Polícia – Prevenção Criminal e Ação Penal como Execução de uma Política Criminal do Ser Humano*, Tese de Doutoramento apresentada à Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, março de 2011
- **Valente, Manuel Monteiro Guedes**, *Teoria Geral do Direito Policial*, Almedina 2012

JURISPRUDÊNCIA:

- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 578/98, Disponível em www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980578.html.
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 21 de março de 2007, disponível no site www.trp.pt.

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

ESCUDEIRO, Maria João. Meios Ocultos de Prova: Perspetiva do Controlo da Velocidade. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 2, n. 1, p. 99 - 110, 2016. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v2i1.18>

Hábeas Corpus: contribuciones a la causa del estado de derecho

*Habeas Corpus:
contributions to the rule of law's cause.*

Norma I. Bouyssou

Profesora Adjunta Regular, Departamento de derecho penal y procesal penal, UBA.
Doctoranda, U. de Sevilla.

Fernando M. Machado Pelloni

Abogado, doctor en ciencias penales, USAL. Posdoctorando PUCRS, Porto Alegre

RESUMEN: La garantía del hábeas corpus despliega, con total humildad, razones para la permanente expansión de la libertad o bien para su continuo resguardo. Su bajo perfil, sin embargo, es confundido con indiferencia en orden a su compromiso con la causa de la ciencia del derecho; ello se explica, por un lado, debido a la generalizada creencia que su reconocimiento expreso como derecho positivo -en los más altos niveles normativos-, es anticuerpo suficiente para puestas en peligro o atentados directos contra la autonomía personal a manos del Estado y, por el otro, lógicamente anclado en el predio precedente, en una suerte de desubicación contemporánea frente a un punto de partida de contención teórico (y en desuso del abuso) del poder político, al que no obstante se le exigen soluciones con mayor intervención fáctica (y menos frenos) en las relaciones sociales, aunque necesariamente adecuadas al orden anterior. Corresponde exponer la disconformidad con los pies en claves propias a la ciencia jurídica, sin hacer a un lado lo pragmático, método dual que se aplicará sobre la excursión que sigue, a la que se invita.

PALABRAS-CLAVE: Proceso penal; Estado de Derecho; Habeas Corpus.

ABSTRACT: *The guarantee of habeas corpus unfolds, with all humility, reasons for the persistent expansion of freedom or for its continuous reinforcement. Its low profile, however, has being confused with indifference by his commitment to the cause of the science of law; this is explained, on the one hand, due to the widespread belief that its express recognition as positive law -in the highest levels of law standards- is a sufficient solution to jeopardizing or direct attacks to the personal autonomy in hands of the state and, in the other hand, logically anchored in the preceding grounds, in a sort of contemporary dislocation in front of a theoretical point of contention (and in unused abuse) of political power, to which, however, is required solutions with more factual intervention (and less limitation) in social relations, though necessarily suitable to the previous order. It corresponds to expose the disagreement with his feet on own keys to the science of law, without putting aside the pragmatic dual method that will be applied on the tour that follows, to which we invite.*

KEY-WORDS: *Criminal procedure; Rule of Law; Habeas Corpus.*

I.- INGRESO AL TEMA

La garantía del hábeas corpus despliega, con total humildad, razones para la permanente expansión de la libertad o bien para su continuo resguardo. Su bajo perfil, sin embargo, es confundido con indiferencia en orden a su compromiso con la causa de la ciencia del derecho; ello se explica, por un lado, debido a la generalizada creencia que su reconocimiento expreso como derecho positivo -en los más altos niveles normativos-, es anticuerpo suficiente para puestas en peligro o atentados directos contra la autonomía personal a manos del Estado y, por el otro, lógicamente anclado en el predio precedente, en una suerte de desubicación contemporánea frente a un punto de partida de contención teórico (y en desuso del abuso) del poder político, al que no obstante se le exigen soluciones con mayor intervención fáctica (y menos frenos) en las relaciones sociales, aunque

necesariamente adecuadas al orden anterior.¹ Corresponde exponer la disconformidad con los pies en claves propias a la ciencia jurídica, sin hacer a un lado lo pragmático, método dual que se aplicará sobre la excursión que sigue, a la que se invita.

II.- GARANTÍA AUDITORA DEL ESTADO DE DERECHO

La idea seminal de nuestro seguro sobre la facultad personal de autodeterminación, desde una aproximación historicista, se concentraba en tres grandes áreas: a) un escudo de bloqueo o reparación contra el arresto, la prisión o cualquier otra forma de privación de libertad; b) la monitoreada custodia sobre los presupuestos esenciales del proceso legal debido hacia la aplicación de la ley penal sustantiva (sin la cual sus principios basales serían inocuos a la arbitrariedad) y, por último, c) el establecimiento de condiciones mínimas para personas legalmente afectadas en el goce de su derecho de circulación. Todas ellas remiten a la *Magna Carta Libertatum* (1215), al *Habeas Corpus Act* (1679) y al *Bill of Rights* (1689).² A lo largo del tiempo, los conjuntos aludidos han tenido reconocimientos normativos en diferentes sistemas bajo modelos políticos distintivos; en un exploración interna a los Estados, desde la cumbre alcanzada por Leyes Fundamentales hasta pendientes o laderas infraconstitucionales -entre nosotros, art. 43 CN (1994) pero años antes con la ley federal 23.098 (1984)-;³ mientras, en el circuito exterior

¹ Cfr. Faria Costa, José De, "Habeas corpus (ou a análise de um longo e ininterrupto 'diálogo' entre o poder e a liberdade)", de su *Linhas de Direito Penal e Filosofia*, Coimbra edit., Coimbra, 2005, p. 43ss.

² Cfr. Kälin, W.-Künzli, J., *The Law of International Human Rights Protection*, Oxford U. Press, Oxford, 2010, p. 440ss.

³ La garantía penetró en toda América del Sur por influencia angloamericana, con las características propias a cada país; quizás con una excepción, si cabe proponerla así, en el caso de México y su cultural amparo; este último ha tenido con el reflatamiento de la Constitución de 1824 por la enmienda de 1847 la federalización de la garantía azteca, constitucionalizada en 1857 y revalidada después en el texto de 1917, que invariablemente ha permitido aún atacar decisiones judiciales, como retrata recientemente, Roza Acuña, E., *Il Costituzionalismo in vigore nei paesi*

pueden reconocérselos en compartimientos de *hard-law*, como en el circuito europeo de protección de los derechos humanos o del propio interamericano -arts. 6 CEDH. o 7, 8 y 25 CADH., respectivamente-, como en otro del tipo *soft-law*, tal y como conceptualmente encaja el instrumento de Naciones Unidas -art. 9.4 PIDCyP.-.⁴

Probablemente la mayor uniformidad al acercarnos al hábeas corpus la encontremos en su desconocimiento por el ejercicio de un poder sin control. Es, en realidad, un rechazo recíproco, puesto que la idea de una imposición cualquiera que fuere, falta de legitimidad y paralelamente fuera de toda legalidad, es contradictoria a una noción de libertad; a su turno, la limitación gubernamental derivada de tener por fin último el desarrollo humano -que no es el propio, sino el ajeno- se halla incómodo por la diversidad que implica y la pluralidad que representa, a la que vuelca toda su energía en doblegar y unificar cuando sigue un curso de deslegitimación e ilegalidad. En tal sentido, la garantía viene a ser la demanda del soberano al mandatario de un piso de racionalidad en la toma de medidas, privándole así, de la dominación

dell'America Latina, Giappichelli, Torino, 2012, p. 20ss, en especial la penetración comparativa con Europa en casos de Alemania, Austria, España y Portugal, p. 18 nota 1; sobre la variedad mexicana, Hernández Gómez, Isabel, "Los derechos humanos y la justicia constitucional", en *Revista Dikaion-Lo Justo*, Año 16, N° 11, U. de la Sabana, p. 178. Brasil ha sido, entre todos ellos, el pionero con un registro que se retrotrae a 1830; cfr. García Belaunde, Domingo, "El Hábeas Corpus en América Latina (algunos problemas y algunas tendencias)", en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Era)*, Núm. 97, julio-setiembre 1997, p. 109ss.

⁴ Vamos a agrupar como *soft-law* a los instrumentos elaborados en el marco de actuación de Naciones Unidas, que desde la Declaración de San Francisco de 1945 y hasta la Convención sobre Desaparición Forzadas de personas de 2006, existiendo siete tratados entre una y otra, que apenas cuentan con mecanismos de monitoreo, como los Pactos de Derechos Civiles y Políticos (PIDC.) y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PDESC.) de 1966. Ese modesto esfuerzo, va contrastado con las protecciones regionales efectivas como *hard-law* y no limitado a la competencia contenciosa de los Tribunales, sino y en el caso europeo, a mecanismos de prevención paralelos a instancia del Consejo conformado por sus miembros. Así, De Schutter, Olivier, *International Human Rights Law*, Cambridge U. Press, Cambridge, 2010, p. 19ss.

por la revelación o la fuerza, lo cual es bastante más que la justificación que extrae el que toma ventaja sobre aquél desaventajado.⁵ Los vectores opuestos, como el día de la noche, se evidencian en las críticas mutuas entre Laski y Schmitt. Para el primero, la autoridad que encare una tarea de gobierno debe atender a la máxima satisfacción de sus miembros, de ahí que tenga contenciones estatales -antes constitucionales, hoy además de *hard-law*- cuando no haga nada parecido y de ahí que una cosa -funcionario público, mandatario del soberano- y la otra -Estado- no se deban identificar;⁶ para el segundo, a contramano, aquello no puede generar la unidad política básica como para la sobrevivencia, ello así porque las asociaciones se repelerían entre sí y lejos estarían de una comunidad organizada, la cual no puede dejar a sus integrantes la libre identificación de sus peligros, reinventándose un (neo)Leviatán con capacidad de *jus belli* ante sus enemigos.⁷ Como somos prisioneros de la experiencia, vamos a acordar con el autor inglés. Sin la mínima pretensión de ser exhaustivos, la desaparición de la autodeterminación y la de su seguro, es una constante en las interrupciones al imperio de las Leyes

⁵ Eso supone el *government of Laws and not of men*, que traspasó con las colonias inglesas a suelo americano; el que más tarde sentará las bases del Estado Social y Democrático de Derecho, del que se comenzará a hablar en el continente europeo a partir del siglo XIX. Véase la contribución reflexiva de García de Enterría, E., *La Lengua de los Derechos*, Alianza ed., Madrid, 1999, p. 145ss. Otro tipo de concepciones de la soberanía, le dirá Holmes a Laski, no versa sobre el derecho sino sobre la siempre presente imposición de lo fáctico, en donde la conveniencia se vuelve dogmática. Así la carta de febrero 1 de 1919, *The essential Holmes*, ed. Posner, R., Chicago U. Press, Chicago, 1992, p. 265. Estas ideas alguna vez se plasmaron en sentencias de la Corte Suprema: "...la falta de causa lícita existe siempre que el objeto perseguido por un sector o conjunto de personas consista en aniquilar la libertad e instalar la dictadura, arrasando las instituciones que reposan en el respeto sustancial de los *derechos humanos*" (énfasis propio, Fallos: 278-287 y citas).

⁶ Cfr. Laski, Harold, *El Estado en la teoría y en la práctica* (trad. Herrero, V.), Reus, Madrid, 2008, p. 26ss.

⁷ Cfr. Schmitt, Carl, "Il conetto del politico", en *Posizioni e conetti. In lotta con Weimar-Ginevra-Versailles 1923-1939 (a cura di Caracciolo, A.)*, Giuffré, Milano, 2007, p. 105ss.

Mayores de Argentina,⁸ Brasil⁹ y Chile¹⁰ en donde se ahogaron los derechos fundamentales; pero también nos muestra que aunque necesario, *per se* es insuficiente ante la disminución de la cualidad democrática, sea en Colombia¹¹ o Perú.¹²

⁸ Un compendio descriptivo del caso argentino lo da la propia Corte durante el último gobierno de facto. Mientras el Tribunal señalaba que excedía la competencia de la magistratura el análisis de las causas o que no le correspondía valorar la contradicción de las instituciones con la causa de la libertad, dijo además que exhortaba a la función ejecutiva en el poder (que era por otra parte la que se sustraía de la legalidad y la judicialidad de los actos de gobierno) a que adoptara las medidas necesarias para que la función jurisdiccional pudiera volverse efectiva, concretamente, en la obtención de respuestas frente a la interposición del hábeas corpus. *In extenso*, véase Fallos: 300:1282.

⁹ Brasil sufrió por un largo período a los gobiernos dictatoriales, con mayor o menor represión armada, entre 1964 -el advenimiento de la Quinta República- y 1985. Eran moneda común *atos institucionais* que suspendían la dimensión protectora de ese escudero de la libertad como es el hábeas corpus, mientras expropiaban la soberanía popular y la colocaban en las ensanchadas atribuciones de quienes ejercían el poder de facto. En tal sentido es meritoria de recordar el Acta N° 5 de diciembre 13 de 1968 con la firma del presidente Artur da Costa e Silva, que junto al Estatuto de Seguridad Nacional y el Servicio Nacional de Información, autorizado por la Constitución de 1967 -violada como es obvio, aunque era represiva-, dieron un marco pseudo-normativo a la arbitrariedad. Véase, Rozo Acuña, E., *II Costituzionalismo in vigore nei paesi dell'America Latina*, op. cit., p. 615ss.

¹⁰ Durante la toma y ejercicio del poder (militar) de Augusto Pinochet, pocas veces el hábeas corpus fue admitido; en este sentido lo recuerda Nogueira Alcalá, H., “El hábeas corpus o recurso de Amparo en Chile”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Era)*, Núm. 102, octubre-diciembre 1998, p. 200.

¹¹ Para enfrentar luchas armadas o poner coto al delito, con la peor rebaja de la moral estatal, ampliar en Herrera Pérez, Jairo E., “Caras nuevas y viejas y problemas en Iberoamérica del Hábeas Corpus”, en *Estudios Constitucionales*, N° 2, U. de Talca, 2006, p. 19ss, especialmente 28 y 29.

¹² El gobierno peruano, que atravesó problemáticas cualitativas similares al de Colombia aunque pareciera que en otra cuantificación por la perdurabilidad, también militarizó la intervención estatal contra el fenómeno bajo la presidencia de Alan García y fue mucho más allá bajo la de Alberto Fujimori. En principio, análogo al mandatario argentino Eduardo Duhalde en materia de amparo frente a la (saqueada) propiedad privada

En cierta forma, el hábeas corpus señala que el relativismo en el pentagrama es, paradoja mediante, la única y constante nota admisible -mucho más en tiranías *ad origine* pero no necesariamente menos en las *ad regimine*- para la defensa y también para la promoción de la libertad. Es decir, supondrá una movilidad estatal hacia la libertad, será absorbido en el derecho positivo y adaptado tantas veces como ese fin caracterológico al Estado de Derecho se lo exija, mostrándose, a su vez, intolerante ante una generalizada ausencia de tolerancia.¹³ Sin embargo, en lo que a la garantía concierne, la propia dinámica política de poderes incontenibles la inmovilizan en la estructura ósea estatal -o debe perpetuamente intentarlo- cuanto valor sustantivo aunque de transmisión formal, como un *continente indisponible y definitivo* de la conquista o de la supervivencia democrática y, también, como un im-

-art. 12 dec. de necesidad y urgencia 214/2002- con los decretos legislativos N° 824 y 895 en donde, en ese orden, quienes estuvieren imputados de narcotráfico quedaban excluidos del seguro de la libertad y los de terrorismo, debían concurrir por la garantía ante la judicatura militar; más tarde con el decreto legislativo N° 900, persiguió limitar, la interposición de las acciones por desapariciones y encarcelamientos arbitrarios ante salas especiales de derecho público. De ahí que se suscribiera: “Nunca antes como ahora el ejercicio del poder político gubernamental ha llegado a amenazar y a cuestionar la propia jurisdicción constitucional, como ha quedado evidenciado en los últimos años... Dicho en otras palabras, muestra los límites del control constitucional del frágil Estado de Derecho peruano, administrado por las mismas autoridades que en 1992 no tuvieron reparo en quebrantar la institucionalidad constitucional, clausurando entre otros organismos constitucionales al Tribunal de Garantías Constitucionales, por considerar que sus resoluciones no eran conformes con el proyecto político y económico promovido por el gobierno y los poderes fácticos”; véase, Landa, C. “Protección de los derechos fundamentales a través del Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana” (ponencia del Congreso *Menschenrechte und Grundrechte*, Freie Universität Berlin, junio 3-5 de 1998, reproducida en *Pensamiento Constitucional*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Año V N° 5, Lima, nov. 1998, p. 76ss y 79 en lo puntual; más ampliamente, informe final presentado al Honorable Congreso del Perú por la Comisión Investigadora, Lima, junio 15 de 2002.

¹³ Sobre la importancia del entendimiento del relativismo en esta clave, Radbruch, Gustav, “Der Relativismus in der Rechtsphilosophie”, en *Rechtsphilosophie III*, C. F. Müller, Heidelberg, 1990, p. 17ss.

perativo de la realidad jurídica, acaso como una de sus más esenciales doctrinas, algo así como la máxima de la decimonovena disposición de la Norma Fundamental alemana, cuya matriz kantiana defiende y repele -a modo de salvaguardia- agresiones al contenido esencial de los derechos humanos.¹⁴

En un punto, se trata de la penetración cultural de la preocupación por la subsistencia de la autonomía como valor, a razón de los embates desde todos los ángulos, y por múltiples ideologías, contra ella.¹⁵ Desconocerle como problema, es negar lo que subyace a la articulación de programas compatibles con la dignidad personal, la legalidad -sustantiva y adjetiva- ligada a la racionalidad estatal, la defensa contra las injerencias del poder -por fuera o por debajo de los límites consensuados con los mandantes- y la tutela jurisdiccional -con sus presupuestos, independencia, imparcialidad y con revisión-.¹⁶

¹⁴ Sobre la imposición de una doctrina esencial, más allá del pensar del observador o de su volición, Kaufmann, Arthur, „Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtsgomatik”, en *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, C. F. Müller, 2011, p. 11ss y 61. El art. 19.2 GG. señala: “En ningún caso, un derecho fundamental puede ser lesionado en su contenido esencial” (*In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden*). Véase *ut-infra*, nuestro cierre.

¹⁵ La cultura, en este tópico, viene desde el rechazo a la violencia institucional. Sobre la importancia de esta en la justificación del derecho, Radbruch, G., „Rechtsphilosophie”, en *Rechtsphilosophie II*, C. F. Müller, Heidelberg, 1993, p. 315ss; en sentido constitucional, Häberle, Peter, *Die Verfassung des Pluralismus*, Athenäum, Königstein, 1980, p. 55ss y 57, y reciente, respecto de la importancia de museos u otros bienes en la formación de la identidad cultural, „*Die Erinnerungskultur im Verfassungsstaat*”, Duncker & Humblot, Berlin, 2011, p. 16ss. Ligado a lo que se trata, el de la Memoria, para el caso argentino, en lo que fuera la Escuela Mecánica de la Armada, o simple y fatalmente ESMA.

¹⁶ Son los presupuestos propios a la función política de la judicatura los que, a su vez, descartan su rendición a la política de identidad ideológica. Cfr. Faria Costa, José De, “Habeas corpus (ou a análise de um longo e ininterrupto ‘diálogo’ entre o poder e a liberdade)”, de su *Linhas de Direito Penal e Filosofia*, op. cit., p. 50; idéntico sentido le asignaba textualmente a la garantía, con mención del inventario por el que la judicatura no era un mandatario de la función ejecutiva, Sir Winston Churchill, “The sinews of

Sirva lo anterior a modo de preludio en las agitadas aguas de la edad de los derechos. El registro oficial de la documentación de la garantía de la libertad y su continuo perfeccionamiento a lo largo de la historia -van más de 798 años de conocimiento sobre su existencia, y ello porque puede que tenga todavía más tiempo de vida-, le sitúan *como ingeniería -un canal acceso para la solución-* en el pórtico del aparejo de los derechos fundamentales, es decir, en el mundo de lo judicialmente exigible.¹⁷ Los historiográficos más diversos, sin embargo, no vacilan en advertir que la transformación que experimentan aún aquellos más antiguos, no contraviene la esencia que les identificó en la matriz, sino que la potencia, amplificándola en una nueva variable, la que seguramente antes venía desautorizada o, sin más, se presentaba inimaginable.¹⁸ Ello explica como, a pesar de la subsistencia de alguna opinión condicionada al sostenimiento de la delimitación de origen y que confunde la senectud de lo que se cuida, por la preferencia y exclusividad acotada a restricciones y limitaciones del desplazamiento o a condiciones sobre la

peace”, en *Winston Churchill. His complete speeches 1897-1963* (ed. Rodhes, R.), vol. VII, Chelsea House Publ., London, 1974, p. 7288ss.

¹⁷ Sobre el rastro reciente, Machado Pelloni, Fernando M., “Hábeas Corpus: 797-3”, en *Derecho Procesal Constitucional*, JA. número especial 2012-III, Sagüés, N. P.-coordinador, BsAs., p. 21ss.

¹⁸ Por ejemplo, sin perjuicio de lo que se desarrollará *ut-infra* en el texto sobre política criminal, se acierta con la invocación de la tortura desde un expositor del iuspositivismo: no cabe duda que la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 es un paso fundamental hacia los valores que pueden encerrar aquellos, ahora su comprensión como naturales e invariables no se infiere, tampoco vía consenso, puesto que históricamente, se homologaba la violencia en la producción probatoria del juicio penal y, por fortuna, en la actualidad no; Bobbio, Norberto, *El tiempo de los Derechos* (trad. de Asis Roig, R.), Sistema, Madrid, 1991, p. 65. Otro jurista, pero de escuela opuesta, también acierta: tras los pasos de Edward Coke, se advierte que por el *Habeas Corpus Act* no se discute ningún derecho humano, sino uno fundamental, para ingleses y no para todas las personas, del que estaban excluidos extranjeros, mujeres y niños; de modo que no existió otrora, tal y como ahora lo conocemos. Véase, Oestreich, Gerhard, *Die Idee der Menschenrechte in ihrer geschitlichen Entwicklung*, Colloquim Verlag, Berlin, 1974, apartado 1.2 *in extenso*.

legalidad de su impedimento,¹⁹ con rigor deóntico asistimos a una poderosa obstaculización de la arbitrariedad del poder político, mucho más allá de lo que resultó en origen. Esa movilidad del predicado conceptual alimenta la seguridad jurídica de la causa. Con un doble impacto, según la posición que nos identifica. Profundicemos.

Explica, *in primis*, que en el curso vital de un Estado, nuestro seguro tenga -¡y deba tener!- coberturas diferenciadas. Ello es así, en la medida que la libertad cambie de problemas y no como, al contrario de lo que pueda intuirse, resulta que deje de tenerlos. En un zona condivisa tanto para gobiernos autoritarios como para los democráticos, la hipótesis básica del hábeas corpus es que, como derecho, abra un proceso judicial urgente por el que se puedan discutir las bases de una detención tachada como ilegal;²⁰ en cualquier caso la real distancia entre uno y otro será la enorme dificultad de iniciarlo -en lugar de probarlo- para el primero; pero hay que describir la merma a la hora de alcanzar una decisión -ya no de buscarla- para el segundo. Aunque sea empíricamente refutable, persiste la creencia que los atentados o los peligros para la libertad se ciernen apenas cuando un país está al margen de su Ley Mayor, cuando todo el sentido se orienta, justamente tal y como lo señala Faria Costa, a que la inclusión en la norma constitucional de aquél -o bien su adhesión a un sistema de *hard-law*- persigue excluir también arbitrariedades en el perfeccionamiento institucional de la calidad democrática.²¹ De lo anterior se sigue, en el segmento temporal contemporáneo, que la garantía, por la superioridad que un modelo estatal presupone ante el otro, cuenta -¡y ello porque debe hacerlo!- con muchas más pretensiones respecto de los derechos fundamentales

¹⁹ Como atenuación hay que atender que la libertad puede ser derecho preferido frente a DESC desatendidos, por obedecer a factores culturales propios al Reino Unido. Remito, no obstante, a la importante contribución de Trechsel, Stefan, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford U. Press, Oxford, 2005, p. 463ss.

²⁰ Cfr. ECHR, "*Brogan and Others v. United Kingdom*", app. 11209/84/11234/84/11266/84/11386/85, rta. 29/11/1988, pars. 32, 40 y 58.

²¹ Cfr. Faria Costa, José De, "Habeas corpus (ou a análise de um longo e ininterrupto 'diálogo' entre o poder e a liberdade)", de su *Linhas de Direito Penal e Filosofia*, op. cit., p. 51.

de libertad. Dicho en abstracto, se trata de una de las dos variantes del principio de proporcionalidad: i) *regularmente -estricta proporción directa-*, expandir la cualidad y la cantidad de la materia protegida inherente a la regla democrática²² y ii) *irregularmente -proporción inversa-*, ante la aplicación de cláusulas de emergencia o excepción -inapropiadas por la delgada línea en la que se confía dividir y separar el imperio de la ley, de su abrogación-, mayor severidad en la búsqueda de racionalidad ante decisiones privativas o limitativas de los atributos inherentes a toda persona, con pretextos fundamentados en casos extraordinarios.²³

²² Con razón, entonces, puede articularse un hábeas corpus para que el área de auxilios sanitarios de la Unidad N° 11 cita en Baradero, provincia de Buenos Aires, cuente con móvil, medicación -entiéndase no vencida, más la necesaria según posología para pacientes internos HIV+-, calefacción, gas, agua potable y servicios, y con facultativos; así la presentación de la defensora de ejecución penal del departamento judicial de San Nicolás, junio de 2013. Situación deficitaria que ante exigencias de la dignidad personal, no se puede -¡ni debe!- sustraer la autoridad judicial federal -en la dimensión humanista que se opone a que razones de distribución vertical del poder son inoponibles a violaciones de derechos humanos-; p. ej. cuando en una unidad salteña y más allá de problemas presupuestarios -la magistratura no se hace cargo de evaluar si son autogenerados, por pésima gestión en la imputación de las finanzas públicas, tampoco si del vergonzoso estado de situación resulta relevancia típica-, los tribunales deben atender graves fallas en el reconocimiento y respeto de los derechos de las personas (incluso las) detenidas. Véase CFCEP, Sala IV, *in re* “Secretario de Derechos Humanos de la provincia de Salta s/rec. de casación”, c. 603/2013, reg. 1284/13.4.

²³ Las decisiones que afectan el goce del derecho de libertad están sujetas al control judicial por la garantía constitucional, debiéndose guardar relación entre la declaración del estado de emergencia y la orden de arresto, para que sea convalidada, según doctrina de Fallos: 307: 2284 y respecto del art. 4.2 de la ley 23.098 (en aquella ocasión, el voto en disidencia recoge el problema de la proporcionalidad y propiciaba un revisión judicial más fuerte que la de la mayoría; soy de la opinión que esa minoría -similar a la de Fallos 243:504- debiera ser hoy opinión dominante, más tras la reforma de la CN.). Para mayor reflexión, Machado Pelloni, F. “Hábeas corpus: pasado, presente y futuro. Teoría y práctica”, en Estudios Constitucionales, Año 5 N° 1, U. de Talca, 2007, p. 31ss; y también Machado Pelloni, Fernando M., “Hábeas Corpus: 797-3”, en Derecho Procesal Constitucional, op. cit., nota 11 en especial. Se destaca además la tendencia a revisar incluso los presupuestos

In secundis, robustece el goce de los derechos fundamentales, por un conciente -o no- aporte a su *indivisibilidad*. En esta zona de navegación, las antiguas cartas diferenciaban según edades y distinguían, a grandes rasgos, aquellos de aguas seguras respecto de lo judicialmente decidible de otros de áreas inseguras, propio de lo no (tan) judicial. La garantía viene, en clave de faro, a alejarnos del arrecife, para recordarnos que la libertad tiene -¡y debe de ser!- preservada, además del poder estatal omnipotente, *de una indefendible economía de exclusión y marginación*.²⁴ Esto, que no se refleja lo suficiente en decisiones judiciales altamente cuestionables en su correspondencia con el modelo del Estado social y democrático -tal y como se señaló recién-, hace parte de un camino de tránsito *gradual e irreversible* que, no obstante, denuncia a su vez la imposibilidad cultural de desentenderse de la misión comprometida y posibilista de la configuración de una nueva realidad de las personas en relación con sus derechos esenciales.²⁵ En efecto, el

de la excepción, antes cuestión política; Midón, Mario A., “El hábeas corpus durante el Estado de sitio y frente a la desaparición forzada de personas”, en Tratado de Derecho Procesal Constitucional (Manili, P. director), T. I., La Ley, 2010, p. 683ss.

²⁴ Porque esta experiencia ya ocurrió con la revolución industrial, como claramente explícita Oestreich, Gerhard, *Die Idee der Menschenrechte in ihrer geschichtlichen Entwicklung*, op. cit., ap. 5.

²⁵ Uno a favor, es el caso del Expte. 51817 “Dres. Patricio N. Sabadini y Carlos M. Amad -fiscales- s/interponen acción de hábeas corpus correctivo a favor de Daniel Eduardo Soria”, 14-5-2013, sent. Interlocutoria N° 23 T VII F° 84/85 año 2013, de la CFCC de Resistencia, que revoca -cuando se le eleva el proceso- el desentendimiento de la habitabilidad y de los cuidados de la salud de parte del juez del hábeas corpus, para privilegiar la intervención de su colega de ejecución; el *a quem* recomienda celeridad en el trámite y atención *al problema constitucional e iusfundamental*, que implícitamente no bastaría con un caritativo oficio -como Pilatos- a la autoridad ejecutiva, para que tenga a bien acompañar al detenido a un hospital extramuros, hasta que el magistrado competente se concentre en resolverle el tema. Otro en contra, es el Expte. 6071 “I. F.G.S. s/Ley 23098”, 15-3-2012, T. 74 F. 114, Sala I CFCC de La Plata, en el que el tribunal de apelaciones se sustrae de analizar, por la garantía, una manifiesta lesión al derecho de trabajar intramuros; asunto emparentado con el trato digno (no arbitrario) y el derecho alimentario (proprio -pues la comida provista en la penitenciaría ningún

proceso histórico impide el progreso de concepciones brutalmente represivas,²⁶ al tiempo que persigue sintetizar por la intervención penal estatal necesaria su propia ausencia, tan caracterológica a la abrumadora dominación del capitalismo, en la medida que su puerto de refugio es la integración social.²⁷

Para que se entienda, lejos de confirmar que la merma de la libertad es el común destino de las personas atascadas en las carencias de todo signo, la proposición es -o cuanto menos debiera ser- expandir las opciones para la autonomía en todos los frentes, lo que afectará la reducción de opciones -para muchos podría implicar sin más *un determinismo*- que potencie el delito.²⁸ Por eso la función de tutela talla -y está constreñida a hacerlo- en *la ecología humana marcada por las geografías*

magistrado del triunvirato la comería- y del núcleo primario -asistencia económica como ayuda, máxime con una reciente paternidad-), todo tratado por la ley de ejecución 24660 -arts. 106/7- que reglamenta el art. 18 CN *in fine*. Si bien reconoce la fundamentación del reclamo, en todos los niveles normativos, no puede conectar la mortificación psicológica a la que se expone al actor -acaso crueldad-, cuando se le recorta la carga laboral al tiempo que nace su hija e indagar si lo que denuncia tiene verificación; a pesar de ello, envía dos señales: i) al posible lesionado, para que distinga que esto -¿quizás otra discriminación irrazonable no?- debe esperar en la bolsa del juez de ejecución -aunque el *a quo* solicitó por oficio a la administración que subsane la restricción, ¡más no se puede pedir!- y ii) al posible autoritario, para que advierta que el *control formal o aparente*, se sostiene (apenas) como para, reunidos quien sabe que otros extremos fácticos, convertirse en uno *material o real*. El señorío de la administración sobre el interno se puede volver en extremo arbitrario, como cuando se dificulta el traslado para estimular la integración familiar, sin causa -al menos expuesta en el trámite procesal-; así el hábeas corpus resuelto en CFCP, Sala IV, “Lefipán, Walter Roberto s/ recurso de casación” c. 592-13, reg. 1397-13, rta. 9-08-2013.

²⁶ Cfr. Moccia, Sergio, El derecho penal entre ser y valor. Función de la pena y sistemática teleológica (*il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, trad. Bonnanno, A.), BdeF, Montevideo-BsAs, 2008, p. 5.

²⁷ Se puede ampliar en Mantovani, Ferrando, *Il problema della criminalità*, Cedam, Padova, 1984, p. 191ss.

²⁸ Cfr. Mantovani, Ferrando, *Il problema della criminalità*, op. cit., p. 187ss. y 199.

deficitarias en donde puede haber más presión punitiva, arbitraria e indiscriminada; y por eso tiene que hacerse cargo de probar la indivisibilidad de atributos básicos: es inadmisibile que exista un compromiso judicialmente revisable en el plano de una prevención especial supuestamente necesaria revelada en la salud, el empleo y la educación del derecho civil de un interno y que pueda diferírsela cuanto presuntamente facultativa e insatisfactoria en la arquitectura de la política pública del derecho económico, social y cultural de la persona en libertad.²⁹

²⁹ Sobre este tema podría decirse mucho más, que por razones de tiempo y espacio en nuestra invitación, diferimos para otro momento. No obstante, se adelanta cuanto se comparte de un hábeas corpus capaz de prestar colaboración hacia una configuración política integradora de un Estado social y democrático de derecho, de arraigo en la legalidad material; Mendes, Antonio Alfredo, *Habeas corpus e cidadania*, Quid Juris, Lisboa, 2008, p. 88ss. Además de valorárselo como un testimonio de la igualdad en la concepción de los derechos fundamentales, que, entonces, no tienen una garantía diferenciada en cuanto exigibilidad, según sean civiles o económicos, sociales y culturales; para otros aportes ya no relacionados con nuestro tema, se puede acudir a Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías*, Trotta, Madrid, 2007, p. 79ss. (y antes su introducción).

Del lado de las decisiones judiciales, la acción n. 134 del juzgado departamental de Lomas de Zamora -setiembre 11 de 2013- debe rescatarse, en la medida que traba el flujo de seres humanos que excedía ampliamente el cupo del establecimiento dependiente del Estado local bonaerense; ello amén de la inhabilidad, comprometía la integridad física de los allí alojados como así también la educación, la salud y la integración familiar. Por estar privados legítimamente de la libertad, los derechos comprometidos no podrían, por aquella causa, dejar de ser amparados. La densidad es una preocupación patagónica, habida cuenta que la unidad de encausados también tenía exceso de población, lesionándose la recreación indispensable, de salir al patio y recibir luz solar, lo cual fue recuperado como derecho; expte. 14-5-2012, "Morales, Ignacio Alejandro s/hábeas corpus", Sala B de la Cámara Criminal de Viedma, rta. 26-01-2012.

A los anteriores se le suma la expansión disciplinaria, de incremento al ya impuesto factor penal, en forma casi automática en determinados centros de la provincia de Buenos Aires -por lo que traspasa los cimientos del procedimiento ejecutivo correspondiente-, lo cual fue abortado también por la tutela garantística: el aislamiento deteriora la salud física y psíquica, por lo que debe estar sometido a control y *debe ser proporcional pero fundamnetalmente*

III.- GARANTÍA DIRIMENTE DE LA POLÍTICA CRIMINAL

La indispensable intervención estatal para asegurar derechos fundamentales, lo cual hace a la *intervención penal necesaria*, debe balancearse con la *prohibición de exceso* en la regulación y en la injerencia sobre aquellos. Brevemente, que la estrategia estatal resulte coherente y, entonces, que para tutelar, no se lesione la dignidad personal.³⁰

humano, eje de los datos normativos internacionales de *hard-law como de soft-law*, como así también la Ley Mayor e incluso los reglamentos, reseñados en la resolución; así, c. 1339-13, “Daniel Surgen y Marcelo Vilanova. Hábeas Corpus colectivo”, Cámara de Apelaciones y Garantías de Necochea, junio 27 de 2013, en especial el voto del juez Noel. Otro importante antecedente cuenta de la discusión sobre la defensa de intereses por delegados de la población carcelaria y ello por reuniones mensuales, representación por la que perseguían unirse para protegerse de la lesión de aquellos por los agentes y funcionarios penitenciarios; dos aspectos, en alguna medida ligados al interior, que es una suerte de intermediación, para evitar hábitos discriminatorios propios de una ecología humana de facto con las visitas, como la descomunal fuerza anónima -por personal sin identificación- aplicada a las requisas: el sumarísimo autorizó la representación e hizo lugar a las propuestas para racionalizar el caos en el que la administración envuelve a los familiares para concretar visitas y autorizar su ingreso con alimentos, en horario con prioridades según se trate de menores o personas muy mayores e higiene en las áreas y momentos de concretarlas; exhortó, además, a mejorar las telecomunicaciones. Así, c. 43806/12 “Alejandro Gutierrez y Claudio Orosman Castaño s/hábeas corpus”, juzgado en lo Criminal de Instrucción N° 31, Secretaría N° 119, rta. 4-12-2012. En idéntico sentido, el aseguramiento de condiciones dignas para la convivencia intramuros fue exigida judicialmente al Servicio Penitenciario Federal, cuando se ordenó la provisión de electricidad, calefacción, refrigeración, agua potable y mecanismos de prevención contra incendios, en la cárcel federal neuquina, que además denunciaba castigos de facto por vía disciplinaria y con los agentes de la requisa -que había llegado hasta causas penales contra sus cuadros-. No había discriminación razonable en el tratamiento de los internos y se había comprobado una problemática alimentaria y sanitaria que se ordenó subsanar; así c. 94/12 “Ministerio Público Fiscal s/recurso de hábeas corpus”, Juzgado Federal de Neuquén, Secretaría N° 2, abril de 2013.

³⁰ Ampliamente, Viganó, Francesco, “Obblighi convenzionali di tutela penale?”, en AAVV., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano (a cura di Manes, V.-Zagrebsky, V.)*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 243ss; con matices, Feldens, Luciano, *A Constituição Penal*, Livraria

Bajo los puntos cardinales anticipados, creemos que el hábeas corpus es una herramienta elemental y un punto de apoyo sólido para perseguir el fugaz equilibrio entre la acción debida y la abstención por igual obligada, para compensar la función del poder en acción, con la libertad inherente a los seres humanos.³¹ Es que si otro pilar del derecho es perseguir la seguridad en general desde la cognoscibilidad, ella también ocupa una plaza en particular en el tejido de las relaciones interpersonales, en especial cuando la limitación necesaria en la arena de los derechos humanos es aceptada por unos y traspasada, como abuso frente al cumplimiento de aquellos, por otros. La unión de los puntos en nuestra navegación indica que la certeza es una indiscutible propiedad de la ciencia jurídica y que importa en demasía, aunque no es menos que *un medio para el posicionamiento de los valores que persiga a través de las normas*.³² Dicho lo anterior, siempre hay un orden normativo propio a un Estado democrático, opuesto al de otro autoritario.³³ Para preservar

Do Advogado ed., Porto Alegre RS, 2005, p. 69ss. Sobre una diferencia con el último, la tesis doctoral inédita, Machado Pelloni, Fernando M., Desobediencia & delito, Parte I. Para agotar el asunto, Mantovani, Ferrando, *Il problema della criminalità*, op. cit., última parte de la obra, p. 395ss.

³¹ Esta permanente contienda, entre poder y libertad, es una de las pulseadas más constantes e importantes del derecho público en el que tributa el ordenamiento penal. Si bien el capital cultural tributa al Estado social y democrático, y en ese punto puede ser un obstáculo a cambios, no puede perderse la atención sobre que aquella es producto de vivencias humanas concretas, que pueden, en suma, modificarse; así, Recasens Siches, Luis, *Filosofía del Derecho*, Porrúa, México DF., 2008, p. 97ss. Ello así, hay que procesar con cuidado las valoraciones subyacentes a las ideologías que condicionan la arquitectura de la respuesta en materia de política criminal; Moccia, Sergio, *El derecho penal entre ser y valor...*, op. cit., p. 8ss. La mutabilidad racional puede descansar en libertad, tolerancia y democracia -como exponía Radbruch (nota 13 *ut-supra*)- pero no es inexpugnable al germen autoritario; Kaufmann, Arthur, Kaufmann, Arthur, *Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtsgomatik*”, en *Einführung...*, op. cit., p. 18.

³² Ampliamente, Recasens Siches, Luis, *Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 220ss.

³³ Se puede señalar que la baja incidencia del fenómeno delictivo entre los habitantes, tenga o pueda tener relación con el incremento de la criminalidad estatal; Mantovani, Ferrando, *Il problema della criminalità*, op. cit., p. 191ss; o que más allá del aspecto cultural, aquél en propiedad no sea de conformi-

a uno y prevenirse del otro, la garantía debe aprobar cualquier iniciativa reglamentaria respecto de la autodeterminación individual.

Señalado lo anterior, con premura hay que destacar que no puede esperarse del seguro constitucional que impide el progreso de una política estatal por exceso, que por igual la configure ante un déficit. Más allá de unas piedras basales, principios que optimicen la imaginación de reglas (o simple elucubración de las últimas, a instancias de algunos protagonistas de la política), aquella tarea supera su teleológica orientación. Es decir, no prescribirá como acabar con el delito (aunque algunos todavía no distinguen el hecho punible de sus autores presuntos). *Declarará la prohibición de qué, cómo y cuándo la regulación amenaza, hiere o profundiza la agresión más allá del límite constitucional o convencional al derecho de libertad.*³⁴

Así los márgenes, *no prospera -¡y no debe hacerlo!- la política criminal de facto*. La intervención en el espacio público, donde más seguridad para los derechos básicos se demanda, se materializa en un complejo condominio, cruzado por distintas disciplinas, más las tributarias de la ciencia jurídica: las primeras condicionan la articulación de las segundas y en la medida que se sostenga una pretensión de compatibilidad regulatoria de conformidad al marco constitucional y convencional, por sus consecuencias y efectos, se deben a una arquitectura de límite y control del poder.³⁵

dad a las máximas libertarias. Sobre los modelos, la tesis doctoral inédita, Machado Pelloni, Fernando M., *Desobediencia & delito*, op. cit., e ineludible, Mantovani, Ferrando, *Diritto Penale. Parte Generale*, Cedam, Padova, 2013, p. XXXIV.

³⁴ En la esfera penal o bien en constelación de derechos constitucionales o convencionales, de acuerdo a Roza Acuña, E., *Le garanzie costituzionali nel diritto pubblico dell'America Latina*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 28.

³⁵ El tema, en efecto, abarca una constelación de intereses que no son propiedad exclusiva del derecho, ni lógicamente excluyentes de otras especialidades, todo aunque aquellas lo toquen e, incluso, lo afecten. Para expresarlo prontamente, participa la sociología que con sus herramientas analiza la cooperación y la conflictividad en la comunidad y sus acciones cuanto canal de comunicación, para identificarla y hasta para distinguir su regularidad de lo que deja de caracterizarla. La enorme tolerancia religiosa, *exemplo docit*, existente en países bajos y escandinavos, en la que no hay empleo de la temática con fines políticos, ni alcanzaría relevancia alguna, no se compara con la que podría perderse en los Estados Unidos, si algunas de las que pueden

dominar persiguieran imponerse; en un ámbito la sociedad es homogénea frente a la cuestión mientras que en otro es muy diversa; Greenawalt, Kent, *Private Consciences and Public Reasons*, Oxford U. Press, Oxford, 1995, p. 130. También incursiona la antropología, que reflexiona sobre el ser humano, acerca de sus inicios y de su fin, como la pertenencia a un grupo o sector y la correspondencia de éste con la humanidad; sintéticamente, no es igual la concentración del pensamiento sobre la persona en clave individual, a que aquél lo ignore por completo o que se intente un *tertium comparationis*. Al decir de Gustav Radbruch, 1789 fue de concepción individualista que entronizó la libertad acaso como una única obligación (negativa) del Estado; al que le es antitética por la idea abusiva del derecho por el ser humano, una que la niega en el marco de una contención, control o subordinación absoluto de aquél; „Einführung in die Rechtswissenschaft 1” en *Rechtsphilosophie I* (Hrsg. Kaufmann, Arthur), Müller, Heidelberg, 1987, p. 112. Una elaboración sintética ha sido ofrecida por Häberle, para quien la revolución ha sido -¡y es!- un positivo punto de partida, sin el cual no existirían críticos que han contribuido a superar su faltante, los que en el arco de su proyección social, por otra, podían rastrearse: así la igualdad o el preámbulo para los “deberes” sociales; Häberle, Peter, Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional (1789 als Teil der Geschichte, Gegenwart und Zukunft des Verfassungsstaates trad. Gutiérrez Gutiérrez, I.), Trotta, Madrid, 1998, p. 52. Una exposición del plano literario a la realidad acaso pueda aclarar el asunto. Es útil recordar el desprecio hacia la migración, subyacente a un sector del pueblo galo, representado perfectamente en la ficción por Michel Houellebecq, *Las partículas elementales* (trad. Encarna Castejón), Anagrama, Barcelona, 1999; por la realidad, “First french poll racism” en *BBC News*, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/6317799.stm> (última consulta, noviembre 28 de 2013). Por eso a nadie podía sorprender la violencia desatada en los suburbios de las más importantes ciudades de Francia a partir de la muerte de unos jóvenes en octubre 27 de 2005. En ese momento, ante un estallido de violencia urbana, el gobierno francés reaccionó con prohibiciones al derecho de reunión, que es lo único que ha sido efectivo de su batería de medidas -sistema de denuncia anónima contra la discriminación, mayor acceso al empleo- que no lograra ninguna integración desde fuera, porque no queda nada desde adentro, porque no hay algo positivo con que tentar la libertad del que está fuera de todo. Se recomienda el análisis de Braudillard, Jean, “The pyres of autum”, en *New Left Review* 37 jan-feb 2006, London, p. 5ss. Ya en el campo de la abstracción, un proyectista reconocido en la historia de los códigos propuestos que no pudieron suplir al de Moreno (h.), señalaba -con razón- que la regulación de la coacción trasunta todo orden político social; el religioso tiene hechos punibles pe-

Sin importar la vestimenta con la que se la quiera presentar.³⁶ En tal sentido vale colacionar la posición del Tribunal Constitucional español, de plena aplicación frente a conductas policiales sin sospecha razonable y que tachó como *una privación ilegal de la libertad* el exceso temporal de una limitación bajo detención o arresto, *sea por alcanzar el máximo previsto del tiempo legal (violación absoluta), o porque ya se habían despejado dudas o bien ya se habían practicado las gestiones que afectarían la autonomía del interesado en pos del interés público, incluso sin traspasarse el tope de retención o demora (violación relativa), puesto que se persigue la menor demora que sea posible.*³⁷

riféricos a la cuestión, como el oligárquico es opresivo e inhumano, como el comunista que lucha por los trabajadores. El democrático, entre tantos, ampara derechos y garantías. Remito a Peco, José, “El derecho penal y el Estado”, LL. 1-92. Así la situación, que se pasa las más de las veces por alto, ingresar en la seguridad e intentar -como fuere- ocuparla, hace a una labor que no concluye en un hectárea del mundo legal; al contrario, su extensión es vasta y geográficamente, podría explicársela como contenedora de todos los terrenos y de todos los climas que se conocen. Se dan cita, como se sostiene aquí y se reitera, la esfera iusfundamentalista, si así llamamos a los derechos fundamentales inalienables, la constitucional que recoge aquella y le imprime, a su vez, su propio sello; y la penal que reglamenta, bajo la influencia de las anteriores, la trascendencia de la libertad y sus subsidiarias, una de las cuales resulta la dimensión contravencional.

³⁶ Los alemanes llaman derecho penal (*Strafrecht*) al que toca a los hechos punibles de orden personal y derecho penal secundario (*Nebenstrafrecht*) al que involucra delitos impersonales, lo cual es dogmáticamente bastante objetable: *siempre* toca a los seres humanos. Ambos participan de los presupuestos limitadores de la coacción estatal. Digamos rápidamente, junto a Vasalli, que cualquier infracción ajena a esa clasificación -contravención por caso- y en la medida que implique consecuencias sobre la libertad, no deja de participar de las bases de aquellos, salvo darle espacio a un pretexto para volver punibles a las personas *ante delictum*. Véase, “I diritti dell’uomo dinanzi alla giustizia penale”, en *Giuliano Vasalli (a cura di Francesco Palazzo)*, Laterza, Roma-Bari, 2010, p. 157ss. La vigilancia debe ser grande sin que valga mucho en nombre de que se limite la libertad; Fairén Guillén, Víctor, *La identificación de personas desconocidas* (comentario al art. 20 de la ley de protección de la seguridad ciudadana), Civitas, Madrid, 1992, p. 39.

³⁷ Cfr. Gómez Corona, Esperanza, “La inadmisión del hábeas corpus en la jurisprudencia constitucional. La sentencia 165/07 de 2 de julio”, en *La Toga*, Colegio de Abogados de Sevilla, N° 167, febrero 2008, p. 20.

Ello debe influenciar el comportamiento de agentes de seguridad, para discriminar, en el común escenario de identificaciones o averiguaciones sobre tal o cual sujeto, o por denuncias en las que deberán separar hechos punibles de contravenciones o faltas, y así medir la intensidad y cantidad de la restricción: ahí debe tenderse el puente entre un área racional de la función de administración, con otra tan esencial como lo es el control a ella. Sin ese análisis, la solución los encerrará en el callejón sin salida de la inconstitucionalidad o la anticonvencionalidad: el acceso a la jurisdicción es un factor vital en el refuerzo con el que se cobija a la autonomía, cuando se denuncia –sea el interesado o terceros si el anterior de facto no puede– una explícita lesión a ella, por eso la conducción obligada ante el juez.³⁸ Tanto más si acaso no se trata de sospechosos, por cuanto no se aproximan a una norma prescriptiva, taxativa y cerrada mandada por ningún legislador: aquí ya es un estadio anterior a la *intervención restauradora* y nos concentramos en la *tutela anticipada o preventiva*.³⁹

³⁸ La lógica deriva de que el presupuesto de la privación de libertad no fue ordenada por un juez; cfr. Gómez Corona, Esperanza, “La inadmisión del hábeas corpus en la jurisprudencia constitucional...”, op. cit., p. 21 con cita de STC 66/1996.

³⁹ En tal caso opera el hábeas corpus resuelto en la ciudad de Bahía Blanca, por el que personal de la Prefectura Naval Argentina barrió de las calles, sin sospecha razonable en orden a un delito y entonces con afectación al *nulla poena, nullum crimen sine lege*, a individuos dedicados a cuidar automóviles o que se ofrecen para limpiar los vidrios entre el tráfico (también conocidos –y denostados– como “trapitos”). La intervención estatal, como tiene que ser, debe contar con un presupuesto positivo, como lo es un delito o contravención; *in re* “Hábeas corpus colectivo y preventivo presentado por la Sra. Defensora Dra. María Graciela Cortázar”, octubre 15 de 2013. Ello no significa que no pueda haber un marco regulatorio, como en cualquier actividad, o que, como cualquier variable ontológica, se cometa un hecho punible y su autor viva o sobreviva en base a aquella, o que la use como enmascaramiento; en tal sentido, no se entiende “la contribución” de un tribunal al debate de un asunto tan claro, por llevar al conocimiento de la legislatura porteña una absolución de quien, según el fiscal del juicio, no había cometido ningún crimen. De hecho, al ir más allá del pedido liberatorio del titular de la acción y pasar a rastros de la etapa oral, dieron cuenta que, sin perjuicio de su competencia como límite de la jurisdicción, en realidad el acusado podría haber hostigado en clave del art. 52 del código contravencional de

Como ha sido presentada, la garantía del hábeas corpus caracterológica al Estado democrático, está obligada como tal a indagar sobre las condiciones generales de la privación de libertad en términos constitucionales y convencionales (i) y, más precisamente, a verificar los presupuestos especiales en las formas que rodean a la restricción para que sea legal (ii) y en la sustancia como presupuesto de habilitación (iii).⁴⁰

En el conjunto generalista (i) se nos presenta una poderosa arma para repeler e indirectamente, por su alto y veloz impacto, prevenir la tortura, los tratos crueles, inhumanos y degradantes.⁴¹ En otras

la capital, a quien por no aceptar su ofrecimiento de limpieza de cristales, pasó a golpear la rueda del rodado o la puerta de la conductora e insultar al hijo de aquella; cfr. c. 3657 TOC N° 20 -presidente Luis Niño, vocales Pablo Laufer y Patricia Mallo- *in re* "A.A. s/extorsión en grado de tentativa", rta. 18-11-2011. Es decir, cabe la posibilidad de que pueda perturbar o fastidiar el ánimo de un automovilista y con ella homologar una actuación de personal policial (y si la idea fue ideológica por la desregulación de la tarea informal, pareciera, se insiste, desde la decisión judicial, que se alimenta fuera de *prudentia iuris*, la solución opuesta).

⁴⁰ Esta idea conceptual subyace al hábeas corpus colombiano, lo que resultó un cambio trascendental a su reglamentación histórica; cfr. Patiño González, María Cristina, "Análisis jurídico de la ley Estatutaria 1095 de 2006 de Hábeas Corpus", en Estudios Socio-Jurídicos, 8-2, Bogotá, 2006, p. 125.

⁴¹ El año 2013 se cumple el bicentenario de la proscripción de procedimientos reñidos con la dignidad humana, a instancias de la Asamblea del año 1813. En ese marco se ha llevado a cabo una campaña contra la tortura, los tratos crueles, inhumanos y degradantes, del que participó el ministerio público de la defensa federal, en conjunto con otras instituciones y personas en ejercicio de la función pública y otros que no. Se llevaron a cabo conferencias, jornadas, se recorrieron miles de kilómetros, se ocuparon decenas de hoteles y se invirtieron cientos de horas para mantener intacta la prohibición en cuestión. A pesar de ello, consideramos errado el cálculo con la cruzada: debemos presuponer que los sistemas judiciales locales y todos los ambientes asociados con lo académico conocen y adhieren a la doctrina que hace parte de nuestra historia constitucional, lo que en cualquier caso se vuelve imperativo es volver a instruir o profundizar la materia en los sectores de violencia institucional, en cada academia policial y penitenciaria local de la federación, con cada oficial jerárquico y con sus principales subordinados, puesto que la problemática no está en la mesa entre distintas personalidades que distinguen teóricamente lo correcto de cuanto no lo está, *sino debajo de ella*, por eso

expediciones hemos destacado la relación existente entre privaciones de libertad, reverso de detenciones sin sospecha razonable o sin hecho -no importa el *nomen iuris*- con subsunción legal que imputar, a lo que debe agregarse con sustracción de nuestra garantía para prosperar.⁴² De ahí que su presencia, como centinela, se nos presenta como el (mejor porque es último) mecanismo *ad-hoc* para velar por la supremacía moral estatal en su actuación por la seguridad pública, o sea de conformidad con los mandamientos convencionales, constitucionales y, cuando corresponda -porque algunas veces no hay adecuación a los recién nombrados- a los infraconstitucionales también. Aunque no se haga expresa mención, no hay duda alguna que el art. 46 de la ley 26.827 que faculta la intervención judicial para salvaguardar la integridad física de un ser humano víctima de la violencia institucional, alude al hábeas corpus y lo encuentra como su mejor aliado en tal cometido.⁴³

ahí acierta la ley 26.827 que crea el sistema nacional para la prevención, cuyo art. 4° define, para el objeto de la reglamentación, *el predicado de lugar de detención*. Se puede objetar que ella incluyó la difusión en los niveles medios de la educación. Ahora, tampoco ello protege a la juventud de actos que rebajan la autoridad moral estatal por la fuerza antijurídica de sus recursos humanos, cuadros que corresponde formar mejor y reformar también.

Véase por ejemplo la solución del hábeas corpus por el que la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza ordena la internación de una persona en un centro de salud para poder recibir atención médica y que la custodia para ella fuere de un personal de otra fuerza distinta de la penitenciaria de la provincia de San Juan; c. N° FMZ 17925/2013, JF N° 2 Sec. N° 5. Si el conflicto subsistiera por incumplimiento de la decisión judicial del superior por el inferior, no se trata de educarle, sino de denunciarle. Para un análisis sobre el tema, Machado Pelloni, Fernando M., “Argumentos contra la tortura, los tratos crueles, inhumanos y degradantes”, en Estudios Constitucionales, Año 8, N° 1, U. de Talca, 2010, pp. 137-168.

⁴² Pej. Machado Pelloni, Fernando M., “Hábeas Corpus: 797-3”, op. cit. y “Argumentos contra la tortura...”, op. cit.

⁴³ El art. 46 dentro del Título V de la ley 26.827 -sancionada en noviembre 28 de 2012, promulgada en enero 7 de 2013-, en el agrupado de estándares para el funcionamiento del sistema nacional de prevención de la tortura, dice: “*De la intervención judicial*- De verificarse supuestos de tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, aun en el caso de no contar con el consentimiento del damnificado, deberán instarse todas las acciones judiciales que

Otro tanto cabe para la desaparición forzada de personas, de pleno interés, desde nuestro parecer, para el tema.⁴⁴ En rigor, la existencia teórica *ex ante* de una instancia para impedir un abuso o restaurar un quiebre a la vinculación con la ley *ex post*, ante la imposición de una

resulten necesarias para salvaguardar su integridad”. Sobre la garantía como aliada contra la tortura, de acuerdo, Patiño González, María Cristina, “Análisis jurídico de la ley Estatutaria 1095 de 2006 de Hábeas Corpus”, op. cit., p. 127.

⁴⁴ La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas es uno de los tratados de derecho internacional de los derechos humanos que, con jerarquía constitucional, fue entronizado a la máxima posición normativa *ex post* a la Constitución reformada en el año 1994, según el propio mecanismo allí fijado; art. 75.22 CN, ley 24.820 (BO. 29-5-1997) en relación a la 24.556 (BO. 18-10-1995). A su vez, Argentina dió con la aprobación de la Convención Internacional sobre Desaparición Forzada de Personas de Naciones Unidas por la ley 26.298. Ambos instrumentos (el primero asociado a *hard-law*, el segundo a *soft-law*) plantean una analogía procedimental en la definición de la desaparición forzada contra la que quieren luchar, de gran estímulo para prestar atención ante demandas por vía de la garantía del hábeas corpus: uno señala como desaparición forzada cualquier privación y otro elige enunciar las más conocidas, imputables al obrar estatal y sin eco en sus mecanismos de protección, lo que debería llevar a reconsiderar hábitos de la administración y también de la función de control jurisdiccional. Las dos chocan contra la política criminal de facto.

Convención Interamericana (OEA)	Convención Internacional (ONU)
<p>II.- Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes. (<i>destacado nuestro</i>)</p>	<p>2.- A los efectos de la presente Convención, se entenderá por “desaparición forzada” el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley. (<i>destacado nuestro</i>)</p>

política criminal de facto -por identificación, por contravenciones que no admiten cautelares subjetivas o faltas administrativas- tiene competencia práctica para, en principio, adoptar reglas a recoger por la función legislativa e incluso mejorarlas o ratificarlas (en la medida que ya existan): en suma, para identificar *tiene que existir una marca horaria* que ponga fin a la merma en la libertad, como así también y por tratarse de un despliegue de la administración, fuera de un proceso judicial en mar-

XI.- Toda persona privada de libertad debe ser mantenida en lugares de detención oficialmente reconocidos y presentada sin demora, **conforme a la legislación interna respectiva**, a la autoridad judicial competente. Los Estados Partes establecerán y mantendrán registros oficiales actualizados sobre sus detenidos y, conforme a su legislación interna, **los pondrán a disposición de los familiares, jueces, abogados, cualquier persona con interés legítimo y otras autoridades.** (*destacado nuestro*)

XIII.- Para los efectos de la presente Convención, el trámite de las peticiones o comunicaciones presentadas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en que se alegue la desaparición forzada de personas **estará sujeto a los procedimientos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en los Estatutos y Reglamentos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incluso las normas relativas a medidas cautelares.** (*destacado nuestro*).

17.1. Nadie será detenido en secreto.

17.2. Sin perjuicio de otras obligaciones internacionales del Estado Parte en materia de privación de libertad, cada Estado Parte, en su legislación:

a) **Establecerá las condiciones bajo las cuales pueden impartirse las órdenes de privación de libertad;**

b) **Determinará las autoridades que estén facultadas para ordenar privaciones de libertad;**

c) Garantizará que toda persona privada de libertad sea mantenida únicamente en lugares de privación de libertad **oficialmente reconocidos y controlados;**

d) Garantizará que toda persona privada de libertad sea autorizada a **comunicarse con su familia, un abogado o cualquier otra persona de su elección** y a recibir su visita, con la sola reserva de las condiciones establecidas por la ley, y en el caso de un extranjero, a comunicarse con sus autoridades consulares, de conformidad con el derecho internacional aplicable;

e) Garantizará el acceso de toda autoridad e institución competentes y facultadas por la ley a los lugares de privación de libertad, si es necesario con la autorización previa de una autoridad judicial;

cha, *debe de oficio darse inmediata comunicación a un juez.*⁴⁵ Una buena técnica para prevenirse, siempre nos regresa al control del poder, por lo que si nos damos con él, subsiste un mecanismo garantista *ad hoc* que nos allana el sendero.

En los ámbitos más específicos (ii y iii), los aportes tienen como es lógico más notas distintivas, dado que más allá de la existencia de un marco de legalidad, probablemente los desafíos de la tutela de la

	f) Garantizará en cualquier circunstancia a toda persona privada de libertad y, en caso de sospecha de desaparición forzada, por encontrarse la persona privada de libertad en la incapacidad de ejercer este derecho, a toda persona con un interés legítimo, por ejemplo los allegados de la persona privada de libertad, su representante o abogado, el derecho a interponer un recurso ante un tribunal para que éste determine sin demora la legalidad de la privación de libertad y ordene la liberación si dicha privación de libertad fuera ilegal. (<i>destacado nuestro</i>)
--	---

⁴⁵ *No se discute la tarea dualista que compete a las fuerzas de seguridad: a la par de reprimir hechos punibles, también tienen que prevenirlos; no obstante ello, habrá que separar -mejor- a los sospechosos por un delito de los que lo sean por contravención o falta en la injerencia sobre la libertad. Esta racionalidad en las alternativas se corresponden con las derecho alemán -art. 163c StPO-, Kindhäuser, Urs, *Strafprozessrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2006, p. 57ss, 81ss, respectivamente para la misión policial y la tarea de interceptación de sospechosos e identificación de no sospechosos; análogo en Colombia, cfr. Patiño González, María Cristina, "Análisis jurídico de la ley Estatutaria 1095 de 2006 de Hábeas Corpus", op. cit., p. 135. En la Ciudad de Buenos Aires -aunque también pudiera ocupar su lugar Córdoba (capital)- se da un fenómeno particular. Para contener el imperio normativo de lo fáctico del personal policial, el constituyente prohibió el dictado de cautelares subjetivas bajo imputaciones por contravenciones -art. 13.11 de la Ley Mayor-; sin embargo, subsisten los traslados de personas bajo una constelación de pretextos y por largas horas, situación que nos devuelve a la *violación absoluta o relativa* de la autonomía, es decir al alcance de lo *que la judicatura local (no quiera ver o analizar (ut-supra, nota 40 e ut-infra, nota 53).**

libertad se deban a normas jurídicas puntuales.⁴⁶ Desde la observación de (presuntos) problemas de seguridad pública,⁴⁷ se dan (absurdas) soluciones con observación de dos fenómenos: en la emergencia (muchas veces de ideas) se consagran excepciones normativas, o se hace abandono de los fundamentos que limitan u obligan a la intervención penal.⁴⁸ Cualquier disposición que cumpla con el mecanismo constitucional formal o procedimental para sancionar una ley pero que atente contra la autonomía material, no sobrevive al hábeas corpus -art. 43 CN-: *una interpretación que se desentienda de la sustancia, por el privilegio de lo ritual, homologa una política criminal impropia del Estado democrático de derecho.*⁴⁹ Ello es determinante para proponer una revisión al análisis

⁴⁶ Esta descripción engendra un peligro que conviene desactivar: el hábeas corpus aunque se trabaje en lucha contra situaciones arbitrarias, toma la legalidad en un amplio sentido, sea por actos fuera de ella, contra ella o progresivamente apartándose de ella; cfr. Montón Redondo, Martín, “El derecho de hábeas corpus” en Derecho Procesal, U. de Extremadura, 1989, p. 176.

⁴⁷ Es bastante asombroso advertir una constante concentración de la política en los resultados -el delito-, antes que en los antecedentes -factores que inciden en él-. De nuevo, remitimos a Mantovani, Ferrando, *Il problema della criminalità*, op. cit., p. 93ss; véase además Rock, Paul, “Sociological theories of crime”, en *The Oxford Handbook of Criminology*, ed. Maguire, M.-Morgan, R.-Reiner, R., Oxford U. Press, NYC, 2007, p. 7ss.

⁴⁸ Se hace inclusión de categorías sospechosas como nacionalidad, religión, etc., pe. Patiño González, María Cristina, “Análisis jurídico de la ley Estatutaria 1095 de 2006 de Hábeas Corpus”, op. cit., p. 128; como otras irracionales, pe. I-72427 “Centro de Estudios Legales y Sociales y otros c/prov. de Buenos Aires s/inconst. Ley 14.434” SCBA, 26-02-2013, donde el tribunal supremo bonaerense suspendió la limitación del art. 171 del código de procedimientos local, que restringía la libertad por determinados delitos, una “categoría abstracta de lo no excarcelable” (jueces Lazzari, Negri y Genoud).

⁴⁹ Esto ha ocurrido en otros derechos comparados, en especial con la “guerra contra el terrorismo”, que alteró el hábeas corpus como protector de la libertad en los Estados Unidos. Por más de diez años se sucedieron decisiones ejecutivas y leyes del congreso federal de aquél país, a lo que hay que sumar que si bien alternó rechazos con admisiones de peticiones, cuando la Suprema Corte cuestionó la normativa que sustraía el debido proceso de los acusados a nivel constitucional o desconocía el derecho internacional humanitario, la función legislativa no se hizo cargo de la señal de sus fallos.

con el que se convalida la actuación de la administración en la seguridad que persigue, a través del control migratorio; dado que se condiciona el ejercicio o el recupero de la libertad, perseguido por el hábeas corpus, y resulta ser que la infracción de la reglamentación del ingreso o la permanencia en el país es tratado concretamente como un hecho punible, aunque en definitiva no lo sea.⁵⁰ Se considera esencial que la

Pej, cuando en *"Rasul v. Busch"* 542 US 466 y *"Hamdi v. Rumsfeld"* 542 US 507 (2004) se dijo que prisioneros de Guantánamo debían contar con la garantía, se instrumentó un mecanismo *ad hoc* (*Combatant Statute Review Tribunal, CSRT*) que nada tiene que ver con aquella; en efecto se creó una comisión para revisar el estatuto de "combatiente irregular" inmediatamente después de la opinión del Tribunal Supremo, y recién después de ello, se podría llegar a la petición tal y como se la conoce. En 2005 se sancionó el estatuto de los detenidos (*Detainee Treatment Act, DTA*), prohibió la tortura pero también su garantía: un cheque a la violencia institucional. Inmediatamente el ejecutivo dispuso comisiones militares especiales de juzgamiento (*Military Commissions Act, MCA*), descalificado en *"Hamdan v. Rumsfeld"* 549 US 597 (2006), por carecer de base legislativa y no por ser *ad hoc* o *ex post facto*, lo que llevó a que el legislador la homologara. Una vez más, la Suprema Corte declaró que ello interfería con el hábeas corpus *in re "Boumediene v. Bush"* 553 US 723 (2008), donde despejó dudas respecto a los fundamentos del proceso legal debido -tribunal imparcial para evaluar si se puede suspender la garantía, si en efecto esta ha sido suspendida y si ella distingue personas a proteger, ciudadanos o no-; Dasgupta, Riddhi, "Boumediene v. Bush and Extraterritorial habeas corpus in wartime", en *Hastings Constitutional Law Quarterly* 36-3, 2009, p. 425ss. Más análisis, Machado Pelloni, F. "Hábeas corpus: pasado, presente y futuro. Teoría y práctica", op. Cit; más amplio, Moeckli, Daniel, *Human Rights and non discrimination in the 'War on Terror'*, Oxford U. Press, Oxford, 2008, que explora los criterios por los cuales se termina por traspasar la prohibición de discriminación arbitraria y demuestra como hay alternativas menos lesivas. Las consecuencias de la selectividad y la excepción son la muerte, como lo expuso el caso del natural de Yemen, Adnan Farhan Abdul Latif en setiembre de 2012, quien atravesó desde 2002, por todas las órdenes ejecutivas y disposiciones legislativas, sin mayor suerte en los tribunales federales de Estados Unidos, que siquiera tuvo una autopsia cuyos resultados podamos conocer. Cfr. editorial, "A Guantanamo death", *International Herald Tribune*, 17-09-2012, p. 6.

⁵⁰ Los ingresos irregulares conllevan expulsión según el art. 37 de la ley 25.871; tampoco una permanencia ilegal abandona el plano administrati-

expulsión derivada de la contradicción con el régimen de migraciones, con oportunidad de defensa y control para el infractor, sea inmediata y, en un paso previo, retenerle lo mínimo y necesario en tales extremos, en un lugar apropiado que no es la prisión.⁵¹

vo entre nosotros y ambas elecciones desechan al control migratorio como eje de la intervención penal, de ahí que no puede tolerarse amplias retenciones para una ulterior expulsión. No ocurre así en Alemania. En efecto, cualquiera de estos comportamientos pueden llevar como consecuencia pena de prisión de hasta un año e imposición de multa, en los términos del art. 95.1 de la *Aufenthaltsgesetz* y posiciona como objetivo primario la estabilización y el control migratorio. Cfr. Gericke, Jan., *AufenthG* en *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (Lagodny, O.), Beck, München, 2009, p. 73. Lo que aquí se sostuvo se aplica a otros escenarios de la administración.

⁵¹ Ahí la crítica contra la postura de rechazo de la Cámara Federal de La Plata *in re* “LQ, GZY, YY, YBX, ZHF, ZSG, LWP, LXF, ZDQ, CPH y SLF s/hábeas corpus”, Sala I, expte. 6112, rta. 29-3-2012. El Tribunal en cuestión crítica la interposición de presentaciones que demoran la expulsión, cuando en realidad, por la naturaleza, debería acelerar la resolución, para posibilitarla cuanto antes; además pasa sin considerar puntos muy delicados, que debieron haber llevado más estudio. Si es cierto, como se recoge en la resolución, que los accionantes fueron testigos en un proceso por trata de personas, la buena práctica del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho penal internacional se orienta hacia la autorización excepcional de permanencia, cuanto menos, hasta la resolución del proceso que los involucra por este hecho punible, como sucede en Alemania. Ello difiere cuando esas circunstancias no parecen darse, según el citado órgano, *in re* “WXF y LWW s/hábeas corpus” expte. 6207, rta. 3-07-2012, como cuando un ciudadano intenta ingresar sin más con documentación falsa y su expulsión está ordenada e inminente resulta ser. Dicho lo anterior, es atinado convocar la experiencia comparada del derecho español, que tiene iguales o agravados problemas (derivados de Africa, o sea de *gente que no tiene que comer o cuya expectativa de vida puede detenerse en 30 años*): allí se separa la prohibición en el goce del derecho de libre circulación por quien no se ajusta a la ley migratoria, de la afectación de la libertad y el acceso a la tutela judicial efectiva. Mientras lo primero es razonable, no tiene ese atributo la prohibición de quien quiera poner una situación restrictiva -por obra del control fronterizo- bajo control judicial, por ejemplo, para que una expulsión sea (lo más) inmediata; SSTC 179/2000, Pérez Sola, Nicolás, “Las limitaciones al derecho a la libertad en el ámbito de la ley de extranje-

Aunque no acaba allí: la deliberada o inconciente renuncia a la necesidad, utilidad y proporcionalidad de la legislación sustantiva ilustra sobre la aparición de escalas punitivas tendientes a anticipar penas por medio de prisiones preventivas, dándonos descripción de los enemigos escogidos por el Estado de Derecho, algo invariable en él.⁵² Es nuestra ingeniería la que, si acaso no están reunidos los extremos que imposibilitan el progreso del juicio penal, *debe cuestionar ese perverso enmascaramiento*, que no puede aguardar -por irreparable-, ante el daño a la autonomía por una sentencia definitiva.⁵³

ría y la operatividad del procedimiento de hábeas corpus”, en Revista de la UNED, 3-2008, Madrid, p. 241. Sobre esto también, Fairén Guillén, Víctor, La identificación de personas desconocidas, op. cit., p. 43.

⁵² Sobre ello, se alerta que el ex director del departamento de derecho penal y filosofía del derecho de la facultad de derecho de la universidad de Bonn, había señalado que se limitaba a describir como “enemigo” a lo que ya estaba en los ordenamientos estatales, seleccionados conforme las reglas sociales e institucionales existentes y que él no propiciaba un giro en el derecho material, sino más bien una flexibilización de las injerencias en la libertad durante el procedimiento. Cfr. Jakobs, Gunther,, „Feindstrafrecht? - Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtllichkeit”, *Onlinezeitschrift für Höchststriftrliche Rechtsprechung im Strafrecht* (HRRS, www.strafrecht.de), 8-9, 2006, s. 289ss. Sobre la enunciación de supuestos, basta la parte especial del CPA y sin pretensión de agotar su enunciado parte de los siguientes ejemplos: art. 139 -descalificado por la Corte Federal, Fallos: 321:3630-; art. 189 *bis* (2) *in fine* -desautorizado pero por la Cámara Federal de Casación Penal, *in re* “Amato, Diego Marcos s/rec. de revisión”, Sala I, c. 15.949, reg. 21.199, rta. 12-06-2013-. Es altamente recomendable la respuesta del Prof. Dr. Aponte, Alejandro, Guerra y derecho penal del enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo, Ad-Hoc, BsAs., 2008, toda la obra, con particular atención p. 300ss, 350ss; también el repaso por los bases y el sentido de humanidad en el derecho penal en sentido historiográfico, Radbruch, G., „Das Strafrecht der Zauberflöte”, en *Kulturphilosophie und kulturhistorische Schriften* (Hrgs. Spindel, G.), C. F. Müller, Heidelberg, 2002, p. 283ss.

⁵³ Si la autoridad obra de mala fe, caprichosamente o por un mal o colateral propósito, el hábeas corpus puede progresar; Gans, J.-Henning, T.-Hunter, J.-Warner, K., *Criminal Process and Human Rights*, The Federation Press, Sydney, 2011, p. 162.

IV.- CIERRE: HÁBEAS CORPUS COMO GARANTÍA DE LA DIGNIDAD

Existe consenso en admitir que el objeto de protección cuando se habla de derechos fundamentales, por ejemplo a través de los procesos constitucionales, es el contenido constitucional (convencionalmente alimentado o retroalimentado) de cada derecho. La protección de aquél es la garantía de su incolumidad: todo derecho humano tiene un contenido constitucional que vincula y exige ser respetado. En este sentido en la doctrina se habla de la “*garantía del contenido esencial*” de los derechos fundamentales para hacer referencia al contenido constitucional vinculante y exigible que trae consigo cada derecho fundamental. El “*contenido constitucional*” o “*contenido esencial*” de cada derecho fundamental así entendido, será vinculante no solo con respecto al legislador, sino también respecto de la función ejecutiva y de la judicial, como órganos del poder público e incluso de particulares.

Si bien en el último punto hay consenso, no ocurre lo mismo cuando se pretende establecer cuál es, o cómo determinar el contenido constitucional de un derecho fundamental concreto. Por la argumentación precedente, una medida de injerencia que afecte el derecho fundamental de libertad, como ser una restricción procesal o procedimental-penal o administrativa- en acción directa o por un enmascaramiento sustantivo, que sea desproporcionada e irracional, lo que es señalarla como manifiestamente injusta en la violación al debido proceso en su dimensión material, debe atenderse por vía del hábeas corpus.⁵⁴ Según nuestro parecer, ello no solo ocurre cuando se afectan algunos de los presupuestos formales, sino también cuando no se observa dignidad en la intervención penal, es decir un criterio objetivable a través de los principios de necesidad, idoneidad, razonabilidad y proporcionalidad. *Se trata de una resistencia opuesta ante un descomunal desconocimiento de los fundamentos que cimientan el Estado de Derecho y los que orientan a su*

⁵⁴ Lo injusto puede tratarse de un error por inexistencia de antecedente lógico para la consecuencia restrictiva, por insuficiencia de prueba, porque la longitud temporal va mucho más allá de las necesidades del interés, porque la decisión no está bien constituida, entre otros casos; Gans, J.-Henning, T.-Hunter, J.-Warner, K., *Criminal Process and Human Rights*, op. cit., p. 161 y sus citas.

*política criminal. También de una ambiciosa y no menos pretenciosa defensa frente a la arbitrariedad reinante en lugares ajenos al común de la sociedad (aunque no de los jueces que pertenecen a ella).*⁵⁵

Armado de los principios enunciados, el hábeas corpus diagrama un mundo posibilista con la finalidad de ayudar a establecer si una intervención sobre el derecho fundamental de libertad dictada con fundamento jurídico y, en general, opuesto, ocasiona o no una lesión o merma proporcionada a la autonomía restringida y ello con la pretensión de decidir si se dé o no la cobertura constitucional y convencional aclamada. En otras palabras, está llamado a determinar la constitucionalidad y convencionalidad de toda medida -legislativa,⁵⁶ ejecutiva⁵⁷ o

⁵⁵ Debe atenderse, como desde hace años correspondería al servicio penitenciario federal, la violación de la dignidad en lo que hace a sus traslados, por razones de trámite de los procesos. Cabe plena aplicación aquí de la *violación relativa* en lo que toca al espacio temporal que demanda un trayecto de una prisión a un juzgado o tribunal, *ut-supra* III, nota 37. Aunque por agravamiento de una detención legal. Es un trato cruel, inhumano y degradante; cuando no directamente una tortura; que la solicitud judicial asuma, en la práctica, que se lo despierte al interno a la medianoche y que llegue agotado, por falta de descanso, a la sede; doctrina app. 5310/71 CEDH, *“Ireland v. United Kingdom”*, rta. 18-01-1978, remitimos a Machado Pelloni, Fernando M., “Argumentos contra la tortura, los tratos crueles, inhumanos y degradantes”, op. cit. En el caso andaluz, se ha cuestionado la dilación con la que se efectuaba mayormente el traslado de los detenidos a los órganos jurisdiccionales, pues debía hacerse *en el lapso más breve*, sin dilación o demora; SSTC 199/1987, 224/1998, 288/2000 citadas por Grupo 17 de marzo-Sociedad Andaluza de Juristas, “El hábeas corpus y la situación de los detenidos en Sevilla capital ¿es constitucional la práctica institucionalizada de una sola conducción de detenidos al día?”, La Toga, Colegio de Abogados de Sevilla, N° 163, 2007, p. 48ss. Este modalidad sería *hábeas corpus correctivo-preventivo de un humano descanso*; Machado Pelloni, F.M. (con colaboración de Bouyssou, N. I.), “El hábeas corpus”, en Tratado de Derecho Procesal Constitucional T.I, Manili, Pablo-director, La Ley, 2010, p. 662ss.

⁵⁶ Notas *supra* 45, 48 y 52.

⁵⁷ Clara expresión de ello ha sido lo obrado por la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, en el hábeas corpus frente a la Resolución N° 85/2013 del Ministerio de Defensa de la República, que en su art. 1° prohíbe la internación o asistencia en hospitales militares o dependientes de las fuerzas arma-

judicial⁵⁸- que la afecte. Mientras resuelve el conflicto, nos recuerda que en el sistema de medios y fines, el poder está a mitad de camino, sirve a la coacción si lo hace también con el objeto jurídico, que es el ideal libertario con justicia.⁵⁹

das, a quienes han sido condenados o están *procesados con prisión preventiva*, que tengan o hayan tenido estado militar, lo que alcanzaba a la *totalidad* según el art. 2º. Ello originado en la fuga de dos personas de un establecimiento sanitario castrense. En el caso “C” -c. 2/219, reg. 641, rta. 15-08-2013, jueces Tazza y Ferro- el tribunal de referencia rechazó la apelación estatal, y en consecuencia confirmó lo que dispusiera el *a quo*, que ordenó continuar el tratamiento de los afiliados a la obra social y en el establecimiento hospitalario perteneciente al brazo armado del Estado. Tal decisión se hacía eco del estado de salud y del tratamiento, que desaconsejaba la abrupta interrupción., más aún, si se contaban chequeos tras intervenciones quirúrgicas recientes. Quizás en el futuro podrían asegurarse las asistencias en otros centros de salud.

⁵⁸ Es destacable la solución del hábeas corpus por el Juzgado de Garantías N° 1 del departamento de Moreno-Gral. Rodríguez, en el proceso N° 7192 “Pereyra Manuel Federico s/habeas corpus”, rta. 5-11-2013. El nombrado tenía dictada una prisión preventiva por robo calificado por el uso de arma de fuego, utilizada en forma impropia y también por haberse cometido en poblado y en banda, arts. 45, 166.2 párrafos 1º y 2º, 167.2 CPA., con disposición conjunta con la justicia federal -Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal N° 1 de capital, al momento de resolver Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1- por infracción a la ley federal 23.737. El interesado en la acción -porque la intentó un abogado vinculado con organizaciones ligadas a la defensa de los derechos humanos- estuvo internado en Olmos y con pedido para ir al centro sanitario de la unidad federal sita en Ezeiza, con graves lesiones por arma de fuego, lo que no fue posible por cupo. Había perdido el bazo, con sondas, una que perdió y derivó en una infección que motivó el traslado a un hospital extramuros, tenía que recibir medidas de higiene para preservar su salud que no eran provistas por el servicio penitenciario bonaerense, cuyo servicio de sanidad no respondía por diversas razones, como resolver el tratamiento del interno. Entonces el magistrado local, con cita de Fallos: 318:2002 y 332:2842 y las complicaciones derivadas de su salud, consideró que *la medida cautelar debía modificarse a prisión domiciliaria*, la que no hizo efectiva sino hasta que la otra jurisdicción también acompañara el criterio (a la que parecía no tener alternativa constitucional y convencional alguna).

⁵⁹ No pasa, a pesar de los años, la actualidad de la relación elaborada por el gran iusfilósofo y penalista, Mayer, Max Ernst, *Filosofía del Derecho (Rechtsphilosophie*, trad Legaz Lacambra, L.), Labor, Barcelona, 1937, p. 171.

Dentro del marco teórico en el que cobra vida la dignidad, encontramos las aplicaciones prácticas del proceso de hábeas corpus; sin pasar por alto que el proceso constitucional no tiene por objeto, emitir pronunciamiento alguno sobre temas de fondo en un proceso judicial, habida cuenta de su “cognición limitada”, no hace menos que velar porque toda medida restrictiva de la libertad, en sus múltiples variantes, obedezca a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, en un marco de legalidad constitucional y convencional. Eso es mucho, aunque quizás en la vida real todavía no sea tanto: del peso de la jurisprudencia se distingue un control más *light* en la actuación inicial de la administración, de otro que por necesario -no decimos suficiente- es superior en etapas progresivas del juicio penal. Sin embargo, esto último no tiene nada que ver con la garantía y es un problema analíticamente diferente.

COMO CITAR ESTE ARTICULO:

BOUYSSOU, Norma I.; PELLONI, Fernando M. Machado. Hábeas Corpus: contribuciones a la causa del estado de derecho. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 2, n. 1, p. 111 - 143, 2016. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v2i1.19>

O Supremo Tribunal Federal e a lei Maria da Penha – uma lamentável decisão

*Brazilian Supreme Court and the “Maria da Penha” law:
an unfortunate decision*

Rômulo de Andrade Moreira¹

Procurador de Justiça na Bahia
romuloamoreira@uol.com.br

“Saímos da ditadura do masculino para a ditadura de um feminino estereotipado. Um feminino que nega tudo o que é feminino.”²

¹ Procurador de Justiça na Bahia e Coordenador do Centro de Especialização e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público da Bahia. Foi Assessor Especial da Procuradoria Geral de Justiça, Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais e Procurador-Geral de Justiça Adjunto para Assuntos Jurídicos. Ex- Procurador da Fazenda Estadual. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador - UNIFACS, na graduação e na pós-graduação (Especialização em Direito Processual Penal e Penal e Direito Público). Pós-graduado, lato sensu, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela Universidade Salvador - UNIFACS (Curso então coordenado pelo Jurista J. J. Calmon de Passos). Membro da Association Internationale de Droit Penal, da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim. Membro fundador do Instituto Baiano de Direito Processual Penal. Integrante, por quatro vezes, de bancas examinadoras de concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor convidado dos cursos de pós-graduação dos Cursos JusPodivm (BA), Praetorium (MG), IELF (SP) e do Centro de Aperfeiçoamento e Atualização Funcional do Ministério Público da Bahia. Autor das obras “Curso Temático de Direito Processual Penal” e “Comentários à Lei Maria da Penha” (este em coautoria com Issac Sabbá Guimarães), ambas publicadas pela Editora Juruá, 2010 (Curitiba); “A Prisão Processual, a Fiança, a Liberdade Provisória e as demais Medidas Cautelares – Comentários à Lei nº. 12.403/11”, “Juizados Especiais Criminais”, “Comentários à Lei do Crime Organizado” e “Crítica à Teoria Geral do Processo”, todos estes publicados pela Editora LexMagister, Porto Alegre/RS, além de coordenador do livro “Leituras Complementares de Direito Processual Penal”, publicado pela Editora JusPodivm, 2008. Participante em várias obras coletivas. Palestrante em diversos eventos realizados no Brasil.

² Janaína Paschoal, “Mulher e Direito Penal”, Coordenadores: Miguel Reale Júnior e Janaína Paschoal, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 3.

RESUMO: O trabalho analisa duas decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal na sessão do último dia 09 de fevereiro. A primeira, por maioria, julgou procedente a ADIn nº. 4424 quanto aos artigos 12, I, 16 e 41 da Lei nº. 11.340/06. Na mesma sessão, por unanimidade, os Ministros acompanharam o voto do relator da ADC nº. 19, Ministro Marco Aurélio, e declararam constitucionais os arts. 1º., 33 e 41 da lei. Discordando do entendimento da Suprema Corte, procuramos confrontar alguns dispositivos da Lei Maria da Penha com a Constituição Federal, concluindo que os seus arts. 17 e 41, além do art. 313, IV do Código de Processo Penal, não devem ser aplicados, pois incompatíveis com a Constituição Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Violência Doméstica – Crime de Menor Potencial Ofensivo – Juizados Especiais Criminais – Constituição Federal – Princípio da Proporcionalidade – Princípio da Igualdade.

ABSTRACT: *The paper analyzes two decisions of the Supreme Court in the last session on February 09th. The first, by majority, upheld the ADIn nº. 4424, concerning the articles 12, I, 16 and 41 of Law nº. 11.340/06. In the same session, unanimously, the Ministers followed the rapporteur of the ADC nº 19, Minister Marco Aurelio, and declared constitutional the articles 1º., 33 and 41 from the law. Disagreeing from the understanding of the Supreme Court, we confront, in this paper, some articles of Maria da Penha Law with the Federal Constitution, concluding that the articles from the referred law 17 and 41, besides the art. 313, IV of the Code of Criminal Procedure, should not be applied because they are incompatible with the Federal Constitution.*

KEYWORDS: *Domestic Violence - Crime of lower offensive potential - Special Criminal Courts - Federal Constitution - Proportionality's Principle - Equality's Principle.*

I – INTRODUÇÃO

O Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou procedente, na sessão do último dia 09 de fevereiro, por maioria, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4424) ajuizada pela Procuradoria-Geral

da República quanto aos artigos 12, inciso I; 16; e 41 da Lei Maria da Penha. Na mesma sessão, agora por unanimidade, os Ministros acompanharam o voto do relator da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 19, Ministro Marco Aurélio, e concluíram pela procedência do pedido a fim de declarar constitucionais os artigos 1º, 33 e 41, da Lei Maria da Penha.³ Ademais, a decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4424 produziu efeitos antes mesmo da publicação do acórdão. Com base nesse entendimento, o Ministro do STF Luís Roberto Barroso deferiu liminar em Reclamação (RCL 16031) para manter o curso de ação penal contra um morador de Osasco (SP), acusado de agredir a ex-companheira em ambiente doméstico. Ao analisar a liminar na RCL 4424, o Ministro Luís Roberto Barroso considerou presente a plausibilidade jurídica da tese defendida pelo MP-SP “*de que proferida decisão em ADI, seu efeito vinculante produz-se antes da publicação, o que conduz à conclusão, em exame preambular, de que a decisão atacada afronta a autoridade decisória da Corte*”, disse o ministro-relator. Segundo Barroso, “*o perigo na demora decorre da possibilidade de o decurso do tempo prejudicar a persecução criminal, atingindo-a com a prescrição*”. Diante disso, o ministro deferiu a liminar para suspender o efeito da decisão proferida pelo juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de Osasco que declarou extinta a punibilidade do autor pela renúncia da representação.

Assim, o ministro determinou que o juízo reclamado seja comunicado da decisão, de modo a viabilizar o andamento do processo, considerando a natureza pública incondicionada de eventual ação penal, nos termos do julgado na ADI 4424 pelo Supremo Tribunal Federal.

³ Sobre o assunto, além de vários artigos já publicados na internet, indicamos: “Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar contr a Mulher”, obra coletiva publicada pela Editora Lumen Juris (2008) e organizada por Adriana Ramos de Mello; “Violência Doméstica”, de Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007; “Violência Doméstica”, de Stela Valéria Soares de Farias Cavalcanti, Salvador: Editora JusPodivm, 2007 e “Estudos sobre as novas leis de violência doméstica contra a mulher e de tóxicos”, obra coletiva coordenada por André Guilherme Tavares de Freitas, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

Nada obstante o argumento de autoridade que representa um julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, ousamos discordar e afirmar, em alguns pontos, a inconstitucionalidade da Lei nº. 11.340/2012.

Como se sabe, “*configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial.*”⁴ A violência pode ser praticada: a) “*no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas*”; b) “*no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa*”⁵ ou c) “*em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.*”⁶

⁴ “*O declínio primitivo e que deu azo ao presente conflito afirmou não se tratar de violência de gênero, uma vez que as envolvidas são do sexo feminino. Na esteira do vem decidindo o STJ, o sujeito passivo da violência doméstica, objeto da Lei 11.340/06 é a mulher, sendo certo que o sujeito ativo pode ser tanto o homem quanto a mulher, desde que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade, o que restou cabalmente demonstrado neste autos, de onde exsurge a hipótese contemplada no inciso II, do art. 5º, da Lei da regência. Ademais a condição peculiar da mulher (vítima) prevista no art. 4º, da Lei Especial, está perfeitamente delineada com o fim social a que se destina a legislação em comento. A Lei Maria da Penha é um exemplo de implementação para a tutela do gênero feminino, justificando-se pela situação de vulnerabilidade e hipossuficiência em que se encontram as mulheres vítimas da violência doméstica e familiar*” (TJRJ – 8ª C. CC 2009.055.00401 – rel. Gilmar Augusto Teixeira – j.30.09.2009).

⁵ “*Lesão corporal cometido por sogra à nora. I – Conflito suscitado no juízo criminal comum em face de Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Comarca da Capital, para julgamento de delito praticado na vigência da Lei 11.340/06. II – O artigo 129, § 9º do Código Penal é aplicável às hipóteses de violência doméstica, nas quais a lesão corporal é praticada contra pessoas que integram estrutura familiar, in casu sogra e nora, ligadas, portanto, por laços de afinidade, não importando se entre pessoas do mesmo sexo, amoldando-se os fatos, em consequência, ao disposto 5º e 14 da Lei 11.340/06. Conflito Procedente*” (TJRJ – 2ª C. CC 2009.055.00320 – rel. Kátia Jangutta – j.03.09.2009).

⁶ O namoro é uma relação íntima de afeto sujeita à aplicação da Lei 11.340/06. Quando a agressão é praticada em decorrência dessa relação, o Ministério

Ademais, compreende: a) “a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal”; b) “a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à

Público pode requerer medidas para proteger a vítima e seus familiares. O entendimento é da 6ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça e foi firmado no julgamento do pedido de Habeas Corpus de um agressor que tentava suspender a proibição de chegar a menos de 50 metros da ex-namorada e do filho dela. A restrição foi imposta pela Justiça do Rio Grande do Sul em ação proposta pelo Ministério Público com base na Lei Maria da Penha. A defesa do agressor alegou a inconstitucionalidade da lei por privilegiar a mulher em detrimento do homem, a ilegitimidade do Ministério Público e disse que não havia relação doméstica entre o casal, pois namoraram por pouco tempo, sem a intenção de constituir família. De acordo com o inquérito policial, a vítima trabalhava com o agressor e os dois namoraram por quatro anos. Após o término do relacionamento, o agressor passou a espalhar panfletos difamatórios contra a ex-namorada, pichou o muro de sua residência e é suspeito de ter provocado um incêndio na garagem da casa dela. Seguindo o voto da relatora no STJ, desembargadora convocada Jane Silva, a 6ª Turma negou o pedido. Para a relatora, um namoro de quatro anos configura, para os efeitos da Lei Maria da Penha, relação doméstica ou de família, não simplesmente pela duração, mas porque o namoro é um relacionamento íntimo. A própria lei afasta a necessidade de coabitação para caracterizar a relação íntima de afeto. Assim, o Ministério Público tem legitimidade para propor medidas de proteção. A decisão ressalta ainda que declarar a constitucionalidade ou não da lei é atribuição do Supremo Tribunal Federal. A relatora ainda esclareceu que a 3ª Seção do STJ, no julgamento dos conflitos de competência 91.980 e 94.447, não decidiu se a relação de namoro é ou não alcançada pela Lei Maria da Penha. O entendimento da Corte Superior naqueles casos específicos foi de que a violência praticada contra a mulher não decorria da relação de namoro. De acordo com Jane Silva, quando há a comprovação de que a violência praticada contra a mulher, vítima de violência doméstica por sua vulnerabilidade e hipossuficiência, decorre do namoro e que esta relação, independentemente de coabitação, pode ser considerada íntima, aplica-se a Lei Maria da Penha. (HC 92.875).

autodeterminação”; c) “*a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos*”; d) “*a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades*” e e) “*a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.*”

É importante ressaltar que a lei não contém nenhum novo tipo penal, apenas dá um tratamento penal e processual distinto para as infrações penais já elencadas em nossa (vasta e exagerada) legislação. De toda maneira, entendemos extremamente perigosa a utilização, em um texto legal de natureza penal e processual penal (e gravoso para o indivíduo), de termos tais como “*diminuição da auto-estima*”, “*esporadicamente agregadas*”, “*indivíduos que são ou se consideram aparentados*”, “*em qualquer relação íntima de afeto*”, etc., etc.

Observa-se, porém, que uma agressão de ex-namorado contra antiga parceira não configura violência doméstica. Com esse entendimento, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, declarou competente o juízo de direito do Juizado Especial Criminal de Conselheiro Lafaiete, em Minas Gerais, para julgar e processar ação contra agressor da ex-namorada. No caso, o homem encontrou a ex-namorada na companhia do atual parceiro e praticou a agressão. Ele jogou um copo de cerveja no rosto dela, deu-lhe um tapa e a ameaçou. O Ministério Público entendeu ser caso de violência doméstica e, por isso, considerou que deveria ser julgado pela Justiça comum. Acatando esse parecer, o juízo de Direito do Juizado Especial Criminal de Conselheiro Lafaiete encaminhou os autos para a 1ª Vara Criminal da cidade. Porém, a Vara Criminal levantou o conflito de competência por entender que não se tratava de violência doméstica e, por essa razão, a questão deveria ser julgada pelo Juizado Especial. Em

sua decisão, o relator, ministro Nilson Naves, destacou que a Lei Maria da Penha não abrange as conseqüências de um namoro acabado. Por isso, a competência é do Juizado Especial Criminal. Acompanharam o relator os ministros Felix Fischer, Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima, Maria Thereza de Assis Moura, Jorge Mussi e Og Fernandes. O ministro Napoleão Nunes Maia Filho divergiu do relator e foi acompanhado pela desembargadora convocada Jane Silva. Segundo ela, o namoro configura, para os efeitos da Lei Maria da Penha, relação doméstica ou familiar, já que trata de uma relação de afeto.” (Processos: CC 91980 e CC 94447).

Segundo o seu art. 6º., a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos; logo, é possível que a apuração do crime daí decorrente seja da atribuição da Polícia Federal, na forma do art. 1º., caput e inciso III, da Lei nº. 10.446/02; ainda em tese, também é possível que a competência para o processo e julgamento seja da Justiça Comum Federal, ex vi do art. 109, V-A, c/c o § 5º., da Constituição Federal, desde que se inicie, via Procurador-Geral da República, e seja julgado procedente o Incidente de Deslocamento de Competência junto ao Superior Tribunal de Justiça). Esta conclusão decorre das normas referidas, bem como em razão do Brasil ser subscritor da Convenção sobre a eliminação de todas as formas de violência contra a mulher⁷ e da Convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher⁸.

Não pretendemos ferir suscetibilidades ou idiosincrasias, apenas manifestar o nosso entendimento sobre uma norma jurídica que entendemos ferir a Constituição Federal. Como diz Paulo Freire, “*só, na verdade, quem pensa certo, mesmo que, às vezes, pense errado, é quem pode ensinar a pensar certo. E uma das condições necessárias a pensar certo é não estarmos demasiado certos de nossas certezas. Por isso é que o pensar certo, ao lado sempre da pureza e necessariamente distante do puritanismo, rigorosa-*

⁷ Aprovada pela Organização das Nações Unidas em 1979 e ratificada pelo Brasil em 1984.

⁸ Firmada em 1994 na cidade brasileira de Belém do Pará, adotada pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos em 6 de junho de 1994 e ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 1995.

*mente ético e gerador de boniteza, me parece inconciliável com a desvergonha da arrogância de quem se acha cheia ou cheio de si mesmo.”*⁹

Estamos de acordo com a tutela penal diferenciada para hipossuficientes (inclusive pelo desvalor da ação¹⁰), mas sem máculas à Constituição Federal e aos princípios dela decorrentes e inafastáveis.

⁹ Pedagogia da Autonomia, São Paulo: Paz e Terra, 35^a. ed., 2007, p. 28.

¹⁰ Como se sabe, a antijuridicidade de um comportamento é composta pelo chamado desvalor da ação e pelo desvalor do resultado; o primeiro, segundo Cezar Roberto Bitencourt, é a “*forma ou modalidade de concretizar a ofensa*”, enquanto que o segundo é “*a lesão ou exposição a perigo do bem ou interesse juridicamente protegido*.” Este mesmo autor, citando agora Jescheck, ensina que modernamente a “*antijuridicidade do fato não se esgota na desaprovação do resultado, mas que ‘a forma de produção’ desse resultado, juridicamente desaprovado, também deve ser incluído no juízo de desvalor.*” (Teoria Geral do Delito, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 121/124). Segundo Luiz Flávio Gomes, deve-se a Welzel “*o enfoque do delito como desvalor da ação (negação de um valor pela ação) mais desvalor do resultado. (...) O delito não é fruto exclusivamente do desvalor do resultado, senão sobretudo (na visão de Welzel) do desvalor da ação, que, no seu sistema, goza de primazia. O desvalor da ação, de qualquer modo, passa a constituir requisito obrigatório de todo delito.*” (Estudos de Direito Penal e Processo Penal, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, pp. 220/221). Assim, é inegável que o estudo da antijuridicidade leva à conclusão de que esta se perfaz não apenas com a valoração do resultado como também (e tanto quanto) com o juízo de valor a respeito da ação (ou omissão). Munõz Conde, na sua Teoria Geral do Delito, explica bem esta dicotomia e a imprescindibilidade da conjunção entre estes dois elementos: “*Nem toda lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico (desvalor do resultado) é antijurídica, mas apenas aquela que deriva de uma ação desaprovada pelo ordenamento jurídico (desvalor da ação).*” Em vista dessa percepção, diz o mesmo autor que o Direito Penal “*não sanciona toda lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico, mas só aquelas que são conseqüências de ações especialmente intoleráveis.*” E continua o mestre espanhol: “*Ambos os conceitos, desvalor da ação e desvalor do resultado, são igualmente importantes na configuração da antijuridicidade, de vez que estão perfeitamente entrelaçados e são inimagináveis separados (...), contribuindo ambos, no mesmo nível, para constituir a antijuridicidade de um comportamento.*” (...) “*O que sucede é que, por razões de política criminal, o legislador na hora de configurar os tipos delitivos pode destacar ou fazer recair acento em um ou em outro tipo de desvalor.*” (Teoria Geral do Delito, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, tradução de Juarez Tavares e Luiz Régis Prado, p. 88/89).

Neste ponto, concordamos com Naele Ochoa Piazzeta, quando afirma que “*corretas, certas e justas modificações nos diplomas legais devem ser buscadas no sentido de se ver o verdadeiro princípio da igualdade entre os gêneros, marco de uma sociedade que persevera na luta pela isonomia entre os seres humanos, plenamente alcançado.*”¹¹

Como afirma Willis Santiago Guerra Filho, “*princípios como o da isonomia e proporcionalidade são engrenagens essenciais do mecanismo político-constitucional de acomodação dos diversos interesses em jogo, em dada sociedade, sendo, portanto, indispensáveis para garantir a preservação de direitos fundamentais, donde poderemos incluí-los na categoria, equiparável, das garantias fundamentais.*”¹²

II – A RETRATAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO

Inicialmente analisaremos o art. 16 da referida lei que tem a seguinte redação: “*Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.*”

Desde logo, atentemos para a impropriedade técnica do termo “*renúncia*”, pois se o direito de representação já foi exercido (tanto que foi oferecida a denúncia), obviamente não há falar-se em renúncia; certamente o legislador quis referir-se à retratação da representação, o que é perfeitamente possível, mesmo após o oferecimento daquela condição específica de procedibilidade da ação penal.

Sabe-se, no entanto, que o art. 25 do Código de Processo Penal só permite a retratação da representação até o oferecimento da denúncia; no caso desta lei, porém, a solução do legislador foi outra, permitindo-se a retratação mesmo após o oferecimento da peça acusatória. O limite agora (e quando se tratar de crime relacionado à violência doméstica e familiar contra a mulher) é a decisão do Juiz recebendo a denúncia.

¹¹ O Princípio da Igualdade no Direito Penal Brasileiro – Uma Abordagem de Gênero, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001, p. 174.

¹² Introdução ao Direito Processual Constitucional, Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 46.

Portanto, diferentemente da regra estabelecida pelo art. 25 do Código de Processo Penal, a retratação da representação pode ser manifestada após o oferecimento da denúncia, desde que antes da decisão acerca de sua admissibilidade. Neste ponto, mais duas observações: em primeiro lugar a lei foi mais branda com os autores de crimes praticados naquelas circunstâncias, o que demonstra de certa forma uma incoerência do legislador. Ora, se se queria reprimir com mais ênfase este tipo de violência, por que “elastecer” o prazo para a retratação da representação? Evidentemente que é mais benéfica para o autor do crime a possibilidade de retratação em tempo maior que aquele previsto pelo art. 25, CPP.

Tratando-se de norma processual penal material, e sendo mais benéfica, deve retroagir para atingir processos relativos aos crimes praticados anteriormente à vigência da lei (data da ação ou omissão – arts. 2º. e 4º. do Código Penal).¹³

Uma segunda observação é a exigência legal que esta retratação somente possa ser feita “*perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, (...) ouvido o Ministério Público.*” Aqui, a intenção do legislador foi revestir a retratação de toda a formalidade própria de uma audiência realizada no Juízo Criminal, presentes o Juiz de Direito e o Ministério Público. Neste aspecto, sendo mais gravosa a norma processual penal material, sua aplicação deve se restringir aos fatos ocorridos posteriormente, ou seja, para os crimes praticados após a vigência da lei.

De toda maneira, ressaltamos que se esta retratação deve ser necessariamente formal (e formalizada), o mesmo não ocorre com a representação que, como sabemos, dispensa maiores formalidades (sendo este um entendimento já bastante tranquilo dos nossos tribunais e mesmo da Suprema Corte). O prazo para o oferecimento da representação (bem como o dies a quo) continua sendo o mesmo (art. 38, CPP). Ademais, é perfeitamente válida a representação feita perante a autoridade policial, pois assim permite o art. 39 do CPP.

¹³ Sobre a sucessão das leis processuais no tempo, conferir o nosso “Juizados Especiais Criminais”, Salvador: JusPodivm, 2007, págs. 101 a 107.

Como se sabe, a representação é uma condição processual relativa a determinados delitos, sem a qual a respectiva ação penal, nada obstante ser pública, não pode ser iniciada pelo órgão ministerial; é uma manifestação de vontade externada pelo ofendido (ou por quem legalmente o represente) no sentido de que se proceda à persecutio criminis. De regra, esta representação “*consiste em declaração escrita ou oral, dirigida à autoridade policial, ou ao órgão do Ministério Público, ou ao Juiz*”, como afirmava Borges da Rosa.¹⁴ Porém, a doutrina e a jurisprudência pátrias trataram de amenizar este rigor outrora exigido, a fim de que pudessem ser dados ao instituto da representação traços mais informais e, conseqüentemente, mais justos e consentâneos com a realidade.

Assim é que hodiernamente “*a representação, quanto à formalidade, é figura processual que se reveste da maior simplicidade. Inocorre, em relação à mesma qualquer rigor formal*” e esta “*dispensa do requisito das formalidades advém da circunstância de que a representação é instituída no interesse da vítima e não do acusado, daí a forma mais livre possível na sua elaboração.*”¹⁵

Neste sentido a jurisprudência é pacífica:

“*SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – HABEAS CORPUS Nº. 20.401 – RJ (2002/0004648-6) (DJU 05.08.02, SEÇÃO 1, P. 414, J. 17.06.02). RELATOR: MINISTRO FERNANDO GONÇALVES. EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PERDA DO OBJETO. CRIME CONTRA OS COSTUMES. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. REPRESENTAÇÃO. FORMA SACRAMENTAL. INEXIGIBILIDADE. 1 – Resta prejudicado o habeas corpus, por falta de objeto, quando o motivo do constrangimento não mais existe. 2 – Nos crimes de ação pública, condicionada à representação, esta independe de forma sacramental, bastando que fique demonstrada, como na espécie, a inequívoca intenção da vítima e/ou seu representante legal, nesta extensão, em processar o ofensor. Decadência afastada. 3 – Ordem conhecida em parte e, nesta extensão, denegada.*”

¹⁴ Processo Penal Brasileiro, Vol. I, p. 169.

¹⁵ Ação Penal nos Crimes Contra os Costumes, de Geraldo Batista de Siqueira, p. 24.

Aliás, este é o entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal (neste sentido conferir RT 731/522; JSTF 233/390; RT 680/429, etc). No julgamento do Habeas Corpus nº. 88843, por unanimidade, os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, apesar de concederem a ordem de ofício (para afastar qualquer impedimento contra a progressão do regime prisional em favor de um condenado por atentado violento ao pudor com violência presumida), negaram, no entanto, o pedido formulado pela defesa por entender “*que, de acordo com diversos precedentes da Corte, o entendimento firmado no STF é de que não se deve exigir a observância rígida das regras quanto à representação, principalmente quando se trata de crimes dessa natureza*”, segundo o relator, Ministro Marco Aurélio. Para a Defensoria Pública paulista, que impetrou a ação no Supremo em favor do condenado, a decisão do Superior Tribunal de Justiça, que negou pedido idêntico feito àquela corte, estaria equivocada, uma vez que seria necessário haver uma representação formal contra o réu, para que ele fosse processado. E que a representação que houve, no caso, foi feita pela vítima, uma menor de idade. O depoimento da vítima, menor de idade, manifestando a intenção de perseguir o acusado em juízo, foi usado para suprir a representação, disse o defensor público. Como a vítima é menor de idade, tal depoimento não é válido, não supre a representação, afirmou ainda a defensoria, para quem “*aceitar essa tese é burlar o devido processo legal*”. Fonte: STF.

Pergunta-se: deve o representante do Ministério Público, antes de oferecer a denúncia, pugnar ao Juiz pela realização daquela audiência? Entendemos que não, pois a audiência prevista neste artigo deve ser realizada apenas se a vítima (ou seu representante legal ou sucessores ou mesmo o curador especial - art. 33 do Código de Processo Penal) manifestar algum interesse em se retratar da representação. Não vemos necessidade de, a priori, o órgão do Ministério Público requerer a designação da audiência. Ora, se a vítima representou (seja formal ou informalmente), satisfeita está a condição específica de procedibilidade para a ação penal. O requerimento para a realização desta audiência (ou a sua designação ex officio pelo Juiz de Direito) fica “até parecendo” que se deseja a retratação a todo custo.

Observa-se, outrossim, que a retratação deve ser um ato espontâneo da vítima (ou de quem legitimado legalmente), não sendo

necessário que ela seja levada a se retratar por força da realização de uma audiência judicial.

Exatamente neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que *“a vítima de violência doméstica não pode ser constrangida a ratificar perante o juízo, na presença de seu agressor, a representação para que tenha seguimento a ação penal. Com esse entendimento, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça concedeu mandado de segurança ao Ministério Público do Mato Grosso do Sul para que a audiência prevista no artigo 16 da Lei Maria da Penha só ocorra quando a vítima manifeste, antecipada, espontânea e livremente, o interesse de se retratar. A decisão é unânime. A Lei 11.340/06, conhecida por Maria da Penha, criou mecanismos de proteção contra a violência doméstica e familiar sofrida pelas mulheres. Entre as medidas, está a previsão de que a ação penal por lesão corporal leve é pública – isto é, deve ser tocada pelo MP –, mas condicionada à representação da vítima. O STJ já pacificou o entendimento de que essa representação não exige qualquer formalidade, bastando a manifestação perante autoridade policial para configurá-la. Para o Tribunal de Justiça sul-matogrossense, a designação dessa audiência seria ato judicial de mero impulso processual, não configurando ilegalidade ou arbitrariedade caso realizada espontaneamente pelo juiz. Mas o desembargador convocado Adilson Macabu divergiu do tribunal local. Para o relator, a audiência prevista no dispositivo não deve ser realizada de ofício, como condição da abertura da ação penal, sob pena de constrangimento ilegal à mulher vítima de violência doméstica e familiar. Isso ‘configuraria ato de ‘ratificação’ da representação, inadmissível na espécie”, asseverou. “Como se observa da simples leitura do dispositivo legal, a audiência a que refere o artigo somente se realizará caso a ofendida expresse previamente sua vontade de se retratar da representação ofertada em desfavor do agressor”, acrescentou o relator. “Assim, não há falar em obrigatoriedade da realização de tal audiência, por iniciativa do juízo, sob o argumento de tornar certa a manifestação de vontade da vítima, inclusive no sentido de ‘não se retratar’ da representação já realizada”, completou. Em seu voto, o desembargador indicou precedentes tanto da Quinta quanto da Sexta Turma nesse mesmo sentido.” (Fonte: Coordenadoria de Editoria e Imprensa do Superior Tribunal de Justiça).*

Também no Supremo Tribunal Federal decidiu-se que *“a audiência prevista no referido artigo não é obrigatória para o recebimento da denúncia, como sustentava a defesa. Ela é facultativa e deve ser provocada pela vítima,*

caso deseje, antes de recebida a denúncia, o que não ocorreu no caso em questão.” (Habeas Corpus 109176, Relator Ministro Ricardo Lewandowski).

III - A APLICAÇÃO DA PENA DE PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA

Em seguida, dispõe o art. 17 ser “*vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa.*”

A princípio, tendo em vista o disposto no art. 41 da mesma lei (que adiante iremos comentar), a proibição da aplicação da pena de prestação pecuniária (ou multa) é dirigida ao Juiz de Direito, no momento em que irá proferir a sentença condenatória. Sim, pois se se admitir a impossibilidade da transação penal (art. 41), evidentemente que o dispositivo comentado refere-se, tão-somente, à sentença condenatória.

A pena alternativa de prestação pecuniária está prevista no art. 43, I do Código Penal e consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários. Se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza.¹⁶

Restou clara a intenção do legislador de evitar a barganha, a “troca” de uma cesta básica ou dinheiro ou multa pela agressão praticada contra a mulher naquelas circunstâncias já referidas no início. Interessante é a afirmação de Janaína Paschoal para quem, “*tão humilhante como buscar a punição de seu agressor e vê-lo sair vitorioso doando*

¹⁶ Entendemos que a expressão genérica “*prestação de outra natureza*” fere o princípio da legalidade. Cezar Roberto Bitencourt afirma que “*essa falta de garantia e certeza sobre a natureza, espécie ou quantidade da ‘prestação de outra natureza’ caracteriza a mais flagrante inconstitucionalidade!*”, exatamente por serem inadmissíveis, “*em termos de sanções criminais*”, “*expressões vagas, equívocas e ambíguas*”.

*uma única cesta básica, muita vez comprada pela própria vítima, é ver o Estado desconsiderar a sua vontade.*¹⁷

Apesar de ser coerente com a finalidade da lei, não cremos que tal disposição possa se sustentar frente à Constituição Federal, principalmente à luz dos princípios da proporcionalidade e da igualdade. Atente-se, com Luiz Flávio Gomes, que “*o princípio da proporcionalidade tem base constitucional (é extraído da conjugação de várias normas: arts. 1º., III, 3º., I, 5º., caput, II, XXXV, LIV, etc.) e complementa o princípio da legalidade.*”¹⁸

Igualmente, “*el principio de proporcionalidad que, como ya indicado, surgió en el Derecho de policía para pasar a impregnar posteriormente todo el Derecho público, ha de observarse también en el Derecho Penal.*”¹⁹

Por que proibir a aplicação de uma pena alternativa à pena privativa de liberdade em razão do sujeito passivo de um crime? A exclusão deve ser prevista em razão da gravidade do delito, não em razão da vítima ser mulher em situação de violência doméstica e familiar. O que justifica, à luz da Constituição Federal, a adoção de regime mais gravoso para determinados crimes é a própria gravidade do delito (afetada pela pena abstratamente cominada ou pelo bem jurídico tutelado, o que não é o caso, mesmo porque a lei não tipifica nenhuma conduta penalmente relevante).

A propósito, observamos, mutatis mutandis, que o art. 61 da Lei nº. 9.099/95 foi modificado exatamente para retirar aquela ressalva quanto ao procedimento especial (que ensejava a exclusão do crime como sendo de menor potencial ofensivo). A doutrina nunca entendeu muito bem o porquê da ressalva, pois o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo deveria levar em conta apenas a pena máxima abstratamente cominada, sendo o tipo de procedimento absolutamente indiferente para aquele fim. Tal entendimento acabou prevalecendo com a promulgação da Lei nº. 11.313/06 que alterou a redação do art. 61 da Lei nº. 9.099/95.

¹⁷ Obra citada, p. 3.

¹⁸ Penas e Medidas Alternativas à Prisão, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 66.

¹⁹ Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano, “Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal”, Madri: Editorial Colex, 1990, p. 29.

Note-se que a Constituição Federal, razoável e proporcionalmente, estabelece regimes penal e processual mais gravosos para autores dos chamados crimes hediondos, a tortura, o tráfico ilícito de drogas, o terrorismo, o racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; ao passo que permite medidas despenalizadoras quando se trata de infração penal de menor potencial ofensivo (cfr. arts. 5º., XLII, XLII e XLIV e 98, I, ambos da Constituição Federal).

Como, então, tratar diferentemente autores de crimes cuja pena máxima aplicada não foi superior a quatro anos, se atendidos os demais requisitos autorizadores da substituição (art. 44 do Código Penal)? Assim, acusados por crimes como furto, receptação, estelionato, apropriação indébita, peculato, concussão, etc., podem ser beneficiados pela substituição da pena privativa de liberdade por prestação pecuniária ou multa. Já um condenado por uma injúria ou uma ameaça (pena máxima de seis meses), estará impedido de ser beneficiado pela substituição, caso tenha praticado aqueles delitos contra uma mulher, em situação de violência doméstica e familiar.

Convenhamos tratar-se de um verdadeiro despautério; a violação aos referidos princípios constitucionais salta aos olhos!

Na lição de Sebastián Melo, “*sendo o Direito Penal um instrumento de realização de Direitos Fundamentais, não pode prescindir do princípio da proporcionalidade para realização de seus fins. Esse princípio, mencionado com destaque pelos constitucionalistas, remonta a Aristóteles, que relaciona justiça com proporcionalidade, na medida em que assevera ser o justo uma das espécies do gênero proporcional. Seu conceito de proporcionalidade repudia tanto o excesso quanto a carência. A justiça proporcional, em Ética e Nicômaco é uma espécie de igualdade proporcional, em que cada um deve receber de forma proporcional ao seu mérito. Desta forma, para Aristóteles, a regra será justa quando seguir essa proporção. Nas palavras do filósofo grego em questão, a sua igualdade proporcional representa uma ‘conjunção do primeiro termo de uma proporção com o terceiro, e do segundo com o quarto, e o justo nesta acepção é o meio-termo entre dois extremos desproporcionais, já que o proporcional é um meio termo, e o justo é o proporcional.’*”²⁰

²⁰ “O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal”, texto inserto na obra Princípios Penais Constitucionais, Salvador: Editora JusPodivm, 2007, p. 203.

Ao comentarmos adiante o art. 41, aprofundaremos esta questão à luz dos referidos princípios constitucionais. Mas, desde logo, reafirmamos, com Humberto Ávila, que a igualdade (que ele denomina de postulado) “*estrutura a aplicação do Direito quando há relação entre dois sujeitos em função de elementos (critério de diferenciação e finalidade da distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão do fim).*” Para ele, a proporcionalidade (que também seria um postulado) “*aplica-se nos casos em que exista uma relação de causalidade entre um meio e um fim concretamente perceptível. A exigência de realização de vários fins, todos constitucionalmente legitimados, implica a adoção de medidas adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito.*”²¹

IV – AS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

Quanto às medidas protetivas de urgência, assim chamadas pela lei, “*poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida* (art. 19), não havendo necessidade, no último caso, de ser o pedido subscrito por advogado²², e “*independentemente de audiência das partes e de manifestação do Ministério Público.*”

Algumas destas medidas são salutares, seja do ponto de vista de proteção da mulher, seja sob o aspecto “descarcerizador” que elas encerram. Em outras palavras: é muito melhor que se aplique uma medida cautelar não privativa de liberdade do que se decrete uma prisão preventiva ou temporária (adiante trataremos do novo inciso acrescentado ao art. 313 do Código de Processo Penal). Exemplo poderíamos citar o art. 294 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº. 9.503/97) que prevê, como medida cautelar e “*havendo necessidade*

²¹ Teoria dos Princípios, São Paulo: Malheiros, 4ª. ed., 2004, p. 131.

²² O art. 27, porém, exige que “*em todos os atos processuais, cíveis e criminais, a mulher em situação de violência doméstica e familiar deverá estar acompanhada de advogado, ressalvado o previsto no art. 19 desta Lei*”, bem como ser “*garantido a toda mulher em situação de violência doméstica e familiar o acesso aos serviços de Defensoria Pública ou de Assistência Judiciária Gratuita, nos termos da lei, em sede policial e judicial, mediante atendimento específico e humanizado.*” (art. 28).

para garantia da ordem pública”, a possibilidade de decretação “da suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, ou a proibição de sua obtenção”, cabendo recurso em sentido estrito, sem efeito suspensivo, da decisão que decretar ou deixar de decretá-la (parágrafo único).

Como afirma Rogério Schietti Machado Cruz, “*se a pena privativa de liberdade, como zênite e fim último do processo penal, é um mito que desmorona paulatinamente, nada mais racional do que também se restringir o uso de medidas homólogas (não deveriam ser) à prisão-pena, antes da sentença condenatória definitiva. É dizer, se a privação da liberdade como pena somente deve ser aplicada aos casos mais graves, em que não se mostra possível e igualmente funcional outra forma menos afliativa e agressiva, a privação da liberdade como medida cautelar também somente há de ser utilizada quando nenhuma outra medida menos gravosa puder alcançar o mesmo objetivo preventivo.*”²³

A previsão de tais medidas protetivas (ao menos em relação a algumas delas) encontra respaldo na Resolução 45-110 da Assembléia Geral das Nações Unidas – Regras Mínimas da ONU para a Elaboração de Medidas Não-Privativas de Liberdade (Regras de Tóquio, editadas nos anos 90). Estas regras “*enunciam um conjunto de princípios básicos para promover o emprego de medidas não-privativas de liberdade, assim como garantias mínimas para as pessoas submetidas a medidas substitutivas da prisão.*”²⁴

Por terem a natureza jurídica de medidas cautelares, devem observar, para a sua decretação, a presença do *fumus commissi delicti* e do *periculum in mora*.

Sem tais pressupostos, ilegítima será a imposição de tais medidas. Devemos atentar, porém, para a lição de Calmon de Passos, segundo a qual “*o processo cautelar é processo de procedimento contencioso, vale dizer, no qual o princípio da bilateralidade deve ser atendido, sob pena de nulidade. A lei tolera a concessão inaudita altera*

²³ Prisão Cautelar – Dramas, Princípios e Alternativas, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 132.

²⁴ Leonardo Sica, “Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão”, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 123.

*pars de medida cautelar, nos casos estritos que menciona (art. 804), mas impõe, inclusive para que subsista a medida liminarmente concedida, efetive-se a citação do réu e se lhe enseje a oportunidade de se defender (arts. 802, II e 811, II)."*²⁵

Como, *em tese*, é possível a decretação da prisão preventiva em caso de descumprimento injustificado da medida protetiva (adiante comentaremos o art. 313, IV do Código de Processo Penal), entendemos ser perfeitamente cabível a utilização do *habeas corpus* para combater uma decisão que a aplicou. Como se sabe, o *habeas corpus* deve ser também conhecido e concedido sempre que alguém sofrer *ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder*.

Logo, se a medida protetiva foi abusiva (não necessária), cabível a utilização do *habeas corpus* que visa a tutelar a liberdade física, a liberdade de locomoção do homem: *ius manendi, ambulandi, eundi ultro citroque*. Como já ensinava Pontes de Miranda, em obra clássica sobre a matéria, é uma ação preponderantemente mandamental dirigida “*contra quem viola ou ameaça violar a liberdade de ir, ficar e vir.*”²⁶ (Grifo nosso).

Para Celso Ribeiro Bastos “*o habeas corpus é inegavelmente a mais destacada entre as medidas destinadas a garantir a liberdade pessoal. Protege esta no que ela tem de preliminar ao exercício de todos os demais direitos e liberdades. Defende-a na sua manifestação física, isto é, no direito de o indivíduo não poder sofrer constrição na sua liberdade de se locomover em razão de violência ou coação ilegal.*”²⁷

Aliás, desde a Reforma Constitucional de 1926 que o *habeas corpus*, no Brasil, é ação destinada à tutela da liberdade de locomoção, ao direito de ir, vir e ficar.

Nada obstante tais considerações, foi impetrado e concedido um Mandado de Segurança para afastar decisão que aplicou medida

²⁵ Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. X, Tomo I, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984, p. 139.

²⁶ História e Prática do Habeas Corpus, Vol. I, Campinas: Bookseller, 1999, p. 39.

²⁷ Comentários à Constituição do Brasil, Vol. II, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 312.

protetiva de urgência: *“Inexiste dúvida quanto ao acerto da aplicação das medidas protetivas aplicadas pela autoridade impetrada em favor da ofendida, restringindo direitos do impetrante, porque previstas na denominada Lei ‘Maria da Penha’, o que afasta a alegação de violação a direito líquido e certo ou mesmo ocorrência de abuso de poder. Não se pode olvidar contudo, a especialíssima situação do impetrante, que tem o dever de cuidar de sua idosa mãe, atualmente com 85 anos de idade, até por imposição da Lei nº 10.741/2003 – Estatuto do Idoso – o que só será possível se o fizer pessoalmente, isto é, comparecendo à residência dela, não obstante situada no mesmo terreno da residência da ofendida, razão porque se concedeu parcialmente o pedido liminar apenas para possibilitar ao impetrante frequentar a casa da mãe e continuar a prestar os cuidados variados de que ela necessita, mas sem qualquer forma de contato com a ofendida, única forma possível de conciliar a incidência dos diplomas legais aplicáveis à espécie. Concessão parcial, confirmando-se a liminar.”* (TJRJ – 3ª C. - MS 2009.078.00019 – rel. Valmir de Oliveira Silva – j. 09.06.2009).

A propósito, pela primeira vez, o Superior Tribunal de Justiça admitiu a aplicação de medidas protetivas da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) em Ação Cível, sem existência de inquérito policial ou processo penal contra o suposto agressor.

A decisão é da 4ª Turma. Para o relator do caso, Ministro Luis Felipe Salomão, a agregação de caráter cível às medidas protetivas à mulher previstas na Lei Maria da Penha amplia consideravelmente a proteção das vítimas de violência doméstica, uma vez que essas medidas assumem eficácia preventiva. *“Parece claro que o intento de prevenção da violência doméstica contra a mulher pode ser perseguido com medidas judiciais de natureza não criminal, mesmo porque a resposta penal estatal só é desencadeada depois que, concretamente, o ilícito penal é cometido, muitas vezes com consequências irreversíveis, como no caso de homicídio ou de lesões corporais graves ou gravíssimas”,* ponderou Salomão. Ainda segundo o ministro, *“franquear a via das ações de natureza cível, com aplicação de medidas protetivas da Lei Maria da Penha, pode evitar um mal maior, sem necessidade de posterior intervenção penal nas relações intrafamiliares”*. A ação protetiva dos direitos da mulher foi ajuizada por uma senhora contra um de seus seis filhos. Segundo o processo, após doações de bens feitas em 2008 por ela e o

marido aos filhos, um deles passou a tratar os pais de forma violenta, com xingamentos, ofensas e até ameaças de morte. O marido faleceu. Com a ação, a mulher pediu a aplicação de medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha. Queria que o filho fosse impedido de se aproximar dela e dos irmãos no limite mínimo de cem metros de distância, e de manter contato com eles por qualquer meio de comunicação até a audiência. Queria ainda a suspensão da posse ou restrição de porte de armas. Em primeira instância, o processo foi extinto sem julgamento de mérito. O juiz considerou que as medidas protetivas da Lei Maria da Penha têm natureza processual penal e são vinculadas a um processo criminal. Não há ação penal no caso. O Tribunal de Justiça de Goiás reformou a sentença e aplicou as medidas protetivas, por entender que elas têm caráter civil. O filho apontado como agressor recorreu ao Superior Tribunal de Justiça contra essa decisão. Segundo o Ministro Luis Felipe Salomão, a Lei Maria da Penha permite a incidência do artigo 461, § 5º., do Código de Processo Civil para concretização das medidas nela previstas. Ele entendeu que, de forma recíproca e observados os requisitos específicos, é possível a aplicação da Lei 11.340 no âmbito do processo civil.

Seguindo o voto do relator, a Turma decidiu, por unanimidade de votos, que as medidas protetivas da Lei Maria da Penha, observados os requisitos para concessão de cada uma, podem ser pedidas de forma autônoma para fins de cessação ou de acautelamento de violência doméstica contra a mulher, independentemente da existência, presente ou potencial, de processo-crime ou ação principal contra o suposto agressor. Nessa hipótese, as medidas de urgência terão natureza de cautelar cível satisfativa. (Com informações da Assessoria de Imprensa do Superior Tribunal de Justiça.

V - OS JUIZADOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

A lei prevê a criação e implementação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, que “*poderá ser acompanhada pela implantação das curadorias necessárias e do serviço de assistência judiciária*”; enquanto não existirem tais Juizados, “*as varas criminais acumularão as*

competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.”

Convenhamos ser bastante estranho (no mínimo), inclusive do ponto de vista do princípio constitucional do Juiz Natural, esta competência cível “delegada” a um Juiz com competência criminal!

O Juiz Natural é aquele constitucional, legal e previamente competente para julgar determinada causa criminal, imparcial e independente, garantindo-se-lhe a inamovibilidade (arts. 95, II e 93, VIII, CF/88), a irredutibilidade de vencimentos (art. 95, III, CF/88) e a vitaliciedade (art. 95, I, CF/88).

Vejamos a lição de Rogério Lauria Tucci:

“(...) O acesso do membro da coletividade à Justiça Criminal reclama, também como garantia inerente ao ‘due process of law’ especificamente no processo criminal, a preconstituição do órgão jurisdicional competente, sintetizada, correntemente, na dicção do juiz natural (...) É por isso, aliás, que incidente ao processo penal a máxima ‘tempus criminis regit iudicem’, deve prevalecer, para o conhecimento e julgamento das causas criminais, a organização judiciária preexistente à prática da infração penal; (...) Ao imputado confere (a garantia do juiz natural) a certeza da inadmissibilidade de processamento da causa e julgamento por juiz ou tribunal distinto daquele tido por competente à época da prática da infração penal.”²⁸

Para Edgar Silveira Bueno, o Princípio do Juiz Natural “*teve origem, segundo afirma Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, citando Ernst Beling: ‘como limitação do poder absoluto e para aprofundar a distinção entre a administração e a justiça, cuja necessidade já se impunha desde o Iluminismo. Nesse período, frequentemente o rei, o príncipe, enfim, o chefe de Estado, intrometia-se no Judiciário, delegava suas atribuições a outras pessoas e impedia, assim, que o órgão com atribuição específica para julgar se pronunciasse em determinado processo (...) Essa foi, em síntese, a razão fundamental da instituição do princípio do juiz natural’. (...) Há dois dispositivos constitucionais que asseguraram o respeito ao princípio do juiz natural em nosso texto magno. São as regras do art. 5º, XXXVII e LIII, segundo as quais não se*

²⁸ Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro, São Paulo: Saraiva, 1993, p.121/123.

admite no Brasil a existência de juízo ou Tribunal de exceção e impõe-se que as pessoas só podem ser processadas e julgadas pelas autoridades competentes. Esses dispositivos servem para garantir ao indivíduo que nenhum juízo ou tribunal será criado para apurar um delito que já foi praticado.”²⁹

Ada Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antonio Carlos de Araújo Cintra afirmam que “*as modernas tendências sobre o princípio do juiz natural nele englobam a proibição de subtrair o juiz constitucionalmente competente. Desse modo, a garantia desdobra-se em três conceitos: a) só são órgãos jurisdicionais os instituídos pela Constituição; b) ninguém pode ser julgado por órgão constituído após a ocorrência do fato; c) entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências que exclui qualquer alternativa à discricionariedade de quem quer que seja. (...) Entende-se que as alterações da competência introduzidas pela própria Constituição após a prática do ato de que alguém é acusado não deslocam a competência criminal para o caso concreto, devendo o julgamento ser feito pelo órgão que era competente ao tempo do fato (em matéria penal e processual penal, há extrema preocupação em evitar que o acusado seja surpreendido com modificações posteriores ao momento em que o fato foi praticado).*”³⁰

Em um balanço apresentado no dia 30 de março de 2009, em Brasília, pelo Conselho Nacional de Justiça sobre a aplicação da Lei Maria da Penha mostra que o número de processos em tramitação por violência doméstica contra mulheres chegou a 150.532 entre julho e novembro de 2008. Dos processos abertos, 75.829 já foram sentenciados. Ao todo foram abertas 41.957 ações penais e 19.803 ações cíveis, além de 19.400 medidas protetivas - aquelas concedidas para proteger vítimas de agressão - e 11.175 agressores presos em flagrante. A chamada 3ª Jornada de Trabalho sobre a Lei Maria da Penha avaliou a situação das Varas de Violência Doméstica e Familiar nos Estados. Em relação à última jornada, realizada no ano de 2008, o número de Estados que agora apresentam varas ou juizados especiais para combater a agressão doméstica à mulher subiu de 17 para 22, mais o Distrito Federal. Segundo o CNJ, os Estados que ainda não têm o serviço são Roraima, Amapá, Tocantins e Paraíba.

²⁹ O Direito à Defesa na Constituição, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 33.

³⁰ Teoria Geral do Processo, São Paulo: Malheiros, 1995, p. 52.

O secretário de Reforma do Judiciário, Rogério Favreto, afirmou que, no ano passado, o Ministério da Justiça chegou a investir R\$ 16,8 milhões na implantação de sete varas especializadas e que os órgãos são “estratégicos” para o enfrentamento do tema. “*O juizado é um órgão agregador e referencial no sentido de responder e enfrentar a criminalidade, com estrutura multidisciplinar e interligação com os serviços públicos que recebem as medidas protetivas determinadas pelos juízes*”, disse Favreto.

O Presidente do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, que esteve no evento que divulgou os números, admitiu que há dificuldades em realizar “*transformações culturais*” a partir de iniciativas jurídicas. “*A Lei Maria da Penha tem essa pretensão*”, disse, ao destacar que as pessoas têm dificuldade de denunciar e de obter algum tipo de proteção em uma relação “*extremamente complexa*”. A conselheira Andrea Pachá, presidente da Comissão de Acesso à Justiça e Juizados Especiais do CNJ, reforçou que os dados apresentados ainda não estão consolidados. A expectativa do CNJ, segundo ela, é que, com a criação de um fórum permanente para debater o assunto, números que indiquem a quantidade e o tipo de condenações, além do perfil do agressor, sejam divulgados. “*São só indicativos. Nossa prioridade em 2008 foi a instalação das varas e a formação dos profissionais*”, afirmou. Fonte: Agência Brasil (30/03/2009).

De toda maneira, observar que “*não sendo o caso de violência de gênero, caracterizada pela ação ou omissão que revele uma concepção de dominação, de poder ou submissão do sujeito ativo contra a mulher, afasta-se a incidência projetiva da lei Maria da Penha e, de consequência, a competência do juizado de violência doméstica e familiar contra a mulher, para determinar a remessa dos autos ao juízo comum, após declarada a nulidade do processo desde o recebimento da denúncia, inclusive. Processo nulo. Remessa ao juízo comum.*” (TJGO – 2ª C. AP 34734-2/213 – rel. Nelma Branco Ferreira Perilo – j. 14.04.2009 – DOE 28.04.2009).

VI – A APLICAÇÃO DA LEI Nº. 9.099/95

Agora vejamos o art. 41 da lei, certamente o que vem causando o mais acirrado debate na doutrina. Segundo este dispositivo, “*aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995.*”

Entendemos tratar-se de artigo inconstitucional. Valem as mesmas observações expendidas quando da análise do art. 17. São igualmente feridos princípios constitucionais (igualdade e proporcionalidade). Assim, para nós, se a infração penal praticada for um crime de menor potencial ofensivo (o art. 41 não se refere às contravenções penais) devem ser aplicadas todas as medidas despenalizadoras previstas na Lei nº. 9.099/95 (composição civil dos danos, transação penal e suspensão condicional do processo), além da medida “descarcerizadora” do art. 69 (Termo Circunstanciado e não lavratura do auto de prisão em flagrante, caso o autor do fato comprometa-se a comparecer ao Juizado Especial Criminal).

Seguindo o mesmo raciocínio, em relação às lesões corporais leves e culposas, a ação penal continua a ser pública condicionada à representação, aplicando-se o art. 88 da Lei nº. 9.099/95.

Creemos que devemos interpretar tal dispositivo à luz da Constituição Federal e não o contrário. Afinal de contas, como já escreveu Cappelletti, “*a conformidade da lei com a Constituição é o lastro causal que a torna válida perante todas.*”³¹ Devemos interpretar as leis ordinárias em conformidade com a Carta Magna, e não o contrário! Segundo Frederico Marques, a Constituição Federal “*não só submete o legislador ordinário a um regime de estrita legalidade, como ainda subordina todo o sistema normativo a uma causalidade constitucional, que é condição de legitimidade de todo o imperativo jurídico.*”³²

A prevalecer a tese contrária (pela constitucionalidade do artigo), uma injúria praticada contra a mulher naquelas circunstâncias não seria infração penal de menor potencial ofensivo (interpretando-se o art. 41 de forma literal); já uma lesão corporal leve, cuja pena é o dobro da injúria, praticada contra um idoso ou uma criança (que também mereceram tratamento diferenciado do nosso legislador – Lei nº. 10.741/03 e Lei nº. 8.069/90) é um crime de menor potencial ofensivo.

³¹ Apud José Frederico Marques, *Elementos de Direito Processual Penal*, Campinas: Bookseller, 1998, Vol. I, p. 79.

³² *Elementos de Direito Processual Penal*, Vol. I, Campinas: Bookseller, 1998, p. 79.

No primeiro caso, o autor da injúria será preso e autuado em flagrante, responderá a inquérito policial, haverá queixa-crime, etc., etc. Já o segundo agressor não será autuado em flagrante, será lavrado um simples Termo Circunstanciado, terá a oportunidade da composição civil dos danos, da transação penal e da suspensão condicional do processo, etc., etc. (arts. 69, 74, 76 e 89 da Lei nº. 9.099/95). Outro exemplo: em uma lesão corporal leve praticada contra uma mulher a ação penal independe de representação (é pública incondicionada), mas uma lesão corporal leve cometida contra um infante ou um homem de 90 anos depende de representação. Outro exemplo: um pai agride e fere levemente seus dois filhos gêmeos, um homem e uma mulher; receberá tratamento jurídico-criminal diferenciado. Onde nós estamos!

Nada obstante, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que autores de violência doméstica contra mulheres podem ser processados pelo Ministério Público, independentemente de autorização da vítima. A conclusão, por maioria, é da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao considerar que a ação penal contra o agressor deve ser pública incondicionada. No recurso especial dirigido ao STJ, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios protestava contra o trancamento da ação penal contra o agressor E.S.O., do Distrito Federal. Após a retratação da vítima em juízo, afirmando não querer mais perseguir criminalmente o agressor, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) trancou a ação, afirmando que não haveria justa causa para o seu prosseguimento. Segundo o TJDFT, os delitos de lesões corporais leves e culposas continuam tendo a natureza jurídica de pública condicionada à representação, pois o sistema processual brasileiro tem regência da unicidade. “Não havendo a possibilidade jurídica para o prosseguimento da ação penal, em face das disposições do artigo 16 da Lei ‘Maria da Penha’, qual seja, a manifestação da vítima perante o juiz de não mais processar o seu companheiro, concede-se a ordem de habeas corpus para determinar-se o trancamento da ação penal por faltar-lhe a justa causa”, afirmou a decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

Na decisão, o tribunal brasiliense ressaltou, ainda, a possibilidade de a vítima, a qualquer momento, no prazo de seis meses, voltar a exercer o direito de denunciar o agressor. Para o Ministério Público, no

entanto, a decisão ofendeu os artigos 13, 16 e 41 da Lei Maria da Pena, além dos artigos 648, I, e 38 do Código de Processo Penal, artigo 88 da Lei n. 9.090/95 e os artigos 100 e 129, parágrafo 9, do Código Penal. Requereu, então, a reforma da decisão, alegando que a ação penal do presente delito tem natureza pública incondicionada, não sendo dependente da representação da vítima. Em parecer sobre o caso, o Ministério Público Federal observou que a Lei Maria da Pena prescreve, em seu artigo 41, que não se aplica a Lei n. 9.099/95 aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher.

Segundo o Ministério Público Federal, deve ser reconhecido o direito do Estado em dar prosseguimento à ação penal, vez que esta não depende de representação da vítima, devendo ser reconhecida a justa causa para a perseguição criminal do agressor. A relatora do caso, a Desembargadora convocada Jane Silva, concordou com os argumentos e foi acompanhada pelo ministro Paulo Gallotti. Os ministros Nilson Naves e Maria Theresa de Assis Moura divergiram. Em seu voto-vista, o ministro Og Fernandes desempatou em favor da tese do Ministério Público: a ação contra autores de violência doméstica contra a mulher deve ser pública incondicionada. O mesmo resultado foi adotado para o Recurso Especial 1.050.276, também do Distrito Federal.

Em julgamento posterior, no entanto, o Superior Tribunal de Justiça decidiu contrariamente: *“A Turma, ao prosseguir o julgamento, por maioria, concedeu a ordem de habeas corpus, mudando o entendimento quanto à representação prevista no art. 16 da Lei n. 11.340/2006. Considerou que, se a vítima só pode retratar-se da representação perante o juiz, a ação penal é condicionada. Ademais, a dispensa de representação significa que a ação penal teria prosseguimento e impediria a reconciliação de muitos casais.”* (HC 113.608-MG, Rel. originário Min. Og Fernandes, Rel. para acórdão Min. Celso Limongi - Desembargador convocado do TJ-SP, julgado em 5/3/2009).

Também alguns tribunais estaduais:

“A incidência irrestrita da Lei 11.340/06 para tutelar, além da mulher adulta, a criança do sexo feminino, importa em proteção superlativa, com ofensa direta aos princípios constitucionais da isonomia e da razoabilidade. A vulnerabilidade e a hipossuficiência de tal categoria, jus-

tificativa do tratamento legal especial, diferentemente do que ocorre com a mulher adulta, independe do gênero sexual, não servindo, os arts. 2º. e 13º. daquele diploma, como fundamento adequado para ilações em sentido contrário. Conflito negativo julgado improcedente, competente o juízo da 12ª. Vara Criminal de Goiânia.” (TJGO – 2ª C. – rel. Marcio de Castro Molinari – j. 01.04.2009).

“A lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha), não retirou a faculdade de representação da vítima, haja vista a possibilidade de renúncia. Desde modo, não se há falar em ação pública incondicionada nos casos de lesões corporais oriundas de violência doméstica. Assim, havendo retratação da representação em audiência designada para tal finalidade, antes do recebimento da denúncia, o não recebimento da mesma e arquivamento dos autos é medida que se impõe, ante e falta de procedibilidade para a ação penal. Recurso ministerial improvido” (TJMG – 5ª C. – RESE 1.0024.07.759594-0/001(1) – rel. Adilson Lamounier – j. 23.09.2008 – DOE 06.10.2008).

“A Lei Maria da Penha não retirou a faculdade de representação da ofendida nos crimes de lesão corporal, nem transformou a ação penal em incondicionada, uma vez que o artigo 16 da Lei 11. 340/06 faculta a renúncia à representação da vítima. Nas ações penais públicas condicionadas à representação, considera-se não satisfeita a condição de procedibilidade diante da ausência de demonstração inequívoca de intenção da vítima em ver deflagrada a ação penal conta o ofensor, não bastando a mera narrativa dos fatos ocorridos” (TJMG – 5ª C. – RESE 1.0210.08.048129-9/001(1) – rel. Adilson Lamounier - j. 20.01.2009 – DOE 02.02.2009).

Nada obstante, insistimos que o princípio da proporcionalidade não foi observado, o que torna inválida esta norma (como também a do art. 17), apesar de vigente.

Como observa Mariângela Gama de Magalhães Gomes, este princípio “*desempenha importante função dentro do ordenamento jurídico, não apenas penal, uma vez que orienta a construção dos tipos incriminadores por meio de uma criteriosa seleção daquelas condutas que merecem uma tutela diferenciada (penal) e das que não a merecem, assim como fundamenta a diferenciação nos tratamentos penais dispensados às diversas modalidades delitivas; além disso, conforme enunciado, constitui importante*

limite à atividade do legislador penal (e também do seu intérprete), posto que estabelece até que ponto é legítima a intervenção do Estado na liberdade individual dos cidadãos.”³³

Para Pedraz Penalva, “*a proporcionalidade é, pois, algo mais que um critério, regra ou elemento técnico de juízo, utilizável para afirmar conseqüências jurídicas: constitui um princípio inerente ao Estado de Direito com plena e necessária operatividade, enquanto sua devida utilização se apresenta como uma das garantias básicas que devem ser observadas em todo caso em que possam ser lesionados direitos e liberdades fundamentais.*”³⁴

Feriu-se, outrossim, o princípio da igualdade, previsto expressamente no art. 5º., caput da Constituição Federal. Este princípio constitucional “*significa a proibição, para o legislador ordinário, de discriminações arbitrárias: impõe que a situações iguais corresponda um tratamento igual, do mesmo modo que a situações diferentes deve corresponder um tratamento diferenciado.*”

Segundo ainda Mariângela Gama de Magalhães Gomes, a igualdade “*ordena ao legislador que preveja com as mesmas conseqüências jurídicas os fatos que em linha de princípio sejam comparáveis, e lhe permite realizar diferenciações apenas para as hipóteses em que exista uma causa objetiva – pois caso não se verifiquem motivos desta espécie, haverá diferenciações arbitrárias.*”³⁵

Para Ignacio Ara Pinilla, “*la preconizada igualdad de todos frente a la ley (...) ha venido evolucionando en un sentido cada vez más contentutista, comprendiéndose paulatinamente como interdicción de discriminaciones, o, por lo menos, como interdicción de discriminaciones injustificadas.*”³⁶

³³ O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 59.

³⁴ Apud Mariângela Gama de Magalhães Gomes, “O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal”, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 60.

³⁵ Obra citada, p. 67.

³⁶ “Reflexiones sobre el significado del principio constitucional de igualdad”, artigo que compõe a obra coletiva denominada “El Principio de Igualdad”, coordenada por Luis García San Miguel, Madri: Dykinson, 2000, p. 206.

Como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, “há ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando a norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada.”³⁷

Mas, infelizmente, como afirma Francesco Palazzo, “a influência dos valores constitucionais vem, pouco a pouco, crescendo sempre no arco dos tempos, sem que, no entanto, ainda assim as transformações constitucionais tenham logrado produzir a esperada reforma orgânica do sistema penal, inclusive.”³⁸

Canotilho explica que são “princípios jurídicos fundamentais os princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional. Pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo.”³⁹

Este art. 41 também afronta o disposto no art. 98, I da Constituição Federal, pois a competência dos Juizados Especiais Criminais é ditada pela natureza da infração penal, estabelecida em razão da matéria e, portanto, de caráter absoluto, ainda mais porque tem base constitucional; neste sentido, Mirabete e Ada, respectivamente:

“A competência do Juizado Especial Criminal restringe-se às infrações penais de menor potencial ofensivo, conforme a Carta Constitucional e a lei. Como tal competência é conferida em razão da matéria, é ela absoluta.”⁴⁰

“A competência do Juizado, restrita às infrações de menor potencial ofensivo, é de natureza material e, por isso, absoluta.”⁴¹

³⁷ Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade, São Paulo: Malheiros, 1999, 3ª. ed., 6ª. tiragem, p. 47.

³⁸ Valores Constitucionais e Direito Penal, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 117.

³⁹ Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Coimbra: Almedina, 6ª. ed., p. 1.151.

⁴⁰ Juizados Especiais Criminais, São Paulo: Atlas, 1997, p. 28.

⁴¹ Juizados Especiais Criminais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª. ed., p. 69.

Igualmente Cezar Roberto Bitencourt, para quem “*a competência ratione materiae, objeto de julgamento pelos Juizados Especiais Criminais, apresenta-se da seguinte forma: crimes com pena máxima cominada não superior a dois anos e contravenções penais.*”⁴²

Sidney Eloy Dalabrida também já escreveu:

“*A competência do Juizado Especial Criminal foi firmada a nível constitucional (art. 98, I, CF), restringindo-se à conciliação (composição e transação), processo, julgamento e execução de infrações penais de menor potencial ofensivo. É competência que delimita o poder de julgar em razão da natureza do delito (ratione materiae), e, sendo assim, absoluta.*”⁴³

Repita-se que a competência da qual ora falamos tem índole constitucional (art. 98, I da Carta Magna), sendo nulos todos os atos porventura praticados, não somente os decisórios, como também os probatórios, “*pois o processo é como se não existisse.*”⁴⁴

Se assim o é, ou seja, se a própria Constituição estabeleceu a competência dos Juizados Especiais Criminais para o processo, julgamento e execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, é indubitoso não ser possível a exclusão desta competência em razão do sujeito passivo atingido (mulher) e pela circunstância de se tratar de violência doméstica e familiar.

É bem verdade que a própria Lei nº. 9.099/95 prevê duas hipóteses em que é afastada a sua competência (arts. 66, parágrafo único e 77, § 2º.), mas este fato não representa obstáculo ao que dissemos, pois se encontra dentro da faixa de disciplina possível para a Lei nº. 9.099/95, permitida pelo art. 98 da Constituição. Em outras palavras: ao delimitar a competência dos Juizados, poderia a respectiva lei, autorizada pela Lei Maior, estabelecer exceções à regra, observando, evidentemente, os critérios orientadores estabelecidos pela própria lei. Efetivamente, na Lei nº. 9.099/95 há duas causas modificadoras da

⁴² Juizados Especiais Criminais e Alternativas à Pena de Prisão, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 3ª. ed., p. 59.

⁴³ Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim, n.º 57, agosto/1997.

⁴⁴ Fernando da Costa Tourinho Filho, Processo Penal, São Paulo: Saraiva, Vol. II, 12ª. ed. p. 503.

competência: a complexidade ou circunstâncias da causa que dificultem a formulação oral da peça acusatória (art. 77, § 2º.) e o fato do réu não ser encontrado para a citação pessoal (art. 66, parágrafo único). Porém, o certo é que tais disposições não ferem a Constituição Federal, pois as duas hipóteses se ajustam perfeitamente aos critérios da celeridade, informalidade e economia processual propostos pelo legislador (art. 62, Lei nº. 9.099/95).

Nada mais razoável e proporcionalmente aceitável que retirar dos Juizados Especiais o réu citado por edital (ao qual será aplicado, caso não compareça, o art. 366 do CPP) e um processo mais complexo: são circunstâncias que, apesar de excluïrem a competência dos Juizados, ajustam-se perfeitamente àqueles critérios acima indicados e são, portanto, constitucionalmente aceitáveis.

Observa-se que se as leis respectivas “*podem definir quais são as infrações, podem, também, o menos, que é excluir aquelas que, mesmo sendo de menor potencial ofensivo, não são recomendadas para serem submetidas ao Juizado, desde que não se subtraia de todo a competência estabelecida constitucionalmente*”, como bem anotou Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho.⁴⁵ (grifo nosso).

Destarte, subtraindo a competência dos Juizados Especiais Criminais, a referida lei incidiu em flagrante inconstitucionalidade, pois a competência determinada expressamente pela Constituição Federal não poderia ter sido reduzida por lei infraconstitucional.

O texto constitucional é explícito ao garantir ao autor da infração penal de menor potencial ofensivo o procedimento oral e sumariíssimo. Segundo Antonio Scarance Fernandes, “*a incorporação, nos ordenamentos, de modelos alternativos aos procedimentos comuns ou ordinários gera para as partes o direito a que, presentes os requisitos legais, sejam obrigatoriamente seguidos. (...) Em relação à extensão do procedimento, têm as partes direito aos atos e fases que formam o conjunto procedimental. Em síntese, têm direito à integralidade do procedimento.*”⁴⁶

⁴⁵ Lei dos Juizados Especiais Criminais (com Geraldo Prado), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 15.

⁴⁶ Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, pp. 67/69.

Ademais, “o procedimento pode ser visto como as regras de um jogo, que devem ser obedecidas para que seja legítima a competição. O cumprimento dos atos e fases procedimentais se impõe tanto ao Juiz quanto às partes e a todos os sujeitos que participarem do processo, isso porque o procedimento é integral. Além disso, prevendo a lei um procedimento específico para determinada relação de Direito Material controvertida, não cabe ao Juiz dispensá-la, impondo-se sua observância, em respeito ao devido processo legal. Justifica-se isso em virtude de os atos previstos na cadeia procedimental serem adequados à tutela de determinadas situações, daí serem imprescindíveis, ou seja, o procedimento ostenta uma tipicidade.”⁴⁷

A propósito, mutatis mutandis, veja um trecho do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 2.797-2:

“(…) Esta Suprema Corte, ao exercer o seu poder de indagação constitucional – consoante adverte CASTRO NUNES (“Teoria e Prática do Poder Judiciário”, p. 641/650, 1943, Forense) – deve ter presente, sempre, essa técnica lógico-racional, fundada na teoria jurídica dos poderes implícitos, para, através dela, mediante interpretação judicial (e não legislativa), conferir eficácia real ao conteúdo e ao exercício de dada competência constitucional, consideradas as atribuições do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça⁴⁸, tais como expressamente relacionadas no texto da própria Constituição da República. (...) Vê-se, portanto, que são inconfundíveis – porque inassimiláveis tais situações – a possibilidade de interpretação, sempre legítima, pelo Poder Judiciário, das normas constitucionais que lhe definem a competência e a impossibilidade de o Congresso Nacional, mediante legislação simplesmente ordinária, ainda que editada a pretexto de interpretar a Constituição, ampliar, restringir ou modificar a esfera de atribuições jurisdicionais originárias desta Suprema Corte, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e dos

⁴⁷ Luciana Russo, “Devido processo legal e direito ao procedimento adequado”, artigo publicado no jornal “O Estado do Paraná”, na edição do dia 26 de agosto de 2007.

⁴⁸ E também dos Juizados Especiais Criminais, cuja competência encontra sede igualmente na Carta Magna.

*Tribunais de Justiça estaduais*⁴⁹, por tratar-se de matéria posta sob reserva absoluta de Constituição. (...) Em suma, Senhora Presidente, o Congresso Nacional não pode – simplesmente porque não dispõe, constitucionalmente, dessa prerrogativa – ampliar (tanto quanto reduzir ou modificar), mediante legislação comum, a esfera de competência originária do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça dos Estados⁵⁰. (...) O ponto está em que às leis ordinárias não é dado impor uma dada interpretação da Constituição. De tudo resulta que a lei ordinária que se limite a pretender impor determinada inteligência da Constituição é, só por isso, formalmente inconstitucional. (...) Coisa diversa, convém repisar, é a lei pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição: aí, a questão é de inconstitucionalidade formal, ínsita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação de norma de hierarquia superior. (...) Daí a correta lição expendida pelo ilustre magistrado ANDRÉ GUSTAVO C. DE ANDRADE (“Revista de Direito Renovar”, vol. 24/78-79, set/dez 02), que também recusa, ao Poder Legislativo, a possibilidade de, mediante verdadeira “sentença legislativa”, explicitar, em texto de lei ordinária, o significado da Constituição. Diz esse ilustre autor: ‘Na direção inversa – da harmonização do texto constitucional com a lei – haveria a denominada interpretação da Constituição conforme as leis, mencionada por Canotilho como método hermenêutico pelo qual o intérprete se valeria das normas infraconstitucionais para determinar o sentido dos textos constitucionais, principalmente daqueles que contivessem fórmulas imprecisas ou indeterminadas. Essa interpretação de mão trocada se justificaria pela maior proximidade da lei ordinária com a realidade e com os problemas concretos. O renomado constitucionalista português aponta várias críticas que a doutrina tece em relação a esse método hermenêutico, que engendra como que uma ‘legalidade da Constituição a sobrepor-se à constitucionalidade das leis’. Tal concepção leva ao paroxismo a idéia de que o legislador exercia uma preferência como concretizador da Constituição. Todavia, o legislador, como destinatário e concretizador da Constituição, não tem o poder de fixar a interpretação ‘correta’ do texto constitucional.

⁴⁹ Repetimos: e também dos Juizados Especiais Criminais.

⁵⁰ Idem.

Com efeito, uma lei ordinária interpretativa não tem força jurídica para impor um sentido ao texto constitucional, razão pela qual deve ser reconhecida como inconstitucional quando contiver uma interpretação que entre em testilha com este.”

Diante do exposto, este dispositivo da nova lei não deve ser aplicado pelo Juiz, pois, como se sabe, o controle de constitucionalidade judiciário no Brasil tem o caráter difuso⁵¹, podendo “*perante qualquer juiz ser levantada a alegação de inconstitucionalidade e qualquer magistrado pode reconhecer essa inconstitucionalidade e em consequência deixar de aplicar o ato inquinado*”, na lição do constitucionalista Manoel Gonçalves Ferreira Filho.⁵²

No Superior Tribunal de Justiça já se decidiu que “*o controle jurisdicional da constitucionalidade, no regime da constituição vigente, pode ser exercitado via de defesa (difuso), incidentur tantum, por todos os juízes, com efeitos inter partes.*” (STJ, 1ª. T., ROMS nº. 746/RJ, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, Diário da Justiça, Seção I, 05/10/93, p. 22.451. RSTJ 63/137).

Obviamente, mais uma vez não se observou o princípio da proporcionalidade⁵³, perfeitamente exigível quando se trata de estabelecer requisitos e pressupostos para a prisão provisória; aqui, prende-se preventivamente quando, muito provavelmente, não haverá aplicação de uma pena privativa de liberdade (quando da sentença condenatória).

Como ensina Alberto Bovino, não é possível “*que a situação do indivíduo ainda inocente seja pior do que a da pessoa já condenada, é dizer, de proibir que a coerção meramente processual resulte mais gravosa que a*

⁵¹ Segundo José Afonso da Silva, entre nós, este “*sistema foi originariamente instituído com a Constituição de 1891 que, sob a influência do constitucionalismo norte-americano, acolhera o critério de controle difuso por via de exceção, que perdurou nas constituições sucessivas até a vigente.*” (Curso de Direito Constitucional Positivo, São Paulo: Malheiros, 10ª. ed., 1995).

⁵² Curso de Direito Constitucional, São Paulo: Saraiva, 17ª. ed., 1989, p. 34.

⁵³ Como afirma Denilson Feitoza Pacheco, “*a importância da afetação negativa causada pela medida cautelar pessoal deve estar justificada pela importância da realização do fim perseguido por essa intervenção no direito fundamental.*” (O Princípio da Proporcionalidade no Direito Processual Penal Brasileiro, Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 261).

própria pena. Em consequência, não se autoriza o encarceramento processual, quando, no caso concreto, não se espera a imposição de uma pena privativa de liberdade de cumprimento efetivo. Ademais, nos casos que admitem a privação antecipada da liberdade, esta não pode resultar mais prolongada que a pena eventualmente aplicável. Se não fosse assim, o inocente se acharia, claramente, em pior situação do que o condenado."⁵⁴

Segundo Humberto Ávila, “*um meio é proporcional quando o valor da promoção do fim não for proporcional ao desvalor da restrição dos direitos fundamentais. Para analisá-lo é preciso comparar o grau de intensidade da promoção do fim com o grau de intensidade da restrição dos direitos fundamentais. O meio será desproporcional se a importância do fim não justificar a intensidade da restrição dos direitos fundamentais.*”⁵⁵

Aliás, no art. 20 da lei já se prevê que “*em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial*”, podendo o Juiz “*revogar a prisão preventiva se, no curso do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.*” Note-se, porém, que com o advento da Lei nº. 12.403/2011, que deu nova redação ao art. 311 do Código de Processo Penal, o Juiz só pode decretar de ofício a prisão preventiva no curso do processo penal. Antes, apenas quando requerida pelo Ministério Público ou representada pela autoridade policial.

VII – CONCLUSÃO

Diante destas considerações, entendemos que os arts. 17 e 41 da Lei nº. 11.340/2006, além do inciso IV do art. 313 do Código de Processo Penal, não devem ser aplicados, pois, apesar de normas vigentes formalmente (porque aprovadas pelo Poder Legislativo e promulgadas pelo Poder Executivo), são substancialmente inválidas, ten-

⁵⁴ Apud Rogerio Schietti Machado Cruz, “Prisão Cautelar – Dramas, Princípios e Alternativas”, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 100.

⁵⁵ Teoria dos Princípios, São Paulo: Malheiros, 4ª. ed., 2004, p. 131.

do em vista a incompatibilidade material com a Constituição Federal. Relembremos que “*não se pode interpretar a Constituição conforme a lei ordinária (gesetzeskonformen Verfassunsinterpretation). O contrário é que se faz.*”⁵⁶

Uma coisa é lei vigente, outra é lei válida.

Vejamos a lição de Miguel Reale:

“*Validade formal ou vigência é, em suma, uma propriedade que diz respeito à competência dos órgãos e aos processos de produção e reconhecimento do Direito no plano normativo.*”⁵⁷

Nem toda lei vigente é válida e só a lei válida e que esteja em vigor deve ser observada pelos cidadãos e operadores de Direito.⁵⁸

Como afirma Enrique Bacigalupo, “*la validez de los textos y de las interpretaciones de los mismos dependerá de su compatibilidad con principios superiores. De esta manera, la interpretación de la ley penal depende de la interpretación de la Constitución.*”⁵⁹

A propósito, Ferrajoli:

“*Para que una norma exista o esté en vigor es suficiente que satisfaga las condiciones de validez formal, condiciones que hacen referencia a las formas y los procedimientos de acto normativo, así como a la competencia del órgano de que emana. Para que sea válida se necesita por el contrario que satisfaga también las condiciones de validez sustancial, que se refieren a su contenido, o sea, a su significado.*” Para o autor, “*las condiciones sustanciales de la validez, y de manera especial las de la validez constitucional,*

⁵⁶ STJ, Rel. Min. ADEMAR MACIEL, DJU 3.4.95, p.8.149.

⁵⁷ Lições Preliminares de Direito, São Paulo: Saraiva, 19^a. ed., 1991, p. 114.

⁵⁸ Como ensina Gilberto Thums, “*não basta que existam leis com vigência, é necessário que sejam válidas e somente possuem validade as leis que se harmonizam com os princípios fundamentais da Constituição. (...) Portanto, todas as normas infraconstitucionais que não correspondem, quanto ao seu conteúdo, aos princípios constitucionais, embora formalmente vigentes (validade formal), seriam materialmente inconstitucionais, podendo o juiz negar sua aplicação.*” (Sistemas Processuais Penais, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 172, com grifo nosso).

⁵⁹ “Principios Constitucionales de Derecho Penal”, Buenos Aires: Editorial Hamurabi, 1999, p. 232.

consisten normalmente en el respeto de valores – como la igualdad, la libertad, las garantías de los derechos de los ciudadanos.”⁶⁰ (Grifos no original).

Janáína Paschoal adverte: “*O perigo que vislumbramos na nova lei é justamente o de, novamente, prevalecer o caminho mais fácil, qual seja o de simplesmente prender-se o agressor, tratando-se como uma ‘safada’ que gosta de apanhar que, depois de denunciar, se opõe a essa prisão. (...) A idéia de que a Mulher precisa se libertar, psicologicamente, de seu agressor é totalitária, e tão preconceituosa como a que deve se submeter às vontades do marido.*”⁶¹

Não olvidemos, outrossim, que a exclusão do Juizado Especial Criminal para o processo e julgamento de tais crimes só facilitará o transcurso do prazo prescricional (e a extinção da punibilidade), pois, optando por outros procedimentos (especiais ou sumário) certamente a demora na aplicação da pena será bem maior do que, por exemplo, se houvesse a possibilidade (bem ou mal) da transação penal (com a proposta imediata de uma pena alternativa).

Segundo o jornal Folha de São Paulo, edição on line do dia 07 de agosto de 2008, “*o número de denúncias de agressões a mulheres no país mais do que dobrou no comparativo do primeiro semestre deste ano em relação a igual período de 2007. Números apresentados nesta quinta-feira pela Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres com base no número de serviço 180 --a central de atendimento à mulher-- apontam que de janeiro a junho de 2008 foram feitos 121.891 contra 58.417 em igual período de 2007, num incremento de 107,9%. A lei Maria da Penha, que pune com mais rigidez os agressores de mulheres, completa dois anos hoje. Os dados mostram ainda um crescimento quase três vezes e meio superior na quantidade de pessoas que pretendem se informar sobre a lei. Enquanto no primeiro semestre do ano passado 11.020 ligações foram atendidas com o intuito de prestar esclarecimentos sobre a lei, no primeiro semestre de 2008 os atendimentos foram de 49.025. Distrito Federal, São Paulo, Pará e Goiás lideram o ranking das denúncias. Na outra ponta estão Acre, Maranhão e Amazonas. O levantamento mostra que 61,5% das mulheres informaram sofrer agressões diariamente e outras 17,8% são alvo toda semana de destratos. A maior parte das agressões*

⁶⁰ Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal, Madri: Editorial Trotta S.A., 3ª. ed., 1998, p. 874.

⁶¹ Obra citada, p. 3.

(63,9%) são praticadas pelos próprios companheiros. Em 58,4% dos casos relatados, os agressores estavam bêbados ou eram usuários de drogas. Segundo a subsecretária Aparecida Gonçalves, da área de Enfrentamento à Violência da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, a maior incidência de denúncias na região Centro-Oeste do país se deve ao que ela considera um maior nível de informação a respeito da legislação que estabelece maior rigor nas punições aos agressores de mulheres. Isso relativiza o fato de Estados do extremo do país apareçam nas últimas colocações. “A cada ano temos uma maior divulgação da lei, e a medida que ela passa a ter uma maior efetividade, isso reflete nas denúncias. Só as respostas efetivas aos casos de agressões virão a fortalecer esses números”, afirma Gonçalves. Apesar de a maior parcela das agressões ser cometida quando o parceiro está drogado ou bêbado, ela afirma que a questão é cultural. “Se fosse só a agressão em si, ele [agressor] bateria num amigo do bar, não na mulher, ao chegar em casa”, afirma. Durante cerimônia ocorrida no Palácio do Planalto, foram mostrados também os resultados de uma pesquisa a respeito da lei Maria da Penha. A pesquisa Ibope/Themis (Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero) --esta última uma ONG gaúcha-- revelou que 68% da população brasileira já ouviu falar da lei. Outros 82% conhecem a sua eficácia. A consulta foi realizada entre os dias 17 e 21 de julho, com 2.002 entrevistados em 142 municípios brasileiros. A margem de erro é de dois pontos percentuais para mais ou para menos. A pesquisa mostra que 32% não conhece e nem ouviu falar da lei. Um quinto dos pesquisados (20%) respondeu acreditar que a lei Maria da Penha coloca o agressor na cadeia e 33% afirmaram que ela inibe a violência doméstica. Após ser agredida, segundo os respondentes, 38% das mulheres procuram as delegacias especializadas de atendimento à mulher e 19% outras delegacias. Para 42% dos entrevistados, as mulheres não procuram serviço de apoio.”

A título de conclusão, e para refletirmos, oportuna também a transcrição da lição de Roberta Toledo Campos:

“O homem exalta a violência. Virou o grande monstro que ameaça a família. O povo grita por socorro. E o Estado, num ato salvacionista, edita a Lei Maria da Penha. Lógico! Como é inadimplente na implementação dos direitos fundamentais, como educação, saúde, moradia, cultura, emprego etc., e, assim, gerador de muitas das mazelas humanas, faz uso de uma de suas atribuições a mais viável economicamente: o processo legislativo e o sistema penal. Ao criar leis, o Estado transmite ao povo carente de direitos fundamen-

tais a sensação de dever cumprido, já que as leis entram em vigor imediatamente e induzem a ilusão de que agora temos leis fortes, que não deixam mais brechas para a impunidade. (...) Não nos escapa que é momento de refletir sobre a crise da masculinidade e da feminilidade. Há dúvida de que a natureza determina de modo tão sumário a diferença entre masculino e feminino. Homem, mulher, masculino e feminino são construções. Efetivamente, muitos de nós criticamos o modelo masculino ou feminino sob o qual fomos criados. Já se sabe atualmente que é possível ser homem sem ser macho e opressor. O desmoronamento dos modelos tradicionais de gênero é mais uma possibilidade do que uma perda. É a possibilidade de mudança. E é esta crise que nos leva à auto-reflexão para a construção de um novo ser humano. Ser humano este não determinado por sua biologia, mas capaz de encontrar livremente a sua própria identidade, o seu ser, tomando o cuidado para não cometer o erro de supor a possibilidade de uma nova síntese, de uma nova identidade estereotipada. (...) Não é possível diante da principiologia democrática constitucionalizada estabelecer modelos de identidade masculina ou feminina. Estereotipar a identidade em masculino e feminino é, no mínimo, discriminatório. Falar em encontrar uma nova identidade masculina ou feminina é um equívoco. É possível apenas refletir sobre a construção da nova identidade do sujeito constitucional no atual Estado Democrático de Direito.”⁶²

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

MOREIRA, Rômulo de Andrade. O Supremo Tribunal Federal e a lei Maria da Penha – uma lamentável decisão. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 2, n. 1, p. 145 - 184, 2016. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v2i1.20>

⁶² Campos, Roberta Toledo. Aspectos constitucionais e penais significativos da Lei Maria da Penha. Disponível na internet www.ibccrim.org.br 04.09.2007.

**Três teses sobre a inconstitucionalidade
substancial do art. 383 do CPP:
por que o réu não se defende (apenas) dos fatos**

*Three theses on the substancial
unconstitutionality of the art. 383 CPP:
why the defendant does not defend himself (only) from facts*

Ricardo Jacobsen Gloeckner

Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais
da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.
Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR.

Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade
Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Advogado Criminalista.
ricardogloeckner@hotmail.com

RESUMO: O presente artigo enfoca a questão da instrumentalidade constitucional do processo penal a partir da correlação entre a imputação e a sentença. Justifica-se a abordagem em razão da forma demasiadamente simplista e reducionista como o assunto vem sendo tratado na doutrina e jurisprudência brasileiros. Pretende-se enfrentar o assunto também através da análise do caso de Mario Drassich a partir do qual será analisado a dicotomia das questões de fato e de direito, como superação do modelo positivista. Será também sustentada, sob essa perspectiva, a inconstitucionalidade do art. 383 do CPP, com a apresentação de diversos problemas relacionados e sintetizados em três argumentos.

PALAVRAS-CHAVE: Instrumentalidade constitucional do processo penal. Correlação entre imputação e a sentença. Dicotomia entre questões de fato e de direito.

ABSTRACT: *This article focus on the question of the constitutional instrumentality of the criminal procedure from the correlation between the imputation and the sentence. This approach is justified by the reason of the simplistic and reductionist shape of how the subject has been treated by the brazilian doctrine and the jurisprudence. It is intended to face the problem also by the analyses of the Mario Drassich case, from what will be analyzed the dichotomy between question of fact and law, as a suppurations of the positivism model. It will be also sustained, under this perspective, the unconstitutionality of the art. 383 of the CPP, with the presentation of severals problems related and synthesized in three arguments.*

KEYWORDS: *Constitutional instrumentality of criminal procedure. Correlation between imputation and sentence. Dichotomy between question of fact and law.*

1. UMA BREVE EXPLICITAÇÃO DO NÚCLEO DA QUESTÃO: HERMENÊUTICA DISFORME DO IURA NOVIT CURIA?

Tomando-se como premissa da qual se parte a instrumentalidade constitucional do processo penal,¹ o tema do princípio da *correlação entre imputação e sentença*² carece de maiores aprofundamentos. Salvo raras exceções,³ a doutrina costuma, ao reproduzir máximas e verbetes jurisprudenciais, retroalimentar um sistema acrítico de categorias processuais penais. Vale dizer, além da teoria geral do processo, a carregar de sentido inúmeros conceitos processuais penais, tratando-os

¹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Processo Penal e sua Conformidade Constitucional*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no Processo Penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular*. Salvador: Jus Podium, 2013.

² Utiliza-se o termo imputação, ao revés de acusação, como tradicionalmente se apresenta o termo, a partir da seguinte consideração: por acusação entende-se a potestatividade do Ministério Público em denunciar alguém (substituindo-se, portanto, o termo ação).

³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi. 2 ed. *Correlação Entre Acusação e Sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009; MALAN, Diogo. *A Sentença Incongruente no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

como se fossem privatísticos (veja-se temas como objeto do processo, ação penal, nulidades, etc), tem-se ainda, a sobrevivência umbrática de conceitos pandectísticos e romanísticos, como se tais categorias pudessem de fato, dada a complexidade de nossa sociedade, fazer algum sentido. Evidentemente que a tradição jurídica não pode ser simplesmente esquecida ou neutralizada a partir de um giro linguístico que estabeleceria uma espécie de marco zero da linguagem.⁴ Tampouco a aplicabilidade de conceitos escolásticos, reatualizados a partir da metafísica da consciência podem servir de critérios oportunos nesta quadra do constitucionalismo contemporâneo.

No âmbito do presente ensaio parece-nos inarredável a circunstância de que velhos axiomas ou brocardos como *iura novit curia*, *da mihi factum dabo tibi jus* são manifestamente simplistas em demasia para explicitar as situações jurídicas que ocorrem no curso do processo penal. Se por um lado, o princípio da estrita jurisdicionalidade (*nulla poena sine iudicio*), como demonstrou FERRAJOLI⁵, constitui-se como uma garantia constitutiva do processo penal contemporâneo, igualmente o princípio da correlação (ou congruência) entre imputação e sentença, no processo penal, ainda merece ampla dedicação da doutrina para lhe traçar seus contornos. Esta a tarefa basilar do ensaio, como já dito.

Basicamente, a doutrina processual penal e a jurisprudência brasileiras tratam as questões do mencionado princípio a partir de uma leitura reducionista, filtrando o princípio da correlação entre imputação e sentença, de matriz constitucional, através dos arts. 383⁶ e 384⁷, ambos do Código de Processo Penal Brasileiro recentemente

⁴ STRECK, Lênio L. *O que é Isto? Decido Conforme Minha Consciência*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. 4 ed. Madrid: Trotta, 2004.

⁶ *Art. 383*. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

⁷ *Art. 384*. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o

modificado pela Reforma de 2008. Em síntese, reassentando a logística autoritária do Código de Processo Penal de 1941, o princípio da correlação entre imputação e sentença apresenta-se como um obstáculo ao bom funcionamento da justiça criminal. Como via de regra, a doutrina atribui pouca expressão à Exposição de Motivos – para não dizer desconhecimento – esquecendo-se do caldo cultural de onde brota a *epistème* inquisitorial. Aqui, imprescindível citar-se textualmente as palavras do Ministro Francisco Campos para se poder verificar que pensamento político se encontra amalgamado na categoria sentença, objeto que, segundo a formatação do próprio CPP, conteria o princípio da congruência:

“O projeto, generalizando um princípio já consagrado pela atual Lei do Júri, *repudia a proibição de sentença condenatória ultra petítum ou a desclassificação in pejus do crime imputado (grifo meu)*. Constituída um dos *exageros do liberalismo o transplante dessa proibição, que é própria do direito privado, para a esfera do direito processual penal (grifo meu)*, que é um ramo do direito público. O interesse da defesa social não pode ser superado pelo unilateralíssimo interesse pessoal dos criminosos (grifo meu). Não se pode reconhecer ao réu, em prejuízo do bem social, estranho direito adquirido a um *quantum* de pena injustificadamente diminuta, *só porque o Ministério Público, ainda que por equívoco, não tenha pleiteado maior pena (grifo meu)*. Em razão do antigo sistema, ocorria, frequentemente, a seguinte inconveniência: não podendo retificar a classificação feita na denúncia, para impor ao réu sanção mais grave, o juiz era obrigado a julgar nulo o processo ou improcedente a ação penal, conforme o caso, devendo o Ministério Público apresentar nova denúncia, se é que já não estivesse extinta a punibilidade pela prescrição. Se o réu estava preso, era posto em liberdade, e o êxito do segundo processo tornava-se, as mais das vezes, impossível, dado o intercorrente desaparecimento dos elementos de prova. Inteiramente diversa é a solução dada pelo projeto, que distingue duas hipóteses: o fato apurado no sumário é idêntico ao descrito na denúncia ou quei-

Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.

xa, mas esta o classificou erradamente; ou o fato apurado ocorreu em circunstâncias diversas não contidas explícita ou implicitamente na peça inicial do processo, e estas deslocam a classificação. E os dois casos são assim resolvidos: no primeiro, é conferida ao juiz a faculdade de alterar a classificação, ainda que para aplicar pena mais grave; no segundo, se a circunstância apurada não estava contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou queixa, mas não acarreta a nova classificação pena mais grave, deverá o juiz conceder ao acusado o prazo de 8 (oito) dias para alegação e provas, e se importa classificação que acarrete pena mais grave, o juiz baixará o processo, a fim de que o Ministério Público adite a denúncia ou a queixa e, em seguida, marcará novos prazos sucessivos à defesa, para alegações e prova⁸

Como se pode perceber, cuida-se de uma estrutura processual absolutamente infensa a qualquer norma limitadora tanto dos poderes judiciais quanto daqueles pertencentes à acusação. Entretanto, para fins de exame da matéria, devemos chamar a atenção para a circunstância de que tanto nas normas disciplinadas nos arts. 383 e 384 do CPP quanto na própria exposição de motivos, o termo *fato* emprestaria sentido e funcionalidade aos dispositivos processuais, pelo que o princípio da correlação entre imputação e sentença seria ressignificado a partir de sua ontologização.

Todavia, a ideia de congruência da sentença aparece, preliminarmente, associada à tradição de que a decisão seja exatamente a mesma que aparece na pretensão acusatória, não podendo ser *ultra, extra* ou *citra petita*.⁹ Para Pedro Aragonese, a congruência se trata de um princípio normativo dirigido à limitação das faculdades resolutivas do órgão jurisdicional, devendo haver identidade entre o julgado e o controvertido, oportunamente, pelos litigantes e em relação com os poderes atribuídos ao órgão jurisdicional pelo ordenamento jurídico.¹⁰ Para

⁸ CAMPOS, Francisco. *Exposição de Motivos do Código de Processo Penal* (Dec. Lei 3.689, de 3-10-1941). Ítem XII.

⁹ GUASP DELGADO, Jaime; ARAGONESES, Pedro. *Derecho Procesal Civil*. T. I. 6 ed. Madrid: Civitas, 2003. p. 519.

¹⁰ ARAGONESES, Pedro. *Sentencias Congruentes*: pretensión, oposición, fallo. Madrid: Aguillar, 1957. p. 227.

Armenta Deu o princípio da congruência, no processo civil, decorre dos princípios dispositivo e de aporte de parte, bem como na proibição do *non liquet*. Já no processo penal, o fundamento residiria no princípio acusatório¹¹ e no contraditório. Notadamente, aqui, a incongruência da sentença ocorrerá quando a sentença não refletir o objeto do processo.¹² Para a maioria dos autores, a correlação estaria garantida quando se verifica a preservação do objeto do processo¹³. O que causa espanto é que não raras vezes o princípio da congruência apareça atrelado ao *iura novit curia*. Este princípio, em linhas básicas, significa que os juízes e/ou tribunais não se acham limitados aos erros ou omissões das partes, podendo decidir de maneira desvinculada daqueles aspectos formais¹⁴⁻¹⁵. Em um processo acusatório não haverá espaço para esta desvinculação entre a sentença e a acusação, como apontará Luchini ao comentar a involução inquisitória operada na Itália.¹⁶

Evidentemente, a interpretação produzida pelo princípio *iura novit curia* permite, a partir de decisões apegadas à literalidade dos dispositivos contidos nos arts. 383 e 384 do Código de Processo Penal Brasileiro, a conclusão de que inexistiria um direito ao contraditório no que diz respeito às matérias de direito. A posição autoritária do Código de Processo Penal Brasileiro é ainda reforçada pela substancialização

¹¹ ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. 3 ed. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 42.

¹² ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Penal...* p. 269.

¹³ GONZÁLEZ NAVARRO, Alicia. *Correlación Entre Acusación y Sentencia Penal*. Tesis de Doctorado. San Cristóbal de la Laguna, 2001; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi. 2 ed. *Correlação Entre Acusação e Sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009; ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. 3 ed. Madrid: Marcial Pons, 2007.

¹⁴ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 4 ed. Buenos Aires: Montevideo: B de F, 2005. p. 234

¹⁵ Para uma análise histórica e horizontal do princípio *iura novit curia* recomenda-se a leitura de ESQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. *Iura Novit Curia y Aplicación Judicial del Derecho*. Valladolid: Lex Nova, 2000 e SENTÍS MELENDO, Santiago. *El Juez y el Derecho (Iura Novit Curia)*. Buenos Aires: EJE, 1957.

¹⁶ LUCHINI, Luigi. *Elementi di Procedura Penale*. 4 ed. Firenze: Barbèra, 1920. p. 408 *et seq.*

do “fato naturalístico”, em uma simplória interpretação que permite algumas conclusões verdadeiramente absurdas em pleno século XXI. Preliminarmente, iniciaremos com a análise do *Caso Drassich* julgado em 2010 pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, a fim de avançarmos na discussão destes elementos.

2. O CASO DRASSICH¹⁷: LINHAS FUNDAMENTAIS ACERCA DA INSERÇÃO DA “MATÉRIA DE DIREITO” COMO ELEMENTO DO CONTRADITÓRIO

Mario Drassich era magistrado em Trieste e fora acusado pelo delito de corrupção praticado através de ato funcional (1994). Drassich foi condenado tanto em primeiro quanto em segundo graus. Em 2004 recorreu ao Tribunal de Cassação contra a sentença da Corte de Apelação de Veneza que lhe havia condenado pelo delito de corrupção funcional, alegando igualmente a prescrição do delito. A Corte de Cassação reconfigurou o delito, que passava a ser agora, o de corrupção em atividade jurisdicional, cujo lapso temporal da prescrição era bem mais extenso. Em 2007 Drassich apresenta recurso junto ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, alegando violação de inúmeros preceitos, especialmente o art. 6º da Convenção Europeia de Direitos do Homem, que garante o direito de ser informado, em tempo razoável, em língua compreensível e de modo detalhado, da natureza e dos motivos da acusação formulada contra si.

Basicamente, o objeto debatido pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos analisou os seguintes pontos: a) a existência de uma requalificação jurídica *ex officio* por parte do Tribunal de Cassação; b) a inexistência de manifestação de Drassich a respeito da nova qualificação jurídica existente. Como corolário destes pontos o Tribunal Europeu de Direitos Humanos avaliou que a regra contida no art. 6º da CEDH - a exigência de que os acusados recebam informações sobre a imputação - fora violada. Neste ponto, não apenas acerca dos motivos ou “fatos” que fundam a acusação, mas também da própria qualificação jurídica. Demais disso, o TEDH decidiu que a informação precisa acerca das im-

¹⁷ Recurso 25575/04, caso Drassich vs Itália.

putações consiste em uma condição indispensável de equidade do procedimento. A argumentação do Governo italiano girou em torno de que a nova qualificação jurídica não passava de uma qualificadora do tipo penal redimensionado, e que, portanto, não gerava maiores problemas no que diz respeito ao art. 6º da CEDH. O TEDH decidiu que a nova figura delitiva determinava um tipo penal autônomo, tanto que exigia elemento subjetivo do tipo, correspondendo, portanto, à inserção de elemento diverso da imputação originária. Assim sendo, restaria evidente que a requalificação jurídica do fato promovida pela Corte de Cassação afastava a possibilidade de defesa e manifestação do acusado, que apenas exerceu tal direito referentemente à acusação originária¹⁸.

O precedente lançado pelo TEDH, como bem lembrado por CAPONE (2010, p. 108), representa uma nova configuração do princípio da correlação entre acusação e sentença. Desta forma, para CAPONE, os limites cognitivos à autoridade jurisdicional são fisiológicos e conaturais ao sistema acusatório, para além da questão referente à natureza do novo julgado ou da repartição de poderes entre magistrado e partes, se de feição inquisitiva ou dispositiva. A proibição do juiz de preocupar-se com questões que não lhe foram direcionadas deve-se à diferenciação entre juiz e partes. Neste sentido que o contraditório se configurará como instrumento de tutela da imparcialidade do juiz.¹⁹ Com efeito, o juiz não poderá se pronunciar a não ser sobre o que lhe foi requerido. O princípio geral que regula as relações entre a demanda da parte e poderes judiciais é o da correlação entre acusação (para nós imputação) e sentença.²⁰ Essa posição se assemelha em muitos aspectos à de Badaró, para quem “a desnecessidade da *mutatio libelli* não implica dispensa do contraditório sobre as questões de direito”.²¹

¹⁸ Na verdade o TEDH cita aqui alguns precedentes, como o caso Pelissier e Sassi vs França e Sadak e outros contra Turquia.

¹⁹ CAPONE, Arturo. *Iura Novit Curia*: studio sulla riqualificazione giuridica del fatto nel processo penale. Padova: CEDAM, 2010. p. 108.

²⁰ CAPONE, Arturo. *Iura Novit Curia*: studio sulla riqualificazione giuridica del fatto nel processo penale... p. 138.

²¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi. 2 ed. *Correlação Entre Acusação e Sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 119.

Evidentemente, a aplicação da regra contida na CEDH sobre a necessidade de informação prévia ao acusado, em tempo hábil para a preparação da defesa, bem como o exercício do contraditório no que diz respeito à chamada matéria de direito constitui-se como um avanço significativo relativamente às disposições legais que cuidam da matéria (como por exemplo o próprio art. 383 do Código de Processo Penal Brasileiro e o art. 521 do Código de Processo Penal Italiano). No entanto, parece-nos epistemologicamente insuficientes, uma vez que a resolução do TEDH baseada na nulidade da decisão não apenas não resolve como permite uma duplicação de problemas. Como desfecho do caso *Drassich* houve renovação da imputação, com a possibilidade de exercício de defesa por conta do acusado. Todavia, deve-se salientar que novamente o acusado foi julgado perante a Corte de Cassação, com a condenação do réu pelo mesmo órgão julgador do qual se originou o próprio recurso ao TEDH.

Os direitos previstos no art. 6º da CEDH não podem ser garantidos, com um nível de proteção intenso e eficaz se forem mantidos os próprios tecidos constitutivos da *epistème* inquisitória, que pressupõe a dicotomia metafísica e desprovida de maior profundidade entre a questão-de-fato e a questão-de-direito. Naturalmente, em tal mundividência, há uma natural supremacia das questões de fato sobre as de direito.²² Isto é, em última instância, que as repercussões processuais e probatórias serão sempre sobre os fatos (naturalísticos) e não aquelas questões de direito.

3. QUESTÃO DE FATO E QUESTÃO DE DIREITO: ALGUMAS NOTAS SOBRE REARRANJOS CONCEITUAIS REFLEXIVAMENTE DEFEITUOSOS

Para TARUFFO, a diferenciação entre juízes de fato e juízes de direito introduzida nas reformas judiciárias inglesas por Henrique II corresponderá à diferenciação entre questão de fato e questão de direito. Após a conquista normando, a configuração da instituição do

²² UBERTIS, Giulio. *Fatto e Valore nel Sistema Probatorio Penale*. Milano: Giuffrè, 1979. p. 43.

júri como *trier of fact* corresponderá ao coração e núcleo mais festejado daquele sistema: “a distinção entre *issues of law* e *issues of fact* segue justamente a distinção entre a função do juiz e a função do júri”.²³

Desde já acompanhando Castanheira Neves, a dicotomia “questão de fato” “questão de direito” seria uma problema dogmático, epistemológico ou metodológico?²⁴ E de fato, as múltiplas respostas encontradas na doutrina, apontam para a confusão de sentidos no emprego da problematicidade inerente às parênticas que acabam servindo como modais decisórios ou mesmo, para além dessa precária servilidade apostólica a comandos autoritários, como significantes anêmicos. Esta confusão, diga-se de passagem, não é exclusiva do cerne processual (especialmente pela dedicação que se atribui ao cânone *iura novit curia*), mas também pode ser encontrado no próprio direito material (erro de direito e erro de fato). Portanto, naturalmente, as dimensões da dicotomia apresentada enfeixam categorias que se apresentam desde um subjetivismo voluntarista (como o problema erro de fato e erro de direito) até a sua extensão processual (que se equilibra a partir do erro *in procedendo* e erro *in judicando*), cujo ápice problemático reside justamente na mutabilidade das narrativas processuais²⁵ e sua vinculação decisional. Ao se assumir uma postura positivista, inegável que não apenas os referidos “erros” reencontram seu lugar próprio numa epistemologia normocêntrica, que inclusive se reflete no próprio âmbito cognitivo dos tribunais. Veja-se, portanto, que de certa forma a própria competência constitucional, definidora das atribuições dos Tribunais Superiores retroalimenta esta concepção do dimensionamento da questão, ao estreitá-la e comprimi-la num círculo autocompreensivo: a norma define o que é normativo e fático. Há portanto, neste primeiro alinhamento, uma normatividade em diferendo do fático e do norma-

²³ TARUFFO, Michele. *Uma Simples Verdade: o juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 212.

²⁴ CASTANHEIRA NEVES, Alfredo. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 483.

²⁵ Sobre narrativas processuais como campo contíguo à prova Cf. TWINING, William. *Rethinking Evidence: exploratory essays*. 2 ed. New York: Cambridge University Press, 2006.

tivo. Por exclusão, o campo do meramente fático como objeto de uma ciência experimental também é renormatizado como pura perda, como uma lacuna delegada a outro campo e que portanto, não diz respeito ao mundo jurídico. Em ambas as hipóteses, há uma determinação normativa do fático.

Esta dicotomia entre fato e direito, sustentada pelo espírito positivista que pretensamente operava a partir de construtos a em-prestar unicidade metodológica ao direito positivo, permitia, portanto, que a questão de fato e a questão de direito fossem utilizáveis em quaisquer áreas jurídicas. Neste ponto, a obsessão por um método que permitisse uma distinção entre ciência do direito e ciências naturais requeria traços que marcassem, claramente, uma irrebatível cisão. É neste marco que o direito encontrará uma discussão muito particular: enquanto o direito opera com critérios normativos (primado da imputação), as ciências naturais privilegiam o método causal. Contudo, toda esta preocupação pela erradicação dos fantasmas da causalidade ou de quaisquer outros indicadores que pudessem comprometer a higidez do purismo metodológico reingressava por outras vias. Em outras palavras, não se conseguiu afastar por completo o plano epistemológico. Tome-se como exemplo o direito penal. A causalidade lá estava, a macular aquela pretensão de pureza que cobria o discurso do método. Evidentemente que o plano epistemológico, por assim, dizer, reingressa e atormenta o monismo metodológico neokantiano. E, se, portanto, tem-se uma espécie de realinhamento epistemológico da ciência do direito, mesmo assim sempre se estaria a lidar com o seu objeto retrabalhado: a questão de direito; já no seu campo, o fato seria sempre circunspecto às dimensões naturais e fisiológicas. Portanto, não seria difícil conceber-se o fato como um elemento puramente extraprocessual. Esta organização de pensamento estabelecia, portanto, uma irrevogável estrutura mundividente. De um lado o objeto do direito: as questões de direito, executáveis, apreensíveis e domináveis pelo método normativista. De outro, em paralelo, o fato, cuja apreensibilidade seria deixada ao encargo das ciências “naturais”. Superada esta fase de estanque irreduzibilidade de um universo ao outro, temos um avanço do arsenal jurídico sobre o plano fático. Ou melhor: a apreensão do fato pelo direito. Assim, ainda no plano dogmático, uma nova

orientação normativista tratou de endereçar certas críticas ao formalismo metodológico unicista: o normativismo teleológico. O normativismo teleológico tem como pressuposto a autonomia do conceito jurídico de fato de seu equivalente gnosiológico ou filosófico. Postas as coisas nestes termos, o fato seria um conceito amalhado nas entranhas jurídicas. Seria um fato qualificado pelos conceitos legais que lhe emprestariam forma. Se por um lado parece lógico que a metodologia teleológica de alguma maneira conseguiu, ao menos aparentemente, uma ruptura da unicidade nomológica primitiva do primeiro formalismo, isto apenas foi possível devido à pluralização-unitária de seus conceitos, agora verdadeiros derivativos. Assim é que a reconstrução do conceito de fato se dará a partir já das fronteiras dos subsistemas jurídicos, a ocupar determinada finalidade de acordo com determinadas funções. Diz-se aparentemente por que a hiperespecialização e o nível de densificação conceitual não parece permeável à questão epistemológica. Todavia, a metodologia teleológica trouxe, na verdade, um agravamento dos problemas já existentes no normativismo metodológico antecedente.²⁶ Neste caso, conceitos como “sociedade de fato”, “situação jurídica de fato”, etc consistirão em dimensionamentos objetificantes do fato, à base de conceitos jurídicos ou desde já juridicizados. “São conceitos determinados *juridicamente* – *no seio* do direito e *pelo direito*”.²⁷

O resultado destas tensões entre duas matrizes positivistas é que fato e direito não podem ser mutuamente excludentes, nem tampouco redutíveis um ao outro. Pode-se afirmar, juntamente com Castanheira Neves, que há uma interconexão entre a questão de direito e de fato. Não há fato que possa independe da norma jurídica nem tampouco norma que não seja criada, moldada e pensada a não ser para o fato: “o direito concretamente substantivado transcende e assume, assim, simultaneamente a questão-de-facto e a questão-de-

²⁶ CASTANHEIRA NEVES, Alfredo. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 490.

²⁷ CASTANHEIRA NEVES, Alfredo. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros...* p. 499.

-direito, ao ser ele o resultado e a síntese-solução de ambas”.²⁸ E isto é assim por que o direito leva o fato como seu elemento integrante. A correlatividade entre direito e fato, portanto, pode ser equacionada e deslocada para o panorama da problematidade derivada da intencionalidade do direito. E eis, portanto, como não há de se perder de vista que toda a norma é uma norma apta a resolver determinado caso, uma norma que não pode despistar o fato.²⁹

A partir de rápida passagem pelo pensamento de Castanheira Neves, pode-se concluir que o normativismo, em qualquer uma das suas feições tende a objetivizar o fato, transformando-o numa espécie de plano atemporalizado, gerador de consequências normativas. Nesta seara, pois, o fato será mero suporte fático para a incidência de uma determinada norma. Quer se identifique no direito uma metodologia unívoca, quer se-lhe atribua determinados dispositivos de diferenciação sistêmica, justificados por uma órbita plurifuncional (embora autônoma respectivamente aos vários campos do direito), tais sistematizações são falhas na apreensibilidade de alguns pontos importantes para o traçado de todas as aporias e de todas as implicações da dicotomia questão de fato e questão de direito. Preliminarmente, um pensamento metodológico monista será incapaz de lidar com os diversos substratos epistêmicos que são incorporados pelas tarefas estabilizadoras ou mesmo normalizadoras decorrentes do emprego das categorias enquanto dispositivos decisoriais. Em síntese, pode-se afirmar que o formalismo positivista descarta dos elementos pragmáticos das decisões, ao passo que apresenta fronteiras sabidamente rígidas relativamente ao seu entorno, com o que o fato em direito apreensível será nada mais do que uma derivação semântica de seu objeto epistemológico ou filosófico. Será, portanto, extraprocessual. Por seu turno a multiplicidade de intenções dará vida a uma plurimetodologia, orientada pela canonização de fronteiras de sentido que, se bem apreendidas, elevarão a um nível insuportável de abstração o problema da nomometodologia. Com

²⁸ CASTANHEIRA NEVES, Alfredo. *Digesta*: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros... p. 512.

²⁹ CASTANHEIRA NEVES, Alfredo. *Metodologia Jurídica*: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

efeito, um pensamento teleologicamente orientado trará como efeito inevitável a sustentação de determinados nichos de especificidade que não raro importam, de outros campos jurídicos, os mesmo conceitos cuja valência adquire significado diverso. Por exemplo, tome-se em consideração a questão referente aos atos administrativos para se ter o traslado da teoria geral privatista dos atos jurídicos para o cerne do direito público. Nesta mesma linha de raciocínio, teremos, com frequência, uma tricotomia estabilizada pelo pensamento doutrinário tradicional: conceitos privatísticos transportados para o plano do processo civil, que por seu turno são reabsorvidos pelo direito processual penal. Eis como uma orientação teleológica não é apenas problemática em si, como representa uma ferramenta contraproducente para a reclamada “autonomia das esferas” jurídicas.

Retomemos brevemente alguns pontos que devem ser necessariamente apresentados e teoricamente sustentados para que possamos avançar mais rapidamente ao próximo ponto. Iniciemos com as operações multidisciplinares de cooptação conceitual para depois investirmos sobre os desajustes intersistêmicos decorrentes do que se poderia denominar de *rearranjos conceituais reflexivamente defeituosos* e da *interpenetração de racionalidades juridicamente distintas*, causadoras de um pragmatismo politicamente determinado.

Os *rearranjos conceituais reflexivamente defeituosos* consistem numa operação de importação de conceitos de um nível ou campo de saber jurídico daquele que lhe albergou. Aqui, no campo do processo penal, sabidamente tem-se a importação de conceitos do processo civil.³⁰ O efeito inevitável desta postura de diferenciação sistêmica é o excesso de racionalização naturalmente produzido pelo sistema para atribuir-lhe sentido. Veja-se que se tomarmos em conta a ideia de diferenciação entre sistema e ambiente, nos moldes que Luhmann³¹ apresentou, determinado código operacional é requerido para o sistema compreender o que chega do ambiente. Por isso Luhmann afirma

³⁰ GONZÁLEZ NAVARRO, Alicia. *Correlación Entre Acusación y Sentencia Penal*. Tesis de Doctorado. San Cristóbal de La Laguna, 2001. p. 312

³¹ LUHMANN, Niklas. *Social Systems*. Stanford: Stanford University Press, 1995.

que o sistema seria operativamente fechado e cognitivamente aberto. Todavia, não se pode esquecer que este sistema, devido à sua clausura, deverá, necessariamente, recepcionar o material “geneticamente” equivalente ao seu, de modo que toda operação cognitiva gera, por seu lado, um processo de redução de complexidade, o que nada mais é do que um procedimento de produção de um excesso de racionalidade. Uma transposição conceitual erradica a categoria de seu *background* jurídico-cultural. Tome-se como exemplo a categoria nulidades. Desde as concepções acerca da natureza jurídica do processo (especialmente aquelas de cariz evidentemente privatístico como teorias do contrato, quase-contrato, relação jurídica) foi possível trasladar-se, sem dificuldades, um esquema de consideração dos atos processuais como categorias simétricas àquelas do direito privado. Daí para o processo penal, temos a sua completa metástase, por que para além da mera inaplicabilidade, o conceito se volta contra o próprio sistema jurídico. Afirmar-se que as nulidades no processo penal admitem a categoria de nulidade relativa (pois haveria meramente interesse subjetivo da parte afetada pelo ato defeituoso) é inconcebível. Nos mesmos termos teríamos como apontar problemas muito parecidos para a teoria da ação e naturalmente, para a teoria da congruência da sentença, objeto imediato do presente estudo.

Uma segunda operação metástica decorrente dos *rearranjos conceituais reflexivamente defeituosos* permite a reprodução dos mesmos problemas encontrados no denunciado positivismo monometodológico. Aqui, determinados conceitos que pertencem a campos jurídicos são catalogados como extraprocessuais, de maneira igual ao conceito de fato, limitado ao seu estatuto epistemológico das ciências da experiência. Exemplos do campo penal emergem em profusão. Como linha argumentativa geral, tem-se a denominada “autonomia de instâncias”, que em decorrência do excesso racionalizador tomado na operação de rearranjo conceitual é hermeticamente bloqueada do acesso ao seu *background* jurídico-cultural originário. Notadamente este é um dilema prototípico da teoria da ação, no plano do direito penal. Mas se quisermos ultrapassar um solipsismo imagético, que parte da premissa da completude do subsistema jurídico, torna-se imperioso examinar. No caso de um delito de defraudação de penhor, *v.g.* prática comum às decisões dos tribunais é, quando suscitada

questão que diga respeito à natureza jurídica do penhor e do contrato por ele regulado, afirmar-se que direito civil e penal constituem-se como instâncias incomunicáveis³². O mesmo valeria para uma série de casos que revelariam que o objeto do direito penal seria meramente idealista (o que lhe desconfiguraria como “protetor de bens jurídicos”).

O que é interessante apontar é que o rearranjo conceitual retira a categoria, exerce sobre ela uma forte assepsia, a fim de lhe dotar de certa finalidade (sobrerracionalização), operando ficcionalmente como se aquela categoria fosse desde sempre um produto perfeito e acabado do próprio sistema. Em alguns casos, a fim de dotar de sentido (politicamente orientado), batizam-se determinadas normas como se se tratasse de um princípio unificador, etc. Basta ver neste caso, novamente sobre as nulidades, o denominado “princípio da instrumentalidade das formas”. Todavia, o que conta, para este momento, é que este procedimento de racionalização excessiva torna inanes as tentativas de reatar alguma genealogia com a categoria originária. Há um bloqueio comunicacional que garante não apenas a homeostase sistêmica como o aprisionamento de sentido do conceito, justamente na expectativa de que exerça determinada finalidade. A metástase é completa quando,

³² CRIME CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA. SONEGAÇÃO FISCAL. REGISTRO, NO LIVRO CONTÁBIL, DE VALOR MENOR AO DA OPERAÇÃO COMERCIAL COMO FORMA DE NÃO PAGAR O IMPOSTO DEVIDO. CONDUTA CONFESSADA QUE TIPIFICA O DELITO DO INC. II DO ART.1º DA LEI 8137/90. CRIME QUE SE CONSUMA COM A SONEGACAO FISCAL, PRESCINDINDO-SE DA SONEGAÇÃO TRIBUTÁRIA. NO ILÍCITO PENAL RELATIVO À SONEGAÇÃO FISCAL EXISTE AUTONOMIA DAS INSTÂNCIAS CÍVEL E PENAL. DELITO CARACTERIZADO. SENTENÇA MANTIDA NO SEU MÉRITO. CRIME CONTINUADO. SE OS ATOS SUCESSIVOS JÁ ERAM INCRIMINADOS PELA LEI ANTIGA, NÃO HÁ DUAS SÉRIES, MAS UMA ÚNICA QUE INCIDIRÁ SOB A NOVA LEI, MESMO QUE ESTA SEJA MENOS FAVORÁVEL. MULTA. FACE À LEI 8363/91, A UFIR SUBSTITUIU A BTN. NOVA FIXAÇÃO DO VALOR DO DIA-MULTA. APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PROVIDO O RECURSO DO RÉU DESACOLHIDO. (Apelação Crime Nº 692015209, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Egon Wilde, Julgado em 11/06/1992)

por exemplo, a categoria acaba exercendo funções anômalas ou arbitrariamente seletivas. Em síntese, pode-se afirmar que nenhuma transposição conceitual é politicamente ingênua ou neutra. O seu resultado é a reprodução metástica de conceitos, em alguns momentos justificados com o recurso a uma submissão principiológica derivada da colmatação de lacunas epistemológicas, na expectativa de completude do sistema.

Fatalmente este rearranjo é reflexivo, pois a aqui chamada categoria originária acaba sofrendo novas reformulações, através, especialmente, daquelas categorias derivadas e metásticas. Exemplo disso é o ciclo que se inicia com o ativismo judicial civil, que se inspira nos poderes instrutórios de ofício do magistrado penal. Até aqui temos um rearranjo conceitual defeituoso. Todavia, percebe-se claramente o retorno de uma categoria já metástica, para o processo penal, enquanto reforço dos poderes de ofício do juiz penal, especialmente sob o argumento de que “se no processo civil já não se admite mais uma forma puramente liberal de condução do processo, quanto mais no processo penal que tutela o interesse da sociedade”. Eis aqui um ciclo de reforço metástico da funcionalidade de um sistema autoritário, através da fixação de um sobrevalor à determinada categoria. Tem-se, portanto, um vórtice reflexivo de rearranjo conceitual, pelo que, a nosso juízo, como sustentaremos no próximo tópico, o princípio da correlação entre acusação e sentença é do ponto de vista político, um dispositivo clônico de um princípio de amorfismo acusatório, indicado em outro lugar como politicamente vinculado a um sistema autoritário.³³

Devemos agora retornar para o ponto de início: o princípio da correlação entre acusação e sentença.

4. POLÍTICA INQUISITORIAL DA ACUSAÇÃO: CRIPTOIMPUTAÇÃO, AGLOMERAÇÃO QUÂNTICA DE PODER, REARRANJO CONCEITUAL

Após já delimitarmos o campo hermenêutico e as funcionalidades do art. 383 do CPP, devemos atender a uma análise sobre o potencial (severo) de inconstitucionalidade do mencionado dispositivo.

³³ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no Processo Penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular*. Salvador: Jus Podium, 2013.

Preliminarmente, devemos notar que algumas conclusões serão tomadas como ponto de partida das próximas considerações: a) a tradicional separação doutrinária entre questão de fato e questão de direito é, sob o plano das exigências que recaem sobre o processo penal contemporâneo, precária, pois está a atuar a serviço de uma submissão da forma processual a eventual e mero coadjuvante; b) epistemicamente, a cisão, tratada especialmente pela necessidade ou dispensabilidade do aditamento à denúncia representa ainda que de forma embotada, um resquício daquela concepção normativista, metodologicamente unicista; c) isto não quer dizer que o processo penal não produza suas próprias categorias metásticas (derivadas sobretudo de uma tentativa hiperracionalizadora de plurifuncionalidades), a conviver com os espectros daquele positivismo menos sofisticado; d) uma eventual identificação do fato com a norma também não parece a solução mais desejada, eis que assim procedendo se correria o risco de, estando o fato contido na norma, tudo se resolver em uma questão de direito, o que causaria, do ponto de vista dos princípios constitucionais do processo penal, um ainda mais intenso sinal de desgaste da forma-garantia³⁴.

A primeira consideração a se fazer é que apesar de concordarmos com diversos pontos sustentados por Badaró,³⁵ cuja obra se constitui como um dos mais avançados estudos sobre o tema e representa avanço indiscutível em termos de aceno para a democratização do processo penal brasileiro, o argumento (não menos importante) acerca da existência de fatos processuais e fatos penais parece-nos ainda dependente de alguns desdobramentos. Badaró, partindo do conceito de imutabilidade do objeto do processo, define o fato processual como um acontecimento histórico concreto. Portanto, trata-se deste evento histórico (e também delituoso) que se imputa ao acusado que não pode ser modificado. Diverso do fato penal, que seria “uma entidade extraída de uma situação hipotética, de um tipo penal, e não

³⁴ Isto não quer dizer que se possa, puristicamente, trabalhar com uma separação idealizada de fato e de direito. Temos, como já mencionado, uma correspectividade.

³⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi. 2 ed. *Correlação Entre Acusação e Sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

um fato concreto que foi realizado pelo autor e que foi introduzido no processo através da imputação”.³⁶ Assim, para que se identifique o conteúdo imutável do processo, os elementos ligados ao fato penal não podem ser utilizados. A permissão para a modificabilidade do fato se daria com aquelas situações irrelevantes para a condenação ou para a tese defensiva.³⁷

O primeiro problema – mediato – que detectamos na caracterização do fato processual como objeto do processo consiste na própria natureza jurídica que lhe recai. Caracterizá-lo como um evento puramente histórico cria o risco de se abrir pauta para a discussão do processo penal como uma entidade canalizadora da descoberta da verdade. Nesta senda, se o fato processual constitui o objeto do processo,³⁸ o objeto do processo descortina-se na própria descoberta da verdade (ou como se queira nominá-la), gerando todas as vicissitudes que um processo de natureza inquisitorial pode acarretar.

Um segundo problema corresponde à caracterização da relação de identidade do objeto do processo, que segundo o autor, deve permanecer imutável. Contudo, verifica-se que tal conceito de identidade do objeto do processo - fato histórico único ao longo do processo – seria de natureza jurídica e não lógica.³⁹ Naturalmente as mesmas críticas que foram apontadas para uma concepção normativista da questão de fato e questão de direito reingressam na problemática. Haverá, como consequência, uma normatização inevitável do conceito de fato – tanto que se lhe afirma ser “processual”. Numa primeira versão, torna-se possível fazer uso de um normativismo unicista, pelo que os problemas epistemológicos ligados ao processo penal sejam afastado. Para a teoria da prova tem-se grave problema, pois ao que nos parece, alguma razão

³⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi. 2 ed. *Correlação Entre Acusação e Sentença...* p. 99.

³⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi. 2 ed. *Correlação Entre Acusação e Sentença...* p. 98.

³⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi. 2 ed. *Correlação Entre Acusação e Sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 99.

³⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi. 2 ed. *Correlação Entre Acusação e Sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 101.

assiste a FERRAJOLI,⁴⁰ quando afirma que o processo penal deve buscar um nível máximo de cognoscibilidade. Por outro lado, os problemas se agravam como ainda maior vigor quando se trata o fato processual com o escolho do positivismo teleológico. Emprestar e extrair finalidade do conceito de fato processual permite, ao fim e ao cabo, direcionar o processo penal para ocupar um espaço de evidência, ou melhor, como um dispositivo que encamparia uma função de veridicidade. Em ambos os casos, problemas não faltam.

Outro argumento que é sustentado por parte do setor doutrinário diz respeito à utilização do critério do prejuízo para a defesa. Isto é, a necessidade de aditamento e a proibição do magistrado utilizar-se do art. 383 do CPP estaria circunscrita à prejudicialidade que a decisão traria para o acusado. Sem embargo do que se poderia traduzir por prejuízo, tal categoria, como apontamos em outro lugar é empiricamente indemonstrável. A primeira objeção à utilização de tal tese encontra lugar na circunstância de que se trata de um pragmatismo utilitarista que dá margem imensa para malabarismos decisórios e alquimias semânticas. Não há garantia alguma com relação à forma, que ocupa, num processo penal de orientação instrumentalmente constitucional, significativo espaço. Num segundo momento, a categoria do prejuízo é própria da tradição autoritária que tratou de minimizar a forma processual iluminista, introduzindo vetores intrínsecos a um postulado de aproveitamento máximo dos atos processuais (forma como obstáculo). Por fim, independentemente da existência de contraditório, a realização precária do ato processual somente poderia ser equiparada a um ato que jamais foi realizado plenamente – o ato perfeito, embora inexistente (de fato, compara-se um ato defeituoso existente com outro ato processual que jamais teve existência concreta). Com isso, se o prejuízo lida com duas categoriais por si mesmas incomparáveis – tudo sob o jugo de uma distribuição (indevida) de cargas processuais na arguição da nulidade (quem alega o defeito deve prová-lo, diz a máxima de experiência) – o prejuízo é sempre e inevitavelmente não demonstrado.

⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. 4 ed. Madrid: Trotta, 2004.

Em breves linhas, estas são algumas considerações preliminares que desde já demonstram como o art. 383 do CPP não passa de norma meramente vigente (validade formal) mas todavia, carente de validade (validade substancial).

Passamos a estabelecer, portanto, três argumentos sobre a inconstitucionalidade substancial do art. 383 do CPP.

1) A primeira tese consistiria numa invalidade substancial derivada do caráter político do referido artigo. Como sustenta DI BITONTO,⁴¹ o princípio da correlação entre imputação e sentença integra uma face do princípio dispositivo no processo penal. Não é preciso refletir com muita profundidade para se chegar à conclusão de que se trata de norma que cuida de manter latentes as pulsões inquisitórias que se perenizam nas democracias contemporâneas. Bastaria a leitura da exposição de motivos para nos darmos conta disso. Entretanto, se mantermos os olhos no regime inquisitorial, perceberemos nitidamente que esta espécie de salvaguarda ou ajuste da acusação pelo julgador corresponderá ao que Bernd Schunemann detectou como “aglomeração quântica de poder”.⁴² Esta aglomeração quântica de poder diz respeito às concentrações de situações jurídicas potestativas, no curso do processo. Aqui será preciso precisar um pouco mais os termos. Evidentemente, a concepção de situação jurídica, que permitiu o florescimento de uma grande quantidade de críticas importantes para a colocação em xeque do arcabouço epistemológico da teoria da relação jurídica, verdadeiro clichê pandectístico, é pensada logicamente, para um processo penal de nítido corte liberal. Não por acaso Calamandrei,⁴³ lhe rendendo as devidas homenagens, o chama de “maestro do liberalismo processual”. Todavia, partindo-se do fato de que no Estado de Direito, em nível parasitário se encontram sedimentados processos “transicionais” da lógica autoritária ao cerne das democracias contemporâneas, perceber-se-á

⁴¹ DI BITONTO, Maria Lucia. *Profili Dispositivi Dell'Accertamento Penale*. Torino: Giappichelli, 2003. p. 79.

⁴² SCHUNEMANN, Bernd. *La Reforma del Proceso Penal*. Madrid: Dykinson, 2005. p. 30.

⁴³ CALAMANDREI, Piero. Un Maestro di Liberalismo Processuale. *In Rivista di Diritto Processuale*. v. vi. Padova, 1951. p. 01 – 08.

claramente que não obstante a existência de determinadas dimensões de garantias na Constituição da República, elas são manifestamente insuficientes para erradicar determinadas potencialidades unidimensionais do fluxo de poder. O que se está aqui a sustentar é que se por um lado, o procedimento inquisitório não pode ser mais concentrado nas mãos de uma pessoa apenas (daí por que algum setor doutrinário insista na estruturação do sistema inquisitório apenas a partir do vetor “separação das atividades de acusar e julgar”) ou ainda, como o faz Taruffo, acenando para certa mitologia do sistema inquisitorial, que dada a característica acima não possui mais existência real,⁴⁴ é preciso investir no que seria possível denominar como *curto-circuitos de poder* ou ainda, como *estados mórbidos da dialética processual*. As situações jurídicas, que na perspectiva de Goldschmidt servem para explicar a funcionalidade de um sistema acusatório, não funcionam na mesma frequência quando o procedimento processual penal incorpora determinados *pontos de bifurcação* dependentes unicamente de uma das partes. Isto ocorre em inúmeras situações jurídico-processuais como, por exemplo, no que diz respeito à prova ilícita, cuja análise sobre a admissibilidade e a valoração caberá unicamente ao magistrado. Ou ainda, radicalizando o exemplo, uma prova ilicitamente adquirida, determinada de ofício pelo juiz a quem incumbirá a análise sobre admissibilidade e valoração. Os exemplos poderiam ser reproduzidos, com o recurso à legislação brasileira, ao infinito. Se analisarmos cautelosamente os desdobramentos do art. 383 do CPP, numa perspectiva dinâmica, fica claro que morfológicamente, a imputação consistirá num material tão plástico quanto couberem definições jurídicas igualmente voláteis. Em síntese, quanto maior o número de elementos normativos do tipo, mais facilmente aplicável o art. 383 do CPP. E veja-se, novamente, que se mantivermos a noção de que há uma plena cisão entre questão de fato e questão de direito, os elementos normativos do tipo careceriam de aditamento, até mesmo com a justificativa da autonomia de instâncias, alhures exposta. O art. 383 consiste num dispositivo de flexibilização da imputação. Igualmente, cuida-se de tipo processual que cria ou estrutura uma situação jurídica potestativa,

⁴⁴ TARUFFO, Michele. *Uma Simples Verdade: o juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

pois a sorte do acusado dependerá exclusivamente de uma deliberação do magistrado, inclusive na ausência de contraditório.

2) Como segunda tese sobre a invalidade substancial do art. 383 do CPP, um exame sobre a função epistemológica do princípio do contraditório merece ser levada em consideração. Para Cunha Martins, “o processo é um organizador da diferença. Ele organiza a descontinuidade (o contraditório é isso mesmo, uma tentativa de organizar fluxos descontínuos)”.⁴⁵ Ainda, nas palavras do autor, o processo terá como função evitar a coincidência entre prova e evidência.⁴⁶ Naturalmente, como apontado anteriormente, as situações jurídicas potestativas desempenham um freio ou uma espécie de redução de eficácia do contraditório. Mas perceba-se que a função do contraditório não se esgota ou exaure naquela de servir como uma garantia programática de dialeticidade processual. O contraditório possui uma dimensão epistemológica que é não apenas a de constringer a evidência e desunificar prova e evidência. Mas também, como mecanismo de redução das situações jurídicas potestativas. Eis sua primordial função. O exercício do contraditório tem como função contrair a unilateralidade de determinados atos processuais, igualmente investido da tarefa de modelação da imputação. Eis por que é desejável um procedimento em contraditório prévio ao recebimento da acusação, como ocorre no processo penal italiano. Igualmente, um contraditório prévio à acusação também teria como corolário basilar evitar os excessos de acusação que servem como escolha para constringer o juiz a uma desclassificação (desclassificação esta que seria equivalente à condenação pela acusação que seria aquela realmente cabível no caso e não como ocorre no Brasil, onde a denúncia cuida de tentar apresentar a tipificação com a maior quantidade de pena em abstrato possível). Dessa prática, por exemplo, os acordos no sistema norte-americano demonstram claramente o problema da inexistência do contraditório antecedente. No Brasil, PRADO⁴⁷ de-

⁴⁵ CUNHA MARTINS, Rui. *O ponto cedo do directo: the brazilian lessons*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 99.

⁴⁶ CUNHA MARTINS, Rui. *O ponto cedo do directo: the brazilian lessons...* p. 99.

⁴⁷ PRADO, Geraldo. *Elementos Para Uma Análise Crítica da Transação Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

monstrou à sociedade os perigos da adoção do modelo “consensual” de justiça penal. Para além, não se pode olvidar que certamente um ponto de estrangulamento das demais garantias processuais penais é a investigação preliminar. Portanto, estabelecer uma função epistemológica de evitamento de situações jurídicas potestativas (e com isso a aglomeração quântica de poder) constitui-se igualmente, numa tarefa a ser cumprida pelo contraditório. Dito isso, o art. 383 do CPP, a exemplo do que fora dito no ponto anterior, implica a criação anômala de uma situação jurídica potestativa, como ainda arregimenta uma estética de cripto-imputações.⁴⁸ Uma cripto-imputação é, como etimologicamente não poderia ser diferente, uma imputação escondida, uma imputação velada. Consabido que se trata de uma estratégia inquisitorial. Mas é pouco denunciar sua lógica. Torna-se necessário limitá-la: “cuando el órgano judicial ejerce los poderes que le confiere el principio *iuris novit curia* y altera la calificación jurídica realizada por las partes o acusación y/o las normas consideradas aplicables por aquéllas, el principio de contradicción se convierte en un limite para el juez”.⁴⁹ A invalidade substancial do art. 383 do CPP exerce inegável barreira às cripto-imputações, em que pese não ter o condão de erradicá-las.

3) Finalmente, como terceira tese sobre a invalidade substancial do art. 383 do CPP há que se retomar uma discussão sobre a natureza das normas processuais e a diferenciação das normas de direito material. Em específico, o comportamento do princípio da presunção de inocência frente às decisões judiciais. A cisão entre questão de fato e questão de direito ou ainda, a absorção do fato objetivado por limites de sentido exclusivamente jurídicos permite, como já dito, que determinadas estruturas da tipicidade possam ser modificadas, pelo magistrado, sem o recurso ao aditamento à denúncia. Na mesma lógica ingressam, por exemplo, os critérios de imputação ao tipo objetivo. Se sabidamente o nexu causal, porquanto matéria probatória necessita de aditamento quando novos fatos são descobertos, o mesmo não valeria

⁴⁸ FOSCHINI, Gaetano. *Tornare Alla Giurisdizione: saggi critici*. Milano: Giuffrè, 1971.

⁴⁹ ESQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. *Iura Novit Curia y Aplicación Judicial del Derecho*. Valladolid: Lex Nova, 2000. p. 360.

para os critérios de imputação – que são manifestamente normativos. Desta forma, a ausência de contraditório sobre matéria de direito seria consequência comumente adotada pelos tribunais pátrios, a partir da equívoca aplicação do *iura novit curia*. Veja-se que os critérios de imputação ao tipo objetivo constituem elementos de atribuição de resultado, que se somam àqueles donexo causal. Inegável que a alteração destes critérios de imputação violam o direito ao contraditório que, como a decisão do caso Drassich demonstra, exigem prévio conhecimento da imputação. Diferentemente não poderia deixar de suceder com a “desclassificação” para a forma tentada. Comportaria a imputação pelo delito consumado uma integração da modalidade tentada? Todo o tipo penal consumado traria como elemento parasitário a forma tentada? Eis um problema que não tem sido suficientemente abordado pela doutrina processual penal. Mas para além disso, a desclassificação para uma forma culposa estaria presente no tipo doloso? Somente uma análise sobre cúmulo de imputações poderia dar conta desta temática em sua plenitude. Entretanto, questionamos seriamente esta problemática, especialmente pelo fato de que ela apenas pode ser sustentada a partir de uma concepção de que a aplicação do art. 383 do CPP sempre seria possível quando não cause prejuízo ao acusado (exatamente nos termos da desclassificação da forma dolosa para culposa). Ao que nos parece, viola frontalmente o princípio do contraditório e substancialmente, do devido processo penal quando o delito é desclassificado pelo magistrado, mesmo que a defesa postule a referida medida. A desclassificação declarada pelo magistrado, com a aplicação da pena respectiva corresponde a uma sanção sem acusação, uma vez que os elementos do delito culposo são sempre inevitavelmente normativos e atributivos de consequências jurídicas diversas. É surreal crer que alguém possa ser indistintamente acusado por ter intencionalmente lesionado outrem ou negligentemente, tenha produzido o mesmo resultado. São acusações diversas, com cenários probatórios desiguais, com defesas, teses, etc diversos. O mesmo vale para o erro de tipo inescusável. Ao que nos parece, aqui, por força do princípio da presunção de inocência, derivado do *in dubio pro libertate*, a solução esteja na absolvição pelo fato imputado. Teoricamente, o remédio fisiológico para a resolução do problema do art. 383 do CPP, nos dizeres

de CAPONE⁵⁰ é a absolvição. E isto pelo fato de que as normas de direito processual não possuem uma valência menor do que aquelas referentes ao direito material.⁵¹ Uma acusação malfeita somente pode gerar uma absolvição.

Apresentadas em breves linhas as “teses” sobre a invalidade substancial do art. 383 do CPP, resta, ao fim, esperar que a doutrina processual penal debata seriamente este tema, de inegável impacto na prática forense, cujas delimitações se encontram bem longe de estar no fim.

BIBLIOGRAFIA

ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. 3 ed. Madrid: Marcial Pons, 2007.

ARAGONESES, Pedro. *Sentencias Congruentes: pretensión, oposición, fallo*. Madrid: Aguillar, 1957.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi. 2 ed. *Correlação Entre Acusação e Sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CALAMANDREI, Piero. Un Maestro di Liberalismo Processuale. *In Rivista di Diritto Processuale*. v. vi. Padova, 1951. p. 01 – 08.

CASTANHEIRA NEVES, Alfredo. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

_____. *Metodologia Jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CAMPOS, Francisco. *Exposição de Motivos do Código de Processo Penal* (Dec. Lei 3.689, de 3-10-1941). Ítem XII.

CAPONE, Arturo. *Iura Novit Curia: studio sulla riqualificazione giuridica del fato nel processo penale*. Padova: CEDAM, 2010.

⁵⁰ CAPONE, Arturo. *Iura Novit Curia: studio sulla riqualificazione giuridica del fato nel processo penale*. Padova: CEDAM, 2010. p. 138.

⁵¹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no Processo Penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular*. Salvador: Jus Podium, 2013.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 4 ed. Buenos Aires: Montevideo: B de F, 2005.

CUNHA MARTINS, Rui. *O ponto cedo do directo: the brazilian lessons*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 99.

DI BITONTO, Maria Lucia. *Profili Dispositivi Dell'Accertamento Penale*. Torino: Giappichelli, 2003.

ESQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. *Iura Novit Curia y Aplicación Judicial del Derecho*. Valladolid: Lex Nova, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. 4 ed. Madrid: Trotta, 2004.

FOSCHINI, Gaetano. *Tornare Alla Giurisdizione: saggi critici*. Milano: Giuffrè, 1971.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no Processo Penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular*. Salvador: Jus Podium, 2013.

GONZÁLEZ NAVARRO, Alicia. *Correlación Entre Acusación y Sentencia Penal*. Tesis de Doctorado. San Cristóbal de la Laguna, 2001.

GUASP DELGADO, Jaime; ARAGONESES, Pedro. *Derecho Procesal Civil*. T. I. 6 ed. Madrid: Civitas, 2003.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Processo Penal e sua Conformidade Constitucional*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LUCHINI, Luigi. *Elementi di Procedura Penale*. 4 ed. Firenze: Barbèra, 1920.

LUHMANN, Niklas. *Social Systems*. Stanford: Stanford University Press, 1995.

MALAN, Diogo. *A Sentença Incongruente no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

PRADO, Geraldo. *Elementos Para Uma Análise Crítica da Transação Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SCHUNEMANN, Bernd. *La Reforma del Proceso Penal*. Madrid: Dykinson, 2005.

SENTÍS MELENDO, Santiago. *El Juez y el Derecho (Iura Novit Curia)*. Buenos Aires: EJEJA, 1957.

STRECK, Lênio L. *O que é Isto? Decido Conforme Minha Consciência*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TARUFFO, Michele. *Uma Simples Verdade: o juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TWINING, William. *Rethinking Evidence: exploratory essays*. 2 ed. New York: Cambridge University Press, 2006.

UBERTIS, Giulio. *Fatto e Valore nel Sistema Probatorio Penale*. Milano: Giuffrè, 1979.

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Três teses sobre a inconstitucionalidade substancial do art. 383 do CPP: por que o réu não se defende (apenas) dos fatos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 2, n. 1, p. 185 - 212, 2016. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v2i1.21>

Notas sobre a investigação e prova da criminalidade econômico-financeira organizada¹

*Notes on investigation and proofing
of the organized white-collar crime.*

Diogo Malan

Professor Adjunto de Processo Penal da FND/UFRJ.
Doutor em Processo Penal pela USP. Advogado.
diogomalan@mirzamalan.com.br

RESUMO: O presente estudo almeja analisar aspectos da investigação preliminar e da instrução processual no campo da chamada criminalidade econômico-financeira organizada, especialmente a partir do novo regramento introduzido pela Lei 12.850/13. Assim, questionar-se-á a existência de peculiaridades do Direito Processual Penal aplicado à criminalidade econômico-financeira organizada, não só nos planos *dogmático*, *legislativo* e *normativo*, como também na própria dinâmica das práticas e procedimentos persecutórios adotados pelo sistema de administração da justiça criminal.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Penal; investigação; prova; criminalidade econômico-financeira.

ABSTRACT: *This study aims to analyze some aspects of the preliminary investigation and the trial in the field of organized economic and financial crime, especially in light of the Law 12.850/13. Thus, it will explore the existence of peculiarities of criminal procedure applied to organized economic and financial crime, not only in dogmatic, legislative and regulatory scopes, as well as in the dynamics of the practices and persecutory procedures adopted by the criminal justice administration system.*

KEYWORDS: *Criminal procedure; investigation; proof; White-collar crime.*

¹ O autor gostaria de agradecer de público ao Professor Nereu Giacomolli pelo privilégio da oportunidade de integrar o grupo de pesquisas *Processo penal contemporâneo: Fundamentos, perspectivas e problemas atuais* da PUC-RS, cujos instigantes debates serviram de inspiração para o presente artigo. Também agradeço ao amigo Renato Vieira pela gentileza da leitura de versão anterior do presente artigo.

1. INTRODUÇÃO

O singelo objetivo do presente estudo é apontar algumas peculiaridades da investigação preliminar e da instrução processual no campo da chamada criminalidade econômico-financeira organizada.

Tal empreitada se revela oportuna, tendo em vista: (i) a recente entrada em vigor da Lei nº. 12.850/13, que “*define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal*”; (ii) a enorme dificuldade em atingir, especialmente na seara da chamada criminalidade econômico-financeira organizada, a desejável *concordância prática* – na expressão de Jorge de Figueiredo Dias² – entre as duas finalidades antitéticas do Direito Processual Penal: eficácia na realização da justiça e proteção dos direitos fundamentais do cidadão; (iii) a distância (muitas vezes abissal) que separa a doutrina do Direito Processual Penal aplicado à seara em estudo (*Law in books*) das práticas e procedimentos adotados pelo sistema de administração da justiça criminal na persecução desse tipo de criminalidade (*Law in action*).

Por questões de limitação de espaço e tempo, não se pretende fazer estudo dogmático aprofundado de nenhum instituto específico da Lei nº. 12.850/13 e tampouco aprofundar a fascinante discussão político-criminal acerca da legitimidade da supressão ou restrição de garantias processuais do acusado, como solução para a persecução eficaz da criminalidade grave (v.g. terrorismo, organizações criminosas etc.).³

² FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O novo código de processo penal, *In: Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, n. 369, pp. 05-23, 1987.

³ Para uma perspectiva crítica dessa corrente político-criminal, ver: BECK, Francis Rafael. *Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização de garantias*. São Paulo: IBCCRIM, 2004; GIACOMOLLI, Nereu José. A garantia do devido processo legal e a criminalidade organizada, *In: Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 14, pp. 113-121, 2004; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. O crime organizado e as garantias processuais, *In: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 21, p. 08, set. 1994; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Também em matéria processual provoca inquietação a Lei Anti-Crime Organizado, *In: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 13, p. 01, fev. 1994; MALAN, Diogo. Processo

Não obstante, é imprescindível *enunciar* a premissa político-criminal que norteará este estudo.

Trata-se da ideia de que o Direito Processual Penal é ramo do saber jurídico estruturado teórico-conceitualmente como um *conjunto de técnicas de controle racional* das práticas e procedimentos persecutórios do Estado. Assim, a sua função precípua é funcionar como *dique de contenção* do poder punitivo, filtrando somente as práticas e procedimentos persecutórios que sejam estritamente *constitucionais, convencionais, legais e racionais*.

O Juiz criminal no Estado Democrático de Direito tem o papel de *filtrar* de modo implacável as pretensões, práticas e procedimentos persecutórios do Estado, impedindo aqueles que não sejam claramente *constitucionais, convencionais, legais e racionais*. Para desempenhar essa importante função o Magistrado dispõe da dogmática do Direito Processual Penal.⁴

Se, ao invés, tal julgador resolve se investir no papel de *agente catalisador do poder punitivo*, atuando como *combatente* da criminalidade econômico-financeira organizada e suprimindo garantias do acusado, ocorre grau tão intenso de degeneração estrutural do Direito Processual Penal que este se reduz a *formas neoinquisitórias de autotutela do poder punitivo*, que são características do Estado de Polícia.

Vale dizer: o sacrifício das garantias do acusado no altar da defesa social contra a criminalidade econômico-financeira organizada enseja verdadeiro *simulacro neoinquisitivo* de Processo Penal, o qual é instrumentalizado como meio de combate ao acusado.⁵

penal do inimigo, *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 59, pp. 223-259, mar./abr. 2006.

⁴ BATISTA, Nilo. A criminalização da advocacia, *In: Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 20, pp. 85-91, out./dez. 2005.

⁵ “El denominado proceso inquisitivo no fue y, obviamente, no puede ser, un verdadero proceso. Si éste se identifica como *actus trium personarum*, en el que ante un tercero imparcial comparecen dos partes parciales, situadas en pie de igualdad y con plena contradicción, y plantean un conflicto para que aquél lo solucione actuando el Derecho objetivo, algunos de los caracteres que hemos indicado como propios del sistema inquisitivo llevan ineludiblemente a la conclusión de que ese sistema no puede permitir la existencia de un verdadero proceso. Proceso inqui-

Assim, o enfoque deste estudo é circunscrito a apontar alguns aspectos característicos da investigação preliminar e do procedimento probatório na seara da criminalidade econômico-financeira, principalmente na dinâmica das práticas e procedimentos adotados pelas agências do poder punitivo no curso da persecução penal.

Para tanto, far-se-á imprescindível recorte epistemológico, excludente tanto das demais fases da persecução penal quanto de aspectos dogmáticos específicos de cada *meio de investigação* ou *de prova* individualmente considerado.

2. PROCESSO PENAL APLICADO À CRIMINALIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA ORGANIZADA: AUSÊNCIA DE AUTONOMIA CIENTÍFICA

Antes de ingressar no ponto fulcral do presente estudo, cabe breve palavra acerca da problemática da suposta *autonomia científica* do Direito Processual Penal aplicado à criminalidade econômico-financeira organizada.

Em outras palavras: trata-se de saber se – à semelhança do que é defendido por abalizada corrente doutrinária na esfera do Direito Penal – seria possível falar-se em um *Direito Processual Penal Econômico* enquanto ramo do saber jurídico *cientificamente autônomo* com relação ao Direito Processual Penal aplicado à criminalidade de massas.

Questão preliminar seria saber se o modelo tradicional de Processo Penal é adequado às necessidades práticas da persecução da criminalidade econômico-financeira contemporânea, ou se é necessário criar subsistema processual penal específico para a persecução da sobre-dita criminalidade.

Daniel Pastor sustenta a inadequação desse modelo tradicional – vocacionado à persecução dos conflitos sociais de menor importância e baixa complexidade fática – e a consequente necessidade de reformulação estrutural do sistema de investigação preliminar e das funções processuais desempenhadas pelo Ministério Público.

sitivo se resuelve así en una contradictio in terminis” (MONTERO AROCA, Juan. Principios del proceso penal: Una explicación basada en la razón, pp. 28-29. Valencia: Tirant Lo Blanch: 1997).

Assim, esse autor defende a criação subsistema processual penal específico para crimes econômico-financeiros, no qual haveria mitigação do *princípio da oficialidade* da ação penal.

Ou seja: o Ministério Público seria substituído, conforme o caso, por órgão da Administração Pública (dedicado à regulação do setor econômico respectivo, detecção e subsequente notícia da infração penal) ou entidade não governamental (voltada à defesa dos bens ou interesses coletivos afetados pelo crime), os quais são mais capacitados para preparar, formular e conduzir a imputação penal.⁶

Os juristas argentinos Gustavo Arocena e Fabian Balcarce, em instigante obra destinada a esboçar as bases da Teoria Geral do Processo Penal aplicado à criminalidade econômico-financeira, sustentam que tal ramo do saber jurídico já atingiu *grau significativo de autonomia*.⁷

Para tanto, eles acenam com três níveis distintos de *autonomia*: (i) *legislativa*: profusão de normas atinentes a crimes de natureza econômico-financeira, tratando quer de organização judiciária (v.g. Varas Criminais especializadas), quer de matéria processual propriamente dita; (ii) *científica*: conjunto de princípios próprios (v.g. *especialização judicial*; *prova técnica*; *restrição da imediação no Juízo oral* etc.); (iii) *acadêmica*: criação de programas de extensão e Pós-Graduação voltados para o ensino e pesquisa do Direito Penal Econômico e seus reflexos no campo processual.⁸

Tais autores arrolam diversos princípios que formarão as bases de uma Teoria Geral do Processo Penal Econômico, dentre os quais avultam os seguintes: (i) *organicidade*: necessidade de unificação dos critérios de política criminal atinentes ao tema do processo penal econômico; (ii) *epistemologia diferenciada*: existência de novos princípios, por vezes antagônicos em relação àqueles pertencentes ao Processo

⁶ PASTOR, Daniel. ¿Es conveniente la aplicación del proceso penal “convencional” a los delitos “no convencionales”? In: MAIER, Julio (Org.). *Delitos no convencionales*, pp. 269-301. Buenos Aires: Del Puerto, 1994.

⁷ AROCENA, Gustavo, BALCARCE, Fabián. *Derecho penal económico procesal: Lineamientos para la construcción de una teoría general*. Buenos Aires: Ediar, 2009.

⁸ AROCENA, Gustavo, BALCARCE. Op. cit., pp. 19 e ss.

Penal tradicional; (iii) *independência acadêmica*: exigência de reformulação da matriz curricular jurídica, com a criação de disciplina específica dedicada à matéria em exame; (iv) *regulação específica*: necessidade de nova configuração do modelo processual penal, à luz dos novos matizes científicos trazidos pelo Direito Penal Econômico; (v) *prova tecnocrática*: prevalência do meio de prova pericial sobre o testemunhal; (vi) *expansão da teoria da ação penal pública*: condicionamento frequente da ação penal de conhecimento condenatória à instância administrativa etc.⁹

Nada obstante, o Direito Processual Penal incidente sobre a criminalidade em digressão ainda haure seu *arcabouço de princípios, metodologia e objeto de estudo* do seu ramo tradicional (aplicável à criminalidade de massas).

Portanto, nossa opinião é tendente à conclusão de que por ora inexistente grau de evolução acadêmica, científica e legislativa que justifique a *autonomia* do chamado *Direito Processual Penal Econômico*, em relação ao Processo Penal tradicional.

Essa constatação não impede a criação de subsistema processual penal específico para a criminalidade econômico-financeira, nem que a evolução científica do Direito Processual Penal futuramente permita atingir semelhante grau de autonomia.

De toda sorte, é absolutamente certa a *assimetria* ora existente entre a expansão do Direito Penal Econômico – notadamente quanto à profusão de leis instituindo novas figuras delitivas – e o subdesenvolvimento do Direito Processual Penal aplicável a essa crescente constelação de normas penais incriminadoras.

Portanto, o Processo Penal brasileiro remanesce até hoje carecedor de subsistema específico, contendo institutos e procedimentos adequados para a persecução e comprovação empírica das infrações penais de cariz econômico-financeiro.

Decerto há variegadas peculiaridades desse ramo do saber jurídico aplicado à criminalidade econômico-financeira organizada, não só nos planos *dogmático, legislativo e normativo*, como também na própria

⁹ AROCENA, Gustavo, BALCARCE. Op. cit., pp. 111 e ss.

dinâmica das práticas e procedimentos persecutórios adotados pelo sistema de administração da justiça criminal no País (*Law in action*).

É o que se tentará demonstrar no item seguinte.

3. SEGUE: NOTAS SOBRE A INVESTIGAÇÃO E PROVA

Considerando que o tipo de criminalidade em digressão em regra se utiliza da estrutura societária de corporação de negócios, o *iter* investigativo do fato econômico-financeiro consiste em ampla devassa sobre os variegados setores que integram esse ente corporativo.

Assim, se busca apurar quais desses setores – e respectivos gestores responsáveis – tiveram participação nos fatos investigados, e não raro a apuração se espalha também para outras corporações intervenientes no fato (v.g. empresas coligadas; escritórios de contabilidade etc.).

A investigação preliminar nessas circunstâncias possui caráter altamente aflitivo e invasivo. Isso porque as próprias *natureza e estrutura organizacional* da empresa – composta de diversos setores operacionais, cada qual a cargo de um grupo distinto de funcionários – oferece terreno mais amplo e ramificado para a atividade investigativa policial.

Disso resulta verdadeira invasão estatal do negócio, o qual é submetido a uma espécie de *estado de assédio*, capaz de paralisar suas atividades empresariais.

Não raro a investigação preliminar é feita nos autos de procedimento amorfo, sem qualquer regulamentação legal (v.g. “*procedimento de investigação criminal (PIC)*” ou “*procedimento criminal diverso (PCD)*” do Ministério Público), ou exclusivamente nos autos de medidas cautelares que na prática funcionam como *sucedâneas do inquérito policial* (o qual é instaurado somente como formalidade para preterir tais medidas, não contendo em seu bojo nenhum elemento informativo relevante).

As medidas em digressão têm natureza jurídica de *meios de pesquisa* ou *investigação*, porquanto são extraprocessuais, não contraditórias e protagonizadas por servidores públicos diversos dos sujeitos processuais penais, tendo como objetivo obter fontes materiais de prova.

Via de consequência o *meio de pesquisa* ou *prova* não serve diretamente ao convencimento do julgador sobre o mérito da causa, e se for obtido por meios ilícitos é considerado prova inadmissível em Juízo.¹⁰

Manoel da Costa Andrade leciona que essas medidas – por ele chamadas de *métodos ocultos de investigação* – causaram verdadeira ruptura do paradigma processual penal haurido do ideário da Ilustração, calcado na sua *estrutura acusatória* e no estatuto de *sujeito processual* do acusado.

Suas consequências diretas são: (i) o esgarçamento das tradicionais garantias liberais-clássicas do Direito Processual Penal; (ii) a multiplicação, em termos quantitativos e de potencial invasivo, dos meios de restrição a direitos fundamentais; (iii) a oscilação do pêndulo político e legislativo na direção da tutela do poder punitivo e dos interesses sociais securitários.¹¹

Mais especificamente, vislumbra-se tendência no sentido da *policialização da investigação*, havendo alargamento e hipertrofia dos poderes da polícia judiciária.

Ademais, também há o fenômeno da *privatização* de certos aspectos da investigação preliminar, havendo uso de particular como uma espécie de *longa manus* da autoridade policial, no exercício da atividade-fim desta última.¹²

¹⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos sobre o processo penal brasileiro), In: YARSHELL, Flávio Luiz, MORAES, Maurício Zanoide (Orgs.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*, pp. 303-318. São Paulo: DPJ Editora, 2005. Sobre tais medidas, ver: CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. *Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004; FONSECA-HERRERO, Marta Gómez de Liaño. *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*. Madrid: Colex, 2004.

¹¹ ANDRADE, Manuel da Costa. Métodos ocultos de investigação (Plädoyer para uma teoria geral), In: MONTE, Mário Ferreira e outros (Coords.). *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal português*, pp. 525-551. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

¹² Para tanto, basta atentar para o procedimento técnico-operacional de interceptação de comunicações telefônicas via o sistema informatizado *Guardião*, o qual é protagonizado por pelo menos duas empresas *priva-*

Por derradeiro, ocorre esmaecimento da fronteira que separa as funções de *prevenção e repressão* de infrações penais, deslocando-se o Processo Penal para a primeira. Vale dizer: há tendência de intervenção *preventiva* das agências que integram o poder punitivo, em detrimento da tradicional postura *reativa*.¹³

Quanto aos métodos em digressão propriamente ditos, suas principais características são as seguintes: (i) *institucionalização*, por força de sua regulamentação legal expressa ou aceitação com base em aplicação analógica de instituto congêneres; (ii) *generalização*, pela sua expressão massificada (v.g. interceptação simultânea de uma dezena de linhas telefônicas, que implica interceptação das comunicações de centenas de pessoas via milhares de ligações).¹⁴

Os *métodos ocultos de investigação* consistem em gama heterogênea de institutos, abarcando as interceptações de comunicações telefônicas e telemáticas; busca e apreensão de mensagens de correio eletrônico (*e-mails*) armazenadas em servidor (*busca e apreensão virtual*); compartilhamento de dados de localização de aparelho telefônico celular; infiltração de agentes; interceptação ambiental domiciliar de conversas entre pessoas presentes etc.¹⁵

Já para Friedrich Dencker as principais características dos *métodos ocultos de investigação* são *amplitude, segredo e ausência de âmbitos-tabu*.¹⁶

Tal *amplitude* pode ser entendida em pelo menos duas acepções: (i) quanto à *quantidade*, tendo em vista que o catálogo previsto no artigo 3º da Lei nº. 12.850/13 na prática é meramente exemplificativo, não excluindo meios de investigação *atípicos* (v.g. pagamento de “*verba secreta de informante*” a particular pela Polícia Federal); (ii) no que tange às *pessoas afetadas* pela medida, que incluem não só o próprio investigado

das: a concessionária do serviço público de telefonia (da qual o “alvo” da medida é cliente) e a operadora desse sistema informatizado (a Dígito Tecnologia LTDA.).

¹³ ANDRADE, Manuel da Costa. Op. cit., pp. 529-531.

¹⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. Op. cit., pp. 531-532.

¹⁵ ANDRADE, Manuel da Costa. Op. cit., pp. 532-535.

¹⁶ DENCKER, Friedrich. Criminalidad organizada y procedimiento penal, *In: Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, n. B, pp. 479-494, 1998.

e eventuais coautores e partícipes, mas também terceiras pessoas que integram o círculo de relações sociais do primeiro grupo.

O *segredo* desse arsenal de medidas decorre do seu caráter dissimulado e sub-reptício, sendo oponível tanto ao próprio investigado quanto ao seu Defensor técnico (por se tratarem de medidas cautelares processadas *inaudita altera parte*, nos termos do artigo 282, § 3º, *ab initio* do Estatuto Processual Penal).

Por *ausência de âmbitos-tabu* se entende o efeito dessas medidas de suprimir diversas das tradicionais regras de proibição probatória características do Processo Penal democratizado.

Por exemplo, os direitos fundamentais do investigado: (i) à prestação estatal de informação sobre o seu direito ao silêncio (*nemo tenetur se detegere*); (ii) à inviolabilidade das suas comunicações pessoais ou telefônicas com seu Advogado, médico ou cônjuge etc.¹⁷

No País, se podem alinhar algumas peculiaridades adicionais dos *métodos ocultos de investigação*: (i) *grave déficit legislativo*: há métodos *atípicos*, ou seja, sem procedimento probatório regulamentado em lei (v.g. interceptação ambiental domiciliar de conversas entre pessoas presentes), sem haver sequer meio de investigação *típico* cujo procedimento lhes possa ser aplicado, por analogia; (ii) *procedimento técnico-operacional oculto*: há grave omissão legislativa quanto ao procedimento técnico-operacional específico a ser adotado na efetivação da medida, que remanesce alheio ao conhecimento e controle do Juiz e das partes processuais (v.g. busca e apreensão de mensagens de correio eletrônico (*e-mails*) armazenadas em servidor); (iii) *quebra da cadeia de custódia*: como inexistem regulamentos e procedimentos administrativos acerca da *cadeia de custódia* há frequente ilicitude probatória, decorrente da

¹⁷ DENCKER, Friedrich. Op. cit., pp. 486-490. Em sentido semelhante: HASSEMER, Winfried. Processo penal e direitos fundamentais, *In*: PALMA, Maria Fernanda (Coord.). *Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais*, pp. 15-25. Coimbra: Almedina, 2004; PRADO, Geraldo. Da lei de controle do crime organizado: Crítica às técnicas de infiltração e escuta ambiental, *In*: WUNDERLICH, Alexandre (Org.). *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo*, pp. 125-137. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

adulteração ou *perda* das fontes materiais de prova obtidas (artigo 159, § 6º do Código de Processo Penal).¹⁸

Todas essas características põem em causa a constitucionalidade material dos métodos em liça, à luz da garantia do *due process of law* e seu corolário da legalidade probatória.

No plano da estratégia policial, são comuns ações de forte caráter midiático e simbólico, em regra consistentes no cumprimento simultâneo de mandados judiciais (de busca e apreensão domiciliar, condução coercitiva, prisão temporária etc.) nos diversos endereços de conglomerado empresarial por dezenas de agentes (fazendários, policiais etc.), dotados de forte aparato bélico.

Tais ações policiais tendem a ter denominações exóticas e acompanhamento em tempo real pelos *mass media*, além de ser sucedidas de ampla e imediata divulgação dos seus detalhes pelos órgãos de assessoria de imprensa – inclusive no que tange aos nomes completos dos investigados.

Sua finalidade declarada é impedir a adulteração ou destruição de fontes de prova na posse dos investigados, mas suas consequências práticas para os quadros organizacionais são a difusão de sentimento de *pavor* e do conhecimento acerca da extensão e face mais cruenta do poder punitivo do Estado.

Além disso, não é incomum a *paralisação* da própria atividade-fim do ente corporativo que sofre tais medidas extremas, devido à apreensão de grande volume de dados e documentos (contábeis; fiscais; mercantis etc.) – a vasta maioria dos quais é *imprescindível* para a consecução do objeto social da empresa, porém *inútil* para as investigações policiais.

Outros possíveis efeitos colaterais são os seguintes: (i) divulgação indevida dos chamados *segredos de empresa*; (ii) danos significativos ao conceito empresarial e ao faturamento do ente, podendo haver rescisões de contratos de clientes e fornecedores; queda do valor

¹⁸ PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

de mercado das ações de companhias de capital aberto; demissão ma-
ciça de funcionários etc.¹⁹

Com relação à pessoa física do investigado, se constata que a
estratégia persecutória na prática é voltada à obtenção de *confissão* ou
delação (finalidade não declarada).²⁰

Com efeito, a imposição simultânea de diversas coações sobre a
liberdade, domicílio, família, patrimônio, dignidade, reputação etc. tem
como principal objetivo exercer o maior grau possível de pressão sobre a
pessoa do investigado e vencer sua resistência física e psicológica.

Assim, trata-se de procedimento *inquisitivo puro*, no qual o em-
prego de diversas medidas de coação patrimonial, pessoal e probatória
ao mesmo tempo tem fim *não cautelar*: o de obter confissão e/ou acordo
de delação premiada do *objeto da investigação* (o investigado).²¹

Não se pode ignorar que a prisão temporária, por admitir pror-
rogação do seu prazo “*em caso de extrema e comprovada necessidade*” (ar-
tigo 2º da Lei nº. 7.960/89), também integra essa estratégia de coação
física e psicológica, podendo se prestar ao fim da extorsão de confissão
ou delação premiada do investigado, sob a ameaça – explícita ou velada
– de a autoridade policial requerer a sobredita prorrogação de prazo.²²

¹⁹ AMODIO, Ennio. I reati economici nel prisma dell'accertamento proces-
suale, *In: Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 51, pp.
1.496-1.506, ott./dic. 2008.

²⁰ NOBILI, Massimo. Associazioni mafiose, criminalità organizzata e sistema
processuale, *In: MOCCIA, Sergio (Org.). Criminalità organizzata e risposte
ordinamentali*, pp. 223-241. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1999.

²¹ Os acordos de delação premiada violam os princípios constitucionais da
legalidade e *moralidade* da Administração Pública, além do *conteúdo ético
mínimo do Estado*, pois este cai em *contradição normativa* e compro-
mete a legitimidade ético-jurídica do poder punitivo caso, a pretexto de
aplicar este último, assegure a imunidade penal de criminosos confessos,
em troca de informações (COUTINHO, Jacinto Nelson de Coutinho,
CARVALHO, Edward Rocha de. Acordos de delação premiada e con-
teúdo ético mínimo do Estado, *In: Revista de Estudos Criminais*, Porto
Alegre, n. 22, pp. 75-84, abr./jun. 2006).

²² MALAN, Diogo. Prisão temporária, *In: MALAN, Diogo, MIRZA, Flávio
(Coords.). Setenta anos do Código de Processo Penal brasileiro: Balanço e pers-
pectivas de reforma*, pp. 73-109. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

A coação incidente de forma indiscriminada sobre *todos* os ativos financeiros e bens do investigado também serve para impedir que ele receba assistência jurídica adequada, à míngua da liquidez e solvência imprescindíveis para contratar Defensor técnico particular razoavelmente qualificado.

Na expressão de Ennio Amodio, o procedimento é *de banda larga*, abrangendo a apuração de: (i) como se formou a vontade de colocar em marcha a atividade acoimada de delituosa; (ii) quem concorreu para a formação dessa vontade; (iii) em que medida o efetivo conhecimento do projeto criminoso correspondeu à repartição formal de funções do organograma da companhia.²³

A sobredita amplitude enseja cadeia de investigados que entram e saem da investigação preliminar, até a formalização da acusação formal pelo Ministério Público. O efeito automático desse fenômeno é a exclusão de alguns investigados dessa imputação formal, quando o espectro investigativo original se revela excessivamente amplo.

Malgrado a sobredita irradiação da investigação preliminar para diversos setores da corporação de negócios torne este só o ambiente do empenho investigativo, o fenômeno da *aglutinação* enseja fusão entre as respectivas responsabilizações dos administradores e da própria pessoa coletiva.

Vale dizer: vislumbra-se tendência no sentido de o próprio ente corporativo sofrer sanções de cariz administrativo ou penal, ou efeitos patrimoniais da sentença condenatória, em decorrência de infração penal cometida pelos administradores.

Na Itália, por exemplo, o artigo 5º do Decreto Legislativo nº. 231/2001 instituiu responsabilidade administrativa do ente empresarial em decorrência de infração penal cometida pelo seu gestor, desde que ela seja praticada no interesse ou em benefício do primeiro.²⁴

Outro fenômeno apontado pelo precitado autor peninsular é o do *duplo binário*.

²³ AMODIO, Ennio. Op. cit., p. 1.500.

²⁴ AMODIO, Ennio. Op. cit., pp. 1.499-1.501.

Trata-se de consequência direta da *duplicação* de investigações sobre o mesmo fato econômico-financeiro: uma na esfera da persecução penal e outra perante o órgão da Administração Pública responsável pelo controle, fiscalização e regulação dos entes corporativos que atuam naquele setor (v.g. Banco Central do Brasil; Comissão de Valores Mobiliários etc.).

Essa conjuntura cria uma *assimetria de fato* entre as partes processuais penais, hipertrofiando os poderes da acusação pública: esta última vê fortalecidos seus poderes na colheita de elementos informativos e provas, mercê da colaboração do órgão responsável pelo procedimento administrativo sancionador sobre os mesmos fatos.

Ademais disso, na fase judicial da persecução penal o órgão acusador pode contar com o servidor responsável pela condução do sobredito procedimento administrativo sancionador como *fonte de prova testemunhal*.

Daí a sensação do acusado de estar diante de dois acusadores, um dos quais é autorizado a depor em Juízo sob o compromisso legal de dizer a verdade, na qualidade de *testemunha*.

Para abordar as peculiaridades do ônus da prova na seara em digressão, é imprescindível breve exposição acerca do fenômeno da *expansão do Direito Penal* e de seus reflexos na estrutura das normas penais econômicas.

Como é cediço, o fenômeno da expansão do Direito Penal na Pós-Modernidade está relacionado a variegados fatores sociais, notadamente a globalização econômica; integração supranacional em blocos econômicos; revolução tecnológica etc.

Uma das principais consequências dessa expansão é o fenômeno da *administrativização* do Direito Penal Econômico.

Trata-se de ruptura paradigmática que envolve mutação da própria *estrutura* e do *conteúdo material* das normas penais incriminadoras. Em outras palavras: o Direito Penal passa a servir como *instrumento de gestão de riscos* de cariz estatístico, global ou sistêmico. Por conseguinte, ele perde qualquer traço distintivo do Direito Administrativo Sancionador, passando a desempenhar função *idêntica* a este último: ordenar determinados segmentos da atividade estatal, conforme determinada política de gestão setorial.

Essa nova função enseja duas graves consequências, do ponto de vista do Estado Democrático de Direito: (i) a equiparação da estrutura normativa do ilícito penal ao administrativo, enquanto ato de mera desobediência à regulação de setores da atividade estatal, eticamente neutro e independente de ofensividade concreta ou imputabilidade a pessoa determinada; (ii) a incorporação pelo Direito Penal da flexibilização dos critérios de atribuição de responsabilidade característica do Direito Administrativo Sancionador.

Os dois principais vetores político-criminais que pautam essa mutação estão relacionados: (i) à introdução de novos objetos de tutela jurídico-penal; (ii) à antecipação da intervenção penal.

Nesse contexto há abandono do paradigma liberal-clássico de Direito Processual Penal, baseado na imputação de crimes de natureza *material* (ou *de resultado*), a exigir *comprovação empírica* em Juízo de *relação causal* entre conduta humana e *dano* a bem jurídico *conceitualmente preciso* e de *titularidade individual*.

Por razões de ordem pragmática ou utilitarista ora há nítida tendência à adoção de novo paradigma, consistente na imputação de crimes econômico-financeiros de cariz *formal* e de *perigo presumido* a bem jurídico *conceitualmente impreciso* e de *titularidade coletiva* – relacionado a *políticas públicas* e *funções administrativas* estatais de gestão, controle ou regulação de determinado setor da Economia (v.g. *Ordem Econômica; regular funcionamento do Sistema Financeiro Nacional* etc.).²⁵

Tal conjuntura é agravada pela própria geometria normativa variável característica do Direito Penal Econômico, repleta de: (i) *elementos normativos* que remetem a conceitos altamente imprecisos e subjetivos (v.g. “*gestão temerária de instituição financeira*”); (ii) *normas penais em branco* complementadas pelo emaranhado cipoal de atos administrativos e normativos característico da cultura luso-romana cartorária e burocrática da Administração Pública, inexpugnável pelo cidadão comum (v.g. “*sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes*”).

²⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, pp. 131 e ss. 2. ed. Montevideo: Editorial B de f, 2008.

Assim, é lícito concluir que a satisfação do ônus de provar o fato econômico-financeiro típico, ilícito e culpável pela parte acusadora é sobremaneira facilitada, à míngua da necessidade da *demonstração empírica* de: (i) tipicidade *material* da conduta do acusado; (ii) *relação causal* entre tal conduta e *dano* a bem jurídico *conceitualmente preciso e específico*; (iii) *vítima individualizada*.²⁶

Outra consequência prática é que a refutação desses aspectos da imputação pela Defesa técnica do acusado constitui verdadeira *probatio diabolica*, porquanto é impossível a demonstração empírica da ausência de lesão ao bem jurídico-penal.

Assim, é lícito supor que a estrutura das normas penais incriminadoras na esfera econômico-financeira tem como principal *raison d'être* político-criminal a solução de problemas processuais penais, pela eliminação de circunstâncias elementares do tipo penal de difícil comprovação empírica em Juízo.²⁷

De fato, já se fala de hodierna estratégia político-criminal voltada ao generalizado e maciço *empobrecimento da tipicidade* (“*impoverimento della fattispecie*”), cuja comprovação em Juízo se torna empiricamente *impossível* à míngua de determinação, materialidade e ofensividade da conduta incriminada – a qual é esvaziada de qualquer *conteúdo essencial*.²⁸

Outra característica de nota é a primazia do meio de prova pericial sobre os demais, tratando-se da verdadeira *rainha das provas* (*regina probatorum*) do processo penal aplicado aos crimes econômico-financeiros.

Isso porque tal meio probatório permite a “decodificação” ou “tradução” de determinada operação mercantil, financeira, fiscal etc. –

²⁶ MALAN, Diogo. Bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/86, In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 91, p. 367-391, jul./ago. 2011.

²⁷ Nesse sentido: VOLK, Klaus, Criminalità economica: Problemi criminologici, politico-criminali e dommatici, In: *Sistema penale e criminalità economica: I rapporti tra dommatica, politica criminale e processo*, pp. 29-59. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1998.

²⁸ D'ASCOLA, Vincenzo Nico. *Impoverimento della fattispecie e responsabilità penale “senza prova”: Strutture in trasformazione del diritto e del processo penale, passim*. Reggio Calabria, Iiriti Editore, 2008.

em regra de alta complexidade e, portanto, incompreensível para o operador jurídico – pelo perito para o Juiz e as partes processuais.

Tal circunstância gera duplo efeito: (i) por um lado, ela *facilita* a atividade de valoração judicial da prova pericial, quando se manifestar tendência – ainda que inconsciente – de o Magistrado acatar na íntegra o juízo de valor sobre os fatos feito pelo experto, à míngua do cabedal de conhecimento técnico próprio que lhe permita questionar as premissas e conclusões periciais; (ii) por outro flanco, ela também dificulta sobremaneira eventual tentativa judicial de *rejeição* (artigo 182 do Código de Processo Penal) ou *valoração crítica* do laudo pericial oficial (especialmente quando inexistir contraprova pericial defensiva na forma de parecer técnico particular), pela natural dificuldade de o Juiz compreender o complexo fato econômico-financeiro imputado.

Circunstância agravante é o fato de que a prova pericial do fato econômico-financeiro em regra é produzida na fase da investigação preliminar, de forma unilateral, sendo submetida somente ao contraditório do acusado *sobre o elemento de prova (contraddittorio sull'elemento di prova)*. Trata-se de mitigação dessa garantia, porquanto reduzida aos aspectos argumentativos do fenômeno probatório.²⁹

No plano da *valoração* do resultado da prova, é lícito supor que o precitado fenômeno do *duplo binário* tende a fazer com que o Juiz se renda ao juízo de valor sobre o fato econômico-financeiro previamente feito em sede administrativo-sancionadora.

Isso devido a uma série de fatores, relacionados: (i) a razões de economia processual; (ii) à presunção de legitimidade dos atos administrativos sancionadores; (iii) a dificuldades técnicas de se viabilizar em Juízo uma reavaliação crítica do percurso lógico-probatório percorrido pela Administração Pública e acatado pela parte processual acusadora.

Logo, nos crimes econômico-financeiros há também significativa limitação *prática (de fato)* da liberdade de valoração probatória pelo Juiz criminal.³⁰

²⁹ UBERTIS, Giulio. *Principi di procedura penale europea: Le regole del giusto processo*, p. 57. Milano: Raffaello Cortina Editore, 2000.

³⁰ AMODIO, Ennio. Op. cit., pp. 1.501-1.503.

Com efeito, o caso penal em regra ostenta grau tão significativo de *complexidade* e *sofisticação técnica* que o torna compreensível somente pelos particulares que atuam profissionalmente naquele nicho da economia e servidores especializados no controle, fiscalização e regulação administrativa do sobredito nicho.

Assim, há um conseqüente esvaziamento da possibilidade de *constatação empírica* do caso no Juízo criminal.³¹

Além disso, na formação de seu convencimento sobre o fato econômico-financeiro imputado o Magistrado em regra não pode se valer das chamadas *regras de experiência comum* (artigo 335 do Estatuto Processual Civil).

Estas decorrem da convicção pessoal do Juiz – decorrente de sua formação acadêmica, cultural, intelectual e técnica, além da sua bagagem de vivências pessoais e profissionais – acerca daquilo normalmente acontece em determinado contexto das relações sociais.

Trata-se de versão personificada da *cultura média*, do *senso comum* ou da constelação de concepções que constituem o *patrimônio cultural difuso* do contexto espaço-temporal em que o julgador está inserido – sendo enunciada na forma de *regras tendencialmente gerais*.³²

Com relação ao fato econômico-financeiro, contudo, o Juiz em regra não possui regras dessa natureza que possam socorrê-lo.

Para tanto, basta se atinar para o exemplo do ilícito penal praticado no contexto da gestão financeira cotidiana de grande conglomerado empresarial multinacional. Nesse caso, trata-se de realidade social completamente estranha ao conjunto de experiências pessoais e profissionais do Magistrado, inexistindo qualquer percepção pessoal acerca do que ordinariamente acontece.

Assim, *na prática* o julgador se torna dependente do juízo de valor pericial para poder formar seu convencimento sobre a culpa ou inocência do acusado.

³¹ Nesse sentido: AROCENA, Gustavo, BALCARCE. Op. cit., p. 83.

³² TARUFFO, Michele. Considerazioni sulle massime d'esperienza, *In: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, n. 02, pp. 551-569, giu. 2009.

Vale dizer: há grau tão intenso de ingerência administrativa que ela é praticamente excludente de qualquer atividade jurisdicional de valoração do fato econômico-financeiro penalmente relevante.

O Poder Judiciário acaba atuando como espécie de *peneira* da atividade administrativa ao selecionar, a partir do produto final desta última, os subsídios necessários à adjudicação do caso penal.³³

Portanto, na persecução penal de crimes econômico-financeiros há nítida potencialização de fenômenos denominados por Bernd Schünemann de *efeito inércia (ou perseverança)* e *busca seletiva de informações*.

Tal autor parte da teoria da *dissonância cognitiva* de Leon Festinger, segundo a qual o ser humano tende a procurar atingir relação de equilíbrio entre seu conhecimento e opiniões. Na hipótese da superveniência de *dissonância cognitiva*, portanto, o indivíduo tende a buscar reequilibrar seu próprio sistema cognitivo pela via da supressão das contradições.³⁴

Assim, o fato de o Juiz tomar conhecimento do teor da investigação preliminar e emitir sucessivos juízos de valor sobre os fatos em julgamento (v.g. ao decretar tutelas cautelares; exercer juízo de admissibilidade positivo da peça inaugural acusatória; protagonizar a produção probatória em Juízo etc.) tende a acionar *mecanismo de auto-confirmação das hipóteses judiciais*.

Ou seja: o julgador, ao encampar como correta aquela versão dos fatos emergente da investigação preliminar, se torna incapaz de processar informações de forma adequada à valoração imparcial dos fatos – tendendo a superestimar sistematicamente os elementos probatórios que confirmam tal versão, e subestimar os demais (*efeito inércia (ou perseverança)*).

Por outro flanco, o Magistrado tende a procurar institivamente elementos probatórios que corroborem a hipótese previamente adotada,

³³ Nesse sentido: AROCENA, Gustavo, BALCARCE. Op. cit., pp. 29 e ss.

³⁴ FESTINGER, Leon. *A theory of cognitive dissonance*. Stanford: Stanford University Press, 1957.

ou mesmo aqueles que a desmintam, desde que sejam facilmente rejeitáveis pelo raciocínio judicial (*busca seletiva de informações*).³⁵

Também há risco de que a convicção do Juiz acerca do caso penal sofra perigosa influência de generalizações, estereótipos, mitos, preconceitos, ideias hauridas do senso comum teórico sobre a criminalidade econômico-financeira (*everyday theories*) etc.

Cuida-se de generalizações espúrias, porquanto consistem em deturpação do conceito de *regras de experiência comum*, destituída de qualquer embasamento científico ou empírico.

Nesse caso, não se sabe: (i) por quem a experiência foi protagonizada; (ii) quem originalmente formulou a regra geral invocada pelo Juiz; (iii) qual foi a base cognitiva para tal formulação; (iv) quantos casos concretos foram considerados para se urdir a sobredita regra; (v) qual é a margem de erro na aplicação da regra em apreço.³⁶

Por exemplo: decisões judiciais condenatórias por ilícito econômico-financeiro sem qualquer lastro em elementos de prova sobre a autoria delitativa, a pretexto do seguinte *mito*: a suposta *onipresença* e *onisciência* de todos os sócios-administradores de sociedade empresária com relação a qualquer acontecimento envolvendo esta última.

4. CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, é lícito concluir que mesmo à míngua de *autonomia científica* decerto há significativas peculiaridades do Direito Processual Penal aplicado à criminalidade econômico-financeira organizada, não só nos planos *dogmático*, *legislativo* e *normativo*, como também na própria dinâmica das práticas e procedimentos persecutórios adotados pelo sistema de administração da justiça criminal (*Law in action*).

³⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. O Juiz como um terceiro manipulado no processo penal? In: *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*, pp. 205-221. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

³⁶ TARUFFO, Michele. Op. cit., pp. 557 e ss.

Na fase da investigação preliminar, as três principais características são: (i) *uso maciço de métodos ocultos de investigação*; (ii) *procedimento inquisitivo puro*; (iii) *duplo binário*.

O primeiro enseja supressão das garantias que integram o tradicional modelo liberal-clássico do Direito Processual Penal, resultando de oscilação do pêndulo político-criminal na direção da tutela do poder punitivo e dos interesses sociais securitários.

Mais concretamente, ocorrem os seguintes fenômenos: (i) *policialização*: há expansão dos poderes da polícia judiciária; (ii) *privatização*: há emprego de particular para desempenhar certas tarefas, agindo como *longa manus* da autoridade policial; (iii) *prevenção*: há intervenção preventiva das agências do poder punitivo, em vez da tradicional atuação repressiva.

Por *procedimento inquisitivo puro* se entende o uso integrado e simultâneo de diversas coações (pessoais, patrimoniais e probatórias) sobre o investigado e sua família, domicílio, ativos, bens, comunicações etc., para finalidade *não cautelar*.

Esta consiste na aplicação do maior grau possível de pressão sobre o investigado, com vistas a vencer sua resistência física e psicológica e obter confissão e/ou acordo de delação premiada do *objeto da investigação*.

O *duplo binário*, por sua vez, consiste no fenômeno da duplicação de investigações sobre o mesmo fato econômico-financeiro, criando-se *assimetria de fato* entre as partes processuais penais pela hipertrofia dos poderes do órgão acusador.

Ademais, como na fase judicial a parte acusadora pode contar com o presidente do procedimento administrativo sancionador como *fonte de prova testemunhal*, o acusado na prática tem que enfrentar dois acusadores, um dos quais ainda é autorizado a depor em Juízo sob o compromisso legal de dizer a verdade.

Na fase processual, as principais características são: (i) *facilitação do ônus probatório subjetivo da parte acusadora*; (ii) *preponderância do meio de prova pericial*; (iii) *significativa limitação prática (de fato) da liberdade judicial de valoração probatória*.

A primeira decorre das próprias características da figura delitiva econômico-financeira por excelência (*crime formal e de perigo presumido*) a

bem jurídico *conceitualmente impreciso e de titularidade coletiva*, relacionado a *políticas públicas e funções administrativas* estatais de gestão, controle ou regulação de determinado setor da Economia), que dispensa a parte acusadora da demonstração empírica em Juízo de: (i) tipicidade *material* da conduta do acusado; (ii) *relação causal* entre tal conduta e *dano* a bem jurídico *conceitualmente preciso e específico*; (iii) *vítima individualizada*.

Além disso, nessas circunstâncias a refutação da imputação pela Defesa técnica do acusado se consubstancia em verdadeira *probatio diabolica*, pois é rigorosamente impossível a demonstração empírica da ausência de lesão ao bem jurídico tutelado.

Outra característica é a relação de *primazia* do meio de prova pericial sobre os demais. Isso porque tal meio permite a “decodificação” ou “tradução” de determinada operação mercantil, financeira, fiscal etc. – em regra de alta complexidade e, portanto, incompreensível para o operador jurídico – pelo perito para o Juiz e as partes processuais.

Tal circunstância gera duplo efeito: (i) *facilita* a valoração judicial da prova pericial, pela tendência de o Magistrado acatar o juízo de valor do perito, à míngua do conhecimento técnico próprio imprescindível para criticar as premissas e conclusões periciais; (ii) *dificulta* a rejeição ou valoração crítica do laudo pericial oficial, pela dificuldade de o Juiz compreender todas as complexas nuances do fato econômico-financeiro imputado.

Noutro giro, a *limitação prática (de fato) da liberdade judicial de valoração probatória* é decorrente do sobredito fenômeno do *duplo binário*.

Com efeito, fatores relacionados à: (i) economia processual; (ii) presunção de legitimidade dos atos administrativos sancionadores; (iii) dificuldade técnica de reavaliação crítica do percurso lógico-probatório percorrido pela Administração Pública, somados, tendem a forçar o Juiz a encampar o juízo de valor sobre o fato econômico-financeiro feito em sede administrativo-sancionadora.

Tal conjuntura é agravada pela inexistência de *regras de experiência comum* que possam auxiliar o Magistrado na valoração do fato econômico-financeiro, ante o cariz complexo e hermético deste último.

Destarte, é pertinente o debate político-criminal acerca da necessidade da criação de subsistema processual penal específico voltado

à criminalidade econômico-financeira organizada, em razão de todas as precitadas peculiaridades desta última.

Não obstante, ainda mais importante do que debater a sobre-dita criação é definir qual é o *tipo de diversificação sistêmica processual penal tolerável*, à luz dos valores que informam o Estado Democrático de Direito – tema que infelizmente foge ao objeto do presente estudo.

Indiscutível é que essa diferenciação não pode, à luz de qualquer concepção civilizada acerca do devido processo penal, ser feita à custa do sacrifício das garantias que integram o direito ao julgamento justo (*fair trial*), previstas na Constituição da República e no sistema internacional de Direitos Humanos.³⁷

5. BIBLIOGRAFIA

AMODIO, Ennio. I reati economici nel prisma dell'accertamento processuale, *In: Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 51, pp. 1.496-1.506, ott./dic. 2008.

ANDRADE, Manuel da Costa. Métodos ocultos de investigação (Plädoyer para uma teoria geral), *In: MONTE, Mário Ferreira e outros (Coords.). Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal português*, pp. 525-551. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

AROCENA, Gustavo, BALCARCE, Fabián. *Derecho penal económico procesal: Lineamientos para la construcción de una teoría general*. Buenos Aires: Ediar, 2009.

BATISTA, Nilo. A criminalização da advocacia, *In: Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 20, pp. 85-91, out./dez. 2005.

³⁷ Nesse sentido: GREVI, Vittorio. Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: Un primo bilancio, *In: GREVI, Vittorio (Org.). Processo penale e criminalità organizzata*, pp. 03-42. Bari: Laterza, 1993; LATANZI, Giorgio. Sui principi e sulla realtà del processo penale, *In: Oralità e contraddittorio nei processi di criminalità organizzata*, pp. 157-166. Milano: Giuffrè, 1999.

BECK, Francis Rafael. *Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização de garantias*. São Paulo: IBCCRIM, 2004.

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. *Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Coutinho, CARVALHO, Edward Rocha de. Acordos de delação premiada e conteúdo ético mínimo do Estado, *In: Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 22, pp. 75-84, abr./jun. 2006.

D'ASCOLA, Vincenzo Nico. *Impoverimento della fattispecie e responsabilità penale "senza prova": Strutture in trasformazione del diritto e del processo penale*. Reggio Calabria, Iiriti Editore, 2008.

DENCKER, Friedrich. Criminalidad organizada y procedimiento penal, *In: Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, n. B, pp. 479-494, 1998.

FESTINGER, Leon. *A theory of cognitive dissonance*. Stanford: Stanford University Press, 1957.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O novo código de processo penal, *In: Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, n. 369, pp. 05-23, 1987.

FONSECA-HERRERO, Marta Gómez de Liaño. *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*. Madrid: Colex, 2004.

GIACOMOLLI, Nereu José. A garantia do devido processo legal e a criminalidade organizada, *In: Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 14, pp. 113-121, 2004.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos sobre o processo penal brasileiro), *In: YARSHELL, Flávio Luiz, MORAES, Maurício Zanoide (Orgs.). Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*, pp. 303-318. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

_____. O crime organizado e as garantias processuais, *In: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 21, p. 08, set. 1994.

_____. Também em matéria processual provoca inquietação a Lei Anti-Crime Organizado, *In: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 13, p. 01, fev. 1994.

GREVI, Vittorio. Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: Un primo bilancio, *In: GREVI, Vittorio (Org.). Processo penale e criminalità organizzata*, pp. 03-42. Bari: Laterza, 1993.

HASSEMER, Winfried. Processo penal e direitos fundamentais, *In: PALMA, Maria Fernanda (Coord.). Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais*, pp. 15-25. Coimbra: Almedina, 2004.

LATANZI, Giorgio. Sui principi e sulla realtà del processo penale, *In: Oralità e contraddittorio nei processi di criminalità organizzata*, pp. 157-166. Milano: Giuffrè, 1999.

MALAN, Diogo. Prisão temporária, *In: MALAN, Diogo, MIRZA, Flávio (Coords.). Setenta anos do Código de Processo Penal brasileiro: Balanço e perspectivas de reforma*, pp. 73-109. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. Bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/86, *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 91, p. 367-391, jul./ago. 2011.

_____. Processo penal do inimigo, *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 59, pp. 223-259, mar./abr. 2006.

MONTERO AROCA, Juan. *Principios del proceso penal: Una explicación basada en la razón*. Valencia: Tirant Lo Blanch: 1997.

NOBILI, Massimo. Associazioni mafiose, criminalità organizzata e sistema processuale, *In: MOCCIA, Sergio (Org.). Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, pp. 223-241. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1999.

PASTOR, Daniel. ¿Es conveniente la aplicación del proceso penal “convencional” a los delitos “no convencionales”? *In: MAIER, Julio (Org.). Delitos no convencionales*, pp. 269-301. Buenos Aires: Del Puerto, 1994.

PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. Da lei de controle do crime organizado: Crítica às técnicas de infiltração e escuta ambiental, *In: WUNDERLICH, Alexandre (Org.). Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo*, pp. 125-137. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SCHÜNEMANN, Bernd. O Juiz como um terceiro manipulado no processo penal? *In: Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*, pp. 205-221. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Montevideo: Editorial B de f, 2008.

TARUFFO, Michele. Considerazioni sulle massime d'esperienza, *In: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, n. 02, pp. 551-569, giu. 2009.

UBERTIS, Giulio. *Principi di procedura penale europea: Le regole del giusto processo*. Milano: Raffaello Cortina Editore, 2000.

VOLK, Klaus, Criminalità economica: Problemi criminologici, politico-criminali e dommatici, *In: Sistema penale e criminalità economica: I rapporti tra dommatica, politica criminale e processo*, pp. 29-59. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1998.

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

MALAN, Diogo. Notas sobre a investigação e prova da criminalidade econômico-financeira organizada. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 2, n. 1, p. 213 - 238, 2016. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v2i1.22>

Processo Penal
Internacional e Cooperação Jurídica

Decisioni della Corte europea e giudicato penale “iniquo”¹

Decisões da Corte Europeia e juízo penal “iníquo”

European Court decisions and unequal criminal trial

Bruna Capparelli

Dottoranda di ricerca in Diritto processuale penale – Università degli Studi di Bologna.
bruna.capparelli@yahoo.it

RESUMO: O presente artigo aborda uma temática precipuamente envolta no discurso interdisciplinar entre o direito constitucional, direito internacional e direito processual penal, já que analisa os reflexos jurídicos dos pronunciamentos do Tribunal europeu de Direitos humanos à luz do constitucionalismo italiano. Neste aspecto, a corte Constitucional italiana criou uma hipótese especial de “revisão europeia” com a sentença paradigma número 113 de 2011, a qual, a partir da análise da trajetória legislativa, jurisprudencial e doutrinária italianos, nos perguntamos se atualmente existe uma norma em capaz de subtrair à sentença irrevogável a força executiva que o CPP italiano à atribui e que garanta suficientemente o realizar-se da *restitutio in integrum*.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Penal italiano. Tribunal europeu de Direitos Humanos. Direito Comparado.

¹ Il presente contributo, rivisto e ampliato, è tratto dalla dissertazione di Laurea in Giurisprudenza “*Decisioni della Corte europea e giudicato penale interno*” (Università degli Studi di Bologna, 2010) per la relazione tenuta il 12 marzo 2015 nell’ambito del ciclo seminariale di procedura penale “Corte E.D.U. e processo penale” presso l’*Alma Mater Studiorum* di Bologna.

ABSTRACT: *This article discusses the theme with an interdisciplinary discourse between constitutional law, international law and criminal procedure law, since it analyzes the legal consequences of the pronouncements of the European court of Human Rights under Italian constitutionalism. In this aspect, the Italian Constitutional Court created a special case of "European review" with the paradigm sentence number 113 of 2011, which was based on the analysis of the legislative history, case law and Italian doctrinal, we wonder if there is currently a standard in able to subtracting the irrevocable sentence of enforceability that the Italian CPP to assign and to ensure enough hold up the restitution in integrum.*

KEY-WORDS: *Italian Criminal procedure Law. European Court of Human Rights. Comparative Law.*

1. Premessa. Fino a questo momento sono stati analizzati temi di diritto internazionale, costituzionale e talvolta di diritto dell'Unione europea. Ma si è trattata di una scelta obbligata, posta l'interdisciplinarietà dell'argomento, che ha consentito di porre le basi concettuali indispensabili per una migliore comprensione del quesito che ha fatto da cornice all'incontro odierno, permettendoci ora di affrontare con maggior chiarezza il tema del seguito giudiziario italiano delle sentenze della Corte EDU in ambito processuale penale.

Com'è noto, rispetto alle questioni che per anni sono state al centro del dibattito scientifico, che si aggiravano sul grado di resistenza del giudicato penale alla spinta esercitata dalle decisioni di matrice europea, diversi sono stati i plausibili approcci ipotizzati tanto dalla dottrina quanto dalla giurisprudenza (v. *infra* § 3 s). Si trattava allora di effettuare preliminarmente una scelta di metodo. In particolare, occorre stabilire se restare fedeli alle categorie giuridiche tradizionali, nella consapevolezza che dalla loro applicazione poteva derivare un sacrificio per la libertà dell'individuo; oppure entrare in sintonia con l'indirizzo che considerava quegli strumenti ormai superati dal primato delle fonti sopranazionali, tale, a sua volta, da calibrare il principio di autorità statale sino a metterne in «crisi»² l'imperatività della

² V., *amplius*, CAPRIOLI, in CAPRIOLI-VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Giappichelli, 2011, p. 3 s. Cfr., inoltre, ALLEGREZZA, *Violazione*

sentenza di condanna irrevocabile. Dilemma risalente almeno quanto la dicotomia tra concezione formale e sostanziale di giustizia, ma suscettibile di rinnovati sviluppi alla luce delle significative iniziative giurisprudenziali in proposito³. Come si ricorderà, prima che sul pun-

della Cedu e giudicato penale. Quali contaminazioni? Quali rimedi?, in *All'incrocio tra Costituzione e Cedu. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo. Atti del Seminario - Ferrara, 9 marzo 2007*, Giappichelli, 2007, p. 21 s.

³ nella fattispecie scrutinata da Cass. 11/2/2010, Scoppola, la possibilità di applicare in via analogica l'art. 625-bis cpp è stata riconosciuta in un'ipotesi in cui il processo si era chiuso con una pena ritenuta non equa dal giudice europeo (era stato infatti inflitto l'ergastolo a un imputato che aveva richiesto il giudizio abbreviato quando la legge del tempo prevedeva come pena massima irrogabile, nel procedimento di cui agli artt. 438 s. cpp, la pena di trent'anni di reclusione. All'esito del nuovo giudizio di cassazione, annullata senza rinvio la sentenza di merito che aveva applicato la pena iniqua, il giudice di legittimità ha provveduto direttamente a determinare la nuova pena in conformità al *dictum* della Corte di Strasburgo: «affidare al giudice dell'esecuzione il compito di sostituire la pena erroneamente inflitta», ha affermato la Corte di cassazione, sarebbe «pienamente conforme alla normativa vigente»: ma «in ossequio al principio dell'economia dei mezzi processuali e allo speculare principio costituzionale della ragionevole durata del processo, si può evitare questa ulteriore fase, a fronte dell'estrema chiarezza della sentenza della Corte di Strasburgo e dell'esigenza di dare immediato riconoscimento all'efficacia nel nostro ordinamento della normativa e delle decisioni delle istituzioni europee». Nella fattispecie scrutinata da Cass., 12/11/2008, Drassich, la lesione dei diritti difensivi del condannato (*sub specie* violazione del principio di correlazione tra accusa e sentenza) si era invece realizzata nel corso dello stesso giudizio di legittimità: la Corte di cassazione ha disposto che si procedesse a una nuova trattazione del ricorso (cfr. Cass., 25/5/2009, Drassich). L'istituto di carattere eccezionale regolato dall'art. 625-bis c.p.p. veniva così convertito nell'espressione di una regola generale, destinata ad applicarsi in casi analoghi: «nel bilanciamento dei valori costituzionali –da un lato, quello della funzione costituzionale del giudicato, e, dall'altro, quello del diritto a un processo equo e a una decisione resa nel rispetto dei principi fondamentali e costituzionali posti a presidio del diritto di interloquire sull'accusa- non può che prevalere quest'ultimo» (così, Cass., 12/11/2009, Drassich). Sulla sentenza *Scoppola c. Italia* della Corte europea dei diritti dell'uomo e le sue ricadute nell'ordinamento interno, v., per tutti, CAPRIOLI, *Giudicato e pena illegale: riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, a cura di Bargis, Giuffrè, 2013, p. 263 s.

to intervenisse la sentenza costituzionale numero 113 del 2011⁴, che

⁴ Per le svariate proposte di legge che sono state presentate nelle ultime legislature cfr., per esempio, BASILE, *Adeguamento dell'ordinamento giuridico nazionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 907 s.; CALLARI, *La firmitas del giudicato penale: essenza e limiti*, 2009, p. 340 s.; LONATI, *Il diritto dell'accusato a "interrogare o fare interrogare" le fonti di prova a carico (studio sul contraddittorio nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nel sistema processuale penale italiano)*, 2008, p. 106 s.; MANGIARACINA, *La revisione del giudicato penale a seguito di una pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 985 s.; MOSCARINI, *L'omessa valutazione della prova favorevole all'imputato*, 2005, p. 145 s.; RIVELLO, *La vicenda Somogyi di fronte alla Corte di cassazione: un'importante occasione di riflessione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 1976 s.; SACCUCCI, *Revisione dei processi in ottemperanza alle sentenze della Corte europea: riflessioni de iure condendo*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 247 s.; SCALFATI, *Libertà fondamentali e accertamento giudiziario: la revisione del processo a seguito di pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, a cura di Di Chiara, 2003, p. 450 s. Sostanzialmente, esse vanno in due direzioni diverse: a) le proposte S-3168, del 24 marzo 1998, C-1447, del 31 luglio 2001, C-1992, del 20 novembre 2001, S-3354, del 22 marzo 2005, C-323, del 2 maggio 2006, C-917, del 26 maggio 2006, C-1538, del 24 luglio 2008, e, infine, il disegno di legge governativo S-1440, del 10 marzo 2009, mirano semplicemente ad aggiungere un caso di revisione; b) il disegno di legge governativo S-1797, del 18 settembre 2007, nonché i successivi progetti S-839, del 26 giugno 2008, C-1780, del 13 ottobre 2008, C-2163, del 5 febbraio 2009, contemplano -sul modello francese e belga- una disciplina organica di un'autonoma forma di revisione, denominata "*Revisione a seguito di sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*" (così, CALLARI, *La firmitas*, op. cit., p. 423 s.; FIORIO, *La prova nuova nel processo penale*, 2008, p. 81 s.; GIALUZ, *Le opzioni per l'adeguamento del codice di procedura penale italiano all'obbligo di restituito in integrum previsto dalla Corte di Strasburgo*, in *L'incidenza del diritto comunitario e della C.e.d.u. sugli atti nazionali definitivi*, a cura di Spitaleri, 2009, p. 257 s.; Id., *Il riesame del processo a seguito di condanna della Corte di Strasburgo: modelli europei e prospettive italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1881 s.; MARCHETTI, in *Trattato V*, a cura di Spangher, p. 965 s.; MAZZA, *Sei mesi di tempo (ormai anche meno) per garantire lo Stato di diritto*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 4314 s.; PRESUTTI, *La revisione del giudicato penale tra impugnazione straordinaria e quarto grado di giudizio*, in *Studium iuris*, 2009, p. 252 s.; UBERTIS, *L'adeguamento italiano alle condanne europee per violazioni dell'equità processuale*, in *Giurisprudenza*, cit. p. 118 s.

ha dichiarato parzialmente illegittimo l'art. 630 c.p.p., «il problema era stabilire cosa accadeva se una sentenza definitiva di condanna era stata pronunciata all'esito di un processo penale che la Corte europea aveva ritenuto “non equo”, ossia celebrato in violazione di fondamentali diritti del condannato»⁵.

Non di rado la questione è stata affrontata sostenendo che si trattasse di un problema risolvibile adottando il punto di vista dei diritti fondamentali⁶. Per altri, occorreva unicamente prendere atto del superamento della statalità del processo penale e abbandonare secolari tradizioni di autarchia normativa e interpretativa⁷, volti a favorire un cambio di approccio e di mentalità agli operatori del diritto italiano. Per la giurisprudenza di legittimità, si trattava di una questione dirimibile attraverso l'esegesi, giacché il giudice italiano è tenuto a conformarsi alle sentenze della Corte di Strasburgo, anche se ciò comportava la necessità di mettere in discussione l'intangibilità del giudicato⁸.

Sulla scia dell'inevitabile comunitarizzazione” della Cedu dopo il Trattato di Lisbona c'era addirittura chi azzardava per il futuro la via della disapplicazione delle norme processuali interne, in favore di quelle convenzionali. Per altri ancora, seppur provocatoriamente, si trattava di risolvere il quesito ricorrendo a scelte che implicassero di per sé “coraggio e fantasia”⁹, una volta constatata la transitorietà della disciplina.

Secondo i giudici di Strasburgo, le giurisdizioni interne avrebbero dovuto interpretare ed applicare il diritto nazionale conforme-

⁵ Così, CAPRIOLI, in CAPRIOLI-VICOLI, *Procedura*, cit., p. 3.

⁶ V., per esempio, ONIDA, *Adottare “il punto di vista” dei diritti fondamentali*, in *All'incrocio tra Costituzione e CEDU*, a cura di Bin e Brunelli, Giappichelli, 2007, p. 177 s.

⁷ Cfr. KOSTORIS, *Verso un processo penale non più statocentrico*, in *Giurisprudenza*, cit., p. 7 s.

⁸ Così, Sez. I., 12 luglio 2006, in *Dir. Pen. Proc.*, 2007, p. 90 s.

⁹ In questa direzione, per esempio, SELVAGGI, *I dispositivi della Corte europea possono travolgere il giudicato*, in *Guida al dir.*, 2005, n. 43, p. 88 s.; GIARDA, *Italia e giurisprudenza europea: «Io speriamo che me la cavo»*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, p. 6 s. e ESPOSITO, *L'illegalità della detenzione per effetto della sentenza della Corte europea che abbia accertato la violazione dell'equo processo*, in *Dir. Uomo, cronache e battaglie*, 2006, n. 3, p. 29 s.

mente ai principi della Convenzione di cui la giurisprudenza della Corte europea fa parte integrante¹⁰.

E si è visto come anche per la dottrina internazionalistica era pressoché pacifico che l'obbligo convenzionale demandato dall'art 46 CEDU gravava non solo sul potere esecutivo o legislativo, ma anche su quello giudiziario. Ne conseguiva il dovere per i giudici italiani di fare tutto quanto loro possibile per dare esecuzione al giudicato sovranazionale, là dove esso riconoscesse specificamente all'imputato il diritto alla rinnovazione del processo una volta accertata la violazione di garanzie fondamentali di origine pattizia: e ciò anche a prescindere dall'esistenza nell'ordinamento interno di un apposito rimedio normativo. Ma è proprio su quest'ultimo aspetto che si riteneva di poter manifestare dissenso, frutto del timore per gli ultimi esiti di una deriva verso gli orizzonti del "diritto libero"; di un giudice che si improvvisava legislatore¹¹. Se il summenzionato scenario gettava certamente le basi per la rivisitazione della disciplina codicistica vigente in materia, non sembrava tuttavia autorizzare quel ruolo vicario che la giurisprudenza intendeva conferirsi. D'altra parte, la delicatezza dei valori coinvolti alla base del problema esigeva disamine condotte *sine ira ac studio*, posto che le soluzioni interpretative giurisprudenziali offerte finivano di fatto per sovvertire le categorie processuali approntate dalla legge. Del resto, sul piano dell'indagine casistica si assisteva al tentativo esegetico di identificare il diritto vivente interno con il diritto sovranazionale, grazie all'abbandono di una tradizione dogmatica che individuava proprio nella cosa giudicata l'istituto improntato ad assicurare le istanze generali di certezza dell'ordinamento. L'espedito non sembrava riuscire vittorioso: recando in sé l'idea di offrire giustizia al singolo caso, esso aveva infatti il torto di nascondere la funzione di antidoto svolta dal principio di legalità contro

¹⁰ Posizione poi fatta propria anche dalle note Sezioni unite civili del 2004 le quali legano il vincolo ermeneutico alla *ratio* della legge Pinto, che pone come sussidiario il ricorso alla Corte europea.

¹¹ Accenti analoghi in EPIDENDIO, *Forza vincolante delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e giudicato penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 97 s., anche se poi la critica si sviluppa intorno ai vincoli del precedente giurisprudenziale nel nostro sistema.

l'arbitrio sia del legislatore che del giudice in tutti gli Stati democratici. Certamente non bisogna nascondersi che qui non era tanto in discussione il dogma del giudicato come tale, facile da abbandonare ogni qual volta sia di ostacolo a soluzioni *pro reo*; piuttosto, a uscirne minacciata era la stessa legalità processuale, l'insieme cioè di regole formali che, da un lato, disciplinano le modalità di sviluppo della regiudicanda fino alla pronuncia della sentenza irrevocabile, e dall'altro lato stabiliscono a quali condizioni la *res iudicata* possa successivamente dissolversi. A ribadire lo strettissimo legame sussistente tra i due fenomeni, con il pericolo di ricadute reciproche, basterebbe forse ricordare la posizione espressa in proposito da Carnelutti, favorevole alla revisione della sentenza definitiva di assoluzione così come a concedere ampi poteri discrezionali al giudice penale, evitando che la legislazione intervenga a vincolarne passo a passo l'attività¹². Ma come già notava un'illustre dottrina, simili aspirazioni non sono condivisibili: «in Italia, un'abdicazione del legislatore esaspererebbe una già allarmante tensione delle strutture»¹³. Invero, si riteneva che le croniche lentezze e inerzie del Parlamento non potevano legittimare, alla stregua di uno stato di necessità, la supplenza dei giudici del caso singolo, chiamati a tradurre l'anticipazione in presente, a modellare il diritto su ciò che ancora non esisteva¹⁴. Come si è giustamente osservato in dottrina¹⁵, l'equivoco stava nel confondere e sovrapporre indebitamente il fatto, di origine sopranazionale, costitutivo del

¹² CARNELUTTI, *Contro il giudicato penale*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, 293-294; ID., *L'equità nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. civ.*, 1935, I, 110 s.

¹³ CORDERO, voce *Legalità penale*, in *Enc. giur.*, vol. XVIII, Roma 1990, 6. Per una ricostruzione del dibattito apertosi all'indomani della pubblicazione della "bozza di uno schema di codice di procedura penale", dovuta allo stesso Carnelutti, tra fautori del criterio di rigidità e sostenitori dell'elasticità processuale, v. SIRACUSANO, *Problemi attuali della discrezionalità in diritto penale (spunti processuali)*, in *Ind. pen.*, 1976, 437-439.

¹⁴ Il tema della legalità e della sua crisi in rapporto alla supremazia del momento giudiziale, percorre l'intero saggio di NOBILI, *Nuovi modelli e connessioni: processo - teoria dello Stato - epistemologia*, in *Ind. pen.*, 1999, 27 s.; cfr. inoltre ID., *Storie d'una illustre formula: il "libero convincimento" negli ultimi trent'anni*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2003, 90.

¹⁵ NEGRI, *Rimedi*, in *All'incrocio*, cit. p. 169 s.

diritto alla *restitutio in integrum*, e la fattispecie normativa dell'ordinamento interno destinata a riceverlo in forma di regola operativa di un determinato istituto processuale; se manca il secondo elemento della sequenza, è superfluo discutere di immediata precettività delle norme CEDU, della loro rilevanza quale parametro interpretativo del diritto nazionale, oppure della necessità per il giudice italiano di uniformarsi alla decisione della Corte di Strasburgo, assumendo la violazione in essa accertata a premessa vincolante e criterio guida di una riapertura della regiudicanda, giacché la produzione di simili effetti dipende dal combinarsi del diritto riconosciuto in sede europea con un idoneo regolamento processuale interno. E per quanto la Corte di cassazione nelle sue ben note pronunce, che vedremo, operasse un richiamo a protocolli ratificati, a rapporti, raccomandazioni e risoluzioni degli organi sopranazionali, a fonti legali di impegni governativi e di iscrizioni delle sentenze della Corte EDU nel casellario giudiziale, l'appellarsi ad un insieme, pur convergente, di volontà politiche non equivaleva ancora a costruire un'apposita fattispecie nel codice di rito: tali strumenti valgono al fine di legittimare una procedura di infrazione a carico dello Stato italiano inadempiente all'obbligo di riformare la disciplina positiva; possono anche funzionare da canone esegetico per il singolo giudice, ma a patto che esista una disposizione processuale da interpretare¹⁶. La tendenza che emergeva dalle argomentazioni della Corte di cassazione sembrava invece quella di convertire gli spazi della discrezionalità giudiziale in criterio ermeneutico¹⁷, profittando dell'incerta distinzione tra le figure dell'interpretazione e dell'applicazione analogica¹⁸, incertezza aggravata

¹⁶ La tematica è stata affrontata in NEGRI, *Commento all'art. 1, d.l. 18 febbraio 2005, n. 17*, in *Legisl. pen.*, 2005, 266, cui si rinvia anche per i riferimenti giurisprudenziali.

¹⁷ Sull'inquinamento dei metodi ermeneutici con criteri teleologici o di valore tipici del potere discrezionale, v., nell'ambito del fenomeno processuale penale, CRISTIANI, *La discrezionalità dell'atto nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 1985, 4 s., 24 s.

¹⁸ Simili forzature vengono stigmatizzate anche da BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, Giappichelli, 2004, 13-15, nel campo tuttavia del diritto penale sostanziale, dotato di ben più robusti contrafforti dal lato della legalità. Nella teoria generale del diritto,

nel campo processuale penale dalle già segnalate difficoltà in cui si dibatteva il principio di legalità. Del resto, giova ribadire, anche il principio di legalità, al pari della corrispondente garanzia sostanziale, pone vincoli stretti al giudice anche sotto il profilo della tassatività; non soltanto entro il settore delle libertà individuali, la cui limitazione può avvenire unicamente nei «casi» e «modi» previsti dalla legge (artt. 13 e 14 Cost.), oppure con riguardo alla predeterminazione legale dei criteri di competenza in ossequio al principio del giudice naturale (art. 25, comma 1, Cost.), ma più in generale ogni qual volta sia dato riconoscere direttamente o indirettamente carattere esclusivo ad una fattispecie di rito. Merita d'altronde ricordare come, conseguentemente, al canone di tassatività abbia dimostrato in più occasioni di attenersi la stessa giurisprudenza costituzionale, a prescindere dall'esito favorevole o svantaggioso per la posizione dell'imputato cui avrebbe potuto condurre un ampliamento operativo di un determinato istituto processuale tramite lo strumento dell'interpretazione¹⁹. Senza alcuna pretesa di completezza, andrà innanzitutto ricordata la declaratoria di illegittimità di tipo additivo resasi necessaria per estendere anche alle misure cautelari personali diverse dalle custodiali l'effetto di estinzione derivante dall'omesso interrogatorio di garanzia, sul presupposto che non fosse praticabile a tal fine, neppure *in bonam partem*, l'applicazione analogica dell'art. 302 c.p.p.²⁰. Ancora maggiore lo scrupolo, la decisione riguardante la facoltà del difensore di estrarre copia degli atti già a lui conoscibili in seguito al precedente deposito da parte dell'autorità giudiziaria²¹: dalla scelta legislativa di disciplinare la materia indicando «una serie di casi» in cui tale prerogativa è «espressamente» concessa, derivava, ad avviso della Corte costituzionale, l'impossibilità di includere tra essi per via interpretativa l'ipotesi regolata nell'art. 293, comma 3, c.p.p. e l'esigenza di rimuovere

sugli incerti confini tra interpretazione estensiva e applicazione analogica, cfr., per tutti, GIANFORMAGGIO, voce *Analogia*, in *Dig. disc. priv.*, vol. I, Torino, 1987, 327; CARCATERRA, voce *Analogia. I) Teoria generale*, in *Enc. giur.*, vol. II, Roma, 1988, 16.

¹⁹ NEGRI, *Rimedi*, in *All'incrocio*, cit. p. 169 s.

²⁰ Corte costituzionale, sent. n. 95 del 2001.

²¹ Corte costituzionale, sent. n. 192 del 1997.

perciò l'ostacolo al pieno esercizio del diritto di difesa mediante apposita pronuncia manipolativa del testo legale. Di estremo significato per la tematica in disamina sembra poi anche l'intervento con il quale i giudici di palazzo della Consulta hanno ampliato i casi di riconsuazione specificamente elencati nell'art. 37, comma 1, c.p.p.²²; vi si adombrava, infatti, la possibilità di sussumere l'ulteriore ipotesi di pregiudizio per l'imparzialità del giudice, oggetto dello scrutinio di costituzionalità, sotto una delle fattispecie già previste dagli artt. 37, comma 1, lett. *b*) e 36, comma 1, lett. *c*), a causa della loro apparente maggiore affinità: entrambe riguardano precedenti manifestazioni di convincimento da parte del giudice, al pari di quella, da aggiungere, relativa alla prevenzione maturata nell'esercizio delle funzioni in altro procedimento. Ebbene, nonostante la somiglianza, la Corte costituzionale non si era mossa in una logica di ortopedia interpretativa, ma anzi, si è risolta ad adottare una pronuncia di tipo additivo «anche per evitare che le esigenze di tutela del giusto processo possano essere in qualche modo condizionate dalla stratificazione giurisprudenziale e dottrinale in materia». Ma anche un'attenta lettura della stessa sent. n. 10 del 1993, evocata a sostegno dell'adattamento automatico della normativa sopranazionale nell'ordinamento interno, mostrava come essa in realtà confermasse l'impostazione basata sul criterio di legalità. Notevole e condivisibile era l'apertura verso l'efficacia cogente delle fonti pattizie, al pari tuttavia del rigore nell'impiego dei corretti canoni ermeneutici: dai trattati la Corte costituzionale ricava il vincolo esegetico ad attribuire un significato espansivo alle disposizioni che garantissero all'imputato l'esatta comprensione dell'accusa, tanto da riconoscergli il diritto alla traduzione nella lingua conosciuta degli atti processuali sia orali – com'era pacifico – sia però anche scritti; simile risultato diveniva possibile, tuttavia, per la presenza nella disciplina positiva di una norma – l'art. 143, comma 1, c.p.p. – la cui formulazione è sufficientemente ampia da assumere il ruolo di clausola generale e da includere così ulteriori fattispecie meritevoli di tutela alla luce dei principi di origine convenzionale, ipotesi viceversa escluse dall'indirizzo restrittivo della giurisprudenza prevalente. Del resto, il minore grado di determinatezza spesso riscontrabile nelle fattispecie processuali, a para-

²² Corte costituzionale, sent. n. 283 del 2000.

gone delle norme incriminatrici²³, non avrebbe dovuto distogliere l'interprete dalla necessità di osservare egualmente il criterio di tassatività²⁴.

Chiariti i profili generali, di seguito saranno brevemente illustrate le vicende processuali oggetto di dibattito, che evidenziano il crescente valore che la giurisprudenza della Corte europea ha assunto nel nostro ordinamento.

2. I discutibili itinerari della Corte di Cassazione e l'autorità del giudicato penale "iniquo". Si è visto fin qui come l'ordinamento italiano, a differenza di altri ordinamenti europei, non offrisse un rimedio generale al soggetto condannato all'esito di un processo in cui si sia verificata una violazione della Convenzione, certificata dalla Corte di Strasburgo. Fatta eccezione per il condannato in contumacia, istituto processuale allora esistente nel nostro ordinamento, a cui era consentito chiedere la restituzione nel termine per proporre impugnazione *ex art. 175 c.p.p.*, l'intangibilità del giudicato interno escludeva la possibilità di riesaminare la vicenda giudiziaria.

Ma si è anche osservato come per un quindicennio in Italia si sono susseguite diverse proposte di legge dirette ad arricchire i casi di revisione mediante l'introduzione di un'ipotesi *ad hoc*, che legittimasse il ricorso all'impugnazione straordinaria qualora la Corte EDU avesse condannato il nostro Paese per violazione del diritto ad un processo equo²⁵. Tuttavia, come è noto, la perdurante inerzia del legislatore ha

²³ Sui vincoli di determinatezza della fattispecie processuale penale, v. il saggio di CATALANO, *L'accertamento dei fatti processuali*, in *Ind. pen.*, 2002, 523 s.

²⁴ Impostazioni dimentiche della tassatività processuale emergono pure dal versante del III Pilastro UE, a dimostrazione di una tendenza più generale: si veda al riguardo, Corte di giustizia CE, 16 giugno 2005, Pupino (C-105/03), in *Giur. cost.*, 2005, 4019, dove, sollecitando il giudice interno ad interpretare, per quanto possibile, il diritto nazionale alla luce della decisione quadro 2201/220/GAI, a tutela della persona offesa nell'ambito del procedimento penale, si tende ad ammettere il ricorso all'incidente probatorio oltre i casi espressamente – e tassativamente – previsti dal legislatore.

²⁵ Come è noto, le due Commissioni nominate per studiare le linee di riforma del processo penale hanno seguito strade diverse. Da un lato, la "commissione Dalia" aveva immaginato (nell'art. 688 del testo del progetto)

indotto i giudici ad utilizzare espedienti poco ortodossi, benché animata dal lodevole intento di offrire giustizia nel caso concreto. In assenza di appositi rimedi revocatori interni, la Corte di cassazione era giunta a ritenere che simili sentenze fossero non eseguibili (Cass., 1/12/2006, Dorigo, in tema v. anche Cass., 21/2/2008, Rojas e Cass., 22/9/2005, Cat Berro), oppure a considerare applicabile analogicamente l'art. 625-bis c.p.p. nei confronti della sentenza di cassazione che aveva determinato il formarsi del giudicato²⁶.

Proprio nel settore in cui è più forte la propensione a difendere la sovranità nazionale, la giurisprudenza sembrava seguire un percorso di grande apertura rispetto alle istanze sovranazionali, giungendo all'affermazione di principi assolutamente inediti in ambito processuale penale.

Si trattava pertanto di stabilire, in primo luogo, quali fossero le possibili interferenze fra la censura intervenuta a livello europeo e la qualità dell'accertamento penale interno, e cioè se una censura da parte dei giudici di Strasburgo era sempre sintomo di una condanna ingiusta

un'ipotesi di revisione “*se il processo, definito con sentenza di condanna, con sentenza di applicazione di pena concordata tra le parti o decreto penale di condanna, è stato ritenuto ingiusto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, perché lesivo dei diritti minimi dell'individuo, come specificati dall'art. 6 della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*”. Sul punto v. CAVALLARO, *Un nuovo caso di revisione del processo penale, in Verso un nuovo processo penale. Opinioni a confronto sul progetto di riforme Dalia*, a cura di Pennisi, 2008, p. 159 s. Dall'altro lato, la “Commissione Riccio” aveva avanzato alternativamente le seguenti proposte: a) “*prevedere un apposito rimedio, diverso dalla revisione, quando sia accertato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo che la condanna è stata pronunciata in violazione di diritti riconosciuti all'imputato dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*”; b) “*l'individuazione secondo criteri predeterminati del giudice competente a decidere*”; c) stabilire il “*potere del giudice di valutare la congruità della violazione rispetto all'effettiva incidenza della stessa sull'esito del giudizio e di sospendere il titolo esecutivo*”. Cfr. il punto 104.8 dell'art. 2 della Bozza di delega legislativa al Governo per l'emana-zione del nuovo codice di procedura penale, consegnata al Ministro della giustizia nel luglio 2007. V., inoltre, FIORIO, *La prova nuova nel processo penale*, 2008, p. 84 s.

²⁶ Sul punto v. ancora CAPRIOLI, in CAPRIOLI-VICOLI, *Procedura*, cit., p. 4.

poiché frutto di un processo iniquo²⁷. In secondo luogo, occorre verificare in che misura la violazione delle garanzie fondamentali inquinava il giudicato interno, giacché immaginare di dover sempre azzerare quanto sin lì compiuto poteva costituire una scelta antieconomica, specie in un ordinamento come il nostro²⁸. In terzo luogo, era necessario analizzare se e in quale misura le soluzioni offerte dalla giurisprudenza potevano considerarsi tecnicamente corrette.

²⁷ Segnalava questi aspetti il Comitato dei Ministri nella risoluzione ResDH(2004)13 del 10 febbraio 2004. Cenni alla problematica in SACCUCCI, *op. cit.*, 249 s.; SCALFATI, *Libertà fondamentali e accertamento giudiziario: la revisione del processo a seguito di pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in DI CHIARA (a cura di), *Il processo penale fra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, Torino, Giappichelli, 2003, spec. 458 s.

²⁸ Nel tentativo di classificare le possibili interazioni fra violazione dell'art. 6 CEDU e giudicato penale interno, è possibile tracciare una tripartizione. Anzitutto vi sono casi in cui si può *a priori* escludere che l'inosservanza delle garanzie convenzionali abbia inciso sulla correttezza dell'accertamento. Si pensi alla violazione del diritto alla ragionevole durata del procedimento. Violazione grave, senza dubbio, ma tendenzialmente irrilevante sul versante del merito. Valgono le medesime considerazioni per la mancanza di pubblicità del processo; anche qui il risultato giudiziario non potrà dirsi inquinato. Vi sono situazioni, al contrario, in cui la violazione è tale da gettare una luce nefasta sull'intero processo. La lesione della garanzia convenzionale, da cui dipende la condanna dello Stato membro, ha sicuramente alterato la correttezza del risultato giudiziale. Questo il caso della lesione del diritto di difesa nella sue varie declinazioni: diritto a partecipare al proprio giudizio, diritto al tempo ed alle condizioni per preparare la propria difesa, parità delle armi, qualità e presenza della difesa tecnica. Tutti aspetti che incidono negativamente sul risultato finale, senza che sia possibile eliminare il vizio dovuto alla violazione della garanzia lasciando intatto il resto. Qui la patologia informa di sé ogni aspetto del processo: non essendo circoscritta ad un determinato atto, essa non può essere rimossa senza travolgere l'intero giudizio. Poi vi sono situazioni intermedie, ove l'elemento inquinato è una prova, o più prove, assunte nel procedimento penale. Come nel caso Dorigo, che ha dato vita alla questione di legittimità costituzionale, la censura della Corte europea riguarda la violazione di una garanzia convenzionale avvenuta nel corso del procedimento probatorio (v. *infra* § 3.5). Travolgere il giudicato non può qui essere conseguenza automatica della condanna a livello europeo. Tutto dipende da quanto l'accertamento di colpevolezza possa dirsi influenzato dall'uso della prova illegittima; l'inquinamento del risultato finale va dimostrato volta per volta.

3. I possibili rimedi suggeriti dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Si è visto come nell'evoluzione interpretativa della giurisprudenza abbia giocato un ruolo importante il processo di europeizzazione della procedura penale. Sul piano culturale, giova sottolineare, le breccie aperte nei confronti dell'ordinamento nazionale della creazione progressiva di uno spazio giuridico europeo di "libertà, sicurezza e giustizia" hanno consentito alla giurisprudenza di spingersi sino al punto di proporre soluzioni audaci al problema legato all'esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo (v. *supra* § 1).

Senza alcuna pretesa di esaustività, si andrà di seguito a verificare se i rimedi adottati dalla giurisprudenza siano effettivamente idonei a garantire l'adempimento all'obbligo di *restitutio in integrum* e, in particolare, se la revisione europea possa rispondere appieno a questa esigenza.

3.1 Segue: La rinnovazione e la riapertura del processo: restituzione nel termine e ricorso straordinario nei casi Somogyi e Drassich. Si è già osservato come, per quel che concerneva la situazione italiana, le possibilità offerte dal codice di procedura penale per attuare l'effetto cassatorio delle sentenze della Corte europea erano piuttosto incerte. Con riguardo all'obbligo di rivalutazione della decisione, per esempio per ridurre la sanzione erogata, non vi era alcuna possibilità: come è noto, nessun rimedio straordinario consentiva di riformare la sentenza, modificando semplicemente il corredo sanzionatorio, dopo il suo passaggio in giudicato²⁹.

Quando invece dalla sentenza della Corte derivava l'obbligo di rinnovazione del processo a seguito dell'accertamento della violazione del diritto di partecipare personalmente al processo, il codice di rito prevedeva la riapertura attraverso l'istituto della restituzione nel termine per impugnare (art. 175 c.p.p.). È risaputo che proprio a seguito delle sollecitazioni della Corte europea³⁰ il legislatore del 2005 aveva

²⁹ CAPRIOLI, *Giudicato e pena illegale*, cit., p. 263 s.

³⁰ Cfr., per esempio, C. eur. dir. uomo, 10 novembre 2004, *Sejdovic c. Italia*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 989 s.

modificato radicalmente la disciplina dell'art. 175 c.p.p., riconoscendo all'allora imputato contumace il diritto alla restituzione nel termine, salvi i casi in cui emergesse che egli avesse avuto conoscenza del procedimento o del provvedimento e che avesse volontariamente rinunciato a comparire e a proporre impugnazione. Beninteso, non si trattava di un mezzo deputato specificatamente alla riapertura a seguito della condanna della Corte di Strasburgo, ma di un istituto di carattere generale, che consentiva di attuare un diritto fondamentale del contumace: quello di avere un nuovo giudizio di merito se la sua assenza era dipesa da cause indipendente della sua volontà. Nel caso in cui esso operasse a seguito della sentenza della Corte europea, la Cassazione ha sancito che il giudice non avesse alcun margine di apprezzamento³¹. Seguendo le coordinate tracciate dalle Sezioni unite civili³², la Corte suprema ha statuito che la decisione della Corte europea «non può essere disattesa, dal giudice chiamato a verificare l'esistenza del diritto al nuovo processo», neanche invocando la presenza di un giudicato interno formatosi prima della decisione della stessa Corte. Ciò che doveva indurre a ritenere che il *dictum* sovranazionale fosse destinato a prevalere anche nel caso in cui la preclusione alla riapertura derivasse dalla previa proposizione dell'impugnazione da parte del difensore del contumace³³.

Si era chiaramente in presenza di uno strumento di diritto interno, seppur imperfetto perché non garantiva affatto al contumace incolpevole un nuovo giudizio rispettoso delle garanzie di cui all'art. 6 CEDU, che consentiva di rinnovare il processo. Almeno, in questo caso, permetteva di dare esecuzione alle sentenze di Strasburgo.

Alquanto diversa era la conclusione cui si doveva giungere con riguardo alle ipotesi in cui si trattasse di adempiere all'obbligo di ri-

³¹ Il riferimento è a Sez. I, 12 luglio 2006, Somogyi, cit. In termini critici cfr., tra i molti contributi, ANGELONE, *L'istituto della rimessione in termine può travolgere il giudicato*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 269 s.

³² V. Cass, sez. un. civ., 26 gennaio 2004, n. 1338 e 1340, in *Foro it.*, 2004, I, c. 693 s.

³³ Così, DE AMICIS, *Osservazioni in margine ad una recente pronuncia delle Sezioni unite in tema di rapporti tra unicità del diritto di impugnare e restituzione nel termine per impugnare una sentenza di condanna*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2358 s.

apertura in senso stretto, ossia quando la Corte accertasse ipotesi di violazioni diverse da quelle considerate. Gli unici strumenti che potevano teoricamente garantire una riapertura del processo coincidevano con i mezzi straordinari di impugnazione, ossia la revisione (artt. 629 c.p.p. s.) e il ricorso straordinario per cassazione (art. 625-*bis* c.p.p.)³⁴. Tuttavia, la revisione appariva senz'altro inapplicabile nel caso di sopravvenuta sentenza di condanna della Corte europea, per la semplice ragione che tale evenienza non poteva essere sussunta in alcuna delle fattispecie di revisione tassativamente previste dall'art. 630, comma 1, c.p.p. Era estranea all'ipotesi di cui alla lettera *a*), sia perché è difficile pensare alla Corte di Strasburgo come giudice speciale, sia in quanto, nell'evenienza considerata, non si aveva un'inconciliabilità logica tra due ricostruzioni storiche, ma la compresenza di due giudici di valore diverso. Risultava inoltre arduo ricondurre il caso in parola alla fattispecie di cui alla lett. *c*): com'è noto, la giurisprudenza tendeva infatti ad attribuire rilevanza alla sola sopravvenienza di elementi costitutivi, negando invece qualsivoglia valore ai fatti normativi o ai mutamenti giurisprudenziali. Del resto, detta impossibilità era stata confermata dalla stessa Corte costituzionale³⁵.

³⁴ V. Corte eur., 11 dicembre 2007, Drassich c. Italia, in *Giust. pen.*, 2008, I, 165, con nota critica di CAIANIELLO. Per gli sviluppi della vicenda giudiziaria v. QUATROCOLLO, *La vicenda Drassich di ripropone come crocevia di questioni irrisolte*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 4, p. 161 s.

³⁵ Come si è visto, nel caso Dorigo, chiamata a un intervento additivo volto ad arricchire i casi di revisione la, Corte costituzionale ha ribadito, da un lato, che il concetto di inconciliabilità tra sentenze irrevocabili di cui all'art. 630, comma 1, lett. a, c.p.p. va inteso come «oggettiva incompatibilità tra i fatti» e non come «contraddittorietà logica tra le valutazioni» effettuate nella decisione nazionale e in quella europea, e, dall'altro, ha confermato che questa scelta restrittiva non contrastava con i parametri costituzionali invocati, ossia con gli artt. 3, 10, 27, comma 3, Cost. Peraltro, la Corte non ha ommesso di inviare «un pressante invito ad adottare i provvedimenti ritenuti più idonei, per consentire all'ordinamento di adeguarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo che avessero riscontrato, nei processi penali, violazioni ai principi sanciti dall'art. 6 della CEDU»; per di più, ha lasciato sottintendere che, in caso di inerzia ulteriormente protratta del legislatore, una questione formulata con riferimento anche ad altri parametri -in particolare, all'art. 117 Cost.- avrebbe ragionevoli possibilità di essere accolta.

Per quel che riguardava il ricorso straordinario, va sottolineato che esso ha un ambito di applicazione piuttosto limitato: è infatti opportunamente circoscritto alle sole ipotesi in cui la Cassazione è incorsa in un errore di fatto, inteso costantemente dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritaria come errore di percezione³⁶. A rigore, per dare esecuzione ad una sentenza europea, si poteva dunque ipotizzare un'applicazione del rimedio nei soli casi in cui la Corte suprema abbia commesso una violazione delle garanzie convenzionali per effetto di una svista o per un errore di lettura degli atti del giudizio di legittimità³⁷. Invero, non si poteva condividere l'assunto relativo al carattere non eccezionale del rimedio di cui all'art. 625-*bis* c.p.p. Come hanno riconosciuto le Sezioni unite, il principio dell'inoppugnabilità delle sentenze della Cassazione resta uno dei cardini del sistema delle impugnazioni avente copertura costituzionale, sicché il rimedio di cui all'art. 625-*bis* c.p.p. ha certamente carattere eccezionale. Ne conseguiva che «le disposizioni regolatrici del ricorso straordinario per errore di fatto non sono suscettibili di applicazione analogica»³⁸. Invero, anche a prescindere dall'eccezionalità del rimedio, non si poteva fare a meno di notare che un ostacolo insormontabile all'analogia era costituito dal canone di tassatività, che governa la materia delle impugnazioni. E si è giustamente osservato³⁹ come anche la considerazione relativa alla *ratio* del ricorso straordinario appariva altrettanto fallace, nella parte in cui finiva per dissociare indebitamente l'errore di fatto e la violazione del diritto di difesa: è pur vero che il mezzo di cui all'art.

³⁶ V., analiticamente, GIALUZ, *Sub art. 625-bis*, in *Commentario breve al codice di procedura penale. Complemento giurisprudenziale*, a cura di Grevi, 6° ed., 2009, 2358 s.

³⁷ In realtà, alquanto discutibilmente, come si è visto, nel caso Drassich la Cassazione ha ritenuto ugualmente di dare esecuzione alla sentenza di Strasburgo attraverso l'applicazione analogica dell'istituto in questione, in un'ipotesi in cui la violazione dell'art. 6 CEDU si era verificata nel giudizio di cassazione, ma non era affatto dipesa da un errore di percezione, quanto da un difetto normativo.

³⁸ Così, Cass., sez. un., 27 maggio 2002, De Lorenzo, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2622.

³⁹ GIALUZ, *Il ricorso straordinario per cassazione*, Milano, 2005, p. 284 s.

625-*bis* c.p.p. è volto a porre rimedio anche a violazioni gravi del diritto di difesa verificatesi nel giudizio di cassazione; ma solo a quelle che derivano da un errore protocollare. Ove così non fosse, si sarebbe aperta indebitamente la strada alla proposizione del ricorso anche per far valere gli errori di diritto o gli errori di giudizio della Corte. Del resto, il giudicato è un valore cui la Costituzione assegna carattere fondamentale e non può, quindi, essere sacrificato, col riconoscere a priori e in termini generali la sua soccombenza rispetto all'esigenza di tutela dei valori sottesi al giusto processo; in caso contrario, il rischio è che si dovrebbe poter rimettere in discussione all'infinito l'esito del processo, in presenza di un qualsiasi sintomo di ingiustizia o di illegittimità della sentenza.

Era pertanto opportuno rifiutare l'idea che il ricorso straordinario potesse essere generalizzato, ossia applicato anche per riaprire procedimenti nei quali la violazione non si fosse verificata nel giudizio di Cassazione, oppure nei casi in cui, pur mancando una pronuncia della Corte, la violazione fosse palese sulla base della giurisprudenza di Strasburgo⁴⁰.

3.2 Segue: l'incidente di esecuzione e l'inesistenza del titolo esecutivo: i casi Dorigo e Rojas. Si è detto come nel singolare caso Drassich la Corte ha potuto garantire la riapertura grazie al ricorso *ex art. 625-bis* c.p.p., solo perché la violazione si era realizzata nel giudizio di cassazione. Nelle altre vicende di lesione di un diritto diverso da quello di partecipare al processo, dopo aver tentato inutilmente la strada dell'incidente di costituzionalità, la giurisprudenza ha invece preso atto dell'impossibilità di utilizzare la revisione per adempiere all'obbligo di riapertura. Si è allora battuta un'altra strada. Non potendo assicurare l'adozione della misura della riapertura, la giurisprudenza si è inventata una soluzione che, riprendendo alcune indicazioni dot-

⁴⁰ In questa direzione GIALUZ, *Il riesame del processo a seguito di condanna della Corte di Strasburgo: modelli europei e prospettive italiane*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, pag. 1844 s. Cfr., però, *contra*, DE MATTEIS, *Condanna da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo e revoca del giudicato*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1479 s.

trinali⁴¹, consentiva quanto meno di neutralizzare l'efficacia esecutiva del giudicato e di sospendere l'esecuzione della pena. Invero, nei casi Bracci e Dorigo, si è giunti a ritenere che debba essere il giudice dell'esecuzione - investito dell'incidente ai sensi dell'art. 670 c.p.p. - a dichiarare l'ineseguibilità della sentenza di condanna, quando la Corte di Strasburgo abbia accertato che essa è "convenzionalmente illegittima", ossia è stata pronunciata in conseguenza di una violazione decisiva delle regole sul processo equo sancite dall'art. 6 CEDU. Lo prescriverebbe la lettura congiunta della disposizione dell'art. 6 e di quella dell'art. 5, § 2, lett. a), CEDU: dal momento che la detenzione fondata su una sentenza emessa a seguito di processo dichiarato non equo dalla Corte europea sarebbe illegittima, il giudice deve prenderne atto con l'unico strumento che l'ordinamento gli mette a disposizione in fase esecutiva, ossia l'incidente di esecuzione di cui all'art. 670 c.p.p.

Tuttavia, non è sfuggito alla dottrina che tale soluzione aveva il limite intrinseco di non dare esecuzione alla sentenza della Corte che prescriva la riapertura del procedimento terminato con una sentenza convenzionalmente illegittima⁴². Essa consentiva, infatti, solo di neutralizzare gli effetti della sentenza impedendo l'esecuzione della sanzione (o meglio: se si fondava sull'interpretazione sistematica degli artt. 6 e 5 CEDU, della sola sanzione detentiva). Ma questa misura veniva in gioco quando la Corte di Strasburgo accertava l'"ingiustizia convenzionale", ossia verificava che vi fosse stato un difetto nel contenuto della sentenza, a causa di una violazione di merito. Nell'ipotesi di violazione processuale, invece, l'unica misura di *restitutio in integrum* che appariva coerente con la natura della violazione e con un corretto bilanciamento dei plurimi interessi in gioco era costituita dalla riapertura del procedimento. È vero che, sul versante sovranazionale, il

⁴¹ Il riferimento è a ESPOSITO, *Illegalità della detenzione per effetto di sentenza della Corte europea che abbia accertato la violazione dell'equo processo*, in *Dir. uomo - cronache e battaglie*, 2006, n. 3, p. 29 s.; GIARDA, *Italia e giurisprudenza europea: «Io speriamo che me la cavo»*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 6, e SELVAGGI, *I dispositivi della Corte europea possono travolgere il giudicato*, in *Guida dir.*, 2005, n. 43, p. 88.

⁴² LONATI, *Il «caso Dorigo»*, cit., p. 1547 e SELVAGGI, *Una risposta alle sollecitazioni del Comitato dei ministri*, in *Guida dir.*, 2006, n. 5, p. 45.

Comitato dei Ministri, nel caso Dorigo, ha ritenuto soddisfacente la misura individuale della neutralizzazione del titolo esecutivo; ma si è trattato probabilmente di una decisione su cui hanno pesato molto le circostanze del caso concreto. Ad ogni modo, essa appariva criticabile proprio perché non garantiva affatto la *restitutio in integrum*. Peraltro, come si è giustamente rilevato⁴³ non è proprio vero l'assunto sulla base del quale la Cassazione ha escogitato il rimedio del "congelamento del giudicato". Infatti, all'allora stato attuale della normativa, la riapertura avrebbe potuto essere raggiunta ritenendo che la pronuncia della Corte europea non determinasse soltanto l'illegittimità del titolo esecutivo, ma la stessa inesistenza della sentenza. In fondo, tale vizio non codificato avrebbe potuto, in linea teorica, essere ricollegato alle gravi violazioni stabilite dai giudici di Strasburgo: se la Cassazione giungeva a riconoscere che l'accertamento dell'inosservanza di garanzie basilari del fair trial determina l'inefficacia del titolo esecutivo, avrebbe potuto ammettere che questo producesse l'inesistenza della stessa sentenza di condanna⁴⁴. Inesistenza che poteva ben essere dichiarata dal giudice dell'esecuzione *ex art. 670 c.p.p.*; con la conseguenza che si sarebbe potuto aprire un nuovo processo, per gli stessi fatti, senza incorrere nel divieto del *bis in idem*. Si trattava di una soluzione senza dubbio più coerente sul piano sistematico rispetto a quella accolta dalla giurisprudenza⁴⁵, giacché l'inesistenza, a differenza delle nullità, priva il provvedimento della idoneità ad acquistare la forza e l'autorità della cosa giudicata. Nondimeno, essa creava non pochi problemi, sia per le sue implicazioni concettuali, sia per i gravi inconvenienti di ordine pratico che presentava⁴⁶. Sul piano teorico, portava a configurare la dichiarazione di inesistenza come automatica e a escludere alla radice, quindi, qualsiasi spazio di apprezzamento del giudice nazionale; sul piano pratico, rendeva necessaria l'intera ripetizione del processo, con buona pace per il valore della ragionevole durata e con il rischio che, dato il decorso del tempo, divenisse sostanzialmente impossibile

⁴³ GIALUZ, *Il riesame*, cit., p. 1862 s.

⁴⁴ Così, GIALUZ, *Il riesame*, cit., p. 1863.

⁴⁵ UBERTIS, *L'adeguamento italiano*, cit., p. 113.

⁴⁶ GIALUZ, *Il riesame*, cit., p. 1862.

pervenire all'accertamento della verità⁴⁷. Proprio per questo il rimedio rappresentato dall'incidente di esecuzione di cui all'art. 670 c.p.p. non appariva in tutto e per tutto soddisfacente⁴⁸.

3.3 Segue: la sentenza illecita o incostituzionale. Come si è avuto modo di osservare, il definitivo riconoscimento del peculiare rilievo nel nostro sistema della normativa sui diritti dell'uomo è avvenuto con la pronuncia simultanea di due sentenze costituzionali con cui si è sancito, tra l'altro, che il nuovo testo dell'art. 117, comma 1, Cost. rende inconfutabile la maggior forza di resistenza delle norme CEDU rispetto a leggi ordinarie successive e comporta l'obbligo per il legislatore ordinario di rispettare dette norme, con la conseguenza che la norma nazionale incompatibile con la norma della CEDU viola perciò stesso l'art. 117, comma 1, Cost., giacché quella convenzionale è comunemente qualificata come norma interposta. Contestualmente, si è sostenuto che, poiché le norme della CEDU vivono nell'interpretazione che delle stesse viene data dalla Corte europea, la verifica di incompatibilità costituzionale doveva riguardare la norma come prodotto dell'interpretazione, non la disposizione in sé considerata. Ne conseguiva che, da un lato, l'accertamento della Corte europea si risolveva necessariamente in un sostanziale accertamento di una violazione di principi della nostra Costituzione e, dall'altro, che la sentenza nazionale ritenuta iniqua dalla Corte di Strasburgo perdeva di efficacia nonostante la sussistenza formale del giudicato interno, in quanto non solo atto illegittimo processualmente, ma anche intrinsecamente illecito, perché contrario alla Costituzione⁴⁹. Ma a tale proposito sembrava sufficiente osservare come risultasse quanto meno arduo assimilare la Corte di Strasburgo ad una sorta di "Corte costituzionale dei diritti", seppur entrambe le Corti siano il frutto di un medesimo sentire europeo in materia di diritti fondamentali⁵⁰. In primo luogo, va ricordato che la Corte europea non opera come la Corte costituzionale: mentre la prima è chiamata a valutare una

⁴⁷ GIALUZ, *Il riesame*, cit., p. 1863.

⁴⁸ SCALFATI, *La misura resta sempre legittima*, cit., p. 93.

⁴⁹ In questa prospettiva cfr. SELVAGGI, *Le sentenze*, cit., p. 43 s.

⁵⁰ Cfr., per esempio, ZAGREBELSKY, *La convenzione*, cit., p. 287 s.

specifica situazione di fatto propria del ricorrente per giudicare della sua conformità alla Convenzione, la seconda deve, al contrario, effettuare un raffronto tra norme. In secondo luogo, non va neppure sottaciuta la diversità di prospettiva delle due Corti: da un lato, nel giudizio di costituzionalità, il requisito della rilevanza della questione nel giudizio *a quo*, e dall'altro, nel giudizio della Corte europea, il fatto che la situazione concreta possa essere la conseguenza necessaria della disciplina legislativa nazionale. In terzo luogo, dal punto di vista della Corte di Strasburgo, è irrilevante che la lesione del diritto denunciata dal ricorrente derivi da un atto illegittimo o da un atto legittimo secondo la legislazione interna.

3.4 Segue: il giudicato e la revoca della sentenza per abolizione del reato ex art. 673 c.p.p. Non molto dissimile dalla precedente appariva la soluzione che ricorreva al rimedio revocatorio di cui all'art. 673 c.p.p. Come è noto, la norma consente di revocare la sentenza o il decreto penale di condanna divenuti definitivi soltanto a seguito di *abolitio criminis*, conseguente all'abrogazione della norma incriminatrice o alla declaratoria di legittimità costituzionale della stessa⁵¹, non già al caso ben diverso di accertamento da parte della Corte europea di una violazione della CEDU o analoghe vicende che riguardino il codice di rito (v. *supra* § 3). Invero, il nostro sistema non consente di rimediare tardivamente nemmeno ai "vizi normativi", ossia agli evidenti contrasti della legge processuale con i valori costituzionali. Il richiamo all'art. 673 c.p.p. ammette la revoca della decisione passata in giudicato soltanto a fronte di una declaratoria di illegittimità, o di un mutamento normativo, che investa la norma incriminatrice, mentre altrettanto non dispone quando analoghe vicende riguardino previsioni del codice di rito. Del resto, l'ordinamento non prevede che modifiche legislative o pronunce costituzionali in materia processuale, seppure riconducibili all'esigenza di tutelare diritti basilari dell'individuo, possano scalfire il giudicato. Anche qualora la disciplina superata fosse in contrasto con canoni essenziali del giusto processo, il giudicato renderebbe impermeabili alle ratifiche i vizi già svolti.

⁵¹ Cfr. Sez. Un., 12 giugno 2009, in *CED Cass.*, n. 243585 e Sez. Un., 26 marzo 2003, *ivi*, n. 224607.

3.5 Segue: la revisione europea. La nota vicenda processuale che ha determinato l'introduzione della c.d. revisione europea può essere così sinteticamente ricapitolata. La corte d'appello di Bologna, chiamata a valutare l'ammissibilità di due richieste riunite di revisione *ex artt.* 629 s., aveva sollevato, in riferimento all'art. 117 comma 1 Cost. ed all'art. 46 CEDU, quale norma interposta, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p., nella parte in cui non prevede la rinnovazione del processo allorché un provvedimento penale irrevocabile sia in contrasto con la sentenza definitiva della Corte europea che abbia accertato una violazione del diritto ad un processo equo di cui all'art. 6 CEDU, argomentando che la disposizione codicistica *de qua* «non prevede ciò che sarebbe costituzionalmente necessario prevedere». La questione prende le mosse dalla nota e tormentata vicenda giudiziaria, il caso Dorigo, in relazione al quale i giudici della Consulta si erano già pronunciati molto tempo fa, rifiutando l'intervento additivo cui mirava il remittente. E difatti, in via preliminare, la Corte costituzionale ha proceduto a dichiarare l'ammissibilità della questione, in quanto sostanzialmente diversa, pur nell'analogia delle finalità perseguite, rispetto a quella in precedenza sollevata dalla corte di appello di Bologna nell'ambito del medesimo giudizio e dichiarata non fondata. Non ricorreva, invero, nella specie la preclusione della riproposizione della questione, perché diversi erano tutti e tre gli elementi che la componevano: l'oggetto era più ampio, essendo sottoposto a scrutinio dei giudici della consulta l'art. 630 c.p.p. nella sua interezza e non la sola disposizione di cui alla lettera *a*); nuovo e più appropriato era il parametro evocato, ossia l'art. 117 comma 1 Cost., nella parte in cui impone la conformazione ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali della legislazione interna, insieme alla norma interposta di cui all'art. 46 CEDU, che sancisce l'obbligo degli stati contraenti di eseguire le sentenze definitive della Corte europea; diverse erano, infine, anche le argomentazioni svolte a sostegno della denuncia di incostituzionalità⁵².

⁵² Per una puntuale ricostruzione della vicenda, v., per tutti, CALLARI, *La revisione. La giustizia penale tra forma e sostanza*, Giappichelli Editore, 2012, p. 265 s.

Con una pronuncia (quasi annunciata) che rovescia l'esito decisivo raggiunto dalla sentenza numero 129 del 2008, i giudici della Consulta sono pervenuti alla dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 630 c.p.p., richiamando la ricostruzione sistematica delle fonti secondo cui le norme della CEDU, nel significato loro attribuito dalla Corte europea, integrano, come si è detto, quali norme interposte, il parametro costituzionale espresso dal nuovo testo dell'art. 117 comma 1 cost., nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali⁵³. In base a tale impostazione, scaturita dalla rivoluzione di ottobre delle "sentenze gemelle" del 2007, al giudice comune spetta interpretare la normativa interna in modo conforme alla disposizione sovranazionale, qualora però ciò non sia possibile, deve denunciare la rilevata incompatibilità, proponendo questione di legittimità costituzionale in riferimento all'indicato parametro ed alla relativa norma internazionale. E difatti, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p. proprio in quanto la norma censurata risulterebbe inconciliabile con le previsioni dell'art. 46 CEDU, che, come si è visto, obbliga gli Stati contraenti ad uniformarsi alle sentenze definitive della Corte europea. Secondo un meccanismo di consequenzialità costituzionalmente imposto, ciò che conta non era tanto l'eventuale contrapposizione tra il giudicato penale ed il giudicato europeo, né che la disposizione convenzionale violata fosse necessariamente l'art. 6 CEDU, quanto il fatto che la riapertura del processo si ponga come il solo strumento per assicurare la piena osservanza della decisione di Strasburgo, come il mezzo essenziale attraverso cui rimuovere in modo integrale le conseguenze pregiudizievoli della violazione accertata⁵⁴.

In apparenza, la pronuncia manipolativa della Corte costituzionale si limita ad aggiungere un «diverso caso» alle ipotesi tipiche di revisione del giudicato, ma in realtà introduce un nuovo istituto processuale. Dalla declaratoria *de qua* scaturisce, infatti, un paradigma

⁵³ V. CALLARI, *La revisione*, cit., p. 265 s.

⁵⁴ Cfr., sul punto, LOGLI, *La riapertura del processo a seguito della sentenza Cedu. Questioni interpretative sul nuovo caso di "revisione europea"*, in *Cass. Pen.*, 2012, p. 933 s.

di “revisione” –con regole autonome ed una propria fisionomia, assai diversa rispetto a quella tradizionalmente attribuita all’impugnazione straordinaria- la cui dinamica processuale è solo in parte coincidente con le cadenze e le forme delineate dal codice di rito. Come la revisione “tradizionale”, anche la revisione “europea” si fonda sull’emergere di un *novum*, ma questo non riguarda elementi sopravvenuti capaci di influire sulla ricostruzione storica della vicenda in funzione del proscioglimento della persona già condannata, bensì un fatto processuale, un giudizio di valore, rappresentato dall’accertamento –in sede europea- della lesione di determinati principi della CEDU o dei suoi Protocolli, segnatamente in materia di equità processuale, a prescindere che tale violazione sia dipesa da difetti strutturali dell’ordinamento interno o da una distorta applicazione normativa da parte dei giudici nazionali. La possibilità di rescindere il provvedimento penale irrevocabile per effetto della sentenza della Corte europea non determina in sé un fenomeno di disgregazione del giudicato penale.

Ad ogni modo, non si può che riconoscere come la manipolazione additiva formulata dalla Corte costituzionale segni un passo importante verso un sistema integrato di tutela dei diritti sanciti dalla CEDU, sollevando al contempo non trascurabili questioni da sciogliere ed aprendo nuove prospettive *de iure condendo*.

4. Considerazioni conclusive. In chiusura, è utile ribadire come le soluzioni processuali suggerite dalla giurisprudenza al problema del seguito giudiziario italiano delle sentenze di Strasburgo non appaiono del tutto soddisfacenti.

Certamente va notato che il legislatore italiano è intervenuto negli ultimi anni con due riforme attinenti in generale all’esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo. Da una parte, la legge n. 12 del 2006 ha modificato l’art. 5 della legge n. 400 del 1988, prevedendo iniziative governative di adempimento delle pronunce e obblighi di informazione al Parlamento⁵⁵. Dall’altra, è stato approvato il d.P.R. n.

⁵⁵ Va segnalato inoltre il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 1° febbraio 2007, contenente “Misure per l’esecuzione *l’attuazione* della legge 9 gennaio 2006, n. 12”, pubblicato in *Guida dir. - Dir. com. int.*, 2007, n. 3,

289 del 2005, che ha novellato l'art. 19 del testo unico in materia di casellario giudiziale, contemplando l'iscrizione nel casellario dell'estratto delle decisioni definitive della Corte europea relative al provvedimento nazionale già iscritto⁵⁶.

Si è già osservato come partire dal 1998, sono state altresì avanzate diverse proposte di legge, che però non sono mai arrivate oltre all'approvazione da parte di un ramo del Parlamento. Ebbene, dalla comparazione di questa messe significativa di progetti con le soluzioni adottate in altri ordinamenti europei, emerge chiaramente l'approccio alquanto restrittivo del legislatore italiano, in particolare per quel che attiene ai presupposti. In primo luogo, tutti i disegni di legge limitavano la riapertura alle violazioni processuali, escludendo alla radice le violazioni di merito. Ma anche per le lesioni processuali, la revisione veniva circoscritta alle sole violazioni delle garanzie previste dall'art. 6 e, nella maggior parte dei testi, addirittura a quelle relative al § 3 dell'art. 6. Restavano pertanto escluse, tanto le violazioni del diritto a un giudice imparziale, quanto le lesioni di altre garanzie fondamentali, che avevano portato alla riapertura in altri ordinamenti.

In secondo luogo, dai progetti governativi n. 1797 del 2007 e 1440 del 2009, nonché e dai disegni di legge S-839, C-1780 emergeva una traduzione rigorosa anche del secondo presupposto del riesame. Si stabiliva, infatti, che la revisione è ammessa soltanto se «il condannato, al momento della presentazione della richiesta di revisione, si trovi o debba essere posto in stato di detenzione ovvero sia soggetto all'esecuzione di una misura alternativa alla detenzione, diversa dalla pena pecuniaria». L'idea di fondo era che lo Stato membro avesse un autonomo margine di apprezzamento in ordine alla valutazione

p. 43, con il commento di BIAGIONI, *Al Dipartimento del Consiglio dei ministri il compito di avviare gli atti per.*

⁵⁶ Con la previsione dell'iscrizione delle sentenze della Corte europea nel casellario nazionale, l'Italia ha predisposto evidentemente un meccanismo riparatorio di portata generale: cfr., al riguardo, SELVAGGI, *Una risposta alle sollecitazioni*, cit., p. 46, il quale sottolinea come la *ratio* del provvedimento risieda proprio «nell'intenzione di dare seguito alle sollecitazioni del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa in punto di misure individuali da adottare in conseguenza delle sentenze di condanna di quella Corte».

dell'attualità delle conseguenze dannose e che questo apprezzamento andasse effettuato una volta per tutte dal legislatore, con l'affermazione secondo cui l'unica conseguenza dannosa rilevante ai fini della riapertura è rappresentata dallo stato detentivo.

Quanto invece alla struttura del rimedio, si potevano delineare due diversi approcci. Se la maggior parte delle proposte - tra cui anche quella approvata dalla Camera dei deputati nel 2003, il progetto n. 1538 del 2008 e il disegno di legge S-1440 del 2009 - si limitavano a intervenire sul corpo della revisione, ampliandone l'ambito di operatività, il progetto governativo n. 1797, così come i progetti S-839, C-1780, C-2163 si mostravano più ambiziosi. Come si è anticipato, contemplavano sul modello francese e belga una disciplina organica di una nuova forma di revisione, denominata "Revisione a seguito di sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo". Un istituto che presentava tratti differenziati rispetto alla revisione tradizionale. Anzitutto, il vaglio sull'ammissibilità viene affidato alla Corte di cassazione e non, come nel caso ordinario, alla Corte d'Appello: tra i requisiti di ammissibilità non veniva correttamente riproposto il requisito di cui all'art. 631 c.p.p., che è strettamente connesso alla fisionomia della revisione e che mal si concilia con il rimedio della riapertura, la quale non è necessariamente finalizzata al proscioglimento⁵⁷. In secondo luogo, era previsto un termine di tre mesi - decorrenti dal momento in cui la sentenza della Corte europea è divenuta definitiva - entro il quale la richiesta andava proposta. In terzo luogo, veniva fissata un'apposita disciplina per il profilo della sospensione dell'esecuzione della pena. In quarto luogo, si chiariva opportunamente che «la Corte procede alla rinnovazione dei soli atti ai quali si riferiscono le violazioni accertate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, nonché all'assunzione o rinnovazione delle sole prove che ritiene assolutamente indispensabili» e si precisava che «tutti gli altri atti processuali compiuti sono validi e utilizzabili a fini della decisione» e che, durante il giudizio di revisione, «i termini di prescrizione del reato sono sospesi».

⁵⁷ V. CALLARI, *La revisione*, cit., p. 265 s.

Peraltro, i profili di differenziazione lasciavano il posto all'assimilazione della nuova forma di revisione alla versione conosciuta per quel che riguarda i poteri decisori del giudice di merito e le conseguenze del proscioglimento⁵⁸. I progetti considerati riproponevano l'alternativa secca tra conferma della sentenza impugnata e revoca, che si trova nella revisione e, per quel che concerne la parte civile, accoglievano lo schema della partecipazione del danneggiato al nuovo giudizio e dell'eventuale restituzione delle somme versate per il risarcimento dei danni, nel caso di proscioglimento (il nuovo art. 647-*octies* c.p.p. richiama infatti gli artt. 637, 639 e 642 c.p.p.).

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

CAPPARELLI, Bruna. Decisioni della Corte europea e giudicato penale "iniquo". *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 2, n. 1, p. 241 - 268, 2016. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v2i1.23>

⁵⁸ V. ancora CALLARI, *La revisione*, cit., p. 265 s.

Diálogos possíveis entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos no “Caso Araguaia”: uma defesa ampla, geral e irrestrita dos direitos humanos?

Possible dialogues between Brazilian Supreme Court and the Interamerican Human Rights Court about “Araguaia Case”: a broad, general and non-restrictive defense of Human Rights?

Fauzi Hassan Choukr

Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra; Doutor e Mestre pela Universidade de São Paulo. Promotor de Justiça no Estado de São Paulo.
fhchoukr@uol.com.br

RESUMO: O texto busca oferecer alternativas de interpretação na tarefa de conciliar a leitura de direito interno e aquela da Corte Americana de Direitos Humanos sobre a denominada “lei da anistia” que impossibilita, até o presente momento, a persecução penal dos crimes cometidos no regime militar que vai de 1964 a 1985. Tenta-se, assim, conferir eficácia aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil a fim de que não venham a ser desprezados na consolidação da democracia brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos; Corte Interamericana; Lei de anistia.

RESUME: *This paper tries to offer alternatives in order to conciliate the interpretations given to the “amnesty law” by Brazilian Supreme Court and the Interamerican Human Rights Court, law on whose behalf can not be possible, until now, enforcing criminal prosecutions against those who alleged had committed crimes during the years 1964-1985 when Brazil was ruled by the militaries. This is an attempt to give full effectiveness to the international compromises assumed by the Brazilian State and that must be understood as essentials for the consolidation of Brazilian democracy.*

KEYWORDS: *Human rights; Interamerican court; amnesty law.*

1. INTRODUÇÃO

O Estado brasileiro, pela via jurisdicional, vem sendo chamado a construir uma resposta às violências praticadas ao longo do regime militar compreendido entre 1964 e 1985. Impulsionado mais por fatores políticos externos do que por interpretações jurídicas típicas de um ambiente processual propriamente, o Supremo Tribunal Federal (STF) deparou-se com a provocação de um mecanismo de controle de constitucionalidade que lhe exigiu uma tomada de posição sobre o quanto se convencionou, quase que a título de senso comum, denominar de “lei da anistia”.

Com algo de surpreendente no ajuizamento dessa “arguição” se tomado o silêncio social que permeou o assunto desde a reconstrução formal democrática até o momento em que o tema ganhou espaço em alguns setores sociais, o STF deparou-se não apenas com um julgamento técnico interno mas, também, e pouco tempo depois, com a necessidade de relacionar-se com o julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CADH) sobre um dos episódios mais notórios daquela quadra histórica de exceção, o denominado “caso Araguaia”.

Anistia consolidada no direito interno, censurada foi no âmbito internacional na esteira do quanto, em casos semelhantes, já havia se posicionado aquela Corte de direitos humanos. Choque que coloca em polos opostos interpretações e, por que não dizer, interações, nascidas de compromissos de um Estado (mais uma vez) recém democratizado – o brasileiro – com um contexto internacional amplo, geral e irrestrito, para usar-se o jargão vigente no auge do estado militar acerca da anistia – em defesa dos direitos humanos e da perseguição dos perpetradores dessas violências.

O texto que segue é uma tentativa de buscar um plano de convivência entre as esferas nacional e internacional incrementando, assim, os fundamentos de sustentabilidade democrática que permitem a convivência com o passado na construção do presente e futuros democráticos.

2. O PAPEL DA ANISTIA POLÍTICA-JURÍDICA

De todo o cenário atrás apontado destaca-se para a compreensão do sistema formal de solução de conflitos em relação aos fatos passados¹ o período dentro do qual, em 1979, deu-se a anistia “ampla, geral e irrestrita”, regulada que foi pela Lei de Anistia, que valia para todos os casos que ainda não estivessem *sub judice*, a dizer, a maioria dos feitos criminalmente puníveis, sobretudo no que tange à violência oficial produzida pelo Estado.

Cumprir cifrar que durante o governo Geisel, houve uma “semi-anistia”, mas necessariamente a dada em 1979 é que se tornou o cerne de todas as questões que envolvem a punição e o perdão dos militares enquanto governo. O movimento pró-anistia insurgiu-se contra a Lei e contra o Decreto que a regulamentou², pois tencionava que os responsáveis pelo desaparecimento de 197 presos políticos viessem a ser chamados para responder por esses atos.

Todavia, as dúvidas parecem ter sido solucionadas pela *intelecção forçada* da redação e pelos limites impostos pela própria lei de anistia, assim determinando em seu artigo 1^o³. A cobertura a ser dada aos militares estava no disposto no §1^o, desse mesmo artigo, assim considerado: §1^o. Consideram-se conexos, para efeito desse artigo, os

¹ Com uma sentida ausência do Poder Judiciário naquele momento como apontado por vários autores, entre eles Oliveira Fabiana Luci de . O Supremo Tribunal Federal no processo de transição democrática: uma análise de conteúdo dos jornais Folha De S. Paulo e O Estado De S. Paulo. Rev. Sociol. Polít., Curitiba, 22, p. 101-118, jun. 2004.

² Mesmo a Ordem dos Advogados do Brasil ao oferecer parecer sobre a lei da anistia deixava antever, diante da redação ambígua daquele documento, a insatisfação pela impunidade dos agentes estatais envolvidos nas violências noticiadas. O parecer pode ser consultado em http://s.conjur.com.br/dl/parecer_oab_anistia_79.pdf

³ Da Lei nº 6.683, de 28 de Agosto de 1979. Este artigo está repetido no Decreto nº 84.143, de 31 de Outubro de 1979, que regulamenta a indigitada lei. Observações: 02 de Setembro de 1961 foi a data da última anistia concedida. O tema viria a ser retomado três décadas mais tarde com a ADPF 153 como adiante se verá.

crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

Portanto, não obstante os militares terem cometido crimes comuns capitulados na Legislação Penal, tais crimes, quando cometidos, tinham sempre uma justificação política, o que acobertava a maioria dos torturadores, apesar das restrições à “atentados pessoais” constantes no parágrafo subsequente⁴, que exigia condenação anterior já transitada em julgado. Pesa contra, ainda, que todas as atrocidades perpetradas durante o regime militar tinham por baliza ideológica e doutrinária os preceitos de investigação inquisitorial contidas no corpo da Lei de Segurança Nacional (Decreto-Lei nº 898/69), que em seus artigos 1º a 7º, consagravam o que estava doutrinariamente por trás da atividade desenvolvida nos “porões da ditadura”.

Mas “aqui, a oposição tocava em um nervo exposto – o medo dos militares de que uma investigação judicial algum dia tentasse fixar responsabilidades pela tortura e morte de prisioneiros” e evidenciava o quanto a extensão da anistia aos militares foi um importante mecanismo de assegurar a estabilidade política para a reconstrução democrática⁵.

Pelas razões expostas compreende-se porque, no caso brasileiro, não se cogitou no conceito de “delinquência do Estado” como um conceito jurídico reconhecido oficialmente de modo a empregar o sistema penal como mecanismo de sanção. No sentido penal não haveria de existir criminosos, tampouco vítimas de crimes. Isto muda toda a forma política, social e jurídica do enfrentamento da matéria e, como efeito colateral, perpetua as violências institucionais e estabelece o silêncio como sinônimo – ou condicionante – da paz dado que o processo de transição política contou com domínio quase absoluto dos então detentores do poder.

⁴ Reza o §2º: “Excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro, e atentado pessoal”

⁵ Neste sentido, LEMOS, Renato. Anistia e crise política no Brasil pós-1964. Topoi, Rio de Janeiro, n. 5, p. 287-313, set. 2002. Ainda, em complementação, GABEIRA, Fernando. Carta sobre a anistia: a entrevista do Pasquim. Rio de Janeiro,: Codecri, 1979.

Instigar o funcionamento da máquina judicial penal para análise dos crimes ocorridos acarretaria, segundo inúmeras leituras da época e mesmo por longo tempo depois, a inviabilização do processo de superação do regime militar, não havendo, sugestivamente, “condições políticas” para que houvesse uma estrita apuração dos crimes e a devolução do poder à sociedade civil.⁶

Acompanhava-se, assim, uma visão que foi inicialmente predominante em países de certa comunhão histórica, política e econômica como Argentina, Chile, Uruguai, Paraguai e Peru onde o mecanismo da anistia serviu como escudo jurídico para a impunidade dos fatos do período precedente entendendo-se, aqui, as violências de Estado. A superação do emprego desse mecanismo ainda demandaria tensa e longa maturação.⁷

As consequências são impressionantes para a sociedade brasileira. Este processo de transição sedimentou culturas sociais intimamente ligadas à violência institucional em praticamente todos os setores da sociedade brasileira. Estritamente no plano judiciário penal conceitos e práticas vividos no seio do regime de exceção são vivenciados ainda hoje.

3. O REENCONTRO COM O PASSADO

A superação do regime de exceção, ao menos em seu aspecto formal, não se fez acompanhar, de imediato, da criação de mecanismos de enfrentamento da realidade vivida. Das várias razões para esse hiato que podem ser identificadas no amplo tecido social, uma de ordem política (o processo de impeachment do então Presidente Fernando Collor

⁶ Neste sentido uma abordagem de complementariedade ao processo de transição, interagindo os interesses das denominadas “elites” nacionais e, de outro lado, pressões de segmentos sociais em DINIZ, Eli. *A transição política no Brasil. Uma reavaliação da dinâmica da Abertura*. Dados, Rio de Janeiro, v. 28, n. 3, p. 329-346, 1985.

⁷ Numa vasta bibliografia acerca do assunto veja-se, inicialmente, Mallinder, Louise. “Amnesties’ Challenge to the Global Accountability Norm? Interpreting Regional and International Trends in Amnesty Enactment.” (2012): 69-96.

de Mello, em 1992) e outra, de ordem econômica (a crônica desestabilidade da economia brasileira exemplificada nos escorchantes índices inflacionários vividos até 1994), são possivelmente as mais sentidas. Essas condicionantes desestimularam a discussão profunda do papel da anistia concedida e seus reflexos na sociedade brasileira e, de forma mais ampla, foram responsáveis pela carência de discussão mais consistente do momento histórico anterior como um todo.

Não por outro motivo os primeiros mecanismos de diálogo com o passado foram as indenizações civis⁸ estabelecidas ainda no primeiro governo do presidente Fernando Henrique Cardoso, e como parte do Programa Nacional de Direitos Humanos quando foi editada a Lei Nº 9.140, De 04 De Dezembro De 1995, que reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979. (art. 1º)

É da mesma Lei 10559 de 13 de novembro de 2002 a recomposição, por vias administrativas, das condições da vida civil das pessoas perseguidas pelo regime militar, seja assegurando seu estado jurídico de anistiado político, seja com o reconhecimento de direitos previdenciários.

O incremento da memória como mecanismo indispensável para superação do período de exceção, instrumento recorrente no cenário internacional⁹, igualmente tardou a ganhar folego na sociedade brasileira e mesmo no meio jurídico que apenas recentemente aden-

⁸ Para uma ampla visão sobre esse mecanismo consulte-se MEZAROBBA, Glenda. O preço do esquecimento: as reparações pagas às vítimas do regime militar (uma comparação entre Brasil, Argentina e Chile). Tese. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2008.

⁹ Veja-se, a respeito, Bal, Mieke, Jonathan Crewe, and Leo Spitzer, eds. 1999. *Acts of Memory: Cultural Recall in the Present*. Hanover, NH: University Press of New England. Ainda: Barahona de Brito, Alexandra, Carmen González-Enriquez, and Paloma Aguilar, eds. 2001. *The Politics of Memory: Transitional Justice in Democratizing Societies*. New York, NY: Oxford University Press; Barthel, Diane L. 1996. *Historic Preservation: Collective Memory and Historical Identity*. New Brunswick, NJ: Rutgers University Press.

sou a compreensão de ser o direito à memória um verdadeiro direito fundamental¹⁰ que deve ser difundido, inclusive, com o emprego de tecnologias de educação de massa¹¹ e apto a ser exigível por meio de políticas públicas judicialmente reconhecíveis¹²

Neste aspecto, a obra *Direito à memória e à verdade* patrocinada pelo Governo Federal teve sua primeira edição em 2007¹³ ou seja, 22 anos após a saída dos militares do poder, ocasião em que, talvez de forma pioneira no âmbito governamental, foi empregada a expressão “terror de Estado”¹⁴ e sustentava a necessidade de ser apresentada, pelos militares, de forma transparente, a verdade sobre os fatos ocorridos. No mesmo cenário político e cultivada pelo “Movimento Nacional de Direitos Humanos” outras obras caminharam no sentido do incremento da memória como condicionante da sustentabilidade democrática¹⁵

Posteriormente, o III Plano Nacional de Direitos Humanos estabeleceu na “Diretriz 23” o reconhecimento da memória e da verdade

¹⁰ Leal Rogério Gesta. A Memória Como Direito Fundamental Civil E Político: Qual O Caminho Brasileiro? In Verdade, memória e justiça [recurso eletrônico]: um debate necessário/ Rogério Gesta Leal organizador. – Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012.. páginas 08/34.

¹¹ BATISTA, C. K. L.; GITAHY, R. R. C. . O direito à memória e à verdade e sua difusão virtual: tecnologia e saberes sociais aliados na preservação da história. In: Alessandro Martins Prado; Claudia Karina Ladeia Batista; Isael Jose Santana. (Org.). Direito à Memória e à Verdade e Justiça de Transição no Brasil: uma história inacabada! Uma República Inacabada. 1ed.Curitiba: CRV, 2011, v. 1, p. 89-100.

¹² LEMOS, Maitê Damé Teixeira.; LEAL, M. C. H. . O controle jurisdicional de políticas públicas no âmbito da verdade, justiça e reconciliação: um caminho entre o ativismo e a efetiva proteção dos direitos humanos. In: Rogério Gesta Leal. (Org.). Verdade, memória e justiça: um debate necessário. 1ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012, v., p. 35-58

¹³ Íntegra disponível em <http://www.sedh.gov.br/clientes/sedh/sedh/biblioteca/serie-direito-a-memoria-e-a-verdade>

¹⁴ Op. Cit, Pg. 27

¹⁵ Veja-se “Uma História por contar...Pelo direito humano à memória e à verdade no Brasil”, disponível na íntegra em http://www.dhnet.org.br/dados/campanhas/a_pdf/mndh_cartilha_hist_contar.pdf

como Direito Humano da cidadania e dever do Estado¹⁶ cujo objetivo estratégico é o de “promover a apuração e o esclarecimento público das violações de Direitos Humanos praticadas no contexto da repressão política ocorrida no Brasil no período fixado pelo artigo 8º do ADCT da Constituição, a fim de efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional” cuja “ação programática” mais aguda e fecunda foi a de criar o espaço jurídico e político para o estabelecimento da “Comissão Nacional da Verdade, composta de forma plural e suprapartidária, com mandato e prazo definidos, para examinar as violações de Direitos Humanos praticadas no contexto da repressão política no período mencionado”.

Nessa esteira de proposições, em tempos mais recentes iniciativas de várias ordens aconteceram de modo a incrementar a efetivação do direito à memória¹⁷ mas sérias lacunas ainda podem ser sentidas, como a dificuldade de adaptação de materiais didáticos no ensino fundamental¹⁸

¹⁶ A respeito, OLIVEIRA, A. J.; LIMA, A. D.; Prado, A.L.; Silva, E.M.M.; Aonso, A.M.O.; Batista, C.K.L.; GITAHY, R. R. C.; ARAUJO, D. A. C.; Araújo, E.L. . Memória E Verdade Com Um Direito Absoluto E Inalienável Independentemente Das Forças Do Poder.. In: Alessandro Martins do Prado; Cláudia Karina Ladeia Batista; Isael José Santana. (Org.). *Direito à memória e à verdade e justiça de transição no Brasil Uma história inacabada! Uma República inacabada*. 1ed.Curitiba-PR: CRV, 2011, v., p. 43-54.

¹⁷ Veja-se Direito à memória e à verdade: seminário [recurso eletrônico]. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012. 166 p. – (Série ação parlamentar; n. 433) Seminário realizado pela Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados em 2009. ISBN 978-85-736-5953-5

¹⁸ Sobre esse assunto, REis, Thiago Felipe dos e Prado, ELIANE Mimesse. Entre a teoria e a prática: a ditadura militar brasileira em manuais didáticos da educação básica Anais Eletrônicos do IX Encontro Nacional dos Pesquisadores do Ensino de História 18, 19 e 20 de abril de 2011–Florianópolis/SC . In: IX Encontro Nacional dos pesquisadores do Ensino de História: América latina em perspectiva: culturas, memórias e saberes, 2011, Florianópolis. Caderno de Resumos. Florianópolis: Imprensa Universitária, 2011. v. 1. p. 97. Para uma abordagem do assunto no cenário internacional Cole, Elizabeth A. 2007. *Transitional*

que contemplem com mais clareza e isenção os episódios passados¹⁹ e, nas escolas militares, a permanência de visões parciais e não suscetíveis da necessária revisão.²⁰

4. O APROFUNDAMENTO DA TRANSIÇÃO E A AMPLIAÇÃO DA DISCUSSÃO

Em 24 de agosto de 2001, foi criada, pela Medida Provisória nº 2151-3, a Comissão de Anistia do Ministério da Justiça ainda no segundo governo Fernando Henrique Cardoso, norma proveniente da outra Medida Provisória, a de nº 65, de 28 de agosto de 2002 finalmente convertida na Lei nº 10.559, de 13 de novembro de 2002.²¹

Foi a partir dessa base normativa que a Comissão da Anistia, juntamente com o Ministério da Justiça, em julho de 2008, já então no governo do ex-Presidente Luis Inácio Lula da Silva promoveram audiência pública sobre “Limites e Possibilidades para a Responsabilização Jurídica dos Agentes Violadores de Direitos Humanos durante o Estado de Exceção no Brasil”, que discutiu a interpretação da Lei de Anistia de 1979 no que se refere à controvérsia jurídica e política envolvendo a prescrição ou imprescritibilidade dos crimes de tortura.

Abria-se a porta, assim, para pautar na agenda social como um todo, e na jurídica, em particular, o tema da anistia, instrumento nodal, como já visto, na transição liberalizante brasileira.

Justice and the Reform of History Education. *International Journal of Transitional Justice* 1 (1):115-137.

¹⁹ Também acerca do assunto PIAzza, Rosimary e PRIORI Angelo. O ensino de história durante a ditadura militar. II Encontro de Pesquisa em Educação, 2007, Maringá. Anais do II Encontro de Pesquisa em Educação.. Maringá: UEM-DTP, 2007. v. 1. p. 1-9.

²⁰ A esse respeito, <http://observatoriodefesa.blogspot.com.br/2013/02/material-didatico-de-escolas-militares.html>.

²¹ Essas normas visavam regulamentar o Art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da Constituição de 1988, que previa a concessão de anistia aos que foram perseguidos em decorrência de sua oposição política e constituíram o passo mais avançado até então no resgate dos fatos ocorridos no estado de exceção

5. O SISTEMA PENAL INSTADO A ATUAR

5.1 A REVISÃO DA ANISTIA

Rever a anistia no cenário jurídico brasileiro é amplamente mais complexo do que simplesmente apontar suas consequências sociais e discutir seu funcionalidade no momento histórico em que ela se deu e, mesmo, apontar no âmbito de outras áreas do conhecimento sua (im) pertinência na atual realidade brasileira aqui considerada de uma maneira holística.²²

Normalmente análises externas à técnica jurídica empregam situações históricas sem a devida precisão conceitual e, dessa premissa surgem argumentos jurídicos insustentáveis como quando se afirma que “Uma das questões mais delicadas para transição brasileira, a exemplo de outros países, foi o tratamento a ser dado aos agentes do Estado que praticaram *ações tipificadas, já nessa época, como crimes contra a humanidade*” (sem grifo no original) referindo-se, em nota de rodapé, ao texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos, ONU, 1947.²³

Sob o aspecto legal não apenas é amplamente discutível a força normativa de “Declarações” perante o direito interno como é inviável tal argumento perante a estrutura basilar do Direito Penal no estado de direito, regido pela legalidade estrita e dotado da irretroatividade normativa “in malam partem”.

Analisada contemporaneamente e, na maioria das vezes de forma pejorativa, a anistia passou a ser considerada como o grande mecanismo a ser desconstituído. Para tanto a assunção, pelo Brasil, de compromissos internacionais protetivos de direitos humanos serve como arrimo argumentativa essencial.

²² Tema, aliás, obviamente não restrito ao Brasil. A discussão sobre essa (im) pertinência conta com literatura transdisciplinar (e interdisciplinar) vastíssima como, por exemplo, Huyse, Luc. 2001. “Amnesty, Truth, or Prosecution?” In Reyhler, Luc and Thania Paffenholz, Peace-building: A Field Guide. Boulder, CO: Lynne Rienner Publishers.

²³ A propósito, D'ARAUJO, Maria Celina Soares . O estável poder de veto Forças Armadas sobre o tema da anistia política no Brasil. Varia História (UFMG. Impresso), v. 28, p. 573-597, 2012 o

5.1.2 Os COMPROMISSOS INTERNACIONAIS

As condições políticas após o fim da Guerra Fria propiciaram o surgimento de uma fase de expansão de compromissos internacionais voltados para a proteção dos “direitos humanos” que, malgrado a polissemia que lhes cerca não se trata, reduzidamente, de uma noção “confusa, ilusória” e, possivelmente, “efeito de uma incultura, e de uma regressão da ciência jurídica”²⁴.

Mesmo porque, em nome dessa “incultura” vidas humanas são valorizadas e se tenta (re)construir, também no âmbito judiciário²⁵, uma rede de mecanismos que vai muito além daquela estabelecida no período anterior ao da própria criação do tecido internacional que uniria nações em torno de uma organização, malgrado as condições políticas peculiares a cada situação possam servir, ainda, de freio à plena efetividade desses direitos²⁶.

Melhor, portanto, acompanhar Bobbio ao se referir ao marco inicial dessa “incultura”, a dizer, a Declaração Universal quando afirma que

Com essa declaração, um sistema de valores é – pela primeira vez na história – universal, não em princípio, mas de fato, na medida em que o consenso sobre sua validade e sua capacidade para reger os destinos da comunidade futura de todos os homens foi explicitamente declarado. (...) Somente depois da Declaração Universal é que podemos ter a certeza histórica de que a humanidade – toda a humanidade – partilha alguns valores comuns; e podemos, finalmente, crer na universalidade dos valores, no único sentido em que tal crença é historicamente legítima, ou seja, no sentido em que universal

²⁴ E esse é somente o início da crítica. VILLEY, Michel. O direito e os direitos humanos. SP: Martins Fontes, 2007.p. 17

²⁵ A propósito, _Lutz, Ellen e Kathryn Sikkink. 2001. The Justice Cascade: The Evolution and Impact of Foreign Human Rights Trials in Latin America. *Chicago Journal of International Law* 2 (1):1-34.

²⁶ Ratner, Steven R. and Jason S. Abrams. 1997. *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy*. New York: Oxford University Press.

significa não algo dado objetivamente, mas subjetivamente acolhido pelo universo dos homens.²⁷

Observados os compromissos assumidos pelo Brasil a partir de 1988, notadamente a partir do quanto consta no artigo Art. 4º da Constituição que prevê que “A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: ... II - prevalência dos direitos humanos” passou-se, com o III Plano Nacional de Direitos Humanos já mencionado, ao aprofundamento das discussões sobre a lei de anistia, agora em nome dos primados que animam a República brasileira nos relacionamentos internacionais.

Acompanhando intensa literatura que aponta a impunidade decorrente da anistia²⁸, a incisiva história de superação desse mecanismo em países vizinhos, notadamente Argentina²⁹, Chile³⁰ e Uruguai³¹,

²⁷ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 28

²⁸ Dentre outros títulos: Roht-Arriaza, Naomi, (Ed.). 1995. Impunity and Human Rights in International Law and Practice. New York: Oxford University Press. Ainda: Chigara, Ben. 2002. Amnesty in International Law: The Legality under International Law of National Amnesty Laws. Harlow, UK: Longman e Mallinder, Louise. 2008. Amnesty, Human Rights and Political Transitions: Bridging the Peace and Justice Divide. Oxford, UK: Hart Publishing.

²⁹ A vasta literatura do caso argentino pode ser aqui exemplificada com HELMKE, G., Courts Under Constraints: Judges, Generals, and Presidents in Argentina (Cambridge University Press, 2005); NINO, Carlos Santiago, Radical Evil on Trial (Yale University Press, New Haven 1996); Roehrig, Terence, The Prosecution of Former Military Leaders in Newly Democratic Nations: The Cases of Argentina, Greece, and South Korea (McFarland & Company Inc Publishers, Jefferson, NC 2002) e, por fim, Bakker, Christine A. E., ‘The Full Stop to Amnesty in Argentina: The S_i_m_ón_ _Case’ (2005) 3(5) J Int’L Crim Just 1106

³⁰ A propósito, Barahona de Brito, Alexandra, ‘The Pinochet Case and the Changing Boundaries of Democracy’ in Davis, Madeleine (ed), The Pinochet Case: Origins, Progress and Implications (Institute of Latin American Studies, London 2003)

³¹ Para uma visao histórica do regime de exceção nesse país, Servicio Paz y Justicia, Uruguay Nunca Más: Human Rights Violations, 1972-1985 (Temple University Press, Philadelphia 1992) e, para uma abordagem

a criação do Tribunal Penal Internacional³² onde o princípio da jurisdição universal³³ e da complementariedade³⁴ passaram a ser importantes mecanismos na construção argumentativa e normativa da matéria e, ainda, o papel desempenhado pela Corte Interamericana de

da transição e chamada de responsabilidades pelas violências passadas Barahona de Brito, Alexandra, "The Long and Tortuous Path to Military Amnesty and the Referendum in Uruguay, 1985-1989" in Barahona de Brito, Alexandra (ed), *Human Rights and Democratization in Latin America: Uruguay and Chile* (Oxford University Press, Oxford 1997) e González González, José Luis and Pablo Galain Palermo, 'Uruguay' in Ambos, Kai, Ezequiel Malarino and Gisela Elsner (eds), *Jurisprudencia Latinoamericana Sobre Derecho Penal Internacional* (Konrad-Adenauer-Stiftung, Berlin 2008)

³² Na igualmente vasta literatura que aborda o TPI, as anistias e a persecução perante aquela Corte, Meintjes, Garth. 2000. *Domestic Amnesties and International Accountability*. In *International Crimes, Peace, and Human Rights: The Role of the International Criminal Court*, edited by D. L. Shelton. Ardsley, NY: Transnational Publishers

³³ Jurisdição "universal" que, mesmo sendo alvo de intensos antagonismos academicos (a respeito Eser, Albin. "For universal jurisdiction: against Fletcher's antagonism." *Tulsa L. Rev.* 39 (2003): 955.) desempenha um relevante papel nesse context. A respeito, Meintjes, Garth, and Juan E. Méndez. 2000. *Reconciling Amnesties with Universal Jurisdiction*. *International Law FORUM du Droit International* 2 (2):76-97e Kamminga, Menno T. 2001. *Lessons Learned from the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offenses*. *Human Rights Quarterly* 23 (4):940-974. Para uma perspectiva histórica, Bassiouni, M. Cherif. 2002. *Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice*. In *Post-Conflict Justice*, edited by M. C. Bassiouni. Ardsley, NY: Transnational Publishers.

³⁴ A respeito da relação entre principio da complementariedade e as anistias veja-se DELMAS-MARTY, Mireille. "La responsabilité pénale en échec (prescription, amnistie, immunités)." Antonio Cassese et Mireille Delmas-Marty (éds.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, PUF (2002): 637. Ainda, DISSENHA, Rui Carlo. "Anistias Como Prática do Direito Internacional Criminal ea Complementariedade do Tribunal Penal Internacional." *Revista Brasileira de Direito Internacional-RBDI* 1.1 (2006). Sobre complementariedade e soberania, PIOVESAN, Flávia. *Princípio da Complementariedade e Soberania*. *Revista CEJ*, Brasília, nº 11, p. 71-74, 2000.

Direitos Humanos nesse tema específico³⁵ responsável, inclusive, pela mudança de rumos políticos e jurídicos em inúmeros países como os acima mencionados, a Ordem dos Advogados do Brasil aforou perante o Supremo Tribunal Federal (STF) mecanismo criado na nova estrutura constitucional, a denominada “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental”, exigindo que toda a estrutura internacional aderida pelo Brasil realmente tivesse efeitos jurídicos no cenário interno como, aliás, inúmeros segmentos da comunidade internacional assim o defendem³⁶.

Assim, o Brasil passou a ser cobrado internamente pelos compromissos internacionais assumidos e, sobretudo, por sua inserção no sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, com sua adesão à Declaração, à Convenção e sua submissão à Corte e à Comissão ao lado, por certo, dos demais mecanismos já mencionados.

No mais, o desenvolvimento das relações internacionais construídas pelo Brasil como decorrência da nova estrutura constitucional aponta uma série de compromissos que devem – ou deveriam – se pro-

³⁵ Igualmente vasta é essa bibliografia, que pode ser ilustrada com Lutz, Ellen L., ‘Responses to Amnesties by the Inter-American System for the Protection of Human Rights’ in Harris, David J. and Stephen Livingstone (eds), *The Inter-American System of Human Rights* (Clarendon Press, Oxford 1998); Méndez, Juan E. and Javier Mariezcurrena, ‘Accountability for Past Human Rights Violations: Contributions of the Inter-American Organs of Protection’ (1999) 26(4) *Crime & Soc Just Associates* 84; A.A. Caçado Trindade, *El Desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos Mediante el Funcionamiento y la Jurisprudencia de la Corte Europea y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, CtIADH, San José de Costa Rica, 2007, pp. 1–75; M. Scalabrino, *Per Non Dimenticare – Violazioni dei Diritti Umani e Leggi di Amnistia in America Latina*, Milano, Vita e Pensiero (V&P), 2007, pp. 93–145 and 169–213; V.F.D. Caçado Trindade, ‘Uma Análise das Leis de Auto-Anistia na Evolução Jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos’, 8 *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos* (2008) pp. 281–91.

³⁶ Vinuesa, Raúl Emilio, ‘Direct Applicability of Human Rights Conventions within the Internal Legal Order: The Situation in Argentina’ in Conforti, Benedetto and Francesco Francioni (eds), *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts* (International Studies in Human Rights, Vol. 49, Martinus Nijhoff Publishers, Hague 1997).

jetar para o direito interno para além da única efetivamente legislada, a Convenção para a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio Ratificada pelo Brasil em 15 de abril de 1952 e transformada na Lei 2889 de 1956.

Com efeito, apenas para ficar no sistema da ONU, até 2008, o Brasil havia se comprometido com a 2) Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1966) (Ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968 e transformada em lei 12.228 de 2010), o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) (O Brasil aderiu ao Pacto em 24 de janeiro de 1992), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966) (O Brasil aderiu ao Pacto em 24 de janeiro de 1992), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (Ratificada pelo Brasil em 1º de Fevereiro 1984 e transformada na Lei 11.343 de 2006) a Emenda ao artigo 20, parágrafo 1º da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (O Brasil aceitou a emenda em 05 de março de 1997) e o Protocolo Opcional à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (Ratificado pelo Brasil em 28 de Junho de 2002) Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes (Ratificada pelo Brasil em 28 de setembro de 1989 e transformada em Lei 9455 de 1997) além do Protocolo Opcional à Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes (Ratificado pelo Brasil em 12 de janeiro de 2007) e a Convenção sobre os Direitos da Criança (Ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990), bem como a Emenda ao artigo 43 (2) da Convenção sobre os Direitos da Criança (O Brasil aceitou a emenda em 26 de fevereiro de 1998) e o Protocolo Opcional à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre o envolvimento das crianças em conflitos armados (Ratificada pelo Brasil em 27 de janeiro de 2004) e, por fim, a Convenção internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado (Assinada pelo Brasil em 06 de Fevereiro de 2007)³⁷, esta última tendo Entrou em vigor em 23 de dezembro de 2010.

³⁷ Fonte: Alto Comissariado dos Direitos Humanos das Nações Unidas, atualizado.

5.1.3 AS LEITURAS DE DIREITO INTERNO E INTERNACIONAL

O resultado da apreciação da mencionada ADPF, pelo Supremo Tribunal Federal, pode ser diretamente verificada na lavra do voto do então Ministro Relator, Eros Grau:

- a. a lei de anistia é válida e abrange todos os crimes políticos e comuns conexos com os políticos, inclusive os cometidos pelos militares;
- b. a lei de anistia é uma lei medida (lei de efeitos concretos) e não pode ser julgada inconstitucional perante a nova ordem;
3. a lei de anistia é anterior à convenção da ONU contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes e à lei brasileira de tortura (Lei 9.455/97) e ao art. 5º XLIII;
4. somente o legislativo teria legitimidade para reformar a lei de anistia;
5. a lei de anistia foi ratificada pela EC 26/85, emenda convocatória da Constituição e que, portanto, integra a nova ordem constitucional.³⁸

Para além desses argumentos também foi pontuado que “Se o Tribunal concluir pela constitucionalidade da lei, não surtirá efeitos quanto àqueles que praticaram este ou aquele crime. Se houver a prevalência da divergência e o Tribunal assentar a inconstitucionalidade da norma, o resultado, em termos de concretude ou de afastamento da lesão, quer no campo penal, quer no campo cível, não ocorrerá”³⁹ e, ainda, “que “Nós sabemos que o prazo maior da prescrição quanto à pretensão da persecução criminal é de 20 anos. Já o prazo maior quanto à indenização no campo cível é de 10 anos. E, tendo em conta a data dos cometimentos, já se passaram mais de 20 e mais de 10 anos, logicamente”.

³⁸ STF, ADPF nº 153, Plenário, relator Eros Grau, publicado no DJ de 06 de ago. de 2010

³⁹ Trecho do voto do Ministro Ayres Brito na mencionada sessão de julgamento.

Numa visão metajurídica, o Ministro Marco Aurélio pontuou que a anistia “É perdão, é desapego a paixões que nem sempre contríbem para o almejado avanço cultural. Anistia é ato abrangente de amor sempre calcado na busca do convívio pacífico dos cidadãos”⁴⁰.

Alcançava-se, assim, aquilo que foi concebido por parte da literatura brasileira sobre o assunto como o “quarto momento” da anistia, sendo que os outros três anteriores seriam a própria aprovação da Lei da Anistia, em 1979, seguida da aprovação da Lei dos Desaparecidos, em 1995, num “segundo momento”, e, então, a entrada em vigor da Lei 10.559, em 2002 como “terceiro momento”.⁴¹

Pouco tempo deste acórdão o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no denominado “Caso Lund” (Caso Gomes Lund E Outros (“Guerrilha Do Araguaia”) x Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010) quando da apreciação a um dos mais célebres casos ocorridos no período de exceção, a chamada “Guerrilha do Araguaia” cuja provocação àquele órgão jurisdicional deu-se no ano de 1995.

Recorde-se que, em 1970, um grupo de guerrilheiros do PC do B iniciou uma campanha na região amazônica, no rio Araguaia, com o intuito de formar um exército revolucionário no campo, seguindo as ideias de Marighela de originar a revolução do campo para depois tomar as cidades. A região era considerada estratégica devido à riqueza das suas jazidas e das proximidades.

O grupo, que nunca passou de 69 membros, realizou inicialmente um plano para conquistar a confiança dos camponeses, residindo em moradias iguais às deles e ensinando-lhes técnicas de saúde e cultivo do solo. O segundo passo era uma campanha de conscientização dos camponeses da região de treinamentos para a guerrilha. A essa altura, os militares já estavam convencidos de que as teses sobre a segurança nacional, apoiadas no combate ao “inimigo interno”, eram uma realidade. Quando o SNI descobriu o foco comunista

⁴⁰ Idem.

⁴¹ MEZAROBBA, Glenda. Um acerto de contas com o futuro - a anistia e suas conseqüências: um estudo do caso brasileiro. São Paulo, Humanitas/Fapesp, 2006

no Araguaia, em 1972, a ação militar foi típica de guerra. Cerca de 20 mil homens foram mobilizados para o local, contingente maior que o mobilizado pelas tropas brasileiras que foram para a Segunda Guerra Mundial.⁴²

A tortura e a violência contra a população local de modo generalizado tornou quase impossível a subsistência dos guerrilheiros. O cerco militar, no entanto, durou mais de dois anos. Somente em 1975 o foco foi completamente massacrado, com a morte ou a prisão de todos os membros da guerrilha.

Sobre esses fatos decidiu a Corte que “a Lei de Anistia brasileira é contrária à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e que o Estado brasileiro é responsável internacionalmente pela interpretação e aplicação que foi dada à Lei de Anistia”⁴³ e que “As disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil”.

Mais, ainda, que “O Estado descumpriu a obrigação de adequar seu direito interno à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, contida em seu artigo 2, em relação aos artigos 8.1, 25 e 1.1 do mesmo instrumento, como consequência da interpretação e aplicação que foi dada à Lei de Anistia a respeito de graves violações de direitos humanos. Da mesma maneira, o Estado é responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial previstos nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana sobre

⁴² Sobre a inserção brasileira veja-se, entre outros, Pinheiro, Leticia. “A entrada do Brasil na Segunda Guerra Mundial.” *Revista USP* 26 (1995): 108-119.

⁴³ Na literatura brasileira, sobre a convergência do ordenamento interno à Convenção veja-se MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *Revista da Ajuris*, v. 113, p. 333-370, 2009.

Direitos Humanos, em relação aos artigos 1.1 e 2 desse instrumento, pela falta de investigação dos fatos do presente caso, bem como pela falta de julgamento e sanção dos responsáveis, em prejuízo dos familiares das pessoas desaparecidas e da pessoa executada, indicados nos parágrafos 180 e 181 da presente Sentença, nos termos dos parágrafos 137 a 182 da mesma.”

Por fim, “Reconhece, ainda, que o Estado brasileiro é responsável pelo desaparecimento forçado de pessoas e que deve alterar sua legislação, tipificando este delito. Enquanto esse delito não é tipificado, deve aplicar todos os mecanismos existentes no direito brasileiro para o seu julgamento e punição” e que “4. O Estado é responsável pelo desaparecimento forçado e, portanto, pela violação dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal, estabelecidos nos artigos 3, 4, 5 e 7 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação com o artigo 1.1 desse instrumento, em prejuízo das pessoas indicadas no parágrafo 125 da presente Sentença, em conformidade com o exposto nos parágrafos 101 a 125 da mesma” devendo “adotar, em um prazo razoável, as medidas que sejam necessárias para tipificar o delito de desaparecimento forçado de pessoas em conformidade com os parâmetros interamericanos, nos termos do estabelecido no parágrafo 287 da presente Sentença. Enquanto cumpre com esta medida, o Estado deve adotar todas aquelas ações que garantam o efetivo julgamento, e se for o caso, a punição em relação aos fatos constitutivos de desaparecimento forçado através dos mecanismos existentes no direito interno. 3. Reconhece que o Estado brasileiro é obrigado não apenas a garantir os direitos de buscar e receber informações e à verdade, mas também a responsabilizar penalmente indivíduos que cometeram crimes”⁴⁴

Em suma, o Estado (brasileiro) não poderá aplicar a Lei de Anistia em benefício dos autores, assim *como nenhuma outra disposição análoga, prescrição, irretroatividade da lei penal, coisa julgada, ne bis in idem ou qualquer excludente similar de responsabilidade para eximir-se*

⁴⁴ Corte IDH, Caso Gomes Lund e Outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil, Exceções Preliminares, Fundo, reparação e custas, Sentença série C, nº 219, de 24 de novembro de 2010.

dessa obrigação, nos termos dos parágrafos 171 a 179. (Parágrafo 256, b, sem grifo no original)

Constituiu-se, assim, um claro choque de entendimentos entre os planos interno e internacional que, imediatamente, passou a ocupar a doutrina brasileira⁴⁵ e estimulou o Ministério Público Federal a

“no exercício de sua atribuição constitucional de promover a persecução penal e de zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos aos direitos humanos assegurados na Constituição, inclusive os que constam da *Convenção Americana de Direitos Humanos* e que decorram das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, está vinculado, até que seja declarado inconstitucional o reconhecimento da jurisdição da Corte, ao cumprimento das obrigações de persecução criminal estabelecidas no caso *Gomes Lund e outros versus Brasil*”⁴⁶

Tentativas de promoção da ação penal foram efetivadas empregando-se as mais variadas formas de interpretação, algumas das quais não colidindo frontalmente com o decidido pelo STF e buscando efetivar a sentença da CIDH.

Invariavelmente, contudo, o Judiciário brasileiro bloqueia as iniciativas como se verifica na decisão de rejeição da acusação proferida pelo Magistrado Federal João César Otoni de Matos, de Marabá/PA, empregando a lei da anistia e completando que “Pretender, depois de mais de três décadas, esquivar-se da Lei da Anistia para reabrir a discussão sobre crimes praticados no período da ditadura militar é

⁴⁵ Entre outros, consulte-se GOMES, Luiz Flávio 2011 GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira . Crimes da ditadura militar e o Caso Araguaia: aplicação do direito internacional dos direitos humanos pelos juízes e tribunais brasileiros. *Revista Brasileira de Direito da Comunicação Social e Liberdade de Expressão*, v. 2, p. 199-234, 2011. Ainda: VASCONCELOS, E. R. . A ADPF 153 e a obrigação de responsabilizar os autores de crimes nucleares: análise do caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. *Revista Jurídica da FA7*, v. VIII, p. 000-0, 2011.

⁴⁶ RAMOS, André Carvalho. <http://www.conjur.com.br/2011-nov-24/ano-depois-sentenca-guerrilha-araguaia-nao-foi-cumprida>, acessado em 14 de abril de 2013.

equivoco que, além de desprovido de suporte legal, desconsidera as circunstâncias históricas que, num grande esforço de reconciliação nacional, levaram à sua edição⁴⁷ para lamentação de parte da comunidade engajada com a perseguição penal.⁴⁸

Para não colidir com a lei da anistia concebeu-se, de início, a assimilação do “desaparecimento forçado” ao crime de sequestro que, crime permanente, ainda estaria em execução nada obstante a lei de reconhecimento, como mortas, das pessoas submetidas a essa prática⁴⁹ o que, do ponto de vista jurídico, desnaturaria aquela figura típica sugerindo-se, ao final, abertura de investigações pontuais para verificação de cada caso concreto sobre o qual paire dúvida sobre o momento da consumação delitiva.⁵⁰

Fato é que os planos de enfrentamento da matéria, aquele do STF e o da CIDH parecem ser excludentes e não tendem a admitir conciliação, salvo na hipótese de se partir de uma separação espacial e funcional das tarefas de cada uma delas como propõe relevante estudo sobre o tema⁵¹ dividindo seus campos de atuação entre o controle de constitucionalidade (STF) e de convencionalidade (CIDH). Assim, a lei da anistia e a EC26 seriam “constitucionais” mas não “convencionais”.

⁴⁷ <http://www.jesocarneiro.com.br/memoria/juiz-rejeita-denuncia-contracoronel-do-araguaia.html> acessado em 20 de abril de 2013.

⁴⁸ A respeito, <http://www.conectas.org/institucional/judiciario-brasileiro-tem-a-obrigacao-de-processar-crimes-permanentes-da-ditadura> acessado em 20 de abril de 2013.

⁴⁹ Vide tópico 3.1.1, supra.

⁵⁰ VASCONCELOS, E. R. . A investigação penal dos crimes de seqüestro, homicídio e ocultação de cadáver na guerrilha do araguaia: uma conciliação parcial entre a ADPF 153 do STF e o caso gomes Lund vs. Brasil da corte IDH. Revista Acadêmica da Escola Superior do Ministério Público do Estado do Ceará, v. III, p. 001-017, 2011.

⁵¹ RAMOS, André de Carvalho. Crimes da Ditadura Militar: A ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In GOMES, Luiz Flávio et al. Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Argentina, Brasil, Chile, Uruguai. SP, RT, 2011, p. 219

E, no campo penal, tende-se a assimilar a primeira como fonte de impunidade e negação dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil com todas as suas consequências, enquanto a segunda revela-se como instrumento de resgate da punição justa e didaticamente adequada a demonstrar toda a supremacia dos direitos humanos.

Para os fins deste trabalho assume-se que a anistia bilateral construída na transição política é incompatível com a ordem constitucional que tem, em seu bojo, os tratados e convenções internacionais que versam sobre direitos humanos como decorrência dos objetivos da República brasileira.⁵² Igualmente, não se afigura sustentável diante da própria ordem internacional que, se olhada isoladamente, deve se projetar para o direito interno (diante dos compromissos jurídicos e políticos assumidos pelo Brasil) de modo a compelir o Estado brasileiro a dar eficácia plena a tudo quanto pactuado em termos de proteção aos direitos humanos e fundamentais.

⁵² Há, a partir deste aspecto, um problema nuclear para o constitucionalismo brasileiro, o da própria dimensão da extensão do poder constituinte, dado que a EC mencionada foi, formalmente, o ponto de partida para a reconstrução constitucional de 1988. A esse respeito, JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. *Constituinte: assembléia, processo, poder*. Editora Revista dos Tribunais, 1985. Destaca-se, por oportuno nessa obra que “A noção de poder originário só é válida num sentido formal. Nenhum poder é, de fato, completamente inicial, autônomo e incondicionado. E a sua legitimidade, embora sempre invocada, até mesmo quando ditatorial o poder, não dispensa uma discussão de seus fundamentos. Não é completamente inicial porque o poder é sempre um conjunto de relações entre diversas forças sociais e só formalmente se pode determinar uma delas como o poder de onde derivam os demais poderes. Não é completamente autônomo porque, não só pela aceitação de limitações de ordem social, histórica, cultural, econômica, ideológica etc., ele já vem restringido. Não é completamente incondicionado porque não só freqüentemente já recebe prefixadas certas diretrizes básicas, como sobretudo porque tem de atuar e deliberar conforme certas regras que antecedem sua manifestação (p. 23). Décadas depois o assunto continuaria em pauta, ainda que com um vies distinto daquele prioritário para este texto: BERCOVICI, Gilberto. *O poder constituinte do povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte*. Lua Nova: Revista de Cultura e Política, n. 88, p. 305-325, 2013.

A decisão da Corte, contudo, possui reflexos jurídicos que se voltam prioritariamente para o Poder Executivo⁵³. Mas deve ser recordado que o STF, por sua vez, quando da apreciação da ADPF, decidiu com “eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público”⁵⁴. É, por via oblíqua, mais uma forma de controle concentrado de constitucionalidade com eficácia “erga omnes”.

O efetivo cerne de dificuldade de conciliar o controle de convencionalidade com o direito interno dá-se quando a CIDH determina que “...nenhuma outra disposição análoga, prescrição, irretroatividade da lei penal, coisa julgada, ne bis in idem ou qualquer excludente similar de responsabilidade para eximir-se dessa obrigação...” posto que transita por uma seara do próprio Estado de Direito que se quer consolidar *no direito interno*⁵⁵ onde a rejeição da regra da anterioridade da lei penal e da prescrição aparecem em grau constitucional e no mesmo patamar que as normas regentes dos objetivos da República.

A situação é ainda mais acentuada porque mesmo no plano internacional inúmeras as convenções, como aquela sobre desaparecimento forçado de pessoas, seja no âmbito da ONU, seja no espaço da OEA são tardias ao extremo em relação ao próprio momento de encerramento – ainda que formal – do regime caído.

Aponte-se que em 1994, foi realizada, em Belém (PA), Assembleia Geral da OEA quando se deu a criação da Convenção

⁵³ Neste sentido é que deve ser entendida a conclusão de prestigiosa doutrina quando afirma que “O Brasil tem a obrigação de cumprir a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos... [com] o dever de investigar e, se for o caso, proferir os referidos delitos contra a humanidade...”. GOMES e MAZZOULI. Crime da Ditadura militar e o “Caso Araguaia”: aplicação do direito internacional dos direitos humanos pelos juizes e tribunais brasileiro”. In GOMES, Luiz Flávio et al. Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Argentina, Brasil, Chile, Uruguai. SP, RT, 2011.p. 72.

⁵⁴ Art. 10, § 3o da lei n. 9.882.

⁵⁵ A propósito dessa relação veja-se, entre outros, MCADAMS, James A., (Ed.). 1997. *Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies*. Notre Dame, IN: University of Notre Dame Press.

Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, assinada imediatamente que foi pelo Brasil⁵⁶. Ela define o “desaparecimento forçado” a privação de liberdade de pessoas, praticada por agentes estatais ou por grupos ou pessoas com autorização, apoio ou consentimento do Estado. Apenas em 2008 o Congresso Nacional aprovou o Projeto de Decreto Legislativo nº 116, de 2008.

Mais ainda, há texto internacional nuclear para o assunto posto que toca no tema da imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra humanidade, cabendo recordar que

Em 26 de novembro de 1968, a Assembleia Geral das Nações Unidas, pela Resolução nº 2.391 (XXIII), aprovou o texto de uma Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade, declarando que estes últimos compreendem, além do genocídio, também os atos de apartheid, ainda que tais atos não sejam definidos como crimes pelas leis internas dos Estados onde foram perpetrados. *Vergonhosamente, o Brasil não assinou originariamente a Convenção, nem a ela aderiu.*⁵⁷ (sem grifo no original).

O cenário das disposições persecutórias penais exigiria a punição por crimes que não existiam no cenário internacional à época dos fatos ou outros que, no caso brasileiro, sequer foram aderidos em sua totalidade.

A eventual invocação de um direito internacional consuetudinário que permitisse a punição e julgamento tal como se justificou ao final da II Guerra Mundial seria de aplicabilidade igualmente duvidosa no plano interno e restaria a possibilidade também extremamente questionável de estender a tipificação dos crimes de guerra

⁵⁶ O texto da convenção já foi ratificado pela Argentina, Bolívia, Colômbia, Costa Rica, Guatemala, Peru, Honduras, México, Equador, Panamá, Paraguai, Uruguai e Venezuela

⁵⁷ COMPARATO, Fábio Konder. TORTURA, p. 80. In <http://portal.sdh.gov.br/acesoainformacao/acoes-e-programas/Publicacao%20-%20TORTURA.pdf#page=80>

como internacionalmente considerados aos fatos do direito interno⁵⁸ naquilo que foram tipificados no Estatuto de Roma, este em vigor no direito interno brasileiro.

Aqui remanesce outro desdobramento. As normas que criam tipos penais no cenário internacional, mesmo que entronizados no cenário jurídico local exigem a tipificação pelo processo legislativo do direito interno e não são automaticamente aplicáveis a partir do exterior para o interior. Em última análise, portanto, o princípio da complementariedade do Estatuto de Roma chama a atividade do legislador nacional sob o risco de desamparar os nacionais da jurisdição de seu próprio país por deficiência do direito material.

Restaria de todo o cenário jurídico, caso se queira afirmar a imperiosa necessidade da efetivação da sentença da CIDH no seu dispositivo penal em nome de todos os postulados já mencionados, o crime de tortura nos termos da Lei 9455 de 1997, desprezada, por certo, nos termos daquele *decisum*, qualquer referência à prescrição e anterioridade da lei penal. Neste caso não deixaria de ser irônico que a defesa do estado de direito e da dignidade da pessoa humana fosse feita com o desprezo a duas regras basilares do primado da lei e de garantia ao ser humano contra os arbítrios do Estado.

O desafio é, contudo, não deixar que seja esvaziado o diálogo entre os sistemas e as Cortes de modo a não estimular, no seio da sociedade civil como um todo e no meio jurídico em particular, a possibilidade de que o Estado brasileiro possa, pura e simplesmente, ignorar o teor da condenação que lhe recaiu. E fazer isso de modo a, minimamente, manter as bases de um sistema persecutório condizente com o estado de direito.

⁵⁸ Theodor Meron. International Criminalization of Internal Atrocities The American Journal of International Law, Vol. 89, No. 3 (Jul., 1995), pp. 554-577

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAL, Mieke, Jonathan Crewe, and Leo Spitzer, eds. 1999. *Acts of Memory: Cultural Recall in the Present*. Hanover, NH: University Press of New England.

BARAHONA DE BRITO, Alexandra, 'The Long and Tortuous Path to Military Amnesty and the Referendum in Uruguay, 1985-1989' in Barahona de Brito, Alexandra (ed), *Human Rights and Democratization in Latin America: Uruguay and Chile* (Oxford University Press, Oxford 1997)

BARAHONA de Brito, Alexandra, GONZÁLEZ-ENRÍQUEZ Carmen, and Aguilar, PALOMA, eds. 2001. *The Politics of Memory: Transitional Justice in Democratizing Societies*. New York, NY: Oxford University Press;

BARTHEL, Diane L. 1996. *Historic Preservation: Collective Memory and Historical Identity*. New Brunswick, NJ: Rutgers University Press.

BASSIOUNI, M. Cherif. 2002. *Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice*. In *Post-Conflict Justice*, edited by M. C. Bassiouni. Ardsley, NY: Transnational Publishers.

BATISTA, C. K. L.; GITAHY, R. R. C. . O direito à memória e à verdade e sua difusão virtual: tecnologia e saberes sociais aliados na preservação da história. In: Alessandro Martins Prado; Claudia Karina Ladeia Batista; Isael Jose Santana. (Org.). *Direito à Memória e à Verdade e Justiça de Transição no Brasil: uma história inacabada! Uma República Inacabada*. 1ed. Curitiba: CRV, 2011, v. 1, p. 89-100.

BERCOVICI, Gilberto. O poder constituinte do povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, n. 88, p. 305-325, 2013.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 28

BRASIL . *Direito à memória e à verdade: seminário [recurso eletrônico]*. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012. 166 p. – (Série ação parlamentar; n. 433) Seminário realizado pela Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados em 2009. ISBN 978-85-736-5953-5

CANÇADO TRINDADE A.A., *El Desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos Mediante el Funcionamiento y la Jurisprudencia de la Corte Europea y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, CtiADH, San José of Costa Rica, 2007, pp. 1-75;

CANÇADO TRINDADE V.F.D., 'Uma Análise das Leis de Auto-Anistia na Evolução Jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos', 8 Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos (2008) pp. 281-91.

COLE, Elizabeth A. 2007. Transitional Justice and the Reform of History Education. *International Journal of Transitional Justice* 1 (1):115-137.

COMPARATO, Fábio Konder. TORTURA, p. 80. In <http://portal.sdh.gov.br/acessoainformacao/acoes-e-programas/Publicacao%20-%20TORTURA.pdf#page=80>

D'ARAUJO, Maria Celina Soares . O estável poder de veto Forças Armadas sobre o tema da anistia política no Brasil. *Varia História* (UFMG. Impreso), v. 28, p. 573-597, 2012 o

DELMAS-MARTY, Mireille. "La responsabilité pénale en échec (prescription, amnistie, immunités)." Antonio Cassese et Mireille Delmas-Marty (éds.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, PUF (2002): 637.

DINIZ, Eli. A transição política no Brasil. Uma reavaliação da dinâmica da Abertura. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 28, n. 3, p. 329-346, 1985.

DISSENHA, Rui Carlo. "Anistias Como Prática do Direito Internacional Criminal ea Complementaridade do Tribunal Penal Internacional." *Revista Brasileira de Direito Internacional-RBDI* 1.1 (2006).

ESER, Albin. "For universal jurisdiction: against Fletcher's antagonism." *Tulsa L. Rev.* 39 (2003): 955.) MEINTJES, Garth, and Juan E. Méndez. 2000. Reconciling Amnesties with Universal Jurisdiction. *International Law FORUM du Droit International* 2 (2):76-97

GABEIRA, Fernando. Carta sobre a anistia: a entrevista do Pasquim. Rio de Janeiro,: Codecri, 1979.

GOMES, L. F. e MAZZOULI, V. Crime da Didadura militar e o "Caso Araguaia": aplicação do direito internacional dos direitos humanos pelos juizes e tribunais brasileiro". In GOMES, Luiz Flávio et al. *Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos*

GOMES, Luiz Flávio 2011 GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira . Crimes da ditadura militar e o Caso Araguaia: aplicação do direito internacional dos direitos humanos pelos juizes e tribunais brasileiros. *Revista Brasileira de Direito da Comunicação Social e Liberdade de Expressão*, v. 2, p. 199-234, 2011.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, José Luis and Pablo Galain Palermo, 'Uruguay' in Ambos, Kai, Ezequiel Malarino and Gisela Elsner (eds), *Jurisprudencia Latinoamericana Sobre Derecho Penal Internacional* (Konrad-Adenauer-Stiftung, Berlin 2008)

HELMKE, G., *Courts Under Constraints: Judges, Generals, and Presidents in Argentina* (Cambridge University Press, 2005)

HUYSE, Luc. 2001. "Amnesty, Truth, or Prosecution?" In Reychler, Luc and Thania Paffenholz, *Peace-building: A Field Guide*. Boulder, CO: Lynne Rienner Publishers.

JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. *Constituinte: assembléia, processo, poder*. Editora Revista dos Tribunais, 1985.

KAMMINGA, Menno T. 2001. *Lessons Learned from the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offenses*. *Human Rights Quarterly* 23 (4):940-974.

LEAL Rogério Gesta. *A Memória Como Direito Fundamental Civil E Político: Qual O Caminho Brasileiro? In Verdade, memória e justiça [recurso eletrônico]: um debate necessário/ Rogério Gesta Leal organizador. – Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012.. páginas 08/34.*

LEMOS, Maitê Damé Teixeira.; LEAL, M. C. H. . *O controle jurisdicional de políticas públicas no âmbito da verdade, justiça e reconciliação: um caminho entre o ativismo e a efetiva proteção dos direitos humanos*. In: Rogério Gesta Leal. (Org.). *Verdade, memória e justiça: um debate necessário*. 1ed.Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012, v., p. 35-58

LEMOS, Renato. *Anistia e crise política no Brasil pós-1964*. Topoi, Rio de Janeiro, n. 5, p. 287-313, set. 2002.

LUTZ, Ellen e SIKKINK, Kathryn. 2001. *The Justice Cascade: The Evolution and Impact of Foreign Human Rights Trials in Latin America*. *Chicago Journal of International Law* 2 (1):1-34.

LUTZ, Ellen L., 'Responses to Amnesties by the Inter-American System for the Protection of Human Rights' in Harris, David J. and Stephen Livingstone (eds), *The Inter-American System of Human Rights* (Clarendon Press, Oxford 1998);

MALLINDER, Louise. "Amnesties' Challenge to the Global Accountability Norm? Interpreting Regional and International Trends in Amnesty Enactment." (2012): 69-96.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira . Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *Revista da Ajuris*, v. 113, p. 333-370, 2009.

McADAMS, James A., (Ed.). 1997. *Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies*. Notre Dame, IN: University of Notre Dame Press.

MEINTJES, Garth. 2000. Domestic Amnesties and International Accountability. In *International Crimes, Peace, and Human Rights: The Role of the International Criminal Court*, edited by D. L. Shelton. Ardsley, NY: Transnational Publishers

MÉNDEZ, Juan E. and Javier Mariezcurrena, 'Accountability for Past Human Rights Violations: Contributions of the Inter-American Organs of Protection' (1999) 26(4) *Crime & Soc Just Associates* 84;

MERON, Theodor. International Criminalization of Internal Atrocities *The American Journal of International Law*, Vol. 89, No. 3 (Jul., 1995), pp. 554-577

MEZAROBBA, Glenda. O preço do esquecimento: as reparações pagas às vítimas do regime militar (uma comparação entre Brasil, Argentina e Chile). Tese. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2008.

MEZAROBBA, Glenda. Um acerto de contas com o futuro - a anistia e suas conseqüências: um estudo do caso brasileiro. São Paulo, Humanitas/Fapesp, 2006

NINO, Carlos Santiago, *Radical Evil on Trial* (Yale University Press, New Haven 1996);

Oliveira Fabiana Luci de . O Supremo Tribunal Federal no processo de transição democrática: uma análise de conteúdo dos jornais Folha De S. Paulo e O Estado De S. Paulo. *Rev. Sociol. Polít.*, Curitiba, 22, p. 101-118, jun. 2004.

OLIVEIRA, A. J.; LIMA, A. D.; Prado, A.L.; Silva, E.M.M.; Afonso, A.M.O.; Batista, C.K.L.; GITAHY, R. R. C.; ARAUJO, D. A. C.; Araújo, E.L.. *Memória E Verdade Com Um Direito Absoluto E Inalienável Independentemente Das Forças Do Poder.*. In: Alessandro Martins do Prado; Cláudia Karina Ladeia Batista; Isael José Santana. (Org.). *Direito à memória e à verdade e justiça de transição no Brasil Uma história inacabada! Uma República inacabada.* 1ed. Curitiba-PR: CRV, 2011, v., p. 43-54.

Pinheiro, Leticia. "A entrada do Brasil na Segunda Guerra Mundial." *Revista USP* 26 (1995): 108-119.

PIOVESAN, Flávia. Princípio da Complementaridade e Soberania. *Revista CEJ*, Brasília, nº 11, p. 71-74, 2000.

PLAZZA, Rosimary e PRIORI Angelo. O ensino de história durante a ditadura militar. II Encontro de Pesquisa em Educação, 2007, Maringá. *Anais do II Encontro de Pesquisa em Educação.. Maringá: UEM-DTP, 2007. v. 1. p. 1-9.*

RAMOS, André Carvalho. <http://www.conjur.com.br/2011-nov-24/ano-depois-sentenca-guerrilha-araguaia-nao-foi-cumprida>, acessado em 14 de abril de 2013.

RAMOS, André de Carvalho. Crimes da Ditadura Militar: A ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In GOMES, Luiz Flávio et al. Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Argentina, Brasil, Chile, Uruguai. SP, RT, 2011, p. 219

RATNER, Steven R. and Jason S. Abrams. 1997. *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy*. New York: Oxford University Press.

REIS, Thiago Felipe dos, e PRADO, Eliane Mimesse. Entre a teoria e a prática: a ditadura militar brasileira em manuais didáticos da educação básica *Anais Eletrônicos do IX Encontro Nacional dos Pesquisadores do Ensino de História* 18, 19 e 20 de abril de 2011– Florianópolis/SC . In: *IX Encontro Nacional dos pesquisadores do Ensino de História: América latina em perspectiva: culturas, memórias e saberes*, 2011, Florianópolis. *Caderno de Resumos*. Florianópolis: Imprensa Universitária, 2011. v. 1. p. 97.

ROEHRIG, Terence, *The Prosecution of Former Military Leaders in Newly Democratic Nations: The Cases of Argentina, Greece, and South Korea* (McFarland & Company Inc Publishers, Jefferson, NC 2002) BAKKER, Christine A. E., 'The Full Stop to Amnesty in Argentina: The Simón Case' (2005) 3(5) *J Int'L Crim Just* 1106

ROHT-ARRIAZA, Naomi, (Ed.). 1995. *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*. New York: Oxford University Press. Ainda: Chigara, Ben. 2002. *Amnesty in International Law: The Legality under International Law of National Amnesty Laws*. Harlow, UK: Longman e

Mallinder, Louise. 2008. *Amnesty, Human Rights and Political Transitions: Bridging the Peace and Justice Divide*. Oxford, UK: Hart Publishing.

SCALABRINO M., *Per Non Dimenticare – Violazioni dei Diritti Umani e Leggi di Amnistia in America Latina*, Milano, Vita e Pensiero (V&P), 2007, pp. 93–145 and 169–213;

URUGUAI . *Servicio Paz y Justicia, Uruguay Nunca Más: Human Rights Violations, 1972-1985* (Temple University Press, Philadelphia 1992)

VASCONCELOS, E. R. . A ADPF 153 e a obrigação de responsabilizar os autores de crimes nucleares: análise do caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. *Revista Jurídica da FA7*, v. VIII, p. 000-0, 2011.

VASCONCELOS, E. R. . A investigação penal dos crimes de seqüestro, homicídio e ocultação de cadáver na guerrilha do araguaia: uma conciliação parcial entre a ADPF 153 do STF e o caso gomes Lund vs. Brasil da corte IDH. *Revista Acadêmica da Escola Superior do Ministério Público do Estado do Ceará*, v. III, p. 001-017, 2011.

VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. SP: Martins Fontes, 2007. p. 17

VINUESA, Raúl Emilio, 'Direct Applicability of Human Rights Conventions within the Internal Legal Order: The Situation in Argentina' in Conforti, Benedetto and Francesco Francioni (eds), *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts* (International Studies in Human Rights, Vol. 49, Martinus Nijhoff Publishers, Hague 1997).

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

CHOUKR, Fauzi Hassan. Diálogos possíveis entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos no "Caso Araguaia": uma defesa ampla, geral e irrestrita dos direitos humanos? *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 2, n. 1, p. 269 - 299, 2016. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v2i1.24>

