



Revista
Brasileira de
Direito
Processual
Penal

Volume 10 - Nº 01 - jan./abr. 2024

ISSN 2525-510X

<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v10i1>



IBRASPP

EXPEDIENTE / MASTHEAD

EDITORES-CHEFES / EDITORS-IN-CHIEF

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

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

EDITORES-ASSOCIADOS / ASSOCIATE-EDITORS

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

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

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

EDITORES-ASSISTENTES / ASSISTANT-EDITORS

Prof. Dr. Bruno Augusto Vigo Milanez (Universidade Federal do Paraná, Curitiba/PR, Brasil)  

Me. Daniela Dora Eilberg (Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes, Kuala Lumpur, Malásia)  

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

Prof. Dr. Felipe da Costa De-Lorenzi (Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis/SC, Brasil)  

- Prof. Dra. Fernanda Vilares (Fundação Getúlio Vargas, São Paulo/SP, Brasil)  
- Prof. Dr. Luiz Eduardo Cani (Faculdade Avantis, Balneario Camboriu/SC, Brasil)  
- Prof. Dra. Manuela Abath Valença (Universidade Federal de Pernambuco, Recife/PE, Brasil)  
- Me. Mattia Giangreco (Università degli Studi di Catania, Catania, Italia) 
- Dra. Michelle Barbosa de Brito (Pesquisadora independente, Belém/PA, Brasil, Brasil)  
- Prof. Dr. Rafael de Deus Garcia (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP - Brasília/DF, Brasil)  

CONSELHO EDITORIAL / EDITORIAL BOARD

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

Prof. Dr. Rui Cunha Martins, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal
Prof. Dr. Stefano Ruggeri, Università degli Studi di Messina, Messina, Italia
Prof. Dra. Teresa Armenta Deu, Universidad de Girona, Girona, España
Prof. Dra. Vania Patanè, Università degli Studi di Catania, Catania, Italia

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

Ana Isabel Blanco (Universidad de Valencia, Valencia, España)
Ana María Neira Pena (Univeresidad Da Coruña, A Coruña, España)
Anna Carolina Canestraro (Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil)
Antonio E. Ramires Santoro (Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro/RJ, Brasil)
Chiavelli Fazenda Falavigno (Universidade Federal de Santa Catarina - Florianópolis/SC, Brasil)
Diogo Malan (Universidade Federal do Rio de Janeiro e Universidade Estadual do Rio de Janeiro - Rio de Janeiro/RJ, Brasil)
Elena Laro-González (Universidad de Sevilla, Sevilla, España)
Fauzi Hassan Choukr (Faculdades de Campinas - Campinas, São Paulo, Brasil)
Felipe da Veiga Dias (Atitus Educação, Passo Fundo, RS, Brasil)
Fernanda Lima e Silva (Universidade de Brasília, Brasília/DF, Brasil)
Fernanda Ravazzano Lopes Baqueiro (Universidade Católica de Salvador - Salvador/BA, Brasil)
Heloisa Estellita (Fundação Getúlio Vargas - São Paulo/SP, Brasil)
Jéssica Oníria Ferreira de Freitas (Universidade Federal do Paraná, Curitiba/PR, Brasil)
João Paulo Orsini Martinelli (Instituto de Direito Público - São Paulo/SP, Brasil)
Karolina Kremens (Uniwersytet Wrocławski, Wrocław, Poland)
Luíza Borges Terra (Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, Espanha)
Maite Aguirrezabal Grünstein (Universidad de los Andes, Santiago, Chile)
Manuel Monteiro Guedes Valente (Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, Portugal)
Maria Eduarda Azambuja Amaral (Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil)
Mónica María Bustamante Rúa (Universidad de Medellín, Medellín, Colômbia)

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

Ramón Beltrán Calfurrapa (Universidad de Atacama, Copiapó, Chile)

Silvana Adaros Rojas (Universidad de Viña del Mar, Viña del Mar, Chile)

Wojciech Jasiński (Uniwersytet Wrocławski, Wrocław, Poland)

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

Sumário

Fundamentos de Direito Processual Penal

Fundamentals of criminal procedure

Desnaturalización del doble conforme y desbordamiento de carga procesal en el Perú a propósito de la Ley N° 31592, ley que modifica la condena del absuelto

Denaturation of double compliance and overflow of procedural burden in Peru regarding Law N° 31592, law that modifies the condemnation of the acquitted

Omar Pezo Jimenez

Carlos Augusto Bellodas Ticona

Américo Alca Gómez

¿Qué se ha investigado en América Latina sobre condenas e imputaciones erróneas? Una revisión sistemática de la literatura disponible en el período 2010-2023

What has been researched on wrongful convictions and prosecutions in Latin America? A systematic review of the available literature (2010-2023).

Víctor Beltrán Román

Mauricio Duce Julio

A titularidade do direito à não autoincriminação pelas pessoas coletivas em processo penal

The privilege against self-incrimination by legal entities in criminal procedures

Pedro Augusto Amaral Dassan

Persecução penal: investigação, juízo oral e etapa recursal

Criminal prosecution: investigation, public oral trial and appeal

Decidindo não decidir: a atuação penal do STF durante a pandemia de Covid-19

Deciding not to decide: the criminal rulings of the Brazilian Supreme Court during the Covid-19 pandemic

Daniel Wei Liang Wang

Lúcia Moraes Abreu Ferreira

Matheus de Barros

Julia Abrahão Homs

Mariana Morais Zambom

Ezequiel Fajreldines dos Santos

Paulo Sergio de Albuquerque Coelho Filho

Acordo de Não Persecução Penal (ANPP): aspectos gerais e observações sobre a confissão extrajudicial

Criminal Non-Prosecution Agreement: general aspects and comments about the extrajudicial confession

Rogério Schietti Cruz

Eduardo Martins Neiva Monteiro

Acordo de Não Persecução Penal como instrumento político-criminal: possibilidades, reconfigurações jurisprudenciais vinculantes e os novos rumos do processo penal brasileiro.

Criminal Non-Prosecution Agreement as a political-criminal instrument: possibilities, binding jurisprudential reconfigurations, and the new directions of the Brazilian criminal procedure.

Gabriel Antinolfi Divan

Nestor Eduardo Araruna Santiago

Hacia una “teoría” de los “juicios abreviados”: Necesidad de imponer límites legales y deontológicos para su aplicación.

Towards a plea-bargaining theory: Need to impose legal and deontological limits for its use

Gabriel Ignacio Anitua

Mariano Sicardi

Teoria da Prova Penal

Criminal evidence theory

El estándar de suficiencia probatoria para crímenes de lesa humanidad

Standard of proof for crimes against humanity

Gustavo Poblete Espíndola

Execução Penal

Criminal Execution

Legalidade “versus” jurisdicionalidade na execução penal? Ônus financeiro da monitoração eletrônica em decisões do TRF-4

Legality “versus” jurisdictionality in penal execution? Financial burden of electronic monitoring in brazilian TRF-4 decisions

Thyerrí José Cruz Silva

Samyle Regina Matos Oliveira

Processo Penal em perspectiva interdisciplinária
Criminal Procedure in an Interdisciplinary Perspective

Intersecções entre o Eficientismo Processual Penal e o Neoliberalismo
Intersections between Criminal Procedural Efficiency and Neoliberalism

Marcos Eugênio Vieira Melo

André Rocha Sampaio

Ensino e pesquisa científica em processo penal
Teaching and scientific research in criminal procedure law

La enseñanza del Derecho Procesal Penal desde el constructivismo antiformalista

The teaching of criminal procedural law from anti-formalist constructivism

Juan Sebastian Alejandro Perilla Granados

**Fundamentos de
Direito Processual Penal**

*Fundamentals of
criminal procedure*

Desnaturalización del doble conforme y desbordamiento de carga procesal en el Perú a propósito de la Ley N° 31592, ley que modifica la condena del absuelto

Denaturation of double compliance and overflow of procedural burden in Peru regarding Law N° 31592, law that modifies the condemnation of the acquitted

Omar Pezo Jimenez¹

Universidad Privada de Tacna – Tacna, Perú

omapezo@virtual.upt.pe

 <https://orcid.org/0000-0001-7932-7206>

Carlos Augusto Bellodas Ticona²

Universidad Nacional Jorge Basadre Grohmann – Tacna, Perú

carlos.bellodas@unjbg.edu.pe

 <https://orcid.org/0000-0001-6602-0432>

Américo Alca Gómez³

Universidad Nacional Jorge Basadre Grohmann – Tacna, Perú

aalcag@unjbg.edu.pe

 <https://orcid.org/0000-0001-6397-1814>

-
- ¹ Abogado y cuenta con una maestría en Derecho con mención en Ciencias Penales, una maestría en Gerencia y Administración en Educación y una maestría en Psicología Jurídica. Es doctor en Derecho de la Universidad Privada de Tacna, becario de la OEA para estudios en Gobierno y Gestión de la Justicia en la Universidad de los Andes (Colombia). Es profesor universitario en la Facultad de Derecho de la Universidad Privada de Tacna.
 - ² Abogado por la Universidad Nacional Jorge Basadre Grohmann, Maestro en Derecho con mención en Derecho Penal y Derecho procesal penal.
 - ³ Licenciado en Educación, Abogado, tiene una maestría en Educación con mención en Docencia y Gestión Educativa. Es docente de la Universidad Nacional Jorge Basadre Grohmann y capacitador en proyectos educativos en Comunicación y Tutoría.

RESUMEN: El objetivo fue analizar las implicancias asociadas a la promulgación de la Ley N° 31592, promulgada el 26 de octubre de 2022, que introduce modificaciones significativas en el Código Procesal Penal respecto a la condena del absuelto. Para estos efectos, se analizó si dicha norma se ajustaba a los estándares nacionales e internacionales en lo referente a la conformidad judicial, así como examinar su viabilidad y efectividad de las impugnaciones de las condenas de absueltos. Se adoptó un enfoque metodológico mixto durante un período prolongado, abarcando el análisis de resoluciones judiciales emitidas entre el periodo 2010 - 2022. Mediante un minucioso análisis, se arribó a la conclusión de que el principio del doble conforme debe aplicarse exclusivamente al condenado, resaltando que las impugnaciones relacionadas con las condenas de absolución deben ser competencia de una Sala Penal o Mixta perteneciente a un Distrito Judicial, en lugar de ser atribución de la Corte Suprema. En consecuencia, la modificación introducida por esta Ley es altamente perjudicial en virtud de las posibles dificultades que podría ocasionar en la operatividad de los procesos de apelación, así como su potencial para debilitar el principio del doble conforme, que constituye un pilar fundamental en el sistema judicial.

PALABRAS CLAVES: Carga procesal; condena del absuelto; desnaturalización; doble conforme; operatividad judicial; Perú.

ABSTRACT: *The objective was to analyze the implications associated with the enactment of Law No. 31592, enacted on October 26, 2022, which introduces significant modifications to the Criminal Procedure Code regarding the condemnation of acquitted. For these purposes, it was analyzed whether the norm complied with national and international standards regarding judicial conformity, as well as examining its viability and effectiveness of challenges to the sentences of acquitted persons. A mixed methodological approach was adopted over an extended period, to include the analysis of judicial resolutions issued between the period 2010 - 2022. Through an analysis, it was concluded that the principle of double conformity should be applied exclusively to the convicted person, highlighting that challenges related to acquittal sentences should be the responsibility of a Criminal or Mixed Chamber belonging to a Judicial District, instead of being the responsibility of the Supreme Court. Consequently, the modification introduced by this Law is highly harmful due to the possible difficulties*

that it could cause in the operation of the appeal processes, as well as its potential to weaken the principle of double compliance, which constitutes a fundamental pillar in the judicial system.

KEYWORDS: *Procedural burden; conviction of acquitted; denaturalization; double jeopardy; judicial operability; Perú.*

1. INTRODUCCIÓN

En el desenlace de un proceso judicial, los jueces emiten una sentencia que refleja su decisión respecto al caso que se les ha presentado. Esta determinación final surge del razonamiento llevado a cabo por seres humanos, es decir, por los propios jueces, quienes, como se ha mencionado anteriormente, son, ante todo, seres humanos. En consecuencia, es posible que estas resoluciones judiciales presenten errores o deficiencias de diversas índoles. Tal situación es inherente a la falibilidad de los órganos jurisdiccionales, ya que resulta inevitable e ineludible debido a su naturaleza humana⁴. Debido a la posibilidad de que el órgano jurisdiccional cometa errores, se establecen mecanismos para impugnar las resoluciones que podrían contener dichos errores. Estos mecanismos se conocen como recursos. Así, con el objetivo de corregir los errores o vicios presentes en las decisiones judiciales, subsanar resoluciones incorrectas, garantizar la justicia tanto en su fondo como en su forma, y proteger los derechos de los justiciables, se establece un sistema de medios de impugnación de las decisiones judiciales⁵.

⁴ RODRIGUEZ, Luis. La humanidad del árbitro, contingente óbice a la cosa juzgada en el arbitraje: Análisis al recurso extraordinario de anulación del laudo arbitral. *Boletín del Instituto de Estudios Constitucionales*, Colombia, v. 1, n. 29, p. 127-142, 2012. <https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/BIEC/article/download/1345/1071/>

⁵ VILLAGÓMEZ, Byron; CALLE, Rubén; GARRIDO, Valeria. Declaratoria incidental de inconstitucionalidad por omisión para garantizar el derecho al doble conforme en materia penal. *Boletín Jurisprudencial*, Ecuador, v. 1, n. 1, p. 89-101, 2021. <http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblio/texto/BJMCCE/202201/202201-2.pdf>

En el ámbito penal, al concluir un proceso penal, el órgano judicial encargado de emitir un fallo puede dictar una sentencia condenatoria o absolutoria. En el caso de esta última, el representante del Ministerio Público tiene la facultad de impugnar la absolución. Ante esta situación, la Sala Superior Penal puede confirmar la absolución o revocarla, y en su lugar, ordenar la condena de la persona en cuestión por primera vez. Es así como surge en el Código Procesal Penal del 2004⁶ la figura procesal de la condena del absuelto en el Perú.

Dicho de otro modo, con esta figura se otorga la facultad a la Sala de Apelaciones a condenar a una persona absuelta⁷. De esta manera, el legislador introduce una figura que no estaba contemplada en el Código de Procedimiento Penal de 1940⁸. Con dicho cuerpo normativo, en caso de apelación de sentencias, solo se permitía interponer el recurso de nulidad, el cual podía resultar en la confirmación de una absolución o en

⁶ El Código Procesal Penal de 2004, antes de la emisión de la Ley N° 31592, establecía lo siguiente: “Artículo 419°.- *Facultades de la Sala Penal Superior: (...) 2. El examen de la Sala Penal Superior tiene como propósito que la resolución impugnada sea anulada o revocada, total o parcialmente. En este último caso, tratándose de sentencias absolutorias podrá dictar sentencia condenatoria. (...)*” “Artículo 425°.- *Sentencia de Segunda Instancia (...) 3. La sentencia de segunda instancia, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 409°, puede: (...) b) Dentro de los límites del recurso, confirmar o revocar la sentencia apelada. Si la sentencia de primera instancia es absolutoria puede dictar sentencia condenatoria imponiendo las sanciones y reparación civil a que hubiere lugar o referir la absolución a una causa diversa a la enunciada por el Juez. Si la sentencia de primera instancia es condenatoria puede dictar sentencia absolutoria o dar al hecho, en caso haya sido propuesto por la acusación fiscal y el recurso correspondiente, una denominación jurídica distinta o más grave de la señalada por el Juez de Primera Instancia. También puede modificar la sanción impuesta, así como imponer, modificar o excluir penas accesorias, conjuntas o medidas de seguridad (...)*”.

⁷ VARGAS, Roger; BURGOS, Víctor. La condena del absuelto y el derecho al recurso amplio e integral, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Ciencia y Tecnología*, Perú, v. 14, n. 2, 41-52, 2018. <https://revistas.unitrु.edu.pe/index.php/PGM/article/view/2037>

⁸ El Código de Procedimiento Penales de 1940 establece lo siguiente: “Artículo 301. *Absolución: Si la Corte Suprema no considera fundada la sentencia condenatoria o resulta que la acción penal ha prescrito o que el reo ha sido ya juzgado y condenado o absuelto por el mismo delito, puede anular dicha sentencia y absolver al condenado, aún cuando éste no hubiese opuesto ninguna de estas excepciones. En caso de sentencia absolutoria sólo puede declarar la nulidad y ordenar nueva instrucción o nuevo juicio oral.*”

la declaración de nulidad del juicio. Sin embargo, no se tenía la facultad de revocar una sentencia absolutoria ni de disponer una condena.

Entonces, la condena del absuelto busca modificar la sentencia dictada en primera instancia para que, en segunda instancia, se condene a la persona involucrada. En resumen, esta figura jurídica de naturaleza procesal representa la primera condena de una persona en segunda instancia, considerando que en primera instancia fue absuelta.

1.1. CRÍTICAS A LA CONDENA DEL ABSUELTO

Sobre las críticas a la condena del absuelto se formularon, entre otras, las siguientes: **i)** Vulneraba el derecho de la pluralidad de instancia, concretamente el doble conforme, puesto que no se podía impugnar por segunda vez de forma amplia una condena, únicamente el sentenciado contaba con el recurso de Casación. Empero dicho recurso es extraordinario, limitado. Dicho de otro modo, se ve mermado el derecho de doble conforme que le asiste únicamente a todo sentenciado, en tanto exige la revisión amplia y holgada de su condena por segunda vez; no obstante, en este caso no se brindaba dicha posibilidad⁹; **ii)** Conculcaba el derecho de defensa en tanto al impugnar mediante el recurso de Casación solo podría alegar cuestiones de derecho, más no otros aspectos. En consecuencia, el derecho de defensa era constreñido a solo dicho aspecto. Además, resquebraja este derecho en tanto no existe recurso para evitar que una segunda condena quede firme¹⁰; **iii)** Flagrante vulneración al derecho del plazo razonable, en tanto se aplicaba nulidades continuas de juicios a nivel de segunda instancia. Tal es así que la condena del absuelto implicaba constantes juicios, lo que hacía que el poder punitivo del Estado se torne *ad infinitum*¹¹; **iv)** La condena del absuelto soslayaba el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles¹² y Políticos y el

⁹ SALAS, Jorge. Condena del absuelto. *Reformatio in peius* cualitativa. (1a ed.). IDEMSA. 2011.

¹⁰ Casación N°454-2014-Arequipa.

¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. STC N° 00461-2022-PHC/TC

¹² El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos preceptúa lo siguiente: “Artículo 14 (...) 5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho

artículo 8.2.h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹³, que preceptúa la posibilidad que una persona impugne una condena de forma integral, toda vez que no brindaba la posibilidad de recurrir la condena emitida por primera vez en segunda instancia¹⁴; v) Aunado a lo aludido, la condena del absuelto suponía un desmedro al principio de inmediación, en tanto la Sala Penal no puede tener cercanía de primera mano con el caudal probatorio, toda vez que el *ad quem* no puede otorgar valor probatorio distinto al que el *ad quo* merituó en su oportunidad, es decir, circunscrito a resultados de lo definido en primera instancia.¹⁵

Estos cuestionamientos intentaron ser superados con la Ley N° 31592, publicada en el diario “El Peruano” el 26 de octubre de 2022, desde dos aristas, brindando a todas las partes la posibilidad de impugnar la condena de un absuelto; y, dicha impugnación sería de conocimiento de la Sala Penal de la Corte Suprema; modificación normativa nociva para el ordenamiento jurídico peruano, tal como se explicará en las líneas siguientes, pues repercutirá negativamente en la administración de justicia, en tanto la competencia otorgada a la Corte Suprema implicará una demora en la tramitación de una causa; y, se estaría desnaturalizando el doble conforme habida cuenta que le corresponde solo al encausado, más a no a todas las partes.

Para mayores precisiones, se debe enfatizar que el derecho de pluralidad de instancia y el derecho al doble conforme son derechos disímiles. Tal como se mencionó anteriormente, presentan características

a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. (...)”

¹³ La Convención Americana sobre Derechos Humanos detalla lo siguiente: “Artículo 8. Garantías Judiciales (...) 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) h. Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. (...)”

¹⁴ ORÉ, Arsenio. *Derecho Procesal Penal Peruano: Análisis y comentarios al código procesal penal* (Gaceta Jurídica S.A. (ed.); Primera ed). Derecho Procesal Penal Peruano. Tomo III, 2016

¹⁵ SÁNCHEZ, Juan. La condena del absuelto en el Código Procesal Penal de 2004. En *Manual del Código Procesal Penal* (pp. 229-249.). Gaceta Jurídica, 2011.

y fundamentos diversos¹⁶. Ambos derechos mencionados presentan sus propias particularidades, peculiaridades y aplicaciones específicas. Sin embargo, existe una considerable confusión al relacionarlos de manera sinónima, cuando en realidad son conceptos distintos. Por lo tanto, es necesario distinguir claramente estos aspectos: por un lado, el derecho a la pluralidad de instancia está diseñado para revisar una decisión judicial; mientras que el derecho al doble conforme se centra en la revisión de un fallo condenatorio en segunda instancia¹⁷.

En relación a los sujetos legitimados, el derecho a la doble instancia corresponde a todas las partes involucradas en el proceso; mientras que el derecho a la doble conformidad se reserva de manera exclusiva al sentenciado¹⁸. Desde la perspectiva del acto procesal que tiene como objetivo cuestionar los derechos mencionados, el derecho a la pluralidad de instancia busca corregir errores o vicios presentes en todas las resoluciones judiciales. Sin embargo, el derecho al doble conforme se enfoca exclusivamente en las sentencias condenatorias¹⁹. En síntesis, es importante no equiparar ambos derechos, aunque se podría decir que el derecho a la pluralidad de instancia y el derecho al doble conforme guardan una relación de género a especie, pero no son similares ni idénticos en su naturaleza y alcance²⁰. Considerando que el

¹⁶ CAMPAZ, Jhonatan. Algunos aspectos relevantes sobre el origen y evolución del derecho a la doble conformidad en el derecho penal. *Revista Pensamiento Penal*, Argentina, v. 1, n. 433, p. 1-46, 2022. <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/ARTICULO%20LISTO.pdf>

¹⁷ RODRIGUEZ, María; IBARRA, Cristian. El principio de la doble conformidad en el sistema penal acusatorio colombiano: análisis desde el paradigma garantista. *Principia Iuris*, Colombia, v. 17, n. 37, p. 112-129, 2020. <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/view/2162>

¹⁸ CAMPOS, José. El derecho a la doble instancia y el principio de doble conformidad: una contradicción inexistente. *Revista Judicial*, Costa Rica, v. 1, n. 118, p. 147-158, 2016. https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/images/DocsRevista/revistajudicial_118.pdf

¹⁹ ACOSTA, Juan; MORENO, Natalia; HERNÁNDEZ, Juan. Una mirada jurídica al caso Arias ya la doble conformidad. Comentarios a la Sentencia SU-146 de 2020 de la Corte Constitucional. *Nuevo Foro Penal*, Colombia, v. 16, n. 95, p. 255-278, 2020. <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/6812>

²⁰ HERBEL, Gustavo; FAVAROTTO, Ricardo. Un límite crucial al recurso acusatorio: el doble conforme (La Suprema Corte bonaerense en su laberinto).

derecho a la pluralidad de instancia engloba el derecho al doble conforme y se encuentra presente en todo el ordenamiento jurídico, es importante señalar que el doble conforme está específicamente fundamentado en el ámbito del proceso penal y puede ser invocado cuando se emite una condena contra una persona.

1.2. IMPORTANCIA DEL DOBLE CONFORME

En relación al doble conforme, conocido también como el derecho de impugnación especial o garantía de doble conformidad, se presenta como una salvaguarda arraigada en el ámbito penal frente a la condena de una persona por la comisión de un delito²¹. Dicho de otra forma, es aquel derecho destinado a impugnar ampliamente una condena²². Lo que no es más que la prerrogativa del sentenciado de incoar una impugnación por ser condenado, a efectos de buscar la revisión de su condena²³. A partir de lo expuesto, se desprende que el doble conforme constituye un derecho exclusivo y excluyente del condenado, permitiéndole impugnar una condena. En resumen, este principio se establece en beneficio de una persona que ha sido condenada en un proceso penal²⁴.

El objeto de este derecho es afianzar la presunción de inocencia de un individuo frente a una primera condena, al mismo tiempo que busca

Nueva Crítica Penal, Argentina, v. 3, n. 5, p. 33-52, 2021. <http://revista.criticapenal.com.ar/index.php/nuevacriticapenal/article/view/70>

²¹ CAMPAZ, Jhonatan. Algunos aspectos relevantes sobre el origen y evolución del derecho a la doble conformidad en el derecho penal. *Revista Pensamiento Penal*, Argentina, v. 1, n. 433, p. 1-46, 2022. <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/ARTICULO%20LISTO.pdf>

²² MELÉNDEZ, Víctor; VÁZQUEZ, David. La vulneración al principio del doble conforme en las contravenciones de tránsito que no impliquen a la privación de la libertad. *Polo del Conocimiento*, Ecuador, v. 6, n. 1, p. 941-962, 2021. <https://polodelconocimiento.com/ojs/index.php/es/article/view/2191>

²³ MICHELINI, Julia. Los contornos de la garantía del doble conforme en el ordenamiento jurídico argentino. *Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal*, Argentina, v. 1, n. 1, p. 1-31, 2021. <https://riu.austral.edu.ar/handle/123456789/1479?show=full>

²⁴ TIEZZI, Florencia. Doble conforme: La Garantía del imputado. *Revista Argumentos*, Argentina, v. 1, n. 5, p. 38-56, 2017. <http://revistaargumentos.justiciacordoba.gob.ar/>

equilibrar y compensar la disparidad existente entre la parte acusadora y el acusado en un proceso penal²⁵. Además de lo mencionado anteriormente, este derecho ofrece la oportunidad de llevar a cabo un doble examen de culpabilidad de un individuo frente a una imputación por un delito²⁶.

Cabe destacar que este derecho otorga mayor credibilidad a las decisiones judiciales y proporciona una mayor seguridad en los derechos de los justiciables, especialmente de aquellos que han sido condenados²⁷. En este sentido, la posibilidad de impugnar una condena permite corregir errores o vicios presentes en dichas condenas, evitando así la arbitrariedad en un proceso penal²⁸. De manera indiscutible, el doble conforme constituye un derecho establecido con el fin de evitar que la administración de justicia se desmedida y se desborde en contra del encausado.

En este contexto, el doble conforme implica que el medio de impugnación sea ordinario, simple, eficaz y accesible para que el sentenciado pueda apelar la condena, y debe ser revisado por un órgano diferente al que emitió dicha condena²⁹. Lo mencionado importa que el recurso no debe ser de carácter extraordinario, evitando trabas que dificulten su interposición y que cumpla con el propósito de revisar exhaustivamente la condena.

²⁵ MICHELINI, Julia. Los contornos de la garantía del doble conforme en el ordenamiento jurídico argentino. *Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal*, Argentina, v. 1, n. 1, p. 1-31, 2021. <https://riu.austral.edu.ar/handle/123456789/1479?show=full>

²⁶ HERBEL, Gustavo; FAVAROTTO, Ricardo. Un límite crucial al recurso acusatorio: el doble conforme (La Suprema Corte bonaerense en su laberinto). *Nueva Crítica Penal*, Argentina, v. 3, n. 5, p. 33-52, 2021. <http://revista.criticapenal.com.ar/index.php/nuevacriticapenal/article/view/70>

²⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Mohamed Vs. Argentina. En: CIDH, *Sentencia de 23 de noviembre de 2012 (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas)*. Argentina, 2012, p. 1-60.

²⁸ MICHELINI, Julia. Los contornos de la garantía del doble conforme en el ordenamiento jurídico argentino. *Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal*, Argentina, v. 1, n. 1, p. 1-31, 2021. <https://riu.austral.edu.ar/handle/123456789/1479?show=full>

²⁹ GIRALDO, Gabriel. La doble conforme como garantía mínima del debido proceso en materia penal (Reflexiones de cara al derecho a recurso contra el fallo condenatorio en el orden jurídico-penal colombiano). *Ratio Juris*, Colombia, v. 10, n. 21, p. 139-164, 2015. <https://www.redalyc.org/pdf/5857/585761326006.pdf>

1.3. CONSECUENCIAS NEGATIVAS DE LA COMPETENCIA DE LA SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA

Es importante virar la perspectiva analítica de la condena del absuelto en lo que concierne a la competencia ante su impugnación y la carga procesal de la Corte Suprema, atendiendo a la modificatoria con la Ley N° 31592. El máximo Órgano de justicia ordinaria en Perú soporta la carga procesal de más de 30 distritos judiciales en el Perú. Desde esa perspectiva, ese dato permite evidenciar la cuantiosa carga procesal que asumen las Salas que la componen. Como contrapartida, son más de 50 salas entre penales y mixtas en el Perú que también cuentan con carga procesal. No obstante, las mismas son solo de su distrito judicial, más no de todo el país.

En articulación a ello, trasladar la competencia de la apelación de la condena de un absuelto a la Sala Penal de la Corte Suprema podría repercutir negativamente desde varias ópticas, tales como la sobrecarga procesal; la demora en la consecución del proceso; menguar el principio de igualdad; gastos de parte del Estado en mayores recursos humanos y logísticos; además de que las partes que no residan en la capital irroguen grandes gastos por su traslado, de los órganos de prueba, de documentales, peritos y demás medios probatorios a la ciudad de Lima, entre otros problemas.

1.4. TRABAJOS PREVIOS RELACIONADOS

En cuanto a trabajos previos relacionados a la presente investigación se presenta, de manera imprescindible, el estudio de Michelini³⁰ que revisó integralmente lo concerniente al doble conforme, concluyendo que esta garantía le asiste únicamente al sentenciado, más no a todas las partes y el órgano destinado a revisar dicha causa podría ser el órgano horizontal siguiente de turno. Así, además, se proyecta el escenario provisto por

³⁰ MICHELINI, Julia. Los contornos de la garantía del doble conforme en el ordenamiento jurídico argentino. *Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal*, Argentina, v. 1, n. 1, p. 1-31, 2021. <https://riu.austral.edu.ar/handle/123456789/1479?show=full>

la investigación de Tiezzi ³¹ donde indicó que el doble conforme no podría ser una garantía bilateral instituida en favor del sentenciado y la víctima, de lo contrario importaría un desbordamiento irracional del poder punitivo del Estado, pues dicha garantía se erigió para intentar equiparar y compensar al sujeto más débil de un proceso penal: el sentenciado. Finalmente, otro estudio trascendente es el de Giraldo ³² quien, luego de un análisis exegético y comparado del doble conforme, determinó que este está siendo relegado y desprotegido en países de Sudamérica, pese a que los mismos tienen obligaciones a la luz del Pacto de San José; por ende, merece que el sentenciado tenga una oportuna protección en cuanto a su doble conforme.

En consecuencia, se busca con la presente investigación un análisis cuantitativo y cualitativo de las consecuencias que traería la Ley N° 31592 con la que se modifica el Código Procesal Penal sobre la condena del absuelto. En tal sentido, el propósito de esta investigación es establecer si la ley anotada estaría acorde a los baremos nacionales y supranacionales respecto a la conformidad judicial; y, si se otorgaría operatividad en la consecución de su trámite, habida cuenta el aparato judicial que resolvería las impugnaciones de la condena del absuelto.

2. METODOLOGÍA

En lo que concierne al nivel metodológico que se utilizó en el presente trabajo es explicativo, en tanto se pretende formular las razones respecto a la problemática del tema investigado. En esta investigación se utilizó la técnica de revisión de sentencias jurisprudenciales electrónicas³³

³¹ TIEZZI, Florencia. Doble conforme: La Garantía del imputado. *Revista Argumentos*, Argentina, v. 1, n. 5, p. 38-56, 2017. <http://revistaargumentos.justiciacordoba.gob.ar/>

³² GIRALDO, Gabriel. La doble conforme como garantía mínima del debido proceso en materia penal (Reflexiones de cara al derecho a recurso contra el fallo condenatorio en el orden jurídico-penal colombiano). *Ratio Juris*, Colombia, v. 10, n. 21, p. 139-164, 2015. <https://www.redalyc.org/pdf/5857/585761326006.pdf>

³³ BONACORSI, Juliana; FEFERBAUM, Marina; PINHEIRO, Marcel. ¿Mi trabajo necesita jurisprudencia? ¿Como puedo usarlo? *Metodología de la investigación*

o, dicho de otra forma, empleamos la jurimetría³⁴ a propósito de la condena del absuelto. Lo anotado en tanto permite brindar conocimiento jurídico y práctico de los más altos órganos internacionales y peruanos³⁵. Respecto al diseño es longitudinal pues se investigaron resoluciones del año 2010 al 2022, tomando dicho marco temporal de la jurisprudencia puesto que el primer caso de la condena del absuelto fue tratado por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, el mismo que data del año 2010; y es a partir de dicha fecha que comenzaron a existir las discrepancias jurisprudenciales en favor y en contra de la condena del absuelto, tanto de las Salas Penales de la Corte Suprema, cuanto de la propia Sala de Derecho Civil, y de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema; incluso el propio el Tribunal Constitucional se encontró inmerso en ello, decantando en contra de la condena del absuelto.

Se decidió estudiar los fallos de las más altas cortes a nivel nacional (Corte Suprema y Tribunal Constitucional), puesto que son los órganos con mayor jerarquía, y son quienes por antonomasia desarrollan lineamientos jurisprudenciales. Se optó por estudiar todas las sentencias de los indicados tribunales, así pues se revisó 4 sentencias del Tribunal Constitucional; 22 Casaciones de las Salas Penales, 1 Casación de la Sala Civil y 1 Consulta de la Sala de Derecho Social y Constitucional, órganos judiciales que corresponden a la Corte Suprema, la máxima instancia a nivel de justicia ordinaria en Perú. Todas estas sentencias fueron extraídas de los portales web del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional. Aunado a lo aludido, se estudió todas las sentencias relacionadas al doble conforme de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, siendo un total de 6 sentencias, mismas que se extrajeron del portal web de la citada Corte. Se incluyó únicamente a la jurisprudencia que está dentro del indicado

en derecho: técnicas y enfoques para la elaboración de monografías, disertaciones y tesis. 99-128, 2019, https://www.idp.edu.br/wp-content/uploads/2018/04/CAP_7_Metodologia_Juridica.pdf

³⁴ FERNÁNDEZ, Ester, et al. Investigación criminológica en los tribunales. *In-Dret*, 3. 160-181, 2021, DOI: 10.31009/InDret.2021.i3.06.

³⁵ ALONSO, Teresa. El aprendizaje del Derecho a través de la jurisprudencia: propuesta de una metodología aplicable a distintas disciplinas jurídicas. *Docencia y Derecho, revista para la enseñanza jurídica universitaria*, 3, 2011, <http://www.uco.es/docenciaderecho/index.php/reduca/article/viewFile/44/59>

marco temporal y tengan relación con el doble conforme, doble grado de jurisdicción, operatividad judicial, y condena del absuelto.

Aunado a lo indicado, se utilizó un enfoque mixto o multimodal, siendo disgregado en dos apartados. De ese modo, la primera división está relacionada a un enfoque cualitativo, mismo que tiene como propósito buscar información referida al derecho de doble instancia, principio de doble conforme, carga procesal a nivel de la Corte Suprema, lo que permite divisar correctamente la naturaleza, componentes, y elementos de cada uno de estos aspectos.

La segunda división es un estudio de campo con un enfoque cuantitativo respecto a la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal Constitucional, Corte Suprema emitidas del 2010 al 2022, sobre la condena del absuelto, doble conforme y pluralidad de instancias; además, se trajo a colación datos cualitativos de las sentencias estudiadas para reforzar este extremo y ser un enfoque mixto.

Seguidamente, se efectuó el tratamiento de la información en una guía de análisis documentos en el programa MS Office 2010 respecto a las variables materia de estudio, analizando el doble conforme y la carga procesal en la Corte Suprema.

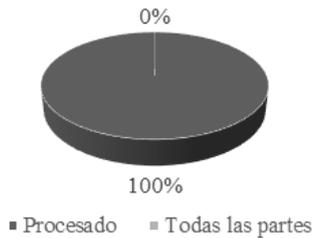
3. RESULTADOS

FIGURA 1. Legitimidad activa del doble conforme según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos



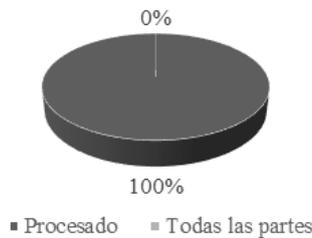
De la figura 1 se puede evidenciar que el 100 % de la jurisprudencia del Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha inclinado por determinar que el sentenciado es el único sujeto a quien le asiste el doble conforme. Más no existe ninguna jurisprudencia del citado tribunal donde establezca que dicho derecho pueda ser extensivo a las demás partes del proceso.

FIGURA 2. Legitimidad activa del doble conforme según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional



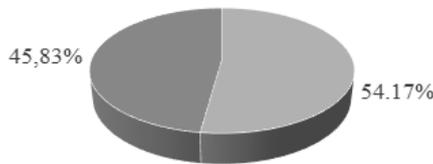
De la figura 1 se puede evidenciar que el 100 % de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú se ha decantado por establecer que únicamente al sentenciado le asiste el doble conforme. Mientras que no existe ni un ápice de inclinación del supremo interprete de la Constitución para que este derecho le asista a todas las partes. Bajo este contexto, se colige que el doble conforme se ha instaurado para solo una parte del proceso, es decir, el condenado.

FIGURA 3. Legitimidad activa del doble conforme según la jurisprudencia de la Corte Suprema



De la figura 2 es posible verificar que el 54.17 % del total de la jurisprudencia revisada emitida por las Sala Civiles, Constitucional y de Derecho Social, y Salas Penales, se ha decantado por establecer que la legitimidad activa del doble conforme le concierne única y exclusivamente al sentenciado. De otro lado, el 45.83 % de las resoluciones estudiadas se inclinan por indicar que no existe problema en cuanto a la condena del absuelto, por ende, no requiere solución. Finalmente, en ninguna resolución revisada se ha divisado que el doble conforme les corresponde a todas las partes del proceso penal.

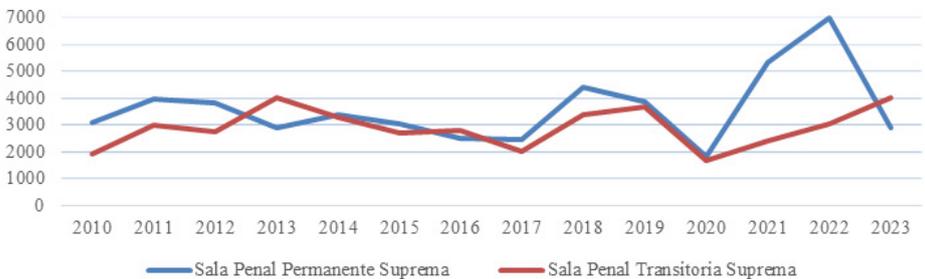
FIGURA 4. Órgano jurisdiccional competente para la impugnación de la condena del absuelto según la jurisprudencia de la Corte Suprema



■ Sala Penal de la Corte Suprema ■ Sala Penal dentro de Distrito Judicial ■ No requiere solución

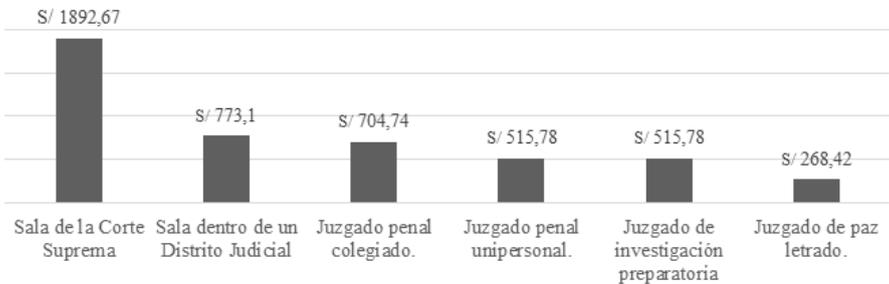
De la figura 3 se advierte que el 54.17 % del total de la jurisprudencia revisada emitida por las Salas que conforman la Corte Suprema se han inclinado por indicar que la impugnación de la condena del absuelto debería ser de competencia de las Salas Penales o Mixtas dentro de un Distrito Judicial. Mientras que en ninguna resolución se determinó que dicha competencia debería ser de la Corte Suprema.

FIGURA 5. Carga de las Salas Penales de la Corte Suprema del Perú



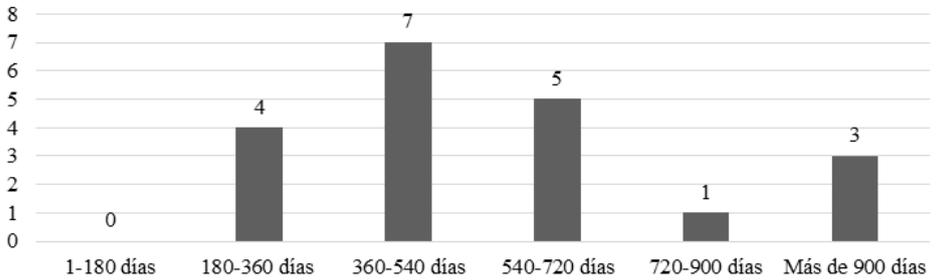
De la figura 4 se puede verificar la cuantiosa carga procesal que atraviesa la Sala Penal Permanente y Transitoria de la Corte Suprema. Así pues, se puede evidenciar la cuantiosa cantidad de casos que se tramitan en estos órganos judiciales. Estos dos órganos judiciales se avocan al conocimiento de distintas causas. Por ejemplo, la Sala Penal Permanente se avoca al conocimiento de causas tramitadas bajo el Nuevo Código Procesal Penal de los más de 30 distritos judiciales, revisando las apelaciones, casaciones, inhabiliciones, transferencias e competencia, quejas, entre otros asuntos. Mientras que la Sala Penal Transitoria tiene a su conocimiento causas tramitadas bajo el antiguo Código de Procedimientos Penales, teniendo bajo su cauce extradiciones, consultas, recusaciones, nulidades, quejas, entre otros expedientes. En síntesis, se advierte la amplia carga procesal desde una perspectiva cualitativa y cuantitativa que tienen las Salas Penales Supremas.

FIGURA 6. Costo por hora de audiencia en los diferentes órganos del Poder Judicial



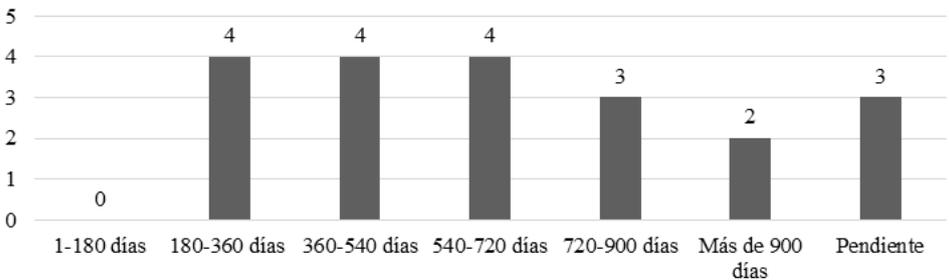
Se puede verificar de la figura 5 el costo por hora de audiencia en los distintos órganos del Poder Judicial, desde el órgano con menor nivel jerárquico, es decir, del Juzgado de Paz Letrado; hasta el órgano con más alto nivel jerárquico, esto es, las Salas de la Corte Suprema. Como se puede advertir, una hora de audiencia en una Sala de la Corte Suprema representa más del doble de gasto de lo que equivale a una hora de audiencia en una Sala dentro de un Distrito Judicial. En otros términos, hay una diferencia ampliamente notoria en cuanto al gasto de dinero para la tramitación de un expediente en cada órgano judicial, pues cada una implica gastos de recursos humanos, logísticos, económicos y demás.

FIGURA 7. Tiempo para resolver apelaciones por parte de las Salas de la Corte Suprema



De la revisión de 20 expedientes concernientes a apelaciones tramitadas ante la Sala Penal de la Corte Suprema se ha evidenciado que ninguno de ellos se ha resuelto en menos de 180 días; mientras que 4 de ellos fueron resueltos desde 180 hasta 360 días, es decir, casi 360 días para que sean resueltos. Es posible apreciar, de igual manera, que 7 casos demoraron al borde de 540 días para ser resueltos, es decir, demoraron hasta 540 días para que el justiciable obtenga respuesta. De otro lado, también se evidenció que 5 casos demoraron hasta 1095 días para que sean atendidos con una resolución; mientras que 1 causa demoró entre 720 a 900 días. Finalmente, 3 expedientes demoraron más de 900 días para ser resueltos, dicho de otro modo, se dilataron para ser resueltos más de 1200 días, tiempo donde un justiciable estuvo esperando una respuesta del Poder Judicial.

FIGURA 8. Tiempo para resolver Casaciones por parte de las Salas de la Corte Suprema



Se revisaron 20 expedientes tramitado bajo el recurso de Casación tramitados ante la Sala Penal de la Corte Suprema, y se ha advertido que cuando menos ningún expediente tuvo una solución en menos de 180 días; mientras que 4 de ellos fueron resueltos desde 180 hasta 360 días, es decir, casi 360 días para que sean resueltos. Además, se ha verificado que 4 expedientes de casación se demoraron para ser resueltos entre 360 a 540 días, esto implica una demora de más de 540 días para obtener una respuesta judicial. Aunado a lo aludido, 3 casaciones se demoraron entre 720 a 900 días para obtener una decisión judicial; y 2 expedientes demoraron más de 1260 días para que se obtenga una Casación, es decir, durante dicho tiempo el justiciable estuvo a la espera de las resoluciones supremas. Finalmente, 3 causas concernientes a una Casación aun no son resueltas; encontrándose pendientes de ser solucionadas, pese a que datan del año 2022.

4.1. REFLEXIONES SOBRE EL DOBLE CONFORME

Hasta lo anotado en estas líneas se ha podido evidenciar que el 100 % de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú se ha decantado por establecer que únicamente al sentenciado le asiste el doble conforme. Esto también es avalado por el 100% de las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues solo al sentenciado le asiste. Dicho razonamiento es confirmado por el 54.17% del total de la jurisprudencia revisada emitida por las Salas de la Corte Suprema, pues establecieron que la legitimidad activa del doble conforme le concierne única y exclusivamente al sentenciado.

Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Herrera Ulloa vs Costa Rica* condenó a Costa Rica por no brindar la posibilidad de impugnar una sentencia, indicado que el doble conforme importa revisar una condena de forma amplia, es decir, una condena, la misma que se impone únicamente al procesado, no a todas las partes. Sumado a lo anotado, en el caso *Barreto Leyva vs Venezuela* indicó que la importancia del doble conforme implica otorgar mayor credibilidad a una condena de un sentenciado, y dota seguridad jurídica a las decisiones judiciales. Lo propio fue acogido en el caso de *Mohamed vs Argentina*, donde se determinó que esta garantía penal de doble conforme es un derecho cuya legitimidad y titularidad es del sentenciado.

Dicho entendimiento ha sido también acogido por el Tribunal Constitucional, donde en casos como Ghisela Quijandria Elias y Harry Danilo Dioses Ávila, el máximo intérprete de la Constitución peruana señaló que el Derecho a la Pluralidad de Instancia estatuido en el artículo 139.6 de nuestra Carta Magna debe interpretarse en el sentido que un sentenciado debe impugnar un fallo condenatorio como mínimo en dos oportunidades, dicho de otro modo, que se respete su doble conforme; no siendo de recibo que se le brinde tan solo dos oportunidades para que su caso sea analizado, al margen que unas de ellas sea condenatorio o no, ello implicaría desnaturalizar la garantizaría supranacional del doble conforme.

En su momento, se verificó que las casaciones 829-2019-Ventanilla; 806-2014-Arequipa, 405-2014-Callao; 542-2014-Tacna; 434-2014-Arequipa; 194-2014-Ancash; 530-2016-Madre de Dios; 280-2013-Cajamarca, entre otras, establecieron que el derecho de pluralidad de instancia en nuestro país debe encontrarse en sintonía con la CIDH y el PIDCP, en tanto se debe respetar el doble conforme del sentenciado, el mismo que brinda la posibilidad de impugnar ampliamente la condena en dos oportunidades. Dicho derecho le asiste y es exclusivo del sentenciado; más no de las otras partes; pues las demás partes del proceso tienen el derecho a la pluralidad de instancia; más no el doble conforme.

En por ello que Tiezzi ³⁶ indicó que el doble conforme es una ultra garantía erigida únicamente para el sentenciado, mas no para todas las partes. Si bien Nuñez³⁷ acota que a que todas las partes le asisten los mismos derechos; empero, ello es relativo, en tanto depende de la situación jurídica en la que determinado sujeto procesal se encuentre, verbigracia, en una condena, donde el perjudicado es el sentenciado. En consecuencia, esta garantía es otorgada excluyentemente al sentenciado para impugnar los fallos condenatorios, a fin de buscar que se superen los

³⁶ TIEZZI, Florencia. Doble conforme: La Garantía del imputado. *Revista Argumentos*, Argentina, v. 1, n. 5, p. 38-56, 2017. <http://revistaargumentos.justiciacordoba.gob.ar/>

³⁷ NÚÑEZ, Fernando. "La condena del imputado absuelto en instancia única y el recurso de casación en el Nuevo Código Procesal Penal". Editorial Grijley y Iustitia, 2013.

errores o vicios que han divisado.³⁸ En efecto, como anota acertadamente Giraldo³⁹ el doble conforme cuenta con un núcleo duro que supone la revisión integral de aspectos fácticos, jurídicos, y probatorios del fallo condenatorio, cuya legitimidad esta circunscrita al sentenciado⁴⁰. De lo contrario, otorgar este doble conforme a todas las partes implicaría una persecución a ultranza del sentenciado; convirtiéndose la obtención de la condena de una persona en el propósito del proceso penal⁴¹. Por consiguiente, tal como indica Tiezzi⁴², ello sería a todas luces un poder punitivo desmedido y desmesurado.

En consecuencia, al ser el *Ius Puniendi* el instrumento más poderoso del Estado y contra el que tiene que enfrentarse un procesado, se instituyen garantías para la parte más débil del proceso, el encausado. Tal como el doble conforme, con el propósito de compensar la desigualdad patente entre las partes. En efecto, Tiezzi⁴³ enfatiza que la inferioridad de condiciones en la que está el procesado importa tener alguna equiparación

³⁸ ARDILA, Norma. La lucha por la aplicación del principio del doble conforme en el proceso penal colombiano. *Cuadernos de Derecho Penal*, Colombia, v. 1, n. 25, p. 17-64, 2021. https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/cuadernos_de_derecho_penal/article/view/2604

³⁹ GIRALDO, Gabriel. La doble conforme como garantía mínima del debido proceso en materia penal (Reflexiones de cara al derecho a recurso contra el fallo condenatorio en el orden jurídico-penal colombiano). *Ratio Juris*, Colombia, v. 10, n. 21, p. 139-164, 2015. <https://www.redalyc.org/pdf/5857/585761326006.pdf>

⁴⁰ GIRALDO, Gabriel. La doble conforme como garantía mínima del debido proceso en materia penal (Reflexiones de cara al derecho a recurso contra el fallo condenatorio en el orden jurídico-penal colombiano). *Ratio Juris*, Colombia, v. 10, n. 21, p. 139-164, 2015. <https://www.redalyc.org/pdf/5857/585761326006.pdf>

⁴¹ CHIRINO, Alfredo. Derecho al recurso del imputado: doble conforme y recurso del fiscal. *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional-tomo II*, p. 173-179. <https://spijweb.minjus.gov.pe/wp-content/uploads/2018/12/sistema-internacional.pdf>

⁴² TIEZZI, Florencia. Doble conforme: La Garantía del imputado. *Revista Argumentos*, Argentina, v. 1, n. 5, p. 38-56, 2017. <http://revistaargumentos.justiciacordoba.gob.ar/>

⁴³ TIEZZI, Florencia. Doble conforme: La Garantía del imputado. *Revista Argumentos*, Argentina, v. 1, n. 5, p. 38-56, 2017. <http://revistaargumentos.justiciacordoba.gob.ar/>

en su favor⁴⁴. En buena cuenta, como anota acertadamente Michelini⁴⁵ este instrumento para contrarrestar el poder punitivo Estatal, con el objetivo de atenuar a lo más mínimo los errores o vicios en las resoluciones judiciales⁴⁶. Evitando de esta forma que se le imponga una decisión injusta al encausado⁴⁷. Este principio forma parte de las garantías mínimas que debe tener todo proceso penal⁴⁸, y sin el cual se tendría un proceso penal extirpado de derechos en favor del encausado. Esta situación *per se* implicará deslegitimar un proceso penal garantista.

A manera de ejemplo, y contrastar a una perspectiva práctica, nos ponemos en el supuesto que le asista la legitimidad para impugnar la condena de un absuelto a todas las partes, la pregunta salta por sí sola: ¿tendría el actor civil (agraviado legitimado en el proceso penal) la posibilidad de impugnar la condena de un absuelto? ¿Qué intereses tendría, pese a que se condenó a la persona que realizó un hecho en su agravio? Que impugnen todas las partes, ¿constituiría ello una triple instancia? Pues sí, en tanto todas las partes intervendrían, todos los sujetos procesales esbozarían sus posturas, pese a que el único perjudicado sería el sentenciado, más no los demás, tanto más cuando uno de los principios de la impugnación implica que exista un gravamen, perjuicio o detrimento a los intereses del sujeto recurrente; menoscabo

⁴⁴ TIEZZI, Florencia. Doble conforme: La Garantía del imputado. *Revista Argumentos*, Argentina, v. 1, n. 5, p. 38-56, 2017. <http://revistaargumentos.justiciaciordoba.gob.ar/>

⁴⁵ MICHELINI, Julia. Los contornos de la garantía del doble conforme en el ordenamiento jurídico argentino. *Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal*, Argentina, v. 1, n. 1, p. 1-31, 2021. <https://riu.austral.edu.ar/handle/123456789/1479?show=full>

⁴⁶ MICHELINI, Julia. Los contornos de la garantía del doble conforme en el ordenamiento jurídico argentino. *Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal*, Argentina, v. 1, n. 1, p. 1-31, 2021. <https://riu.austral.edu.ar/handle/123456789/1479?show=full>

⁴⁷ ARDILA, Norma. La lucha por la aplicación del principio del doble conforme en el proceso penal colombiano. *Cuadernos de Derecho Penal*, Colombia, v. 1, n. 25, p. 17-64, 2021. https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/cuadernos_de_derecho_penal/article/view/2604

⁴⁸ RODRIGUEZ, María; IBARRA, Cristian. El principio de la doble conformidad en el sistema penal acusatorio colombiano: análisis desde el paradigma garantista. *Principia Iuris*, Colombia, v. 17, n. 37, p. 112-129, 2020. <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/view/2162>

que solo le genera al sentenciado, más no al Ministerio Público, actor civil, tercero civil; aunque por principio de analogía *in bonan parte* podría extenderse a una persona jurídica sentenciada por contrariar sus intereses.

Así las cosas, se evidencia que el doble conforme desde una perspectiva convencional significa que solamente el sentenciado cuente con esta prerrogativa de impugnar una condena; no pudiendo arrogarse ni entregarse a otras partes del proceso dicha legitimidad, pues ello implicaría desnaturalizar el doble conforme y vulnerar los mandatos imperativos previstos en los artículos 8.2.h y 14.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, respectivamente. No obstante, esta disposición se encontraría trastocada abiertamente con la Ley N° 31592 que establece que la condena de un absuelto puede ser impugnada por todas las partes, pese a que este doble conforme le es inherente solo al sentenciado. Las otras partes del proceso penal impugnaron a nivel de apelación, e incluso lo podrían realizar en sede de Casación; empero no en impugnación ordinaria de condena del absuelto, puesto que esto también significaría una triple instancia, pues las partes podrían debatir ampliamente todos los aspectos que consideren pertinente, situación totalmente inaceptable en nuestro marco normativo. Por tanto, la Ley N° 31592 que buscó superar el problema de la condena del absuelto, no hace más que mellar y desnaturalizar el doble conforme en cuanto a la legitimidad activa, pues esta debe corresponder solo al sentenciado.

4.2. REFLEXIONES SOBRE LA OPERATIVIDAD JUDICIAL

En cuanto a la competencia de la impugnación de condena del absuelto, el 54.17% del total de la jurisprudencia emitida por las Salas que conforman la Corte Suprema han determinado que impugnación de la condena del absuelto debería ser de competencia de las Salas Penales o Mixtas dentro de un Distrito Judicial. Situación que sería razonable y que evitaría el desbordamiento de la carga procesal, en tanto sea otra Sala de un Distrito Judicial la que se avoque el conocimiento de la impugnación. Empero, con la Ley N° 31592 se dispuso que esta competencia es trasladada a la Corte Suprema.

Esto de forma patente significará un abarrotamiento de las altamente cargadas Salas Penales, no brindando operatividad plena en su trámite. Así pues, de la figura 5 se puede verificar la amplia carga que atraviesa las Salas Penales de la Corte Suprema, teniendo - hasta la fecha - a su cargo más de 6500 expedientes, tales como Casaciones, Apelaciones, Quejas, Extradiciones, Nulidades, transferencias de competencias, entre otras causas.

Asimismo, se puede evidenciar de la figura 6 la excesiva onerosidad que representaría que todas las causas a nivel de impugnación de condena del absuelto sean de conocimiento de las Salas de la Corte Suprema, pues una hora de audiencia cuesta más del doble en contraste con la audiencia dentro de una Sala de un Distrito Judicial. Por consiguiente, en tanto en carga procesal, en cuanto en costo monetario es un despropósito trasladar esta competencia funcional. Esto además debe de calibrarse con el gasto que representará a los justiciables, las víctimas, las demás partes procesales, órganos de pruebas, testigos o peritos el trasladarse a las sedes de la Corte Suprema, es decir, a Lima, cuando las causas provengan de un Distrito Judicial de un departamento. Tanto más cuando con esta nueva norma, las Salas Penales de los más de 30 Distritos Judiciales del Perú tiene abierta la posibilidad de decretar la condena en segunda instancia, lo que supondrá un grueso de casos adicionales a los que tendrá que avocarse la Corte Suprema.

Aunado a lo anotado líneas arriba, de la figura 7 y 8 se divisa que las causas a nivel apelación y casación para ser resueltas demoraron un amplio espacio de tiempo, así por ejemplo 4 expedientes materia de apelación demoraron de 720 días más para ser resueltos. Mientras que otros 5 expedientes a nivel de Casación también han representado una demora de más de 720 días. De lo glosado, el justiciable ha tenido que esperar más de 720 días para poder obtener una resolución de Apelación o Casación en la Corte Suprema; y ello sin considerar el amplio margen temporal que significa devolver los expedientes de la Corte Suprema a los Distritos Judiciales de origen. Abonado además a lo latoso que es el proceso penal común en las fases de investigación preparatoria, etapa intermedia y juicio oral. En síntesis, desde un marco temporal, esta competencia otorgada con la Ley 31592 implicaría una excesiva demora en la tramitación de las causas, lo que lindaría probablemente con la vulneración de un plazo razonable.

Otro coto normativo es que la Sala Penal Permanente es la que por antonomasia se avoca al conocimiento de expedientes tramitados bajo el cauce de los parámetros del Nuevo Código Procesal Penal; mientras que la Sala Penal Transitoria se dedica a avocarse a casos tramitados bajo el Código de Procedimientos Penales. Esto implica que, frente a una impugnación de una condena del absuelto, ya no existiría órgano judicial que se avoque a conocer una posible Casación, pues las Salas Penales Transitorias no podrían asumir dicha competencia. Aunado además que las Sala Penales Supremas debería ser órganos destinados a conocer casos donde las partes tengan una cualidad o característica particular, es decir, aforados, altos dignatarios, o funcionarios de la República. Por ende, que estas Salas conozcan solo en algunas oportunidades a nivel de justicia ordinaria supondría una vulneración al principio de igualdad, toda vez que esa regla debería aplicarse para la generalidad de casos, más no solo para algunos casos particulares. En síntesis, esta modificación importa un despropósito total en la administración de justicia, cuando lo correcto hubiera sido optar por aplicar reglas del proceso destinado para aforados; dicho de otro modo, son dos órganos judiciales distintos los que se avocan al conocimiento del juicio oral y la apelación, sin llegar a atiborrar la Corte Suprema.

Añadiendo a lo esgrimido, los parámetros internacionales son unos lineamientos mínimos para que puedan respetarse y adecuarse de acuerdo a las particularidades de cada Estado, pues no necesariamente debería ser un órgano superior vertical el que se avoque a la impugnación de la condena del absuelto. Sobre el particular, Michelini⁴⁹ indica que podría ser otro órgano horizontal con distintos jueces de un mismo Distrito Judicial, incluso el colegiado podría conformarse por 5 jueces, ya no por 3 como en sede de apelación. En efecto, no se exigen ineludiblemente que sea un órgano de alzada vertical, toda vez que el órgano horizontal siguiente de turno podría avocarse en tanto este compuesto por otros jueces, a efectos de evitar vulneraciones de la imparcialidad. En suma, sería razonable y respetuoso a la operatividad judicial dicha propuesta,

⁴⁹ MICHELINI, Julia. Los contornos de la garantía del doble conforme en el ordenamiento jurídico argentino. *Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal*, Argentina, v. 1, n. 1, p. 1-31, 2021. <https://riu.austral.edu.ar/handle/123456789/1479?show=full>

pues otra Sala Penal o mixta dentro de un distrito judicial ⁵⁰ debería de brindar justicia de forma más célere y expeditiva.

Sintéticamente podríamos reseñar lo expuesto hasta aquí con un ejemplo; pues bien, los más de 30 distritos judiciales (algunos cuentan con más de 1 Sala Penal), al ya tener la posibilidad de condenar a un absuelto, remiten solo 15 condenas de un absuelto la Corte Suprema de forma mensual (a razón de 1 por cada 2 días, número razonable al ya tener bagaje normativo para ello), implicaría 450 expedientes mensuales, esto supondría anualmente agregarle 5400 expedientes a la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, lo que duplicaría su carga; lo que tendría como consecuencia irremediable que los procesos en dichos órganos judiciales sean latosos y sería una potencial vulneración al derecho del plazo razonable.

Añadiendo a lo indicado, la Corte Suprema en casaciones 280-2013-Cajamarca; 806-2014-Arequipa, N° 405-2014-Callao; 385-2013-San Martín; N° 499-2014-Arequipa; N° 722-2014-Tumbes, N° 2917-2015, Piura; 194-2014-Ancash, entre otras, indicó que debería de establecerse 2 mecanismos, a saber: i) De un lado, precisaron que debe erigirse un recurso amplio para apelar la condena del absuelto; ii) De otro lado, se debería habilitar Salas Penales en los Distritos Judiciales para que puedan analizar las apelaciones de condenas de absueltos. De esta forma, se verifica que no existe jurisprudencia internacional ni nacional que ponga en evidencia que la Corte Suprema deba de tener la competencia de la apelación de la condena de un absuelto, pues sería atiborrar dichos órganos judiciales.

En tesis, se pone de manifiesto que la Ley N° 31592 representaría muchos problemas en cuanto a la operatividad de la apelación de la condena del absuelto, pues significaría abarrotar los órganos supremos, vulnerar el principio de igualdad, irrogar cuantiosos gastos a las partes procesales y al Estado, demora irrazonable en la tramitación de la impugnación especial.

Además, una desnaturalización y perversión del doble conforme, en tanto se traslada la misma a todas las partes, cuando le asiste únicamente

⁵⁰ CASTRO, Estephany. *La condena del absuelto y la pluralidad de instancia*. Tesis (Segunda especialidad en Derecho Procesal) - Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2018.

a una persona sentenciada. Como se evidencia esta ley representa más problemas que soluciones a la administración de justicia peruano.

4.3. CONTRASTE CON EL ESTADO DEL ARTE

Lo investigado hasta aquí, se encuentra en sintonía con lo investigado por Julia Michelini⁵¹, Tiezzi⁵² y Giraldo⁵³ en tanto el doble conforme le asiste exclusiva y excluyentemente a los sentenciados, no pudiendo ser trasladada dicha garantía a otras partes; caso contrario, significaría un ius puniendi invasivo y avasallador. Además, se puede coincidir con Michelini⁵⁴ en cuanto a la competencia del órgano judicial para conocer la impugnación del doble conforme, puesto que no es obligatorio que sea asumida por un órgano superior vertical, en tanto lo que exige las obligaciones internacionales es administrar justicia con las mínimas garantías, la cual puede ser atendida con un órgano judicial horizontal.

4.4. LIMITACIONES Y PERSPECTIVAS PARA FUTURAS INVESTIGACIONES

En cuanto a las problemáticas que limitaron esta investigación radicaron en la cuantiosa información que se recabó en torno a la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema y Tribunal Constitucional.

⁵¹ MICHELINI, Julia. Los contornos de la garantía del doble conforme en el ordenamiento jurídico argentino. *Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal*, Argentina, v. 1, n. 1, p. 1-31, 2021. <https://riu.austral.edu.ar/handle/123456789/1479?show=full>

⁵² TIEZZI, Florencia. Doble conforme: La Garantía del imputado. *Revista Argumentos*, Argentina, v. 1, n. 5, p. 38-56, 2017. <http://revistaargumentos.justiciacordoba.gob.ar/>

⁵³ GIRALDO, Gabriel. La doble conforme como garantía mínima del debido proceso en materia penal (Reflexiones de cara al derecho a recurso contra el fallo condenatorio en el orden jurídico-penal colombiano). *Ratio Juris*, Colombia, v. 10, n. 21, p. 139-164, 2015. <https://www.redalyc.org/pdf/5857/585761326006.pdf>

⁵⁴ MICHELINI, Julia. Los contornos de la garantía del doble conforme en el ordenamiento jurídico argentino. *Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal*, Argentina, v. 1, n. 1, p. 1-31, 2021. <https://riu.austral.edu.ar/handle/123456789/1479?show=full>

Otra limitante fue analizar la demora de todos los expedientes judiciales tramitados en la Corte Suprema, pues debido a la gran cantidad de casos solo se pudo realizar una elección subjetiva discrecional del autor a efectos de verificar la latosidad de los procesos en dichas instancias judiciales.

Para ulteriores investigaciones se podría realizar un estudio a la luz del tiempo que representará la tramitación de proceso en sede de apelación de condena del absuelto en la Corte Suprema, y si esto podría lindar con vulneraciones al derecho al plazo razonables, pues pese a que han transcurrido 240 días aún no se cuenta con ninguna resolución sobre el particular. Además, sería importante analizar la problemática en cuanto operatividad de la audiencia de tercera instancia, toda vez que al otorgar a todas las partes el doble conforme, implicará que la impugnación de la condena se convierta en una tercer y plena instancia, hecho totalmente nocivo para nuestra administración de justicia.

CONCLUSIONES

Se determinó que la condena del absuelto es una institución jurídica de índole procesal incorporada en el Nuevo Código Procesal Penal en virtud de la cual la Sala Penal de apelaciones condena por primera vez en segunda instancia a una persona. Esta institución representó y representará problemas a los justiciables como al propio Estado, tales como vulneración del plazo razonable, menguar el principio de igualdad, onerosos gastos para las partes y el Estado, mellar la intermediación judicial, socavar el derecho de defensa, entre otros puntos. Dicha institución ha complicado el ordenamiento jurídico peruano, y hasta la fecha aún es materia de problemas.

De la revisión de la información recabada se estableció que exclusiva y excluyentemente la legitimidad activa del doble conforme le asiste solo al sentenciado, la que se le otorga como una compensación al ser la parte más débil de un proceso penal, en aras de buscar una revisión amplia de su condena en dos oportunidades como mínimo. Sin embargo, Ley N° 31592 otorgó dicha legitimidad a todas las partes, lo que representa un desborde irracional del poder punitivo, y que el mismo sea desemsurado.

Se concluyó que el órgano competente para avocarse a la impugnación de la condena del absuelto debería ser de las Salas Penales o Mixtas de un Distrito Judicial, en tanto ello brindará operatividad en su trámite, es decir, brindaría un trámite más expeditivo. Contrario a ello, con la Ley N° 31592 se estableció que esa competencia se le otorgue a las Salas Penales de la Corte Suprema, pese a que ello signifique abarrotar los órganos supremos, vulnerar el principio de igualdad, irrogar cuantiosos gastos a las partes procesales y al Estado, demora irrazonable en la tramitación de la impugnación especial.

Se determinó que la Ley N° 31592 sobre la modificación de la condena del absuelto es una modificación normativa nociva para nuestro ordenamiento jurídico, pues esta representará problemas en cuanto a la operatividad de las apelaciones sobre la condena del absuelto, en tanto que la Corte Suprema se avoque a dicho trámite implicará una demora excesiva y alta onerosidad; además, desnaturaliza el doble conforme, toda vez que inexplicablemente se traslada la legitimidad activa a todas las partes, cuando únicamente le asiste al sentenciado.

REFERENCIAS

ACOSTA, Juan; MORENO, Natalia; HERNÁNDEZ, Juan. Una mirada jurídica al caso Arias ya la doble conformidad. Comentarios a la Sentencia SU-146 de 2020 de la Corte Constitucional. *Nuevo Foro Penal*, Colombia, v. 16, n. 95, p. 255-278, 2020. <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/6812>

ALONSO, Teresa. El aprendizaje del Derecho a través de la jurisprudencia: propuesta de una metodología aplicable a distintas disciplinas jurídicas. *Docencia y Derecho, revista para la enseñanza jurídica universitaria*, 3, 2011, <http://www.uco.es/docenciaderecho/index.php/reduca/article/viewFile/44/59>

ARDILA, Norma. La lucha por la aplicación del principio del doble conforme en el proceso penal colombiano. *Cuadernos de Derecho Penal*, Colombia, v. 1, n. 25, p. 17-64, 2021. https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/cuadernos_de_derecho_penal/article/view/2604

BONACORSI, Juliana; FEFERBAUM, Marina; PINHEIRO, Marcel. ¿Mi trabajo necesita jurisprudencia? ¿Como puedo usarlo?. *Metodología de la investigación en derecho: técnicas y enfoques para la elaboración de monografías, disertaciones*

y tesis. 99-128, 2019, https://www.idp.edu.br/wp-content/uploads/2018/04/CAP_7_Metodologia_Juridica.pdf

CAMPAZ, Jhonatan. Algunos aspectos relevantes sobre el origen y evolución del derecho a la doble conformidad en el derecho penal. *Revista Pensamiento Penal*, Argentina, v. 1, n. 433, p. 1-46, 2022. <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/ARTICULO%20LISTO.pdf>

CAMPOS, José. El derecho a la doble instancia y el principio de doble conformidad: una contradicción inexistente. *Revista Judicial*, Costa Rica, v. 1, n. 118, p. 147-158, 2016. https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/images/DocsRevista/revistajudicial_118.pdf

CASTRO, Estephany. *La condena del absuelto y la pluralidad de instancia*. Tesis (Segunda especialidad en Derecho Procesal) - Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2018

CHIRINO, Alfredo. Derecho al recurso del imputado: doble conforme y recurso del fiscal. *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional-tomo II*, p. 173-179. <https://spijweb.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2018/12/sistema-internacional.pdf>

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Mohamed Vs. Argentina. En: CIDH, *Sentencia de 23 de noviembre de 2012 (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas)*. Argentina, 2012, p. 1-60.

FERNÁNDEZ, Ester; PÁEZ, Ana; MONTERO, Alicia; BARTOLOMÉ, Raquel. Investigación criminológica en los tribunales. *InDret*, 3. 160-181, 2021, <https://doi.org/10.31009/InDret.2021.i3.06>

GIRALDO, Gabriel. La doble conforme como garantía mínima del debido proceso en materia penal (Reflexiones de cara al derecho a recurso contra el fallo condenatorio en el orden jurídico-penal colombiano). *Ratio Juris*, Colombia, v. 10, n. 21, p. 139-164, 2015. <https://www.redalyc.org/pdf/5857/585761326006.pdf>

HERBEL, Gustavo; FAVAROTTO, Ricardo. Un límite crucial al recurso acusatorio: el doble conforme (La Suprema Corte bonaerense en su laberinto). *Nueva Crítica Penal*, Argentina, v. 3, n. 5, p. 33-52, 2021. <http://revista.criticapenal.com.ar/index.php/nuevacriticapenal/article/view/70>

MELÉNDEZ, Víctor; VÁZQUEZ, David. La vulneración al principio del doble conforme en las contravenciones de tránsito que no impliquen a la privación de la libertad. *Polo del Conocimiento*, Ecuador, v. 6, n. 1, p. 941-962, 2021. <https://polodelconocimiento.com/ojs/index.php/es/article/view/2191>

MICHELINI, Julia. Los contornos de la garantía del doble conforme en el ordenamiento jurídico argentino. *Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal*, Argentina, v. 1, n. 1, p. 1-31, 2021. <https://riu.austral.edu.ar/handle/123456789/1479?show=full>

NÚÑEZ, Fernando. “La condena del imputado absuelto en instancia única y el recurso de casación en el Nuevo Código Procesal Penal”. Editorial Grijley y Iustitia, 2013.

ORÉ, Arsenio. Derecho Procesal Penal Peruano: Análisis y comentarios al código procesal penal (Gaceta Jurídica S.A. (ed.); Primera ed). Derecho Procesal Penal Peruano. Tomo III. 2016

RODRIGUEZ, Luis. La humanidad del árbitro, contingente óbice a la cosa juzgada en el arbitraje: Análisis al recurso extraordinario de anulación del laudo arbitral. *Boletín del Instituto de Estudios Constitucionales*, Colombia, v. 1, n. 29, p. 127-142, 2012. <https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/BIEC/article/download/1345/1071/>

RODRIGUEZ, María; IBARRA, Cristian. El principio de la doble conformidad en el sistema penal acusatorio colombiano: análisis desde el paradigma garantista. *Principia Iuris*, Colombia, v. 17, n. 37, p. 112-129, 2020. <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/view/2162>

SALAS, Jorge. Condena del absuelto. Reformatio in peius cualitativa. (1a ed.). IDEMSA. 2011.

SÁNCHEZ, Juan. La condena del absuelto en el Código Procesal Penal de 2004. En Manual del Código Procesal Penal (pp. 229-249.). Gaceta Jurídica, 2011.

TIEZZI, Florencia. Doble conforme: La Garantía del imputado. *Revista Argumentos*, Argentina, v. 1, n. 5, p. 38-56, 2017. <http://revistaargumentos.justiciacordoba.gob.ar/>

VARGAS, Roger; BURGOS, Víctor. La condena del absuelto y el derecho al recurso amplio e integral, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Ciencia y Tecnología*, Perú, v. 14, n. 2, 41-52, 2018. <https://revistas.unitru.edu.pe/index.php/PGM/article/view/2037>

VILLAGÓMEZ, Byron; CALLE, Rubén; GARRIDO, Valeria. Declaratoria incidental de inconstitucionalidad por omisión para garantizar el derecho al doble conforme en materia penal. *Boletín Jurisprudencial*, Ecuador, v. 1, n. 1, p. 89-101, 2021. <http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblio/texto/BJMCCE/202201/202201-2.pdf>

Authorship information

Omar Pezo Jimenez. Abogado y cuenta con una maestría en Derecho con mención en Ciencias Penales, una maestría en Gerencia y Administración en Educación y una maestría en Psicología Jurídica. Es doctor en Derecho de la Universidad Privada de Tacna, becario de la OEA para estudios en Gobierno y Gestión de la Justicia en la Universidad de los Andes (Colombia). Es profesor universitario en la Facultad de Derecho de la Universidad Privada de Tacna. omapezo@virtual.upt.pe

Carlos Augusto Bellodas Ticona. Abogado por la Universidad Nacional Jorge Basadre Grohmann, Maestro en Derecho con mención en Derecho Penal y Derecho procesal penal. carlos.bellodas@unjbge.edu.pe

Américo Alca Gómez. Licenciado en Educación, Abogado, tiene una maestría en Educación con mención en Docencia y Gestión Educativa. Es docente de la Universidad Nacional Jorge Basadre Grohmann y capacitador en proyectos educativos en Comunicación y Tutoría. aalcag@unjbge.edu.pe

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

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

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

- *Omar Pezo Jimenez:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Carlos Augusto Bellodas Ticona:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.

- *Américo Alca Gómez*: conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.

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

Editorial process dates

(<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 15/07/2023
- Desk review and plagiarism check: 25/07/2023
- Review 1: 11/08/2023
- Review 2: 16/08/2023
- Review 3: 17/08/2023
- Preliminary editorial decision: 06/09/2023
- Correction round return: 05/10/2023
- Final editorial decision: 08/12/2023

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Reviewers: 3

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

PEZO JIMENEZ, Omar; BELLODAS TICONA, Carlos A.; ALCA GÓMEZ, Américo. Desnaturalización del doble conforme y desbordamiento de carga procesal en el Perú a propósito de la Ley N° 31592, ley que modifica la condena del absuelto. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 10, n. 1, e891, jan./abr. 2024. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v10i1.891>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.

¿Qué se ha investigado en América Latina sobre condenas e imputaciones erróneas? Una revisión sistemática de la literatura disponible en el período 2010-2023

What has been researched on wrongful convictions and prosecutions in Latin America? A systematic review of the available literature (2010-2023).

Víctor Beltrán Román¹

Universidad Diego Portales – Santiago, Chile

victor.beltran@mail.udp.cl

 <https://orcid.org/0000-0003-3554-1838>

Mauricio Duce Julio²

Universidad Diego Portales – Santiago, Chile

mauricio.duce@udp.cl

 <https://orcid.org/0000-0002-5068-926X>

RESUMEN: El artículo busca conocer qué se ha investigado en América Latina sobre condenas e imputaciones erróneas. Para ello, se lleva adelante una revisión sistemática de la literatura disponible desde 2010 hasta julio de 2023 en bases de datos WoS, Scopus y SciELO. A partir

¹ Master en Derecho, Universidad de Wisconsin-Madison; Candidato a Doctor en Derecho, Universidad Diego Portales. Investigador Adjunto del Programa de Reformas Procesales y Litigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

² Magíster en Ciencias Jurídicas, Universidad de Stanford. Profesor titular Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Director del Programa de Reformas Procesales y Litigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

de un universo de 50 publicaciones, desde una mirada cuantitativa el artículo indaga en aspectos como: años de publicación, países a que se refieren, datos sobre la comunidad científica que ha generado esta literatura y las temáticas abordadas. En seguida, se proporciona un análisis cualitativo del contenido de las publicaciones, distinguiendo entre aquellas que abordan aspectos generales, factores que contribuyen a las condenas e imputaciones erróneas, mecanismos de corrección y mecanismos de compensación de condenas e imputaciones erróneas. Aunque con limitaciones, los hallazgos permiten tener una visión general de la investigación en esta área en América Latina, apreciando que, si bien la producción es todavía escasa en comparación con otras latitudes, el tema ha comenzado a ser objeto de interés en los últimos años en la región.

PALABRAS-CLAVE: errores judiciales; condenas de inocentes; imputaciones erróneas; revisión sistemática de literatura; análisis cuantitativo y cualitativo.

ABSTRACT: *The article seeks to know what has been researched in Latin America on wrongful convictions and prosecutions. Drawing on a systematic literature review from 2010 to July 2023 in WoS, Scopus and SciELO databases, the article identifies a universe of 50 publications. From a quantitative perspective, the paper inquires into aspects such as years of publication, countries to which they refer, data about the scientific community that has generated this literature, and the topics they address. Then, it provides a qualitative analysis of the content of the publications, distinguishing among those that address general aspects, factors that contribute to wrongful convictions and prosecutions, correction mechanisms, and compensation mechanisms for wrongful convictions and prosecutions. Although with limitations, the findings provide an overview of research in this area in Latin America, showing that, although scholarship is still scarce compared with other latitudes, the topic has begun to attract interest in recent years in the region.*

KEYWORDS: miscarriages of justice; wrongful convictions and prosecutions; near misses; systematic literature review; qualitative and quantitative analysis.

CONTENIDO: Introducción; 1. Metodología: Revisión sistemática de literatura; 2. Resultados cuantitativos de la investigación; 2.1. Distribución temporal y geográfica de las publicaciones; 2.2. Información sobre las autorías; 2.3. Disciplinas y temas de

investigación; 3. Resultados cualitativos de la investigación; 3.1. Aspectos generales sobre condenas e imputaciones erróneas; 3.2. Factores o contribuyentes a las condenas e imputaciones erróneas; 3.2.1. Factores asociados a los reconocimientos oculares; 3.2.2. Factores asociados al uso de prueba pericial; 3.2.3. Factores asociados al uso de confesiones falsas; 3.2.4. Factores asociados al mal comportamiento de los agentes estatales; 3.2.5. Otros factores y particularidades de América Latina; 3.3. Corrección de condenas erróneas; 3.4. Reparación o compensación de condenas e imputaciones erróneas; Consideraciones finales; Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

El interés por el estudio de los errores del sistema de justicia penal es de antigua data. Tanto en Europa como en los Estados Unidos es posible encontrar literatura de fines del siglo XIX y principios del XX que se ha preocupado por el tema³. Con todo, es sólo a partir de la década de los '90 del siglo pasado que esta materia se ha transformado en una de alto interés en la investigación académica, desde distintas perspectivas y disciplinas⁴.

Un reciente estudio indagó las publicaciones realizadas hasta el año 2021 en la base de datos de *Scopus* bajo la expresión “*wrongful conviction*” (condena errónea), detectando 693 investigaciones en la materia. Si bien la gran mayoría de los estudios provenía de los Estados Unidos (398), se pudo identificar publicaciones en países de otros

³ Por ejemplo, en el caso de Italia se encuentra el clásico texto de Giuriati (1893), *passim*. En los Estados Unidos, como el precursor en la materia, se suele citar el trabajo de Borchard (1932), *passim*.

⁴ La preocupación no solo ha sido de corte académica, sino también ha existido un desarrollo intenso de instituciones dedicadas a exonerar a inocentes condenados. Probablemente la más conocida a nivel mundial es el *Innocent Project* de los Estados Unidos (www.innocentproject.org), pero en la actualidad existe una red de instituciones similares (www.innocentnetwork.org) en diversos países que incluyen Australia, Argentina, Brasil, Canadá, Estados Unidos, Italia, Irlanda, Países Bajos, Reino Unido y Taiwán.

continentes como, por ejemplo, Reino Unido (74), Australia (46) y China (25) (Le et al., 2023). La misma investigación estableció la existencia de 36 trabajos sobre la materia publicados en inglés en países de Asia entre los años 2010 y 2021. Saliendo de esa base de datos, una rápida revisión de la literatura disponible en la materia a nivel internacional permite identificar la existencia de informes nacionales sobre el problema de las condenas erróneas en al menos 17 países de cuatro continentes⁵. De este recuento a modo ejemplar, es posible apreciar que se trata de un área en la que se ha ido conformando un cuerpo robusto de evidencia a nivel internacional⁶.

En este contexto de creciente preocupación académica por el tema desde distintas perspectivas y disciplinas, algunas preguntas que naturalmente surgen son ¿cuánto sabemos en América Latina en esta materia?, ¿ha ocurrido algo similar en la investigación producida en la región a lo que se aprecia a nivel internacional?, ¿qué se está investigando y publicando sobre errores de la justicia penal en la región? Para dar respuesta a estas interrogantes, inspirados por el trabajo recientemente realizado en Asia, llevamos adelante una revisión sistemática destinada a identificar las publicaciones en la materia referidas a los 19 países que integran América Latina en tres bases de datos: *Web of Science (WoS)*, *Scopus* y *SciELO* en el período entre los años 2010-2023 (julio). Una revisión sistemática implica la utilización de un método objetivo y reproducible que permite encontrar respuestas a preguntas de investigación a través de coleccionar

⁵ Para estos efectos consideramos, sólo a modo ejemplar, dos libros que reúnen informes nacionales de diversos países sobre el problema de las condenas erróneas. El primero y más reciente es Robins (2023), *passim*, con informes de 14 países y cuatro continentes: Alemania, Argentina, Australia, Canadá, España, Estados Unidos, Francia, Inglaterra y Gales, Italia, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Suecia y Taiwan. El segundo, Huff & Killias (2010), *passim*, con informes de 10 países y tres continentes: Alemania, Canadá, España, Estados Unidos, Inglaterra, Italia, Israel, Países Bajos, Polonia y Suiza.

⁶ El número se incrementa exponencialmente al revisar la evidencia disponible en tópicos específicos como aquellos referidos a los factores que aumentan la probabilidad de los errores del sistema. Por ejemplo, el reporte de Wilson Center for Science and Justice (2022) referido a identificaciones oculares, constató la existencia de 1.246 publicaciones científicas hasta el año 2020 en esa materia, de ellos 265 entre 2014 y 2020.

todos los estudios disponibles vinculados al punto investigado y luego revisar y analizar sus resultados⁷. El propósito de este trabajo es dar cuenta de los resultados de la aplicación de este método a la pregunta sobre la investigación disponible en la región sobre los errores de la justicia penal en distintas disciplinas.

Hacemos una aclaración conceptual. Los errores de la justicia penal abarcan un conjunto bastante diverso de problemas que van desde aquellos en que se condena a un inocente (falsos positivos) o aquellos en que se absuelve a un culpable (falsos negativos), incluyendo una amplia gama de situaciones intermedias. Para efectos de este trabajo, nuestra preocupación estará centrada en identificar las investigaciones disponibles en dos tipos de errores: las condenas y las imputaciones (persecuciones penales) erróneas. Por condenas erróneas entenderemos una visión amplia que incluye no sólo los casos que acaban con la condena de una persona inocente, sino también aquellos en que las condenas fueron obtenidas en condiciones tales de injusticia que ponen en seria duda la culpabilidad del condenado. Las imputaciones (persecuciones penales) erróneas incluyen los casos de personas inocentes que han sido objeto de una persecución penal (normalmente con privación de libertad), pero que son sobreseídos antes del juicio o en los que resultan absueltos en su desarrollo, producto de un error o problema de funcionamiento del sistema que pudo detectarse más tempranamente si las distintas agencias estatales que intervienen se hubieran comportado de forma más diligente. Finalmente, nuestra búsqueda incluye publicaciones provenientes de distintas disciplinas que analicen tanto la discusión de aspectos generales de ambos tipos de errores, como también aquellos que aborden los factores que incrementan la probabilidad de su ocurrencia y los que estudien los mecanismos existentes para corregirlos y repararlos.

Para cumplir con nuestro objetivo, el trabajo se divide en tres capítulos. En el primero, se entregan detalles sobre la metodología de revisión sistemática y, especialmente, su aplicación a la pregunta de investigación de este trabajo. En el segundo, se presentan los principales

⁷ Le et al. (2023), p. 2. Entregaremos detalles sobre la metodología de esta investigación en el apartado 1.

resultados cuantitativos obtenidos, incluyendo la identificación de aspectos como los años de publicación de los textos identificados, la nacionalidad de sus autores, las áreas que cubren, las disciplinas a que pertenecen, entre otros. En el tercer capítulo se desarrolla un análisis cualitativo de los contenidos de las investigaciones identificadas, a fin de entregar una imagen más precisa acerca de los tópicos y tipos de aproximación con las que se ha abordado la temática en la región. Esto permitirá tener un material que facilitará hacer comparaciones con la evidencia disponible en otras latitudes sobre la materia. Finalmente, presentamos algunas breves reflexiones finales de cierre.

1. METODOLOGÍA: REVISIÓN SISTEMÁTICA DE LITERATURA

Como ya señalamos, nuestra investigación descansó en la realización una revisión sistemática de literatura (SLR, por su sigla en inglés). Este método permite dar sentido a grandes cantidades de información, sintetizando la evidencia disponible respecto de un tema particular a través de la revisión de aspectos cuantitativos y cualitativos de estudios primarios (Pittway, 2008; Manterola et al., 2013). Para ello, el método implica el desarrollo de un plan de trabajo detallado y exhaustivo, con una estrategia de búsqueda establecida a priori, a fin de reducir los sesgos mediante la identificación, valoración y síntesis de todos los estudios relevantes sobre un tema (Uman, 2011; Letelier et al., 2005).

Las revisiones sistemáticas han proliferado en el último tiempo y gozan de un importante desarrollo metodológico⁸. Para llevarla adelante, hemos seguido sus principios fundamentales a fin de conseguir comunicar

⁸ Las SLR se originaron en el campo de la medicina, pero se han expandido a otras disciplinas, incluyendo ciencias sociales. En 2008, se sostenía que era un método que estaba en etapas tempranas de su desarrollo, véase: Pittway (2018). En lo sucesivo, ha tenido importantes desarrollos. Por ejemplo, la comunidad científica ha acordado el Preferred Reporting Items for Systematic Reviews and Meta-Analyses (PRISMA), que es base en el desarrollo de estos estudios, véase: Page et al. (2021). Asimismo, la comunidad científica continuamente desarrolla un conjunto de mejores prácticas en el reporte de esta clase de actividades. Por ejemplo, véase: Khan et al. (2003); Uman (2011); Haddaway et al. (2022).

el proceso y hallazgos de manera detallada, transparente, confiable y completa (Page, 2021; Pittwat, 2008). A continuación, describimos el flujo de trabajo, dando cuenta del protocolo de revisión y explicitando las etapas del proceso que hemos seguido.

La revisión se desarrolló a partir de la pregunta: ¿Qué se ha investigado y publicado sobre el problema de las condenas e imputaciones (persecuciones penales) erróneas respecto de países de América Latina?

Para acceder a estudios que permitieran responder la pregunta, llevamos adelante búsquedas en tres índices académicos: *Web of Science* (WoS), *Scopus*, y *SciELO*, a los cuales accedimos a través del servicio de acceso remoto que provee la Biblioteca de la Universidad Diego Portales. Las bases escogidas ofrecen una amplia cobertura de publicaciones académicas de alta calidad científica en diversas disciplinas, conteniendo revistas, libros y capítulos de libro, permitiendo así abarcar una gama significativa de investigaciones relacionadas con el tema. Con todo, entendemos que esta decisión metodológica podría dejar fuera algunos trabajos que aborden la temática en estudio pero que se encuentren publicados en revistas no indexadas, cuestión que es más frecuente en el campo del derecho que en otras disciplinas⁹. Ahora bien, hemos restringido las bases de datos para trabajar con un universo abordable de publicaciones y también porque esta investigación corresponde a un primer esfuerzo por sistematizar la literatura disponible en la región. En consecuencia, estimamos que, a partir de este primer esfuerzo, nuevas investigaciones podrían complementar los hallazgos cubriendo textos no incluidos en este trabajo.

Para identificar los estudios, se diseñó una estrategia de búsqueda utilizando una combinación de diversos términos clave, transitando desde lo más general a lo más particular. Así, se emplearon términos de búsqueda en inglés y en español que permitieran una aproximación general al problema. Empleamos los siguientes términos: “*wrongful conviction*”,

⁹ A modo de ejemplo, en Brasil y Chile, países que contribuyen fuertemente a la producción académica regional en la materia, existen revistas tradicionales en el ámbito penal que no se encuentran indexadas en las bases seleccionadas y que por tanto quedan fuera del ámbito de esta revisión. En el caso de Brasil, la Revista Brasileira de Ciências Criminais; y en el caso de Chile la Revista de Ciencias Penales.

“*miscarriages of justice*”, “error judicial”, “condena de inocentes” y “condenas erróneas”. En seguida, se efectuaron búsquedas particulares por cada país, utilizando como términos, en inglés y español, los factores que contribuyen a las condenas e imputaciones erróneas que han sido considerados por la literatura especializada como parte de la lista canónica o tradicional¹⁰. En todos los casos se aplicaron operadores booleanos y truncamientos según las especificidades de cada base de datos.

Del mismo modo, a través de “otras fuentes” se han incluido estudios (n = 4) que eran conocidos por los autores, publicados en revistas indexadas en los registros seleccionados y que cumplen con los criterios de inclusión, pero que por razones desconocidas no fueron arrojados como resultado en las búsquedas realizadas.

Se establecieron tres criterios iniciales de inclusión: fecha, idioma y país al que se refiere la publicación. En primer lugar, la revisión incluye estudios publicados desde al año 2010 hasta el mes de julio de 2023. En segundo, se incluyen estudios escritos en español, inglés y portugués, pues se trata de los idiomas predominantes en la región. Por último, se incluyen estudios que abordaran el fenómeno en relación con países de América Latina, sin importar que la publicación se haya realizado fuera de la región¹¹.

Por otro lado, con la finalidad de enfocar la revisión de literatura en trabajos científicos publicados bajo altos estándares de producción y publicación científica, hemos excluido las denominadas fuentes “grises” tales como informes de ONG, informes provenientes de organismos gubernamentales, informes legislativos u otros¹². Entendemos que esta

¹⁰ A saber, reconocimientos efectuados por testigos oculares, uso de confesiones falsas, de prueba pericial poco confiable; de testimonios poco confiables, mala conducta de los agentes estatales y representación legal defectuosa. También, hemos sumado la denominada visión de túnel. Véase: Duce & Findley (2022).

¹¹ Por ejemplo, se incluye un artículo publicado en España, pero que aborda el problema de las condenas erróneas a propósito del estándar de convicción en materia penal en Argentina, Colombia y Chile. Otro ejemplo es un libro publicado en Inglaterra que contiene un capítulo con un informe nacional sobre la situación de Argentina.

¹² Esto podría considerarse como una limitación en nuestra revisión, toda vez que algunos autores han recomendado incluir fuentes grises en las revisiones

decisión dejará fuera algunos documentos relevantes, pero, por otra parte, nos permitió acceder a un universo manejable para los efectos de una investigación como la que hemos propuesto.

El proceso comenzó con la identificación de registros a partir de los índices seleccionados ($n = 777$). Al realizar cada búsqueda se exportó un archivo con los resultados, los cuales fueron ingresados manualmente a una hoja de cálculo de Microsoft Excel donde se realizó un cotejo y posterior depuración de los resultados¹³. De esa manera, se eliminaron registros repetidos o duplicados ($n = 274$).

Sobre la muestra depurada ($n = 503$) se llevó adelante el proceso de *screening*, el cual consistió en una evaluación de cada registro identificado a partir de los criterios de inclusión y exclusión que ya señalamos en párrafos previos, basándonos para ello en la revisión de su título, su resumen y los datos generales de publicación.

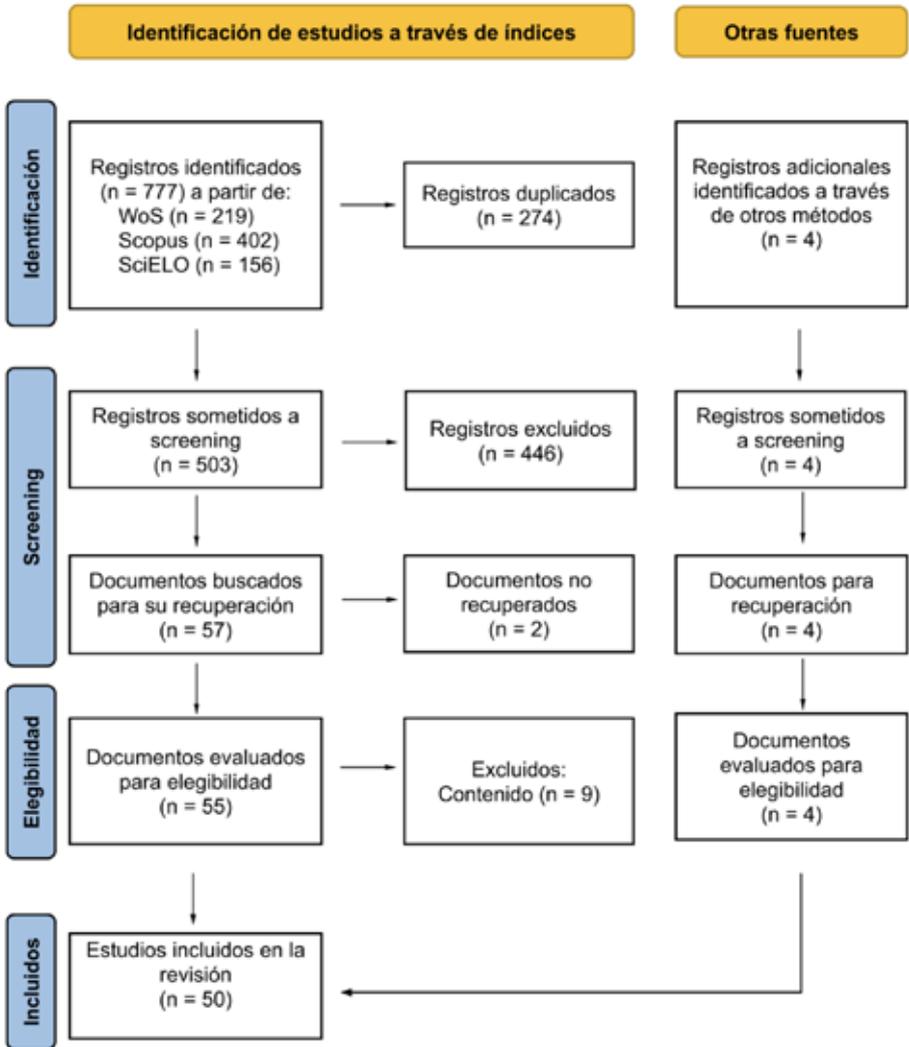
Los registros que superaron el *screening* inicial ($n = 57$) fueron recuperados para una evaluación de elegibilidad, en base a un análisis de su contenido. Sobre el total de documentos recuperados, en el que hubo una merma menor ($n = 55$), se efectuó un análisis de contenido que involucró la lectura íntegra del texto a partir de la cual se excluyeron documentos cuyo tema no era en realidad sobre condenas o imputaciones erróneas ($n = 6$) y documentos que, pese a abordar el fenómeno, no se referían a los países seleccionados ($n = 3$).

De los estudios obtenidos a través de otras fuentes como ya señalamos ($n = 4$) y obtenidos a través de índices ($n = 46$), en primer término, se extrajeron los datos y luego se realizaron los análisis de contenidos que presentaremos en los siguientes capítulos. La siguiente figura ilustra y resume el proceso de revisión sistemática.

sistemáticas, véase: Manterola et al. (2013).

¹³ Documento disponible en: <https://doi.org/10.6084/m9.figshare.25152425>.

FIGURA 1. Flujo de proceso de revisión sistemática de literatura



Fuente: Elaboración propia a partir de Diagrama PRISMA

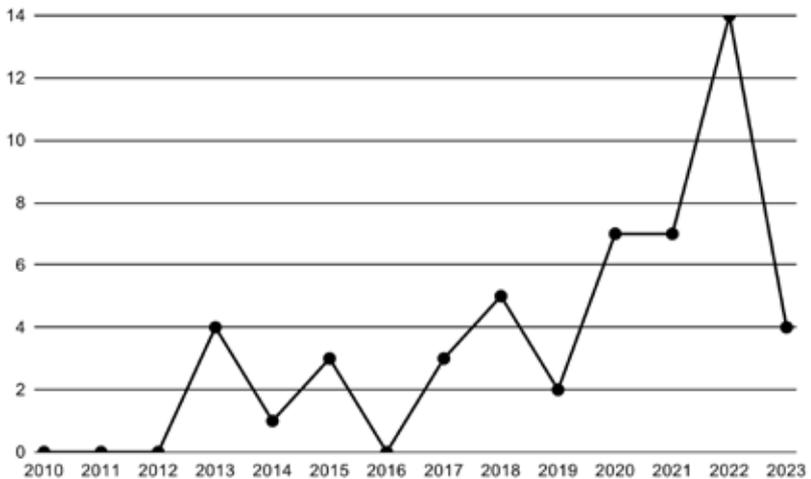
2. RESULTADOS CUANTITATIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

El propósito del capítulo es revisar los principales resultados cuantitativos de la revisión sistemática, los que permitirán tener una imagen general de algunas características básicas de la investigación académica en América Latina sobre condenas e imputaciones erróneas en las bases de datos cubiertas en este trabajo.

2.1. DISTRIBUCIÓN TEMPORAL Y GEOGRÁFICA DE LAS PUBLICACIONES

Una primera cuestión que observamos fue la distribución temporal de publicaciones identificadas en el período 2010-2023. La figura 2 resume los resultados obtenidos:

FIGURA 2. Distribución temporal de las publicaciones



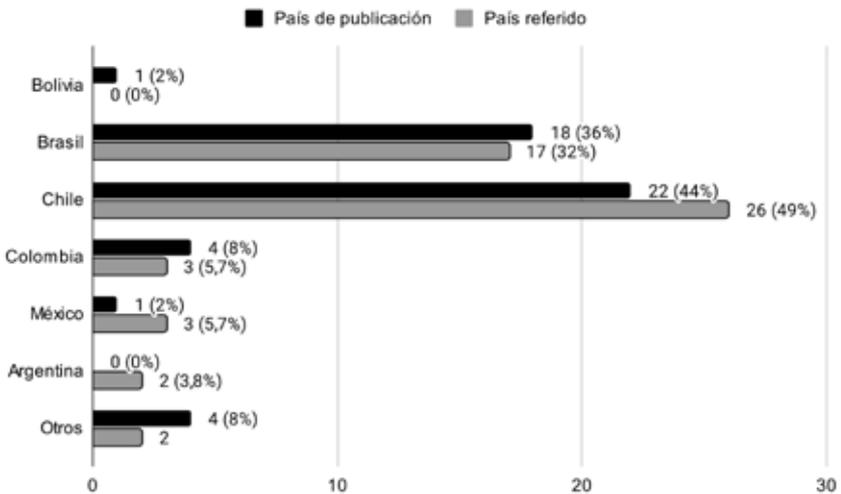
Fuente: *Elaboración propia*

Se puede apreciar una fuerte concentración de las publicaciones en la segunda mitad del período en estudio, pero particularmente a partir del año 2020. En efecto, 32 de las 50 publicaciones, es decir, un 64%, corresponde al período 2020-2023. En la contracara, no pudimos identificar trabajos

en los primeros años cubiertos por nuestra investigación (2010-2012). Si se considera el período que va desde 2010 hasta el año 2016 sólo hubo 8 publicaciones (16%). Estos datos sugieren que la preocupación académica por el tema es muy reciente en América Latina, mostrando un rezago importante en relación con lo ocurrido en el ámbito comparado, en el que desde la década de los '90 del siglo pasado se intensificó la investigación en el área.

De la mano de lo anterior, indagamos sobre los lugares de publicación y los países a los que dichas publicaciones se refieren. Para efectos de lo primero, identificamos la nacionalidad de la revista o texto publicado. El universo de trabajos en este punto son los 50. Para lo segundo, en nuestro análisis de contenido de los textos identificamos al o los países que eran abordados de manera preferente por la publicación. De esta forma, el universo se incrementó a 53 ya que algunos trabajos abordaron en su análisis a más de un país de manera principal. Debemos aclarar que no consideramos para estos efectos los textos que a modo ejemplar o referencial mencionaban evidencia o situaciones de otros países de la región. Para ser considerado como un “país referido”, la publicación debía contar con una orientación preferente de análisis de este. La figura 3 resume los resultados de ambas indagaciones.

FIGURA 3. Distribución geográfica de las publicaciones



Fuente: Elaboración propia

Como se puede apreciar, identificamos trabajos publicados en cinco países de la región y algunos en otros fuera de ella (v.gr., España e Inglaterra). Se puede observar que existe una muy fuerte concentración en dos países: Chile y Brasil, los cuales representan el 80% de las publicaciones, Chile con un 44% y Brasil con un 36%. Muy por lejos aparece Colombia y otros con un 8% cada uno.

La situación cambia marginalmente cuando se analiza qué países son objeto de estudio en esas publicaciones, en donde el universo sube a 53. Se mantiene el número de cinco países, pero en lugar de Bolivia aparece Argentina con dos publicaciones (3,8%). Se produce también el mismo fenómeno de concentración al estar un 81,1% (43) de los trabajos referidos a Chile (49%) y a Brasil (32%). Colombia y México lo siguen muy a la distancia con 5,7% cada uno (tres trabajos cada uno). Los “otros” se refieren a una publicación realizada en una revista de Bolivia, pero que centralmente aborda el tema desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, con foco en el sistema interamericano y otra en Brasil que aborda en forma panorámica distintos problemas referidos a condenas e imputaciones erróneas, pero con ejemplo a varios países dentro y fuera de la región.

Nos parece que la concentración en dos países, tanto como lugares de publicación como foco de interés de los estudios, puede ser reflejo del mayor desarrollo de comunidades académicas profesionales y, por lo mismo, de publicaciones indizadas en los tres índices revisados en esta investigación.¹⁴ Eventualmente, estas proporciones podrían cambiar si es que se consideraran otro tipo de publicaciones académicas no indizadas

¹⁴ Por ejemplo, en el ranking internacional QS del año 2023, Brasil y Chile, con 26 y 16 respectivamente, encabezan el listado de mayor cantidad de instituciones dentro de las 100 mejores universidades de América Latina (México cuenta con 14, Colombia con 12, Argentina con 11, Perú con 4 y Costa Rica con 3). Véase: <https://www.topuniversities.com/university-rankings/latin-american-university-rankings/2023> (última visita el 1 de septiembre de 2023). En materia de publicaciones, en 2011, una investigación determinó que los países que contaban con mayor porcentaje de revistas ScIELO en América Latina y el Caribe eran Brasil con 253 (35,2%) y Chile con 93 (12,9%). En revistas Scopus nuevamente Brasil era el con mayor cantidad al contar con 234 (44,7%) y Chile ocupaba el tercer lugar con 69 (13,2%), muy cerca de México que estaba en el segundo lugar con 70 publicaciones (13,4%). Véase: Miguel, 2011, p. 192.

o las disponibles en fuentes grises. Una segunda razón obedecería a la existencia de algunos autores muy prolíficos en ambos países que explican una proporción importante de las publicaciones en los mismos y referidas a ellos, según analizaremos en el próximo apartado.

2.2. INFORMACIÓN SOBRE LAS AUTORÍAS

Quisimos también conocer acerca de la comunidad que investiga y publica en esta materia en la región a través de obtener algunos datos básicos de sus autores. Lo primero que identificamos es que en 28 (56%) de los trabajos hubo autorías individuales y en 22 (44%) coautorías.

El número total de autorías fue de 84 sin considerar que algunos se repiten en diversos trabajos. De ellos, 58 (69%) corresponde a hombres y 26 (31%) a mujeres. Si se descuentan los autores que se repiten, el total de autorías baja a 62. De ellas 40 (64,5%) corresponde a hombres y 22 (35,5%) a mujeres. Considerando ambos criterios, las mujeres tendrían participación cercana a un tercio del total de las autorías. Sin embargo, esta presencia cambia de manera significativa si se trata de publicaciones individuales o colectivas. En efecto, si se pone foco exclusivo en las publicaciones de autoría individual, las autoras mujeres sólo participan en cinco de ellas, bajando a un 17,9% y, en cambio, los hombres suben a 23, con un 81,2%. Por el contrario, sólo considerando las publicaciones colectivas, allí la participación de las mujeres sube a 19 de 22 trabajos, es decir, a un 86,4%, existiendo tres trabajos de coautorías exclusivamente masculinas. En cambio, no hay trabajos de autoría colectiva integrados exclusivamente por autoras mujeres. En consecuencia, el 100% de los trabajos colectivos cuentan con al menos un autor hombre.

Como anticipamos, del universo de 50 documentos, hay algunos autores que participan en más de una publicación. Se trata de cinco. El más prolífico es Duce (Chile) con 13 (26%) publicaciones (11 de autoría individual y dos coautorías). Le siguen Ceconello y Stein (Brasil) que participan, respectivamente, en cinco (10%) y cuatro (8%) publicaciones (todas corresponden a coautorías y en cuatro de ellas ambos están presentes). Finalmente, están Beltrán (Chile) con tres (6%) publicaciones (todas de autoría individual) y Carbonell (Chile) con dos (4%) publicaciones (una de autoría individual y otra coautoría).

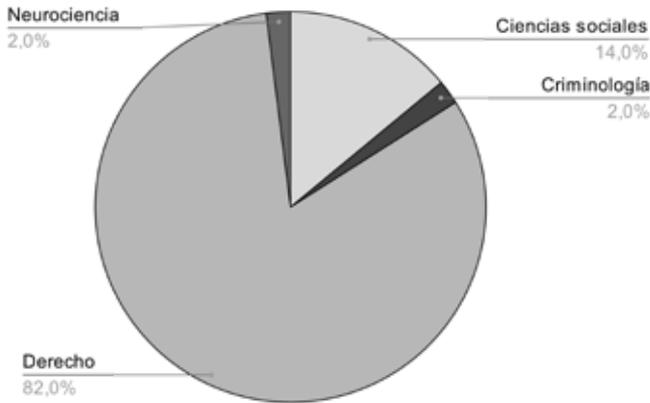
También identificamos las nacionalidades de los autores. Ellas corresponden a cinco países de la región y a tres de fuera de la región (uno de Canadá, otro Estados Unidos y uno de Inglaterra, representando un 1,6% cada uno o un 4,8% del total). En los cinco países de la región el que tiene mayor cantidad de autorías es Brasil con 27 (43,5%), seguido luego por Chile con 16 (25,8%), México con nueve (14,5%), Argentina con cuatro (6,5%) y Colombia con tres (4,8%). Observamos que se mantiene la lógica de concentración en dos países, aun cuando la proporción de Brasil sube, lo que nos parece puede ser consecuencia de que en el caso de Chile hay tres autores que tienen más de una publicación y uno de ellos es el más prolífico en la investigación, lo que hace bajar el número de autorías en relación con la cantidad de trabajos publicados en Chile.

Finalmente, examinamos la filiación institucional de los autores. Identificamos una dispersión importante respecto a las instituciones a las que pertenecen (al menos 29 reportadas en las publicaciones)¹⁵. Con todo, nos interesa destacar que en su gran mayoría las autorías tienen filiación a universidades o institutos de educación superior o investigación de la región (54 de 62, es decir, un 87,1%). A ellos se suman tres autores que pertenecen a universidades fuera de la región (4,8%), otros dos que se califican como independientes (3,2%) y tres que pertenecen a una organización vinculada al trabajo con condenas erróneas (Argentina Innocence Project) (4,8%).

2.3. DISCIPLINAS Y TEMAS DE INVESTIGACIÓN

Por último, quisimos conocer sobre la pertenencia disciplinar de las publicaciones y luego las materias abarcadas en ellas. La figura 4 muestra el resumen de las disciplinas a las que pertenecen las 50 publicaciones identificadas en la investigación.

¹⁵ Señalamos “al menos” debido a que varios autores reportan pertenencia o filiación a más de una institución. Para estos efectos hemos considerado sólo a la primera institución mencionada.

FIGURA 4. Publicaciones por disciplina

Fuente: Elaboración propia

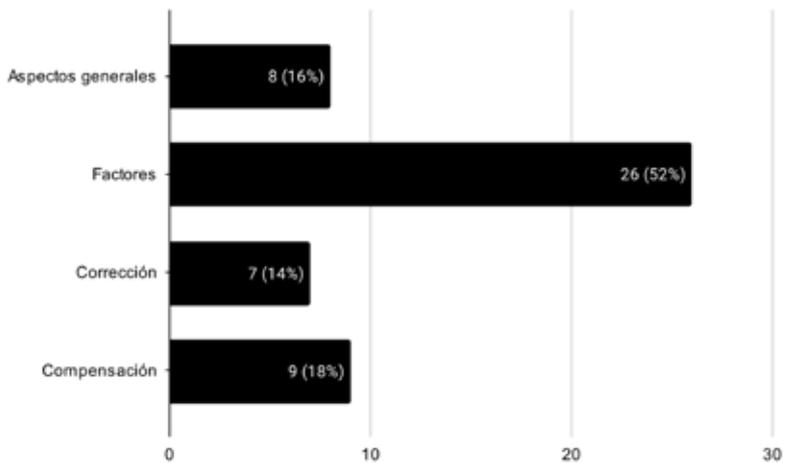
Las publicaciones se distribuyen en sólo cuatro áreas disciplinares, pero con una fuerte concentración en el ámbito del Derecho (41 que representan un 82% del total). Muy por lejos están textos que pertenecen a otras Ciencias Sociales con un 14% (siete) y luego con un 2% a la criminología y la neurociencia. En el ámbito de ciencias sociales incluimos diversas disciplinas, entre las que hay tres publicaciones (6%) provenientes de la psicología, dos de ciencias policiales y otras dos de políticas públicas, representando un 4% cada una.

La fuerte concentración de publicaciones en el área del derecho es, en parte, consecuencia de que una porción de los temas abordados proviene de cuestiones que se vinculan estrechamente a problemas de orden legal asociado a la regulación de los mecanismos de corrección y reparación de condenas erróneas. Con todo, la gran mayoría de los temas abordados en los trabajos no requerirían necesariamente ser analizados desde del ámbito del derecho. Por lo mismo, la concentración en esta área tendría que ver más bien con los focos de interés que ha generado la materia en estudio en otras disciplinas en la región.¹⁶

¹⁶ Si se contrastan nuestros resultados con los del estudio de Asia (Le et al., 2023, p. 7), se puede apreciar una mucho mayor presencia en ese continente de publicaciones en disciplinas científicas como medicina (14,9%), una

También exploramos los temas en específico que fueron abordados de manera preferente por las investigaciones. Para estos efectos, consideramos cuatro categorías. La primera fue la de “Aspectos generales” que incluyó a las publicaciones que abordan problemas generales sobre las condenas e imputaciones erróneas, se preocupan de cuantificarlas, hablan en general sobre factores que aumentan su probabilidad, sobre la regulación legal de algunas materias asociadas, entre otros temas generales. La segunda categoría fue “Factores” y abarca las publicaciones que analizan preferentemente uno o más factores que han sido asociados al aumento de las probabilidades de que se produzcan errores. La tercera categoría fue “Corrección” y cubre las publicaciones que se preocupan preferentemente de analizar los mecanismos disponibles para corregir condenas erróneas. Finalmente, la cuarta categoría fue “Compensación” e incluye los textos que analizan mecanismos de reparación o compensación de quienes han sido víctimas de una condena o una imputación erróneas. La figura 5 contiene el resumen de esta categorización.

FIGURA 5. Publicaciones por tema



Fuente: *Elaboración propia*

mayor presencia de estudios de psicología (10,6%) y, especialmente, de ciencias sociales (59,6%), sin que se identifique en particular el área de Derecho.

Un 52% de las publicaciones analiza los factores asociados a la producción de condenas e imputaciones erróneas. Como veremos en el capítulo 3, existe una fuerte presencia de trabajos que se dedican al problema de los reconocimientos oculares. Un 18% de las publicaciones abordan a los mecanismos de reparación o compensación. Un 16% fue clasificada como “Aspectos generales”, aun cuando algunas se hacen cargo en partes del problema de los factores (v.gr., Duce & Findley, 2022; Hadaad & Pinto 2022; Duce, 2013). Finalmente, un 14% aborda los mecanismos de corrección. Los trabajos incluidos en las categorías de corrección y reparación podrían, inicialmente, considerarse más asociadas a la disciplina del Derecho, representando un 32% del total, allí donde las publicaciones en esa área, como vimos, son de un 82%.

A modo de resumen, en este capítulo de orientación cuantitativa, la investigación muestra que las publicaciones en esta área son un fenómeno que se incrementa en forma significativa en los últimos años del período en estudio, existiendo una fuerte concentración tanto a nivel de lugar en donde se realizan como en el país que estudian (Chile y Brasil). Los datos también arrojan una mayor presencia de autores hombres por sobre mujeres, pero especialmente en trabajos de autoría individual y no en cambio en los de colectiva. Por otra parte, la existencia de algunos autores prolíficos explicaría un porcentaje relevante de la producción académica de la región. También destaca un alto porcentaje de afiliación de los autores a universidades o institutos de investigación regionales. Finalmente, la gran mayoría de las publicaciones es realizada en la disciplina del Derecho y el tema preferente es el análisis de los factores que se asocian a las condenas e imputaciones erróneas.

3. RESULTADOS CUALITATIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

El propósito de este capítulo es presentar una imagen de los contenidos de los estudios revisados. Para ello, exploraremos las cuatro áreas temáticas fundamentales que emergen de manera distintiva en la investigación regional.

3.1. ASPECTOS GENERALES SOBRE CONDENAS E IMPUTACIONES ERRÓNEAS

Como señalamos, estos trabajos representan un 16% del total de las publicaciones. Un primer grupo de ellas estudian, en general, el error judicial desde la perspectiva del derecho probatorio o cómo dichas reglas podrían o no contribuir a generarlos. Uno discute sobre un modelo de derecho probatorio basado en estándares y otro basado en reglas; en ello, se revisan algunas disposiciones de Códigos Procesales Penales que regulan el estándar de prueba en Argentina, Colombia y Chile (Larsen, 2020). Otro, plantea un modelo teórico que permitiría categorizar decisiones judiciales defectuosas a partir de reglas procesales que versan sobre el contenido de la sentencia, su fundamentación y las vías de impugnación, incluyendo el recurso o acción de revisión (Carbonell, 2020).

Un segundo grupo de trabajos da cuenta de aspectos generales vinculados a las condenas erróneas, su cuantificación y sus factores. En el caso de Chile, se trata en general de trabajos que se valen de información empírica y literatura proveniente de la experiencia comparada a fin de iniciar un debate y poner sobre la mesa la preocupación por el problema de la condena de inocentes (Castillo, 2013; Duce, 2013). En una línea similar, una reciente publicación da cuenta de algunos casos de error conocidos, identifica algunos factores que contribuirían a las condenas erróneas y revisa algunos aspectos del recurso de revisión en Argentina (Garrido et al., 2023). Finalmente, con una perspectiva más global, un trabajo da cuenta de las dificultades para la cuantificación de los casos de condenas e imputaciones erróneas, revisa los factores o contribuyentes, aunque enfocándose principalmente en la prueba pericial y da cuenta de aspectos problemáticos vinculados a los mecanismos corrección y reparación (Duce & Findley, 2022). Varios de estos trabajos serán mencionados nuevamente en la sección sobre factores.

Otro trabajo ha enfatizado la importancia del uso de tecnologías de ADN, destacado el uso de ella para prevenir y corregir condenas erróneas, pero también como una herramienta valiosa para identificar a los auténticos perpetradores y para investigaciones complejas de desaparición de personas (Trindade et al., 2022).

De la mano de la proliferación de los denominados Innocence Project alrededor del mundo, se ha descrito la forma de organizar un

proyecto de esa naturaleza en Brasil (Simões & de Araújo, 2021), en otro se ha dado cuenta del rol del Argentina Innocence Project (Garrido et al., 2023) y, en Chile, se ha comentado sobre la base de datos que lleva el Proyecto Inocentes de la Defensoría Penal Pública (Duce, 2013, pp. 244-246).

Finalmente, un estudio da cuenta de las consecuencias y el impacto de la privación de libertad de un inocente. Entre otros aspectos, los hallazgos constatan las emociones que experimentarían quienes son objeto de una privación de libertad errónea; el impacto en aspectos cognitivos como el aprendizaje, la atención y la memoria; las consecuencias en diversos ámbitos de relación; dificultades en la reinserción laboral y la presencia de estigmatización, discriminación, exclusión y aislamiento, incluso una vez que estas personas recuperan su libertad (Escaff et al., 2013).

Este conjunto de trabajos entrega elementos generales sobre los problemas vinculados a las condenas e imputaciones erróneas, muchos de ellos tomando aspectos que han sido objeto de debate en el ámbito comparado.

3.2. FACTORES O CONTRIBUYENTES A LAS CONDENAS E IMPUTACIONES ERRÓNEAS

En esta sección entregaremos una visión general de los trabajos que tienen como foco principal el estudio y análisis de los factores que han sido asociados como aquellos que aumentan la probabilidad de condenas e imputaciones erróneas. Este tema concentra 26 publicaciones, que representan un 52% del universo en análisis. Se trata del área con la mayor cantidad de publicaciones identificadas según ya mencionamos.

Una primera cuestión que destacamos es su distribución temática. Todos los trabajos se preocupan como tema principal de alguno de los factores que han sido descritos tradicionalmente en la literatura disponible en la materia (Duce & Findley, 2022), pero se distribuyen de manera desigual. La gran mayoría, 14 (54% de las publicaciones clasificadas en esta categoría y 28% del universo total), está dedicada al análisis de distintas dimensiones y problemas vinculados con los reconocimientos oculares. Le siguen, a mucha distancia, los trabajos que revisan aspectos acerca del impacto de la prueba pericial en la producción de errores del sistema y otros relativos a uso de confesiones, ambos con cuatro publicaciones

cada uno (15,4% de este grupo de trabajos y 8% del universo total cada uno). Por su parte, tres trabajos se abocan al estudio de factores asociados al mal comportamiento de los agentes estatales que adoptan decisiones relevantes para la persecución penal (11,5% de estos trabajos y 6% del universo total). Finalmente, un trabajo contiene análisis de varios factores ya mencionados.

En el análisis de factores incluiremos también algunos aportes de las publicaciones que hemos revisado en las otras secciones de este capítulo. Especialmente útiles serán cuatro de los trabajos que clasificamos en la categoría de “Aspectos generales” que entregan elementos de interés para nuestra revisión, no obstante, este tema no haya sido el principal en su desarrollo.

La sección se organizará en cinco acápite. Los primeros cuatro están destinados a cada uno de los factores tradicionales en los que clasificamos las publicaciones en análisis. La última la reservamos para exponer otros factores, como algunos mencionados secundariamente en los trabajos y otros que van más allá de las categorías tradicionales y que parecen dar cuenta de particularidades de los países de la región cuya identificación estimamos es un aporte en el debate comparado en esta materia.

3.2.1. FACTORES ASOCIADOS A LOS RECONOCIMIENTOS OCULARES

Los reconocimientos oculares errados suelen aparecer en los distintos sistemas de registro a nivel comparado como una de las principales causas o factores que favorecen a condenas e imputaciones erróneas¹⁷. A su vez, como hemos mencionado en la introducción, se

¹⁷ De acuerdo al *Innocence Project* de los Estados Unidos a inicios del mes de octubre de 2023, más de un 60% de los casos de condenas erróneas que ellos registran contarían con un reconocimiento ocular que incriminó a una persona inocente, constituyéndose en el principal factor presente en dichos casos (<https://innocenceproject.org/eyewitness-misidentification/>) (última visita el 11 de octubre de 2023). En la misma época, el *National Registry of Exonerations* del mismo país identificaba a esta diligencia como un factor presente en un 27% de los casos, (<https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/ExonerationsContribFactorsByCrime.aspx>) (última visita el 11 de octubre de 2023). Por su parte, *The Canadian Register of Wrongful Convictions*

trata de una de las materias que mayor nivel de investigación científica han generado en los últimos 30 años¹⁸.

Consistente con tales desarrollos, las investigaciones sobre reconocimientos oculares constituyen el tema que cuenta con la mayor cantidad de trabajos identificados en nuestra investigación (14 o 28% del universo total). A ellos habría que agregar tres de las publicaciones que clasificamos como referidas a aspectos generales (Castillo, 2013; Duce, 2013; Duce & Findley, 2022) y otra que ubicamos como referida a factores en general (Duce, 2015) que, aun cuando no de manera central, abordan los reconocimientos oculares en su desarrollo.

El análisis de contenido muestra que se trata de un área en la que existe una interesante diversidad disciplinaria que no es frecuente en las otras materias. Los trabajos identificados corresponden mayoritariamente a publicaciones en revistas del área del derecho (82%), contando también con un fuerte énfasis en el análisis de tipo legal de los problemas o temas que abordan. Particularmente en materia de reconocimientos oculares, aunque la mayoría de las publicaciones se produce en revistas de corte legal esta es mucho más baja que el resultado general (57%) y se identifica una mayor diversidad en las disciplinas de las publicaciones, especialmente, en una perspectiva de análisis mucho más amplia y variada que en otros temas.

Destacan en esta mayor interdisciplinaria de lugares de publicación y aproximación teórica los trabajos de Ceconello et al.

lo identificó en un 29% de los casos (25 de 86) (<https://www.wrongfulconvictions.ca/data>) (última visita el 11 de octubre de 2023). La investigación sistemática sobre Asia muestra que es un factor importante también presente en muchas de las condenas erróneas de ese continente (Le, 2023, p. 11). En el contexto europeo continental, una investigación en Alemania identificó que era un factor presente en el 45,8% de los casos de condenas erróneas entre los años 1990 y 2016 (Leuschner, et al., 2020, p. 698). Finalmente, la investigación sobre persecuciones o imputaciones penales erróneas en los Estados Unidos (*near misses*) muestra que esta diligencia habría estado presente en una proporción similar a la muestra de casos de condenas erróneas que usaron como comparación, un 75% de los casos de la muestra (Gould et al., 2014).

¹⁸ Wilson Center for Science and Justice (2022) identificó 1.246 publicaciones científicas hasta el año 2020. Epstein (2014) menciona en un trabajo previo que habría más de 2.000 artículos con revisión de pares publicados sobre memoria de testigos oculares y su desempeño en los 30 años anteriores a 2014.

(2018, 2022 y 2023), de Cecconello & Stein (2020) y de Ronzon-González et al. (2017).

Revisamos a continuación los trabajos de Cecconello et al. (2018, 2022 y 2023). El primero, publicado en una revista del ámbito de las políticas públicas, revisa la evidencia científica en relación con los riesgos que presenta para la memoria la repetibilidad de actividades como los reconocimientos oculares y formula recomendaciones de política pública para evitar dichos riesgos (Cecconello et al., 2018). El segundo, publicado en una revista del ámbito de la psicología, reporta los resultados de un interesante experimento destinado a medir el impacto de la similitud de los rellenos en las ruedas de imputados para efectos de la selección de sospechosos o rellenos por parte de la víctima o testigo que practica el reconocimiento. Se concluye que la mayor o menor similitud de los rellenos con el sospechoso no tendría un impacto estadísticamente significativo en la probabilidad de reconocimiento de los sospechosos, sean culpables o no (Cecconello et al., 2022). El tercero, publicado en una revista orientada a investigaciones en ciencias policiales, evalúa el impacto de un programa de formación efectuado a policías de Brasil destinado a mejorar el desarrollo y ejecución de los procedimientos de reconocimiento ocular, concluyendo un impacto positivo del mismo en varios ámbitos, por ejemplo, en la construcción de las ruedas y en las instrucciones que se otorgan (Cecconello et al., 2023).

Por otra parte, el trabajo de Cecconello y Stein (2020), publicado en una revista del ámbito de la psicología, revisa la evidencia proveniente de los estudios de la psicología del testimonio para hacer recomendaciones acerca de cómo llevar adelante los procedimientos de reconocimiento ocular.

Por último, el trabajo de Ronzon-González et al. (2017), del ámbito de la neurociencia, da cuenta de los resultados de un estudio destinado a observar el comportamiento de los circuitos neuronales de las personas evaluando su memoria y respuesta de confianza al observar fotografías, todo ello por medio del uso de escáner cerebral (fMRI), aportando información sobre los fundamentos biológicos de los procesos de reconocimiento ocular.

En una zona intermedia entre la perspectiva de orientación científica y lo legal, Cani & Alcántara (2022) se dedican preferentemente a analizar de manera crítica el impacto que tendría la introducción de

algoritmos de reconocimiento facial como una técnica para superar problemas detectados en los procedimientos de reconocimientos oculares, concluyendo que ellos también presentan riesgos importantes de falsos positivos. En esta misma frontera, nos parece se ubica el trabajo de Navas, publicado en una revista de políticas públicas en un número especial dedicado al derecho, la psicología y la neurociencia. El trabajo revisa y analiza la evidencia científica que da cuenta de la falibilidad de la memoria humana, con énfasis en el problema de los falsos recuerdos. Luego, utiliza esa información para analizar problemas de diseño legal referidos al uso de la prueba testimonial y los reconocimientos oculares en el proceso penal de Brasil (Navas, 2018). Un último trabajo en este grupo, publicado en una revista legal, revisa la evidencia disponible en la psicología experimental y cognitiva para hacer un argumento en favor del uso de reconocimientos fotográficos como una forma de asegurar la realización de procedimientos adecuados y justos, contravirtiendo las regulaciones legales y la concepción predominante en los actores del sistema en Brasil que consideran ese tipo de procedimientos como menos confiables (Matida & Ceconello, 2021).

Otro grupo de cuatro trabajos, todos publicados en revistas del ámbito legal, se caracterizan por usar, con distintos niveles de importancia y profundidad, alguna metodología empírica destinada a describir o conocer la realidad, aunque normalmente acompañadas la revisión de textos y análisis de corte legal más tradicional. Un trabajo que cuenta con un perfil fundamentalmente empírico buscó identificar las prácticas en Chile asociadas a la realización de los procedimientos de reconocimiento ocular y su uso en la justicia penal. La investigación incluyó entrevistas semi-estructuradas, el análisis de la base de casos en los que se acogió un recurso de revisión en un período de 10 años (2007-2016) y un estudio empírico exploratorio de análisis de sentencias. Se concluye con recomendaciones para superar los problemas identificados que incluyen aspectos de política pública, capacitación y reforma legal (Duce, 2017).

Los otros tres trabajos analizados en este grupo provienen de Brasil e incluyen como componente empírico una revisión de casos relevantes y que permiten describir cómo se desarrollan los procedimientos de reconocimiento en la práctica. En uno de ellos se revisa la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia en el período de 10 años (2012-2022)

en materia de habeas corpus y recursos de revisión para identificar si en la práctica de los reconocimientos oculares en Brasil se reproducen estereotipos y problemas de injusticias epistémicas, concluyendo afirmativamente tal interrogante (Leite & Bahia, 2023). Otro trabajo indaga las prácticas de reconocimiento ocular basadas en el uso de imágenes recogidas en cámaras de video vigilancia. Los hallazgos empíricos dan cuenta de una falta de uniformidad en los procedimientos y una valoración judicial de ellos como si las imágenes captadas en los videos fueran imágenes fieles de la realidad (Guedes et al., 2022). Finalmente, el trabajo de menor componente empírico y, consiguientemente más análisis y revisión de textos, examina el impacto de los procedimientos de reconocimiento ocular en Estados Unidos y Brasil en reforzar la selectividad y fenómenos de etiquetamiento (*labelling approach*) del sistema de justicia penal (Magalhaes, 2020).

Además, podría agregarse a este grupo un trabajo que categorizamos genéricamente como de factores causantes de los errores, pero que no incluimos como uno de los destinados específicamente a los reconocimientos oculares. El trabajo examina en profundidad cuatro casos de condenas erróneas producidos en Chile, identificando que los reconocimientos oculares jugaron un rol clave en la incriminación errónea en dos de ellos. A partir de ello, se identifican algunas lecciones acerca de la mala calidad de los procedimientos realizados en Chile (Duce, 2015).

Un último grupo en esta sección está compuesto por dos trabajos que abordan problemas de reconocimiento ocular con una aproximación basada en análisis legal más tradicional. En el primero, se argumenta la posibilidad de excluir de juicio la prueba sobre los reconocimientos oculares cuando éstos fueron realizados sin cumplir con estándares básicos que aseguren su confiabilidad. Para ello, argumenta que las reglas vigentes en el proceso penal chileno permitirían aquello y se propone un estándar legal para su aplicación (Alcaíno, 2014). En el segundo, se analizan los recientes desarrollos de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Brasil en materias asociadas al trabajo de investigación policial, incluyendo la realización de reconocimientos oculares. Tal jurisprudencia habría cambiado el paradigma de realización de dicha diligencia, elevando los estándares previamente vigentes, lo que se valora como clave para evitar condenas erróneas documentadas en el mismo

trabajo y que fueron originadas por el escaso rigor en la realización de estas diligencias (Schietti, 2022).

De este breve recuento se puede apreciar que las investigaciones sobre reconocimientos oculares mostrarían una tendencia similar a la que se identifica en la experiencia comparada: una preocupación que se traduce en un número importante de publicaciones, una diversidad de aproximaciones disciplinarias al problema y una visión bastante crítica sobre la forma en que se realizan estos procedimientos en los países objeto de estudio y luego cómo son utilizados y valorados por los sistemas de justicia penal. Por lo mismo, se trataría de un factor con incidencia en las condenas e imputaciones erróneas en la región.

3.2.2. FACTORES ASOCIADOS AL USO DE PRUEBA PERICIAL

Cuatro trabajos abordan el impacto del uso de la prueba pericial en las condenas e imputaciones erróneas a los que se suman algunas referencias aportadas por publicaciones referidas a aspectos generales. Se trata también de uno de los factores identificados como más relevantes en la evidencia comparada, pero tiene menos presencia en la literatura regional.¹⁹

Utilizando como referencia el debate sobre el uso de prueba pericial y su relación con la producción de condenas erróneas en Estados Unidos, un trabajo presenta reflexiones sobre la situación actual en Brasil, destacando algunas reformas dirigidas a reducir errores en la producción de informes periciales. Entre ellas, la implementación de sistemas de gestión de calidad, la estandarización de procedimientos para cada tipo de examen pericial, mejoras en la cadena de custodia, la imposición de normas estrictas de responsabilidad administrativa, civil y penal de los

¹⁹ Por ejemplo, el *National Registry of Exonerations* identificaba a esta prueba como un factor presente en un 24% de los casos en el mes de octubre de 2023, (<https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/ExonerationsContribFactorsByCrime.aspx>) (última visita el 11 de octubre de 2023). La investigación sistemática sobre Asia muestra que se trata también de un factor importante presente en condenas erróneas en países como China y Taiwan (Le, 2023, pp. 11-12). La investigación en Alemania identificó que era un factor presente en el 35,7% de los casos de condenas erróneas entre los años 1990 y 2016 (Leuschner, et al., 2020, p. 700).

profesionales responsables de la producción de exámenes periciales, entre otras (Simões & de Araújo, 2021).

En Colombia, un estudio discute sobre las dificultades que existen en la valoración la prueba pericial y particularmente la pericial psicológica. Así, con la finalidad de hacer frente a lo que denominan “crisis de valoración probatoria del peritaje”, el trabajo propone la aplicabilidad de los criterios Daubert desarrollados por la Corte Suprema de los Estados Unidos y recogidos expresamente en el artículo 422 del Código Procesal Penal de Colombia, no sólo como elementos para discutir la admisibilidad de la prueba pericial, sino también su uso como una guías de valoración probatoria (Calderón & Cueto, 2022). En una línea similar, en Brasil se ha discutido sobre si los criterios Daubert tienen o no reconocimiento en la legislación y su eventual uso como guía también en sede de valoración probatoria (Simões & de Araújo, 2021).

En Chile se han constatado diversas dificultades en torno al uso de prueba pericial. Lo anterior se ha hecho a partir del estudio de casos paradigmáticos de error y de la evidencia acumulada en la experiencia comparada (Duce 2013, Duce 2018a), para luego llevar adelante un estudio empírico donde se pudo profundizar en el uso y práctica de la prueba pericial (Duce, 2018a; Duce, 2018b). Entre los hallazgos, destacan el uso habitual de pruebas periciales de confiabilidad discutible, la falta de especialización de peritos en algunas materias, problemas en la confección y demora en la producción de informes periciales, la falta de certificación de laboratorios, entre otros. Se constata también un control prácticamente nulo de la admisibilidad de esta clase de pruebas. Luego, durante el juicio oral, los hallazgos muestran problemas en la rendición de este tipo de pruebas, dificultades en su confrontación y un bajo control sobre la información que aportan los peritos. Finalmente, se constatan dificultades para los jueces al momento de valorar esta prueba (Duce, 2018b).

En Argentina, se han reportado problemas en la regulación legal sobre el uso de la prueba pericial. Por una parte, existiría una amplísima libertad para que los litigantes ofrezcan y utilicen cualquier tipo de evidencia como prueba experta. Por otro lado, no existiría regulación ni lineamientos que se haga cargo de qué puede ser considerado prueba pericial. Lo anterior, sumado a la falta de conocimiento técnico y científico de parte de jueces y jurados, incrementaría el riesgo de que la prueba

pericial se vea sobre valorada o sobre estimada por parte del órgano decisor (Garrido et al., 2023).

Como se puede observar, el panorama entregado tiende a enfatizar la existencia de diversos problemas y desafíos en el uso de la prueba pericial en la región y, por lo mismo, que podría ser un factor relevante que aumenta la probabilidad de errores. Debido a la importancia que tiene este tema en la literatura comparada, pensamos que en la región existe aún un enorme campo de investigación que no ha sido explorado.

3.2.3. FACTORES ASOCIADOS AL USO DE CONFESIONES FALSAS

Para analizar las investigaciones que se preocupan del uso de confesiones falsas distinguimos dos grupos. Por una parte, existen estudios que abordan cuestiones vinculadas a los interrogatorios policiales y a las confesiones en su sentido más tradicional (Beltrán, 2022; Moscatelli, 2020; Navarro & de Lucena, 2023). Por otro lado, un estudio aborda el fenómeno de lo que se conoce más ampliamente como admisiones de responsabilidad penal, en el contexto de procedimientos penales negociados (Duce, 2015; Duce, 2019)

Los estudios sobre confesiones falsas en Brasil, han destacado la importancia histórica, arraigada desde la tradición inquisitiva, de valorar la confesión como la principal prueba. De esa manera, al ser vista como la revelación de la verdad, el interrogatorio policial tendiente a obtener una confesión tendría un papel central en las investigaciones preliminares y posterior justificación de la condena (Moscatelli, 2020; Navarro & de Lucena, 2023). El problema con las confesiones entonces parece radicarse en dos momentos: durante la investigación preliminar y en la valoración de la prueba. En relación con el rol de la confesión en la investigación preliminar, Moscatelli (2020) da cuenta de un estudio empírico previo²⁰ que examinó investigaciones policiales en cinco capitales estatales brasileñas, el cual mostró que la confesión del sospechoso fue el método utilizado en aproximadamente el 80% de las investigaciones, siendo raras las investigaciones externas y las pericias técnico-científicas. También, investigaciones han mostrado que quienes confiesan en las

²⁰ El estudio citado por Moscatelli (2020) corresponde a Misse (2010).

comisarías tienden a ser personas de clases populares, mayoritariamente jóvenes que viven en condiciones socioeconómicas precarias, con niveles de educación bajos, y pertenecientes a grupos étnicos afrodescendientes o mestizos (Moscatelli, 2020). En relación con el rol de la confesión en la valoración de la prueba, explorando el problema desde la injusticia epistémica agencial, Navarro & de Lucena (2023) constatan que la jurisprudencia ha tendido a valorar como más creíbles confesiones que son dadas en el momento de menor agencia del sujeto.

En Chile, a través de un estudio dogmático y jurisprudencial, se buscó identificar algunos aspectos potencialmente problemáticos en el tratamiento de las confesiones ante la policía. Entre los hallazgos destacan algunas prácticas policiales en que se saca provecho a espacios de discreción en momentos iniciales de las investigaciones para obtener confesiones al margen de la normativa y del control judicial, una gran deferencia de parte de la Corte Suprema hacia el actuar policial durante los interrogatorios, una reticencia importante de la Corte en indagar y hacerse cargo de problemas vinculados a la voluntariedad, la confusión y errónea aplicación de la normativa aplicable a las confesiones ante la policía, entre otros (Beltrán, 2022).

Existen, por otro lado, estudios que ponen énfasis en el análisis de las admisiones o “confesiones” producidas en el contexto del desarrollo de los procedimientos negociados existentes en la mayoría de los sistemas procesales de la región. En el caso chileno se trataría de los procedimientos abreviados y simplificados con admisión de responsabilidad, los que serían la fuente principal de producción de sentencias condenatorias en Chile (Duce, 2015; Duce, 2019). Una investigación que analiza cuatro casos de exoneraciones, se refiere al entorno de temor y presión hacia los imputados que se genera durante las audiencias en que se discuten esta clase de procedimientos. En efecto, se trataría de procedimientos usualmente referidos a delitos menores, en audiencias breves y vertiginosas, con poca información, con mucho lenguaje técnico, en que los imputados han tenido prácticamente un nulo contacto con sus defensores y donde existen incentivos muy grandes para el reconocimiento de responsabilidad (Duce, 2015). Posteriormente, valiéndose de entrevistas y observación de audiencias, un estudio empírico pudo constatar que en Chile existirían factores y dinámicas similares a las identificadas en la experiencia

comparada y que aumentan el riesgo de condenas erróneas por el uso de procedimientos negociados. Entre ellas, la existencia de un espacio relevante para la oferta de penas rebajadas de parte de los fiscales, la presencia de defensores penales que mantienen poca interacción con sus clientes y jueces de garantía que ejercen un escaso control, especialmente en materia de voluntariedad de aceptación (Duce, 2019).

El conjunto de investigaciones que hemos agrupado en esta materia muestra que la existencia de confesiones falsas, es decir de personas inocentes, podría ser un factor de relevancia en la región. Ya sea por prácticas de interrogación policial, como el uso que se hace de ellas en procedimientos negociados que concluyen en su gran mayoría con sentencias condenatorias.

3.2.4. FACTORES ASOCIADOS AL MAL COMPORTAMIENTO DE LOS AGENTES ESTATALES

Se trata del factor con menor número de trabajos identificados, a pesar de que suele ser considerado uno de los con mayor presencia en bases de datos internacionales.²¹ En este contexto, una primera línea de estudios tiene que ver con la toma de decisiones durante las investigaciones. En Brasil, a partir de entrevistas a policías con experiencia en homicidios, se constató que, a pesar de su formación, ningún curso versaba sobre la toma de decisiones en investigación. También, se constató a nivel exploratorio que entre los factores que conducirían a una investigación exitosa o fallida, además de influir en la decisión de acusar, se encontrarían la existencia de pruebas, la posibilidad y estructura para identificar estas pruebas y las habilidades y competencias individuales de los investigadores (Lino & Roazzi, 2022). También en investigaciones de homicidios, se ha señalado que la culpabilidad del sujeto se construiría a partir de su confesión y de

²¹ Por ejemplo, el *National Registry of Exonerations* identificaba a esta prueba como un factor presente en un 60% de los casos en el mes de octubre de 2023, (<https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/Exonerations-ContribFactorsByCrime.aspx>) (última visita el 11 de octubre de 2023). Para el Canadian Registro of Wrongful Convictios el mal comportamiento de los fiscales estaría presente en el 22,5% y el de las policías el 23,6% de los casos registrados. (<https://www.wrongfulconvictions.ca/data>) (última visita el 11 de octubre de 2023).

esa manera se haría una selección de qué otras piezas de información deben recopilarse. Así, podría ocurrir que se descarten hipótesis u otros sospechosos, no se preserve la cadena de custodia, no se soliciten pruebas forenses, entre otros. De ese modo, se buscaría a toda costa justificar una única hipótesis, a partir de las declaraciones extraídas que apoyan la conclusión ya formulada con respecto al sospechoso (Moscatelli, 2020)

En Chile, los estudios se han centrado en el fenómeno de la visión de túnel, dando cuenta de sus aspectos generales (Beltrán, 2021a; Beltrán, 2021b; Castillo, 2013; Duce, 2013). Dos publicaciones buscan identificar su impacto en la investigación y en el juicio oral de un caso mediático. Entre los hallazgos, se constata que el fenómeno llevó al Ministerio Público y a la policía a abstenerse de realizar y omitir actividades de investigación que podrían beneficiar a los acusados o despejar puntos contradictorios, a realizar de manera desprolija ciertas diligencias, a interpretar defectuosamente la información obtenida. Asimismo, durante el juicio oral, se constataron declaraciones poco colaborativas de parte de los policías, recordando solo aspectos incriminatorios, dando respuestas evasivas, olvidando información y con mala disposición para responder sobre puntos favorables a los acusados (Beltrán, 2021a; Beltrán, 2021b). En línea similar, una publicación da cuenta de que el fenómeno impactaría en el rigor en los procesos de trabajo de la policía y el Ministerio Público y que usualmente se alega como una infracción al principio de objetividad (Duce, 2013).

Otra línea de estudios tiene que ver más bien con mala conducta deliberada de los agentes. En Argentina, se han documentado los llamados “casos fabricados”, esto es, casos en que se manipula o planta evidencia para incriminar a una persona. También, se ha documentado la manipulación de testigos, sea a cambio de favores o bajo amenazas, para que declaren falsamente en contra de una persona (Garrido et al., 2023). Entre las explicaciones, se ha señalado que la fabricación de casos tendría por finalidad construir estadística, dar respuesta a presiones institucionales o políticas. Agravarían la situación los problemas vinculados a la formación de las fuerzas policiales, el uso de técnicas de investigación poco desarrolladas y el desarrollo de tácticas que permiten a las policías escapar del control judicial (Garrido et al., 2023, p. 158).

Las investigaciones destacan la importancia de la toma de decisiones durante las investigaciones criminales y apuntan a elementos

que influirían en el trabajo investigativo. Junto a ello, a partir de casos de mala conducta deliberada, se ha destacado la necesidad de mejorar la formación de los profesionales en la investigación criminal. En definitiva, aspectos vinculados a mal comportamiento de los agentes estatales podrían ser un factor de relevancia en la región.

3.2.5. OTROS FACTORES Y PARTICULARIDADES DE AMÉRICA LATINA

Finalmente, en este apartado agrupamos hallazgos en dos sentidos diversos. Primero, algunos factores que, sin ser central en los estudios revisados, aparecen mencionados y destacan por ser consistentes con aquellos detectados en la literatura proveniente de otras jurisdicciones. Entre ellos, pueden mencionarse prácticas como el uso de testigo poco confiables o soplones, esto es, en general personas que prestarían una declaración falsa en contra de otro inocente (Hadaad & Pinto, 2022; Garrido et al., 2023). También hemos detectado factores más bien estructurales, como problemas vinculados a debilidades en las defensas penales que acaban detonando una asesoría inadecuada por parte de un letrado (Duce, 2015; Garrido et al., 2023).

Segundo, también hemos identificado algunos factores que no encuentran un claro correlato en la literatura comparada o en los temas que tradicionalmente se abordan en ella. Por tanto, se trataría más bien de aspectos vinculados a las realidades locales de los diversos países de la región y serían, en consecuencia, factores particulares o propios de los sistemas de justicia penal América Latina²². Destacamos que no se trata simplemente de la presencia aislada de ellos en un solo país de la

²² Investigaciones recientes sobre los factores fuera del mundo anglosajón comienzan a mostrar particularidades también. Por ejemplo, en Asia, la revisión sistemática de literatura muestra el uso de tortura como una variable relevante en la obtención de confesiones falsas y lo que se denomina como factor político o la ideología punitivista y autoritaria prevalente de la justicia penal y práctica en varios países como China y Singapur. Le et al., 2023, pp. 8-9, 12-13. En el caso alemán, la evidencia muestra como un factor relevante casos en que se produce una exoneración de un condenado que no tenía responsabilidad penal, no por no haber cometido el delito, sino por razones de insanidad mental. Leuschner et al., 2020, p. 698.

región, sino que fue posible detectarlos en dos o más países a partir de su mención en trabajos diversos.

En este segundo grupo de factores, destacan en Chile y Brasil los llamados casos de suplantación de identidad (Duce, 2015; Hadaad & Pinto, 2022). Se trata de casos en que se logra condenar a una persona que ha proporcionado un nombre o una identidad falsa al momento de ser detenida. Esta situación, no detectada a tiempo por las autoridades, permite que oficialmente se logre y registre una condena respecto de la persona suplantada la que en algún momento es detenida y logra acreditar que nunca había participado en el delito, sino que el problema se generó debido a que alguien usurpó su identidad en el proceso original (Duce, 2015). Aun en Chile y Brasil, es posible identificar en la literatura la retractación de la víctima o testigo como otro factor contribuyente al error. Se trata fundamentalmente de casos en que la víctima del delito o el testigo principal del caso se ha retractado de su declaración en contra del inocente condenado (Hadaad & Pinto, 2022; Duce, 2015; Fernández & Olavarría, 2018).

Sorprendentemente, algunos hallazgos dan cuenta de problemas que podrían ser aún más básicos. Por ejemplo, cuestiones vinculadas a la falta de coordinación del sistema judicial y las instituciones que intervienen durante el proceso de manera que no se puede acceder a información pública que podría exculpar a una persona que resulta erróneamente condenada por aquello (Duce, 2015; Hadaad & Pinto, 2022).

Otro problema diferente que surge en algunos países es la falta de educación y entrenamiento adecuado de los agentes estatales, lo que contribuiría o aumentaría el riesgo de producir errores, debido al uso de técnicas y procedimientos de investigación inadecuados (Garrido et al., 2023; Duce, 2017). Con todo, lo anterior no solo estaría vinculado a la formación policías y fiscales, sino que también alcanzaría a jueces. Por ejemplo, en Minas Gerais, el principal contribuyente al error tiene que ver más bien con errores de parte de los jueces al momento de determinar la cuantía de la pena (Hadaad & Pinto, 2022).

En definitiva, se puede apreciar que la literatura disponible da cuenta de algunos factores que estarían en sintonía con hallazgos provenientes de jurisdicciones fuera de la región. Esto daría cuenta de que, en América Latina, como en otros lugares del mundo, los sistemas de

justicia enfrentan desafíos similares que son probablemente consecuencia de cuestiones estructurales comunes en el funcionamiento de la justicia penal, más allá de los elementos de diseño específico que pueda tener en cada país o región. Ahora bien, la literatura también muestra la presencia de factores específicos de la región, los que permiten identificar cuáles serían algunos de los desafíos más apremiantes a la hora de abordar soluciones al problema de las condenas e imputaciones erróneas. Estos factores específicos requerirían de mucha investigación complementaria para poder identificarlos con más precisión y determinar si se trata de cuestiones excepcionales o que surgen de aspectos más estructurales de funcionamiento de la justicia penal en la región.

3.3. CORRECCIÓN DE CONDENAS ERRÓNEAS

Hemos detectado que se trata del área temática con menor cantidad de publicaciones en América Latina durante el período revisado. Los estudios corresponden a un 14% de aquellos incluidos en la revisión y abordan los casos de Chile ($n = 6$) y Brasil ($n = 1$). Estos trabajos se abocan al estudio del mecanismo existente para revertir una condena errónea: el recurso de revisión.

En términos muy generales, algunos buscan entender mejor el funcionamiento práctico del mecanismo (Duce, 2015; Fernández & Olavarría, 2018; Hadaad & Pinto, 2022), mientras que otros se hacen cargo de aspectos más bien teóricos vinculados a algunos rasgos o cuestiones operativas (Mañalich, 2020; Carbonell & Valenzuela, 2021). También, se encuentran trabajos con un enfoque prospectivo, que destacan la necesidad de contar con un mejor mecanismo de corrección (Duce, 2022a; Duce, 2022b).

La aproximación metodológica varía significativamente. En primer lugar, algunos estudios se basan en un análisis empírico y examinan el funcionamiento del mecanismo de corrección a partir de las solicitudes de revisión presentadas. Por ejemplo, en el estado de Minas Gerais (Brasil), un estudio analizó una base de 4.561 solicitudes de revisión en el periodo 2012-2020 (Hadaad & Pinto, 2022). En Chile, un estudio analizó 470 casos de revisión, profundizando en 44 casos en que finalmente se acogió el recurso (Duce, 2015). Otro estudio, aunque con ciertos rasgos dogmáticos,

contiene datos sobre la admisibilidad de los recursos y complementa su estudio con una revisión de la jurisprudencia de la Corte Suprema al resolverlos (Fernández & Olavarría, 2018).

En segundo lugar, es posible identificar estudios dogmático-prácticos. Se trata de trabajos que tienen como principal enfoque uno dogmático, pero que cuentan en alguna medida con un componente práctico en su desarrollo. En esta línea, un trabajo levanta problemas tanto dogmáticos como prácticos (incluyendo evidencia empírica) para mostrar la necesidad de buscar un nuevo equilibrio entre seguridad jurídica y justicia, a fin de contar con un mecanismo que ofrezca más y mejor cobertura a las víctimas de una condena errónea (Duce, 2022b). Otro trabajo, desarrolla un aparato conceptual para entender adecuadamente lo que denominan defensas probatorias en el contexto de la acción o recurso de revisión, a fin de esclarecer el estándar probatorio que debiese utilizar la Corte Suprema al conocer una solicitud de ese tipo. A partir de su desarrollo conceptual y revisando algunos casos, el estudio analiza cómo se ha comportado la Corte al conocer la causal de la letra d) del artículo 473 del Código Procesal Penal chileno (Carbonell & Valenzuela, 2021)²³.

En tercer lugar, un estudio utiliza un enfoque comparado para analizar la revisión de condenas ejecutoriadas en España y el trabajo que realiza la Comisión Revisora de Casos de Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte y luego reflexiona sobre la situación de la acción de revisión en Chile, destacando la necesidad de avanzar en mejoras en el mecanismo (Duce, 2022a).

Por último, existe un estudio puramente teórico-dogmático que se enfoca en sistematizar y reconstruir el alcance de las causales de revisión previstas en el artículo 473 del Código Procesal Penal chileno. Este estudio también desambigua la noción de inocencia utilizada a propósito del estatuto de la revisión (Mañalich, 2020).

²³ La causal de la letra d) del artículo 473 del Código Procesal Penal chileno permite que la Corte Suprema revea extraordinariamente sentencias firmes cuando: “con posterioridad a la sentencia condenatoria, ocurriere o se descubriere algún hecho o apareciere algún documento desconocido durante el proceso, que fuere de tal naturaleza que bastare para establecer la inocencia del condenado”.

La mayoría de los estudios adoptan una perspectiva crítica hacia el mecanismo de corrección, sea desde la configuración, alcance y sentido de las causales de la acción (Duce, 2015; 2022b; Fernández & Olavarría, 2018; Mañalich, 2020), sea desde aspectos vinculados a la operativa del mecanismo y de la práctica jurisprudencial que se ha desarrollado (Carbonell & Valenzuela, 2021; Duce, 2015, 2022a, 2022b; Fernández & Olavarría, 2018). En cambio, Hadaad & Pinto (2022) tienen un enfoque más bien descriptivo.

La mirada crítica de los estudios provenientes de Chile se ve consolidada en los trabajos de Duce (2022a; 2022b), quien sistematiza los puntos centrales para sostener que la protección que la acción de revisión chilena ofrece al inocente condenado es inadecuada, destacando las dificultades a las que se enfrenta al buscar dejar sin efecto la condena. Entre otros aspectos, destaca defectos en el diseño normativo en la acción de revisión chilena, como las exigencias formales y probatorias para su procedencia (cfr. Carbonell & Valenzuela; Fernández & Olavarría, 2018), y el carácter restrictivo de sus causales de procedencia (cfr. Fernández & Olavarría, 2018; Mañalich, 2020). Del mismo modo, constata problemas en la aplicación práctica de la revisión, como el estricto examen de admisibilidad al que son sometidas las solicitudes y un extremado rigor interpretativo de las causales de procedencia del recurso de revisión (cfr. Fernández & Olavarría, 2018). Asimismo, destaca otras dificultades adicionales para los inocentes que buscan acceder a la revisión, como la necesidad de contar con representación jurídica especializada, los recursos económicos necesarios para una litigación efectiva de la acción y, en general, la existencia de diversos desincentivos para recurrir (Duce, 2022b).

Nos detendremos brevemente en aquellos estudios que analizan empíricamente el funcionamiento del mecanismo de revisión de condenas ejecutoriadas. Un primer aspecto que llama la atención es el contrapunto respecto de las causales que han permitido acoger solicitudes de revisión. Mientras que en Chile la causal que más casos ha permitido acoger es la de la letra d) del art. 473 del Código Procesal Penal, esto es, el descubrimiento de hechos o documentos desconocidos durante el proceso, que bastan para establecer la inocencia del condenado; en Minas Gerais, ha sido la causal de la primera parte de la letra a) del art. 621 del Código Procesal

Penal, esto es, cuando la sentencia condenatoria sea contraria al texto expreso de la ley penal. Un segundo aspecto de interés es que sus hallazgos permiten aproximarse a cuáles serían los factores o contribuyentes a las condenas erróneas a partir del estudio en profundidad de cada caso. Así, los hallazgos serían consistentes con algunos factores detectados en la literatura comparada, pero también habría factores no tradicionales que responderían a particularidades de la región como ya vimos.

Para finalizar esta sección, algunos de estos estudios incluyen recomendaciones o propuestas en respuesta a los problemas detectados. Hadaad & Pinto (2022) ponen énfasis en fomentar y fortalecer la capacitación de jueces en materia de determinación de la pena. En Chile, se ha sugerido avanzar en una reconstrucción dogmática de la acción o recurso de revisión que permita ampliar la cobertura que ofrece, por ejemplo, a través de un entendimiento más amplio de las causales, de abandonar interpretaciones jurisprudenciales restrictivas, entre otros (Duce, 2022b)²⁴. También se ha propuesto avanzar en una reforma legal que amplíe el alcance de algunas de las causales de revisión, algunas reglas relativas al procedimiento y otros aspectos que tiendan a facilitar el acceso al mecanismo para la víctima de una condena errónea (Duce, 2022a; Duce, 2022b).

3.4. REPARACIÓN O COMPENSACIÓN DE CONDENAS E IMPUTACIONES ERRÓNEAS

La reparación o compensación a las víctimas de condenas e imputaciones erróneas no ha sido hasta el momento un objeto principal de estudio en la literatura que mira al problema desde la perspectiva de los errores del sistema a pesar de que la evidencia muestra el enorme impacto y los graves daños que se generan con ellos (Duce & Findley, 2022, p. 550). Con todo, comienza a observarse un creciente interés en el derecho

²⁴ Por ejemplo, en este punto Duce (2022b) sugiere que las tesis planteadas por Carbonell & Valenzuela (2021), Fernández & Olavarría (2018) y Mañalich (2020) irían en la dirección correcta, pero parece inclinarse por un escenario que involucre reforma legal. Así, estima que las propuestas de los autores citados debieran ser materializadas a través de cambios en prácticas jurisprudenciales y sin ello podrían tener un impacto muy limitado en favor personas que han sido víctimas de una condena errónea.

comparado sobre la materia.²⁵ La investigación muestra, en cambio, que se trata de la segunda área que acumula mayor cantidad de publicaciones en el período en América Latina con un 18% del total (nueve)²⁶, aun cuando todavía lejos del tema principal referido a los factores.

En nuestra opinión, la alta presencia de textos sobre este tema podría explicarse como consecuencia natural de que los diversos mecanismos de reparación suelen regularse a nivel constitucional o legal, generando así atención desde el mundo del derecho. Por ejemplo, por estudiosos de derecho público o de los estatutos de responsabilidad de la actividad estatal, sin que ese análisis haya estado vinculado necesariamente a la preocupación por los errores del sistema. Estimamos que seis de los nueve trabajos provienen de este tipo de mirada del problema (Ballivian, 2013; Rangel, 2015; Islas & Cornelio 2017; Martínez, 2020; Fernández, 2021; y, Pacheco, 2022) y sólo tres, en cambio, ponen foco en observar su vínculo con el problema de los errores del sistema (Duce & Villarroel, 2019; Duce, 2020; y, Duce 2021).

Para comprender el alcance de los contenidos abordados en estos trabajos es necesario hacer una distinción. Los mecanismos de compensación regulados en las legislaciones nacionales y en el ámbito internacional distinguen dos tipos de reparaciones: las que surgen de las condenas erróneas y, otras, producto de persecuciones penales que han causado daño (sean erróneas o no).²⁷ Considerando esta perspectiva, cuatro trabajos ponen énfasis en los primeros mecanismos (Rangel, 2015;

²⁵ Un ejemplo de esto es un libro que contiene informes nacionales sobre el tema de compensación de condenas erróneas (Inglaterra y Gales, Alemania, Italia, España, Países Bajos, Noruega, Lituania, Polonia y Estados Unidos) más un capítulo sobre el desarrollo de estándares europeos y otro con una propuesta para el desarrollo de un modelo óptimo para abordar el problema. Jasinski & Kremens (2023), *passim*.

²⁶ A esto se podría sumar uno de los trabajos que consideramos referido a “Aspectos generales” que incluyó una sección dedicada al tema (Duce & Findley, 2022, pp. 550-555).

²⁷ El principal tema abordado en materia de reparación frente a persecuciones penales se refiere a la indemnización por el uso de la prisión preventiva en casos que no concluyen con condenas. Tres de los cuatro trabajos ponen énfasis en este aspecto y sin que necesariamente se refiera a casos en los que se acredite un error al decretar esta medida cautelar (Martínez, 2020; Duce, 2020; y, Pacheco, 2022).

Islas & Cornelio, 2017; Fernández, 2021; y Duce, 2022) y otros tantos en los segundos (Ballivian, 2013; Martínez 2020; Duce, 2020; y, Pacheco, 2022). Una aborda un mecanismo que regula ambas hipótesis con igual importancia (Duce & Villarroel, 2019).

La mayoría de los trabajos se aboca de manera preferente al análisis de la regulación constitucional o legal de uno o dos países específicos. Así, sobre Chile hay tres trabajos (Ballivian, 2013; Duce & Villarroel, 2019; y, Martínez, 2020) y sobre México uno (Rangel, 2015). Además, existe uno que analiza comparativamente la situación de México y Chile (Fernández, 2021) y otro entre Colombia y España (Pacheco, 2022). Dos de los trabajos tienen una mirada comparada más global (Duce, 2020 y Duce, 2021), en tanto que uno analiza el problema desde las reglas del derecho internacional de los derechos humanos (Islas & Cornelio 2017).²⁸

La aproximación metodológica preferente de los trabajos es la dogmática, es decir, un análisis sistemático del significado y alcance de las reglas en estudio en base a la revisión del texto, de las opiniones de la doctrina en la materia y, en algunos casos, con referencia a la jurisprudencia. La principal excepción está constituida por un trabajo (Duce & Villarroel, 2019) que pone fuerte énfasis en revisar datos históricos sobre el uso del mecanismo en Chile y luego parametrizar los resultados de una investigación que revisó 12 años de decisiones de la Corte Suprema de dicho país (2006-2017).

Los trabajos comparados más globales (Duce, 2020; Duce, 2021) tienen una perspectiva fundamentalmente descriptiva de las distintas legislaciones, pero en ambos se incluyen algunos antecedentes empíricos acerca del funcionamiento de los mecanismos estudiados en los países respectivos.

Desde lo que se podría caracterizar como perspectiva intelectual de los trabajos, estimamos predomina una visión descriptiva, pero crítica de las instituciones en análisis, especialmente de aquellas referidas a países concretos de la región. En efecto, parece existir una visión compartida que los mecanismos disponibles presentan problemas o limitaciones

²⁸ Varios textos analizan los estatutos internacionales, pero no como foco central del trabajo, por ejemplo, Rangel (2015) y Fernández (2021).

que restringirían en demasía su uso. Por ejemplo, hablando de la línea jurisprudencial adoptada en Colombia para dar lugar a la indemnización en casos con prisiones preventivas que no concluyen con condena, Pacheco (2022) afirma ella ha reducido el campo de acción de la indemnización con potencial impacto en dejar sin reparación casos manifiestamente injustos. Por su parte, analizando la constitución de México y su reforma de 2008, Rangel (2015) concluye que en dicho país no se da cumplimiento con los compromisos adquiridos en los tratados internacionales. En esta línea, Fernández (2021) critica la inexistencia de una regulación constitucional expresa y la falta de un mecanismo para hacer exigible este derecho en el mismo país. Para el caso de Chile, Manríquez (2021) muestra las incoherencias de la regulación constitucional tratándose de la indemnización en casos de prisiones preventivas decretadas con error y Duce & Villarroel (2019) destacan que, a partir de la regulación normativa, pero especialmente de la interpretación que de ella ha hecho la Corte Suprema, el mecanismo existente se encuentra muy lejos de satisfacer las necesidades de reparación que surgen de las condenas e imputaciones erróneas.

De la mano de lo anterior, los trabajos tienden a hacer un llamado a interpretaciones más abiertas y flexibles de las normas constitucionales y legales vigentes, al uso más intenso de las normas de derecho internacional de los derechos humanos y a la revisión de las reglas en vigor.

CONSIDERACIONES FINALES

A partir de la revisión de artículos publicados en WoS, SciELO y Scopus en el período 2010-2023, hemos mostrado que la investigación en América Latina sobre condenas e imputaciones erróneas es todavía incipiente, aunque mostrando un incremento importante los últimos años.²⁹ También, hemos visto que ella se concentra en un par de países (Brasil y Chile) y en un tipo de publicación y perspectiva de análisis (Derecho).

²⁹ Reiteramos que la exclusión de trabajos en publicaciones no indizadas en estos tres índices y las contenidas en otras fuentes grises debe introducir cautela en el alcance de nuestras conclusiones y, a la vez, puede ser un incentivo para futuras publicaciones que puedan complementar a este trabajo.

Por su parte, el análisis cualitativo nos muestra que, a pesar de lo anterior, los trabajos aportan información valiosa que permite comprender la dinámica de varios aspectos que inciden en la producción, corrección y reparación de condenas e imputaciones erróneas en la región.

La evidencia revisada nos sugiere que varios problemas que estarían presentes en los países de la región coinciden con los descritos en la literatura comparada como factores que contribuyen a generar condenas e imputaciones erróneas. Lamentablemente, pareciera existir coincidencia en que los mecanismos de corrección son insuficientes y los de reparación no se hacen cargo en forma adecuada de la magnitud del problema. Asimismo, pudimos observar que se identifican algunas particularidades propias, no descritas en la evidencia comparada, por ejemplo, en la tipología de alguno de los problemas que generan los errores. Lo anterior debería llevarnos a desarrollar una reflexión regional sobre estas materias.

Nos parece que para una comprensión más profunda del tema de las condenas e imputaciones erróneas se requiere un mayor nivel de investigación en la región, no sólo en cantidad de trabajos sino también diversificando las perspectivas de análisis y los países objeto de aquella. Esperamos con este texto entregar una visión general del “estado del arte” que pueda motivar a investigadores en distintos países a emprender investigaciones que complementen las ya existentes y nos ayuden a tener una visión más completa y comprensiva del fenómeno.

BIBLIOGRAFÍA

Las referencias que incluyen el símbolo (*) en su parte final, son aquellas que no formaron parte de la revisión sistemática.

ALCAÍNO, Eduardo. La confiabilidad como estándar para evaluar la calidad de los reconocimientos de imputados. *Política criminal*, Talca, v. 9, n. 18, p. 564-613, 2014. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992014000200009>.

BALLIVIAN, Pedro. Responsabilidad del Estado por conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias del Ministerio Público: análisis comparativo y jurisprudencial. *Ius et Praxis*, Talca, v. 19, n. 2, p. 53-84, 2013. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122013000200003>.

BELTRÁN, Víctor. Litigando visión de túnel: Análisis y reflexiones a partir del caso Colina. *Revista Justicia & Derecho*, Santiago, v. 4, n. 1, p. 1–18, 2021. <https://doi.org/10.32457/rjyd.v4i1.480>.

BELTRÁN, Víctor. Visión de túnel y persecución penal: Comentario a la sentencia absolutoria del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Colina RIT 1-2019. *Revista Justicia & Derecho*, Santiago, v. 4, n. 1, p. 1–11, 2021. <https://doi.org/10.32457/rjyd.v4i1.672>.

BELTRÁN, Víctor. Confesiones y riesgos de condenas e imputaciones erróneas: identificación de algunos aspectos problemáticos en Chile. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 8, n. 2, p. 601-651, 2022. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i2.724>.

BORCHARD, Edwin. *Convicting the innocent: errors of criminal Justice*. New Haven: Yale University Press, 1932. (*)

CALDERÓN, Michelle; CUETO-CALDERÓN, Camilo. Aplicabilidad del test Daubert en la prueba pericial psicológica en el régimen penal colombiano: una nueva perspectiva de valoración probatoria. *Justicia*, v. 27, n. 41, p. 109-124, 2022. <https://doi.org/10.17081/just.27.41.5680>

CANI, Luiz Eduardo; NUNEZ, João Alcantara. Erros judiciários em tempos de digital surveillance: os algoritmos de reconhecimento facial em questão. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 8, n. 2, 2022, p. 679-712. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i2.720>

CARBONELL, Flavia. Un modelo de decisión judicial justificada para el proceso penal chileno. *Política Criminal*, Talca, v. 17, n. 33, p. 58-84, 2022. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992022000100058>.

CARBONELL, Flavia; VALENZIELA, Jonatan. La prueba de la inocencia y las defensas probatorias: en el caso de la revisión. *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, v. 48, n. 1, p. 55-80, 2021. <http://dx.doi.org/10.7764/R.481.3>.

CASTILLO, Ignacio. Enjuiciando al proceso penal chileno desde el inocentrismo (Algunos apuntes sobre la necesidad de tomarse en serio a los inocentes). *Política Criminal*, Talca, v. 8, n. 15, p. 249-313, 2013. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992013000100007>.

CECCONELLO, William; FITZGERALD, Ryan; STEIN, Lilian; MILNE, Rebecca. Mind the gap: bridging evidence-based witness identification procedures to practice through police training. *International Journal of Police Science & Management*, v. 25, n. 2, p. 157-169, 2023. <https://doi.org/10.1177/14613557231159543>.

CECCONELLO, William; STEIN, Lilian. Prevenindo injustiças: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento de suspeitos. *Avances en Psicología Latinoamericana*, v. 38, n. 1, p. 172-188, 2020. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/apl/a.6471>.

CECCONELLO, William; DE AVILA, Gustavo; STEIN, Lilian. A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: Uma discussão com base na psicologia do testemunho. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, p. 1058-1073, 2018. <https://doi.org/10.5102/rbpp.v8i2.5312>

CECCONELLO, William; FITZGERALD, Ryan; STEIN. Efeitos do Alinhamento Justo e Similaridade de Rostos no Reconhecimento de Pessoas. *Psico-USF*, v. 27, n. 1, p. 181-191, 2022. <https://doi.org/10.1590/1413-8271202270114>.

DUCE, Mauricio; FINDLEY, Keith. Editorial of dossier “Wrongful convictions and prosecutions: current status, causes, correction and reparation mechanisms” - Wrongful convictions and prosecutions: an introductory overview. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 8, n. 2, 2022, p. 523-566. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i2.746>

DUCE, Mauricio; VILLARROEL, Romina. Indemnización por error judicial: Una aproximación empírica a la jurisprudencia de la Corte Suprema de los años 2006-2017. *Política Criminal*, Talca, v. 14, n. 28, 2018, p. 216-268. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992019000200216>

DUCE, Mauricio. (2013). ¿Debiéramos preocuparnos de la condena de inocentes en Chile? Antecedentes comparados y locales para el debate. *Ius et Praxis*, v. 19, n. 1, p. 77-138, 2013. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122013000100004>

DUCE, Mauricio. Algunas lecciones a partir de cuatro casos de condena de inocentes en Chile. *Revista de derecho (Coquimbo)*, v. 22, n. 1, p. 149-208, 2015a. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532015000100005>.

DUCE, Mauricio. La condena de inocentes en Chile: una aproximación empírica a partir de los resultados de los recursos de revisión acogidos por la Corte Suprema en el período 2007-2013. *Política Criminal*, Talca, v. 10, n. 19, p. 159-191, 2015b. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992015000100006>.

DUCE, Mauricio. Los reconocimientos oculares: una aproximación empírica a su funcionamiento y algunas recomendaciones para su mejora. *Política Criminal*, v. 12, n. 23, p. 291-379, 2017. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992017000100009>.

DUCE, Mauricio. Prueba pericial y su impacto en los errores del sistema de justicia penal: antecedentes comparados y locales para iniciar el debate. *Ius et Praxis*, v. 24, n. 2, p. 223-262, 2018a. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122018000200223>

DUCE, Mauricio. Una aproximación empírica al uso y prácticas de la prueba pericial en el proceso penal chileno a la luz de su impacto en los errores del sistema. *Política Criminal*, v. 13, n. 25, p. 42-103, 2018b. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992018000100042>.

DUCE, Mauricio. Los procedimientos abreviados y simplificados y el riesgo de condenas erróneas en Chile: resultados de una investigación empírica. *Revista de derecho (Coquimbo)*, v. 26, e3845, 2019. <http://dx.doi.org/10.22199/issn.0718-9753-2019-0012>.

DUCE, Mauricio. La indemnización por privaciones de libertad erróneas: una visión desde el derecho comparado. *Revista de derecho (Valparaíso)*, v. 55, n. 2, p. 195-224, 2020. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512020000200195>.

DUCE, Mauricio. La indemnización por condenas erróneas. una visión desde el derecho comparado. *Política Criminal*, v. 16, n. 31, p. 220-253, 2021. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992021000100220>.

DUCE, Mauricio. La corrección de condenas erróneas en el ámbito comparado: análisis de algunos ejemplos para alimentar el debate en Chile. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 8, n. 1, p. 313-364, 2022a. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i1.693>.

DUCE, Mauricio. La corrección de condenas erróneas en Chile: la necesidad de discutir un nuevo equilibrio. *Revista de derecho (Coquimbo)*, v. 29, e4653, 2022b. <http://dx.doi.org/10.22199/issn.0718-9753-4653>.

EPSTEIN, Jules. Eyewitnesses and Erroneous Convictions: An American Conundrum. In: COOPER, Sarah (Ed.). *Controversies in innocence cases in America*. Estados Unidos: Ashgate, 2014. p. 41-56. (*)

ESCAFF, Elías; ESTÉVEZ, María Ignacia; FELIÚ, María de la Paz; TORREALBA, Camila. Consecuencias psicosociales de la libertad en imputados inocentes. *Revista Criminalidad*, v.55, n. 3, p. 291-308, 2013.

FERNÁNDEZ, Vicente. (2021). Responsabilidad por error judicial en Chile y México. Su eficacia en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. *Revista de derecho (Valdivia)*, v. 34, n. 2, p. 271-292, 2021. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502021000200271>.

FERNÁNDEZ, José Manuel; OLAVARRÍA, Malva. Examinando de nuevo la acción de revisión. *Política Criminal*, v. 13, n. 26, 2018. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992018000201190>.

GARRIDO, Manuel; CALVO, Camila; Benítez, Lara. Miscarriages of justice in Argentina. In: ROBINS, Jon (Ed.). *Murder, Wrongful Conviction and the Law: An*

International Comparative Analysis. Londres: Routledge, 2023. p. 151-166. <https://doi.org/10.4324/9781003251484>.

GIURIATI, Domenico. *Errores judiciales: diagnosis y remedios*. Santiago: Ediciones Jurídicas Olejnik, 1893 (*)

GOULD, Jon. CARRANO, Julia; LEO, Richard; YOUNG, Joseph. *Predicting Erroneous Convictions: A Social Science Approach to Miscarriages of Justice*. Estados Unidos, National Institute of Justice, 2014. <http://doi.org/10.3886/ICPSR34522.v1> (*)

GUEDES, Clarissa; FARDIM, Giulia; RICCIO, Vicente. O reconhecimento criminal de pessoa a partir de vídeo de vigilância. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 23, n. 1, p. 312-346, 2022.

HADAAD, Henrique Borlido; PINTO, Saldanha Pinheiro. O panorama dos erros judiciários no Estado de Minas Gerais. *Revista De Estudos Empiricos em Direito*, v. 9, p. 1-37, 2022. <https://doi.org/10.19092/reed.v10.728>

HADDAWAY, Neal; RETHLEFSEN, Melissa; DAVIES, Melinda; GLANVILLE, Julie; MCGOWAN, Bethany; NYHAN, Kate; YOUNG, Sarah. A suggested data structure for transparent and repeatable reporting of bibliographic searching. *Campbell Systematic Reviews*, v. 18, n. 1288, p. 1-12, 2022. <https://doi.org/10.1002/cl2.1288> (*)

HUFF, Ronald.; KILLIAS, Martin (editores). *Wrongful convictions: international perspectives in miscarriages of justice*. Philadelphia: Temple University Press, 2010 (*)

ISLAS, Alfredo; CORNELIO, Eglá. Error Judicial. *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, n. 24, p. 18-37, 2017.

JASINSKI, Wojciech.; KREMENS, Karolina. *Compensation for wrongful convictions: a comparative perspective*. Londres: Routledge, 2023. (*)

KHAN, Khalid; KUNZ; Regina; KLEIJNEN, Jos; ANTES, Gerd. Five steps to conductiv a systematic review. *Journal of the royal society of medicine*, v. 96, n. 3, p. 118-121, 2003. <https://doi.org/10.1258%2Fjrsm.96.3.118>.

LARSEN, Pablo. Reglas, estándares y dos modelos de derecho probatorio para el proceso penal. *InDret*, n. 1, p. 300-335. 2020.

LE, Lan Chi; HOANG; Yen Hai; BUI, Hang Thanh, NGUYEN, Duc Quang; MAI, Son Thanh; LUONG, Hai Thanh. Wrongful convictions in asian countries: A systematic literature review. *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*, p. 1-17, 2023. <https://doi.org/10.1080/01924036.2023.2188235>. (*)

LEITE, Sara, BAHIA, Claudio. O erro judiciário e a injustiça epistêmica no reconhecimento de pessoas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 9, n. 2, p. 1003-1034, 2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i2.815>.

LETELIER, LUZ MARÍA; MANRIQUEZ, JUAN; RADA, GABRIEL. Revisiones sitémicas y metanaálisis: ¿son la mejor evidencia? *Revista médica de Chile*, v. 133, n. 2, p. 246-249, 2005. <http://dx.doi.org/10.4067/S0034-98872005000200015>. (*)

LEUSCHNER, Fredericke; RETTENBERGER, Martin; DESSECKER, Axel. Imprisoned But Innocent: Wrongful Convictions and Imprisonments in Germany, 1990-2016. *Crime & Delinquency*, v. 66, n. 5, p. 687-711, 2020. <https://doi.org/10.1177/0011128719833355> (*)

LINO, Denis; ROAZZI, Antonio. Investigação de homicídio, indiciamento e a tomada de decisão de delegados. *Revista Brasileira de Ciências Policiais*, v. 13, n. 10, p. 1-20, 2022. <http://dx.doi.org/10.31412/rbcp.v13i10.999>.

SIMÕES, Erick; DE ARAÚJO, Aline. Considerações sobre as condenações injustas fundamentadas em provas periciais: análise do Innocence Project, do National Registry of Exonerations mecanismos para redução de erros periciais. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 7, n. 1, p. 567-607, 2021. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i1.410>.

MAGALHAES, Marina. O reconhecimento pessoal e a psicologia judiciária: falibilidade do testemunho como reforço do etiquetamento e violação ao in dubio pro reo. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 6, n. 3, p. 1699-1731, 2020. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v6i3.339>.

MAÑALICH, Juan Pablo. Justicia, procedimiento y acción de revisión. El principio de culpabilidad frente a la cosa juzgada. *Ius et Praxis*, v. 26, n. 1, p. 28-56, 2020. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122020000100028>.

MANTEROLA, Carlos; ASTUDILLO, Paula; ARIAS, Esteban; CLAROS, Nataniel. Systematic Reviews of the Literature: What should be Known About Them. *Cirugía Española*, v. 91, n. 3, p. 149-155, 2013. <https://doi.org/10.1016/j.cireng.2013.07.003>. (*)

MARTÍNEZ; Jaime. Prisión preventiva y error judicial probatorio. *Revista de derecho (Valdivia)*, v. 33, n. 2, p. 275-295, 2020. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502020000200275>.

MATIDA; Janaina; CECCONELLO, Willian. Reconhecimento fotográfico e presunção de inocência. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 7, n. 1, p. 409-442, 2021.

MIGUEL, Sandra. Revistas y producción científica de América Latina y el Caribe: su visibilidad en SciELO, RedALyC y SCOPUS. *Revista Interamericana de Bibliotecología*, v. 34, n. 2, p. 187-199, 2011. (*)

MISSE, Michel. O inquérito policial no Brasil: uma pesquisa empírica. Rio de Janeiro: Booklink/Fenapef/Necvu, 2010. (*)

MOSCATELLI, Livia. Considerações sobre a confissão e o método Reid aplicado na investigação criminal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 6, n. 1, p. 361-394, 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.331>.

NAVARRO, Marcelo; DE LUCENA, Thiago. Injustiça epistêmica agencial no processo penal e o problema das confissões extrajudiciais retratadas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 9, n. 1., p. 129-166, 2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i1.791>.

NAVAS, Caroline. A falibilidade da memória nos relatos testemunhais: implicações das falsas memórias no contexto dos crimes contra a dignidade sexual. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, p. 1036-1056, 2018. <https://doi.org/10.5102/rbpp.v8i2.5318>.

PACHECO-REYES, Ronald. La jurisprudencia sobre la responsabilidad estatal por la prisión provisional en España y en Colombia: ¿hacia extremos problemáticos? *Revista de Derecho del Estado*, n. 51, p. 313-358, 2022 <https://doi.org/10.18601/01229893.n51.10>.

PAGE, Matthew; McKENZIE, Joanne; BOSSUYT, Patrick; BOUTRON, Isabelle; HOFFMANN, Tammy; MURLOW, Cynthia; SHAMSEER, Larissa; TETZLAFF, Jennifer; AKL, Elie; BRENNAN, Sue; CHOU, Roger; GLANVILLE, Julie; GRIMSHAW, Jeremy; HRÓBJARTSSON, Asbjörn; LALU, Manoj; LI, Tianjing; LODER, Elizabeth; MAYO-WILSON, Evan; McDONALD, Steve; McGUINNESS, Luke; STEWART, Lesley; THOMAS, James; TRICCO, Andrea; WELCH, Vivian; WHITING, Penny; MOHER, David. The PRISMA 2020 statement: an updated guideline for reporting systematic reviews. *BMJ*, v. 371, n. 71, p. 1-9, 2021. <https://doi.org/10.1136/bmj.n71>. (*)

RANGEL. Xochithl. La indemnización por error judicial: el derecho olvidado al imputado dentro de la reforma constitucional en materia de seguridad y justicia de 2008. *Revista de El Colegio de San Luis*, n. 10, p. 204-220, 2015.

RONZON-GONZÁLEZ, Eliane; HERNÁNDEZ-CASTILLO, Carlos; PASAYE, Erick; VACA-PALOMARES, Israel; FERNÁNDEZ-RUIZ, Juan. Neuroanatomical substrates involved in unrelated false facial recognition. *Social Neuroscience*, v. 14, n. 1, p. 90-98, 2017. <https://doi.org/10.1080/17470919.2017.1405071>.

SCHIETTI CRUZ, Rogerio. Investigação criminal, reconhecimento de pessoas e erros judiciais: considerações em torno da nova jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 8, n. 2, p. 567-600, 2022. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i2.717>.

TRINDADE, Bruno; Gonçalves, Renato; COSTA-NETO, João; GRISOLIA, Cesar. Implicações bioéticas das genotipagens forenses. *Revista Brasileira de Ciências Policiais*, v. 13, n. 10, p. 139-184, 2022. <https://doi.org/10.31412/rbcp.v13i10.979>

UMAN; Lindsay. Systematic Reviews and Meta-Analyses. *Journal of the Canadian Academy of Child and Adolescent Psychiatry*, v. 20, n. 1, p. 57-59, 2011. (*)

WILSON CENTER FOR SCIENCE AND JUSTICE. New Directions in Eyewitness Evidence Research and Practice: After the 2014 National Academy of Sciences Report, 2022. Disponible en: <https://eyewitness.projects.law.duke.edu/>. (*)

Authorship information

Víctor Beltrán Román. Master en Derecho, Universidad de Wisconsin-Madison; Candidato a Doctor en Derecho, Universidad Diego Portales. Investigador Adjunto del Programa de Reformas Procesales y Litigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. victor.beltran@mail.udp.cl

Mauricio Duce Julio. Magíster en Ciencias Jurídicas, Universidad de Stanford. Profesor titular Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Director del Programa de Reformas Procesales y Litigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. mauricio.duce@udp.cl

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

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

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

- *Víctor Beltrán:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Mauricio Duce:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.

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

Editorial process dates

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

- Submission: 16/10/2023
- Desk review and plagiarism check: 20/11/2023
- Review 1: 27/11/2023
- Review 2: 01/12/2023
- Review 3: 13/12/2023
- Preliminary editorial decision: 03/02/2024
- Correction round return: 07/02/2024
- Final editorial decision: 11/02/2024

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Reviewers: 3

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

BELTRÁN ROMÁN, Víctor; DUCE JULIO, Mauricio. ¿Qué se ha investigado en América Latina sobre condenas e imputaciones erróneas? Una revisión sistemática de la literatura disponible en el período 2010-2023. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 10, n. 1, e928, jan./abr. 2024. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v10i1.928>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.

A titularidade do direito à não autoincriminação pelas pessoas coletivas em processo penal¹

The privilege against self-incrimination by legal entities in criminal procedures

Pedro Augusto Amaral Dassan²

Universidade de Coimbra – Coimbra, Portugal

pedrodassan@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/0627581111834629>

 <https://orcid.org/0000-0001-9346-934X>

RESUMO: O direito à não autoincriminação desempenha um papel essencial na construção de um processo penal de matriz acusatória que legitima o *jus puniendi*. Com a ascensão de modelos de responsabilidade penal das pessoas coletivas em diversas jurisdições, esse direito pode ser a elas estendido? Qual seria seu alcance nessa perspectiva? Este artigo, por meio de revisão bibliográfica e método teórico dedutivo, primeiro analisa a extensão dos direitos fundamentais às entidades coletivas. Em seguida, o foco se volta especificamente ao direito à não autoincriminação, investigando seus fundamentos e natureza. Com base nisso, o artigo examina a jurisprudência relevante na União Europeia sobre o direito à não autoincriminação, identifica as principais perspectivas e divergências de sua aplicação para as pessoas coletivas para, ao fim, apresentar considerações sobre o alcance desse direito nesse contexto.

PALAVRAS-CHAVE: Autoincriminação; Pessoas Coletivas; Processo Penal.

¹ Texto escrito com a grafia de português europeu.

² Doutorando e Mestre em Ciências Jurídico-Criminais e Especialista em Direito Penal Econômico Internacional e Europeu pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Portugal. Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal pelo Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba) e pós-graduado em Direito e Processo Tributário Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogado criminalista.

ABSTRACT: *The right against self-incrimination plays an essential role in the construction of an accusatorial criminal procedure system that legitimizes the jus puniendi. With the rise of models of criminal liability for legal entities in various jurisdictions, could this right be conferred upon them? What would be its scope in this perspective? This article, through bibliographic review and deductive theoretical method, first examines the extension of fundamental rights to legal entities. Subsequently, the focus turns specifically to the right against self-incrimination, investigating its foundations and nature. Based on this, the article examines relevant jurisprudence in the European Union regarding the right against self-incrimination, identifies key perspectives and divergences in its application to legal entities, ultimately providing considerations on the scope of this right in this context.*

KEYWORDS: *Self-incrimination; Legal entities; Criminal procedure.*

INTRODUÇÃO

Estabelecer um modelo de responsabilidade penal da pessoa coletiva em determinado ordenamento jurídico requer a construção de um conjunto de normas processuais que o operacionalize de forma harmônica no sistema.

O avanço da previsão da responsabilidade penal da pessoa coletiva em diversos países tem sido acompanhado de uma expressiva literatura voltada à conceção dos fundamentos substantivos da imputação do crime à pessoa coletiva. No entanto, a atenção aos importantes aspetos processuais que oferecem sustentação à aplicação desse sistema tem sido menos explorada.

Isso é especialmente relevante ao se considerar que uma estrutura processual pré-estabelecida e determinada é necessária para garantir a legitimidade do exercício do *jus puniendi*. Da mesma forma que o direito penal substantivo moderno foi erigido sob o paradigma da pessoa singular humana, a instrumentalização de sua aplicação – por meio do processo – também o foi, o que inclui os vetores axiológicos constitucionalmente emanados que cercam ambos os sistemas do ordenamento jurídico-penal.

Portanto, para estabelecer um sistema harmônico que permita a persecução penal legítima das pessoas coletivas é necessário compreender

quais valores constitucionais sustentam esse modelo e, a partir dessa base, construir e operacionalizar os objetivos almejados. Nesse contexto, o presente artigo busca verificar se o direito à não autoincriminação pode ser estendido às pessoas coletivas e, nesse caso, qual seria o seu alcance no contexto de um processo penal acusatório.

1. A TITULARIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS PELAS PESSOAS COLETIVAS

A discussão acerca da titularidade de direitos fundamentais pelas pessoas coletivas não é nova, e sua base reside justamente no fato de que os direitos fundamentais têm sua origem no reconhecimento de uma esfera de liberdade das pessoas singulares frente ao Estado³. As pessoas coletivas são sujeitos de direitos e obrigações regulados pelo ordenamento jurídico, ou seja, operam com uma subjetividade própria que é reconhecida ou atribuída pelo ordenamento jurídico⁴.

Embora existam argumentos contra o reconhecimento dos direitos fundamentais das pessoas coletivas, o entendimento predominante é na direção oposta. Nos Estados democráticos de direito, nomeadamente na conjuntura liberal-ocidental, há uma tendência em estender os direitos fundamentais às pessoas coletivas. Esses direitos devem ser reconhecidos e garantidos não apenas em benefício delas próprias, mas também visando o interesse público. Assim, a questão principal a se colocar nessa circunstância está centrada na verificação da verdadeira extensão desses direitos⁵.

A restrição excessiva da titularidade dos direitos fundamentais pelas pessoas coletivas – que desempenham papéis significativos nas sociedades de livre iniciativa econômica e de mercado – seria uma

³ NEIRA PEÑA. Ana María, *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 138.

⁴ GÓMEZ-MONTORO, Ángel. La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación, *Revista Española de Derecho Constitucional*, v. 65, 2002, p. 54.

⁵ Cf. OLIVER, Peter. Companies and their fundamental rights: a comparative perspective, *International and Comparative Law Quarterly*, v. 64, n. 3, p. 661–696, 2015, p. 661.

inconsistência sistemática dentro da ordem jurídica, já que as deixaria vulneráveis a abusos que poderiam inviabilizar suas atividades económicas e, por consequência, prejudicar o desenvolvimento macroeconómico do próprio Estado⁶.

Reconhecer a titularidade de direitos fundamentais pelas pessoas coletivas permite que elas se defendam contra possíveis interferências indevidas pelo Estado, ou exijam que o poder público se abstenha de atividades que possam violar e lesionar sua esfera jurídica, ou mesmo se protejam de atividades perturbadoras ou lesivas praticadas por terceiros, que são as verdadeiras funções dos direitos fundamentais⁷.

Para uma apropriada análise acerca da titularidade de direitos fundamentais pelas pessoas coletivas, recorde-se que o conteúdo desses direitos em um sistema jurídico resulta de uma fundamentalidade formal, geralmente associada à constitucionalização e que “decorre da sua posição no ápice da estrutura escalonada do ordenamento jurídico, como direitos que vinculam diretamente o legislador, o Poder Executivo e o Judiciário”. A essa dimensão formal soma-se a fundamentalidade material, assente na conceção de que o conteúdo dos direitos fundamentais é determinante para a construção das estruturas normativas básicas do Estado e da sociedade⁸.

Diante disso, as soluções devem partir dos elementos constitucionais do Estado. Nesse sentido, a Constituição de Portugal oferece uma base sólida para a construção de um sistema que permite estender às pessoas coletivas um conjunto de direitos e garantias constitucionais. O artigo 12.º da Constituição, que em seu n.º 1 consagra o princípio da universalidade, estabelece no n.º 2 que “as pessoas coletivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza”.

Esse dispositivo constitucional evidencia que se deve levar em conta a essência do direito fundamental concreto – o que depende do

⁶ Sobre esse risco, referente ao caso *Oao Neftyanaya Kompaniya Yukos v Rússia*, vide *Ibid.*, p. 661–662.

⁷ Sobre as funções dos direitos fundamentais, CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., 11. reimpr. u. 14 reimpr. Coimbra: Almedina, 2003, p. 407 e ss.

⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 520.

conceito e do âmbito normativo específico desse direito – assim como a essência da pessoa coletiva em causa, que pode ser dotada de personalidade jurídica ou não, que pode ser de direito público ou de direito privado, entre outras formas⁹.

O que se torna relevante neste contexto, considerando a ordem jurídica portuguesa, é identificar quais direitos e garantias fundamentais são compatíveis com as pessoas coletivas no âmbito do processo penal. O direito penal e o processo penal estão intimamente ligados à constituição do Estado, e os direitos fundamentais nela consagrados estabelecem os fundamentos e limites de um processo penal justo e de matriz acusatória, que reflete as características políticas e identitárias desse Estado¹⁰.

Ao estabelecer a responsabilidade penal das pessoas coletivas, torna-se essencial que sejam estabelecidas as respetivas normas de natureza processual que permitam uma legítima persecução das finalidades substantivas definidas. Por essa razão, a Lei nº 94/2021 equiparou o estatuto processual da pessoa coletiva arguida ao da pessoa singular, sendo essa “a única via que se harmoniza com as normas e os princípios constitucionais vigentes”. Permite-se, assim, a consolidação de uma coerência sistemática entre as garantias processuais da pessoa arguida, a extensão às pessoas coletivas do gozo dos direitos fundamentais e a estrutura de um processo penal de modelo acusatório¹¹.

Desse modo, a equiparação do estatuto conferida pelo ordenamento jurídico garante à pessoa coletiva arguida, como sujeito processual, ao gozo da presunção de inocência e do contraditório, a materializar uma estrutura sistemática lógica unívoca, em que não se permite negar esse estatuto pelo fundamento de distinta natureza de personalidade¹².

⁹ CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 421. Maria João Antunes esclarece que “em Portugal exige-se que o gozo do direito tenha de ser compatível com a natureza da pessoa coletiva”. No ponto, inclusive, há maiores questionamentos e limitações acerca da titularidade de direitos fundamentais pelas pessoas coletivas públicas e pelas pessoas coletivas sem personalidade jurídica, mas que fogem do escopo do presente trabalho. ANTUNES, Maria João. *Processo penal e pessoa coletiva arguida*. Coimbra: Almedina, 2020, p. 46.

¹⁰ Cf. ANTUNES, Maria João. *Direito Processual Penal*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2023, p. 21.

¹¹ *Ibid.*, p. 58–59.

¹² *Ibid.*, p. 59.

A previsão constitucional do artigo 12.º, n.º 2, permitiu a construção de uma jurisprudência relevante sobre o reconhecimento da titularidade de direitos fundamentais pelas pessoas coletivas, cuja compatibilidade está assentada não somente na natureza da pessoa coletiva, como também na natureza de cada um dos direitos fundamentais, o que também exige, em certos casos, uma aplicabilidade adaptada à pessoa coletiva em causa¹³.

O Tribunal Constitucional tem entendido como compatível com a natureza das pessoas coletivas o direito de acesso aos tribunais¹⁴; a presunção de inocência e garantia de imparcialidade do tribunal de julgamento¹⁵; o direito à inviolabilidade da correspondência¹⁶; o direito à privacidade (excluindo-se o direito à inviolabilidade do domicílio)¹⁷ e o direito à não autoincriminação¹⁸.

Como Portugal, a Lei Fundamental alemã também possui norma expressa de titularidade de direitos fundamentais pelas pessoas coletivas, constante do artigo 19, n.º 3, que dispõe que “os direitos fundamentais também são válidos para as pessoas jurídicas sediadas no país, conquanto, pela sua essência, sejam aplicáveis às mesmas”.

Também na Alemanha, o Tribunal Constitucional leva em consideração tanto a natureza do direito em causa quanto a natureza da pessoa jurídica, de maneira que a elas não são aplicáveis o princípio da dignidade humana (artigo 1, n.º 1, da Lei Fundamental alemã). Por outro lado, é aplicável o direito do artigo 2, n.º 1, que estabelece que “todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral”. Além disso, as pessoas jurídicas são titulares de direitos fundamentais como a liberdade de expressão, ao sigilo da

¹³ ANTUNES. *Processo penal e pessoa coletiva arguida*, p. 49.

¹⁴ *Ibid.*, p. 49–50 Com menção aos Acórdãos n.ºs 539/97, 174/2000 e 216/2010.

¹⁵ *Ibid.*, p. 51 Com menção ao Acórdão n.º 656/97.

¹⁶ *Ibid.*, p. 52 Com menção ao Acórdão n.º 198/85. Mais recentemente, relevante o Acórdão n.º 91/2023.

¹⁷ *Ibid.*, p. 52–53 Com menção ao Acórdãos n.º 593/2008 e 596/2008.

¹⁸ *Ibid.*, p. 53–54 Com menção ao Acórdão n.º 298/2019. Sendo este direito o escopo do presente trabalho, ele será melhor explorado mais à frente.

correspondência, comunicação postal e telecomunicação, à liberdade profissional e à propriedade¹⁹.

Curiosamente, a Constituição de Espanha não possui disposição similar, muito embora as constituições de Portugal e da Alemanha tenham sido importantes textos de referência para o constituinte espanhol²⁰. Não obstante esse silêncio, certo é que a jurisprudência daquele país não o interpreta como uma intenção do constituinte pela negativa de titularidade de direitos fundamentais pelas pessoas coletivas. Com efeito, o Tribunal Constitucional espanhol reconhece as pessoas jurídicas como titulares de alguns direitos fundamentais, tendo assinalado na *Sentencia 23/1989* que “*los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales en la medida en que, por su naturaleza, resulten aplicables a ellas*”²¹.

No contexto jusfundamental europeu também há uma tendência de estender os direitos fundamentais às pessoas coletivas, nomeadamente pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH)²², que tem reconhecido a titularidade de alguns direitos previstos na Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) e Protocolos Adicionais pelas pessoas coletivas. A própria CEDH prevê expressamente a possibilidade de as pessoas coletivas apresentarem petições perante o TEDH, em seu artigo 34.º, cuja referência à “organização não governamental” abrange as pessoas coletivas de direito público e privado²³.

Com efeito, dentre os direitos fundamentais reconhecidos às pessoas coletivas no âmbito do TEDH, relevantes ao envolvimento em processos criminais ou contraordenacionais, é possível mencionar: i) o direito a um processo equitativo, incluindo-se o direito à não autoincriminação, o

¹⁹ OLIVER. Companies and their fundamental rights, p. 692–694.

²⁰ GÓMEZ-MONTORO. La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación, p. 56.

²¹ STC 23/1989, de 2 de fevereiro. Posteriormente, ainda, STC 139/1995, de 26 de setembro.

²² MACHADO, Jónatas; RAPOSO, Vera L. C. O Direito à não auto-incriminação e as pessoas colectivas empresariais. *Revista Direitos Fundamentais e Justiça*, v. 8, p. 13–47, 2009, p. 31.

²³ MARTA, João Santos. Titularidade de direitos humanos pela pessoa coletiva arguida? Em especial a tutela da propriedade e os riscos da sua violação no quadro jurídico-processual penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, v. 31, n. 3, p. 463–488, 2021, p. 468–469.

direito de acesso aos tribunais, o direito a um julgamento por um tribunal independente e imparcial, o direito de obtenção de uma decisão em prazo razoável e o princípio da presunção de inocência; *ii*) garantias decorrentes do princípio da legalidade; *iii*) direito à proteção da correspondência e instalações contra violações arbitrárias; *iv*) direito a um recurso efetivo; *v*) direito a não ser julgado ou punido mais de uma vez, entre outros²⁴.

No âmbito do Tribunal de Justiça da União Europeia, ganha destaque o caso *DEB*, cujo acórdão consignou que “o princípio da protecção jurisdicional efectiva, como consagrado no artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, deve ser interpretado no sentido de que não está excluído que possa ser invocado por pessoas colectivas”²⁵.

Pessoas coletivas são titulares de alguns direitos fundamentais e de outros, não. Determinar quais são os direitos compatíveis depende do conceito e do âmbito normativo do direito fundamental, sendo aqueles intrínsecos à referência humana, da personalidade singular, incompatíveis com a extensão às pessoas coletivas, como o direito à vida e direito de constituir família²⁶. Para os direitos que não são intrinsecamente ligados à existência física de uma pessoa singular, é fundamental realizar uma análise individualizada a fim de justificar tanto a possibilidade quanto a necessidade ou conveniência de reconhecê-los como direitos da pessoa coletiva. Não é suficiente categorizá-los objetivamente como direitos essencialmente pessoais ou não, fazendo-se necessária uma análise crítica e um verdadeiro exercício hermenêutico em cada caso²⁷.

2. A TITULARIDADE DO DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO PELAS PESSOAS COLETIVAS

O direito à não autoincriminação é universalmente aceito a todas as pessoas singulares no âmbito de processos criminais. Sua aplicação para

²⁴ *Ibid.*, p. 474–476.

²⁵ TJUE. Processo C279/09. Acórdão ECLI:EU:C:2010:811, de 22 de dezembro de 2010.

²⁶ CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 421.

²⁷ NEIRA PEÑA. *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, p. 139.

as pessoas coletivas, por sua vez, já não é tão pacífica²⁸. As divergências decorrem precipuamente em razão das origens e escopo do princípio, que merecem maior atenção a partir daqui.

2.1. DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROCESSO PENAL

O processo justo e garantista, fundamentado na presunção de inocência e no devido processo legal, apresenta-se como a essência dos sistemas processuais penais. Essas bases, erigidas no pensamento iluminista e desenvolvidas pelos modernos Estados democráticos de direito, estabelecem a estrutura fundamental sobre a qual todos os participantes e sujeitos processuais devem se submeter e operar. A razão de ser de um processo penal de inspiração constitucional e marcado pelas garantias processuais decorre necessariamente da compreensão dos erros e horrores antecedentes que marcaram a história do *jus puniendi*²⁹.

O atual protagonismo constitucional na concretização do processo é resultado de uma evolução democrática em que se perceberam os riscos em jogo na busca desmedida por justiça, o que culminou na vigência de um processo penal estruturado na presunção de inocência como princípio normativo central, como regra de tratamento da pessoa arguida e regra de juízo. É precisamente a rigorosa isenção à pessoa arguida do dever de demonstrar sua inocência que impõe um processo de tipo acusatório e a renúncia da imposição de fonte de prova contra si mesmo, a consagrar a investidura do direito ao *nemo tenetur se ipsum accusare*³⁰.

Tal conjuntura viabiliza um *jus puniendi* legítimo, associado a uma prévia determinação de busca por uma verdade fática de qualidade, decorrente de um curso processual exigente em suas garantias

²⁸ SCHNEIDER, Anne. Privilege against Self-Incrimination (Nemo Tenetur). In: *Elgar Encyclopedia of Crime and Criminal Justice*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2022, online.

²⁹ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. En materia de prueba: sobre algunos cuestionables tópicos jurisprudenciales. *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, n. 1, 2020, p. 76.

³⁰ *Ibid.*, p. 77.

jurídicas³¹, em uma lógica de que não pode valer tudo para se alcançar uma condenação³².

Essa mesma base racional, construída para as pessoas singulares (sob o viés do *societas delinquere non potest*), passa a demandar uma expansão, dentro do possível, às pessoas coletivas que assumem a mesma condição processual, já que a imposição de condições diversas a pessoas arguidas resultaria em uma contrariedade à *ratio* de um processo penal legítimo, capaz, inclusive, de gerar um desequilíbrio processual entre as partes do processo de matriz acusatória³³. O respeito ao direito da pessoa arguida em não se autoincriminar garante-lhe um tratamento como verdadeira sujeita (de direitos) e não como simples objeto.

2.2. O DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

A titularidade do direito à não autoincriminação por parte das pessoas coletivas tem sido discutida predominantemente de forma dicotômica, abrangendo duas perspectivas distintas: reconhecer ou não reconhecer as pessoas coletivas como titulares desse direito. De maneira geral, ao menos no que diz respeito às pessoas singulares, esse é um direito de raízes constitucionais, razão pela qual a discussão acerca do alcance do direito às pessoas coletivas também acaba por adotar um caráter constitucional³⁴.

No constitucionalismo moderno, o direito à não autoincriminação ganhou *status* de direito constitucionalmente positivado inicialmente a partir da Quinta Emenda da Constituição Federal dos Estados Unidos da América, ratificada em 1791³⁵. Mesmo nos casos de ordenamentos

³¹ *Ibid.*, p. 78.

³² CASI, Fermín Echarri. Derecho a la no autoincriminación de las personas jurídicas: ¿Ficción o realidad?. *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, v. 1, 2023, p. 3.

³³ Cf. *Ibid.*

³⁴ HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. ¿Derecho de las personas jurídicas a no auto-incriminarse?. *Revista de derecho (Valparaíso)*, n. 44, p. 217–263, 2015, p. 219.

³⁵ “No person (...) shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself”. O Princípio foi ainda complementado a partir da decisão da *Supreme*

jurídicos em que o princípio não encontra previsão expressa no texto constitucional, sua aplicação decorre de outros princípios constitucionalmente consagrados, relacionados ao devido processo legal de matriz acusatória, que resultaria em sua fundamentalidade material³⁶.

Em Portugal, a Constituição da República não tutela expressamente o *nemo tenetur*, mas a doutrina e jurisprudência são unânimes em reconhecer a natureza constitucional implícita do direito³⁷, extraída da tutela constitucional de valores e direitos fundamentais como a dignidade humana, a liberdade de ação e a presunção de inocência³⁸. Assim, na doutrina portuguesa, embora se verifique a prevalência de uma compreensão do direito em um fundamento processual, centrada na estrutura acusatória do processo, igualmente referencia-se a relevância do fundamento material³⁹.

Assim como Portugal, o direito à não autoincriminação não encontra fundamento expresso na Lei Fundamental alemã, tendo sido papel da doutrina e jurisprudência a construção de uma compreensão do direito com fundamento constitucional implícito. No contexto alemão, a jurisprudência inclina-se à compreensão do direito a partir de uma dimensão material orientada pela dignidade humana, consagrada no artigo 1.º, n.º 1, da Lei Fundamental. A doutrina dominante, por sua vez,

Court no caso Miranda v. State of Arizona que estabeleceu deveres de esclarecimento e advertência sobre os correspondentes direitos dos arguidos. ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. 2ª. Coimbra: Gestlegal, 2022, p. 130.

³⁶ MACHADO; RAPOSO. O Direito à não auto-incriminação e as pessoas coletivas empresariais, p. 14.

³⁷ DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa. *O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*. Coimbra: Coimbra Ed, 2009, p. 14–15.

³⁸ ANDRADE. *Sobre as proibições de prova em processo penal*, p. 132.

³⁹ Nesse sentido, SILVA, Sandra Oliveira e. *O arguido como meio de prova contra si mesmo: considerações em torno do princípio “nemo tenetur se ipsum accusare”*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 155; Vide, ainda, DIAS; RAMOS. *O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*, p. 15. Como visto acima, Manuel da Costa Andrade prioriza um fundamento material, centrada na dignidade humana, mas sem deixar de lado a processual, centrada na garantia da presunção de inocência. ANDRADE. *Sobre as proibições de prova em processo penal*, p. 132.

privilegia a liberdade geral de ação ou o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, constante do artigo 2.º, n.º 1, da Lei Fundamental, sob a qual garante que a pessoa não será reduzida a mero objeto da atividade do Estado e que é posta em perigo quando a pessoa arguida passa a ser instrumentalizada como meio de prova contra si mesma⁴⁰.

A Constituição espanhola, ao contrário da portuguesa e alemã, possui expressa previsão do direito à não autoincriminação em seu artigo 24, n.º 2, que, dentre seu extenso conteúdo de garantias e direitos processuais, menciona o direito “*a no declarar contra sí mismos*” e “*a no confesarse culpables*”. Como é possível visualizar, a partir de uma simples análise topográfica, o texto fundamental espanhol positivou o direito no dispositivo juntamente com as garantias processuais, limitadoras do *jus puniendi*, a privilegiar sua conceção fundamentada processualmente⁴¹.

Em âmbito internacional, o direito à não autoincriminação encontra importantes previsões, como no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966, em seu artigo 14.º, n.º 3, *g*; e no âmbito do Tribunal Penal Internacional, no artigo 55.º, n.º 1, *a e b* e n.º 2, *b* e no artigo 67.º, n.º 1, *g, h e i*. Embora a CEDH não tenha disposição expressa acerca do direito à não autoincriminação, o TEDH o reconhece como elemento decorrente do princípio do *fair trial*⁴². Por fim, importante mencionar que pelo artigo 7.º da Diretiva (EU) 2016/343, do Parlamento e do Conselho, de 9 de março, em conjunto com a interpretação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem do direito a um processo equitativo no âmbito da CEDH (Considerando 27), os Estados devem tutelar os direitos ao silêncio e não autoincriminação.

Como observado, o direito à não autoincriminação é amplamente aceito em vários países e no âmbito internacional, revelando-se um direito indispensável em processos penais conduzidos em contextos democráticos. Embora consolidada a compreensão de sua imprescindibilidade para um devido processo penal, é visível a falta de consenso sobre os fundamentos,

⁴⁰ ANDRADE. *Sobre as proibições de prova em processo penal*, p. 131.

⁴¹ Cf. CASI. *Derecho a la no autoincriminación de las personas jurídicas: ¿Ficción o realidad?*, p. 8.

⁴² Nesse sentido, SILVA. *O arguido como meio de prova contra si mesmo*, p. 305 e ss.

conteúdo e âmbito de aplicação do referido direito. No ponto, se a aplicação tradicional do direito às pessoas singulares enfrenta dificuldades em razão dessas divergências, elas tornam ainda mais obscura sua aplicação e operacionalização quando estão em causa as pessoas coletivas.

Da breve análise do direito em questão em alguns ordenamentos jurídicos e no contexto internacional, é possível verificar que ele possui primordialmente uma dupla natureza em seu fundamento material: a substantiva e a processual⁴³.

Sob a perspetiva substantiva, o direito à não autoincriminação encontra sua base no reconhecimento da dignidade humana⁴⁴, da integridade pessoal, do desenvolvimento da personalidade e da privacidade, o que conferiria a esse direito um carácter personalíssimo. A coação, pressão e truques utilizados por autoridades que manipulam o ambiente e retiram a liberdade de uma pessoa para forçá-la a se autoincriminar afronta diretamente a autonomia e dignidade⁴⁵. Há uma especial crueldade em forçar as pessoas a causarem dano a si mesmas e em submetê-las a uma situação conflitante entre se autoincriminarem, praticarem crime de falsidade de testemunho ou mesmo desobediência⁴⁶.

⁴³ MACHADO; RAPOSO. O Direito à não auto-incriminação e as pessoas colectivas empresariais, p. 15.

⁴⁴ “O intérprete e aplicador do direito tem de se mover no espaço deixado em aberto pela redução da complexidade já operada e devida, em primeira linha, à própria Constituição. Em que avulta o reconhecimento do *nemo tenetur* como instituição irrenunciável do Estado de Direito e como projecção directa da intangível dignidade pessoal. E, como tal, também ele pertinente à área nuclear e inviolável da condução da vida”. ANDRADE, Manuel Da Costa. *Nemo tenetur se ipsum accusare* e direito tributário: ou a insustentável indolência de um acórdão (n.º 340/2013) do Tribunal Constitucional. *Boletim de Ciências Económicas*, v. 57, n. 1, p. 385–451, 2014, p. 431.

⁴⁵ Cf. GREENAWALT, R. Kent. *Silence as a Moral and Constitutional Right*. *William & Mary Law Review*, v. 23, n. 1, 1981, p. 40 e ss.

⁴⁶ “*The privilege against self-incrimination “registers an important advance in the development of our liberty -- one of the great landmarks in man’s struggle to make himself civilized.” Ullmann v. United States, 350 U. S. 422, 350 U. S. 426. It reflects many of our fundamental values and most noble aspirations: our unwillingness to subject those suspected of crime to the cruel trilemma of self-accusation, perjury or contempt; our preference for an accusatorial, rather than an inquisitorial, system of criminal justice; our fear that self-incriminating statements will be elicited by inhumane treatment and abuses”*. U.S. Supreme Court.

De outro lado, a perspectiva processual concebe o direito à não autoincriminação como indissociável da estrutura acusatória do processo, que consagra um processo equitativo (*due process of law*) fundamentado no contraditório, igualdade de armas e presunção de inocência⁴⁷. Haveria uma relação direta com o direito de defesa, sendo aquele um instrumento do último, expressa em sua mais ampla esfera⁴⁸.

De igual forma, o direito à não autoincriminação encontra-se intimamente relacionado à presunção de inocência, como regra probatória e de juízo, que determina uma distribuição da carga da prova de maneira a impedir que a pessoa arguida colabore com sua própria incriminação, já que cabe à acusação apresentar provas suficientes do crime e da responsabilidade da pessoa arguida⁴⁹.

Essas dimensões abrem caminho para entendimentos diversos acerca da titularidade do direito à não autoincriminação pelas pessoas coletivas, já que tal encontraria maiores obstáculos na compreensão de que referido direito é corolário direto da dignidade humana.

2.3. A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM (TEDH) E TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA (TJUE)

O TJUE, ainda que tenha uma competência material limitada, é o único que se pronunciou expressamente sobre o reconhecimento do

Murphy v. Waterfront Comm'n, 378 U.S. 52 (1964). No mesmo sentido já se manifestou o Tribunal Constitucional federal alemão: “a liberdade de declaração do arguido e a proibição da autoincriminação forçada (*nemo tenetur se ipsum accusare*) são expressões necessárias de uma orientação constitucional baseada no princípio fundamental de respeito à dignidade humana. Ao forçar a pessoa a prestar informações, ela pode se encontrar em uma situação de conflito em que tem de escolher entre se autoincriminar, cometer um novo delito de falsidade de testemunho ou ser submetida a medidas coercitivas em razão de seu silêncio” (tradução nossa). BVerfG, julgamento de 25 de janeiro de 2022 - 2 BvR 2462/18, parágrafo 50.

⁴⁷ Vide notas 28 a 31.

⁴⁸ NEIRA PEÑA. *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, p. 257–258.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 259.

nemo tenetur às pessoas coletivas⁵⁰, já em 1989, no âmbito do direito da concorrência, no caso *Orkem c. Comissão Europeia*, em que afirmou que a Comissão pode obrigar as empresas a responder a perguntas de natureza factual e a exhibir documentos, mas sem prejudicar seus direitos de defesa, ou seja, sem obrigá-las a admitir ou confessar uma infração⁵¹. Essa mesma jurisprudência foi reafirmada posteriormente no caso *Mannesmannröhren-Werke c. Comissão*⁵², caso *Comissão c. SGL Carbon*⁵³.

Mais recentemente, o TJUE se pronunciou pela primeira vez sobre o direito ao silêncio das pessoas singulares no caso *DB c. Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)*⁵⁴, ocasião em que realizou um confronto com a jurisprudência do Tribunal relativa ao reconhecimento do direito às pessoas coletivas, a confirmar o entendimento de que “a empresa em causa pode ser obrigada a fornecer todas as informações necessárias relativas a factos de que possa ter conhecimento e a comunicar, se necessário, os documentos correspondentes que a referida empresa possua, ainda que estes possam servir para comprovar, nomeadamente a seu respeito, a existência de um comportamento anticoncorrencial”, mas que “não podia ser imposta a essa empresa a obrigação de dar respostas através das quais fosse levada a admitir a existência de tal infração”⁵⁵.

Com esse julgamento do TJUE, uma interpretação mais ampla do direito foi garantida às pessoas singulares em procedimentos administrativos de abuso de mercado, em comparação com o alcance do direito às pessoas coletivas, afirmando que “o direito ao silêncio não pode razoavelmente limitar-se a confissões de factos delituosos ou a observações que impliquem diretamente a pessoa interrogada, mas abrange também

⁵⁰ CASI. Derecho a la no autoincriminación de las personas jurídicas: ¿Ficción o realidad?, p. 11.

⁵¹ TJUE. Processo C-374/87. Acórdão ECLI:EU:C:1989:387, de 18 de setembro de 1989. Sobre isso, ANTUNES. *Processo penal e pessoa coletiva arguida*, p. 60.

⁵² TJUE. Processo T-112/98. Acórdão ECLI:EU:T:2001:61, de 20 de fevereiro de 2001.

⁵³ TJUE. Processo C-301/04. Acórdão ECLI:EU:C:2006:432, de 29 de Junho de 2006.

⁵⁴ TJUE. Processo C-481/19. Acórdão ECLI:EU:C:2021:84, de 2 de fevereiro de 2021.

⁵⁵ Parágrafos 46 e 47 do Acórdão ECLI:EU:C:2021:84, de 2 de fevereiro de 2021.

informações sobre questões de facto que possam posteriormente ser utilizadas em apoio da acusação e, portanto, ter um impacto na condenação ou na pena aplicada a essa pessoa”⁵⁶.

Por seu turno, embora o TEDH não tenha se pronunciado expressamente sobre a aplicação do direito à não autoincriminação pelas pessoas coletivas, há importantes decisões acerca desse direito. Nesse sentido é o caso *Funke c. França*⁵⁷, em que o Tribunal reconheceu o direito à não autoincriminação implicitamente consagrado no artigo 6.º da CEDH, ou seja, ele protege a pessoa arguida contra contribuições forçadas para sua condenação, tratando-se de direito constitutivo de um julgamento justo⁵⁸.

No caso *Saunders c. Reino Unido*⁵⁹, o Tribunal estabeleceu a proibição de utilizar como prova em um processo penal declarações obrigatórias obtidas no âmbito de uma investigação preliminar de natureza extrapenal, bem como decidiu que documentos e outras provas físicas que existam de forma autónoma à pessoa arguida não estão abrangidos pela proteção desse direito e, portanto, podem ser usados contra ela⁶⁰.

No caso *Jalloh c. Alemanha*⁶¹, o TEDH estipulou que o critério para aferir a violação ou não do direito à não autoincriminação seria a análise da natureza ou grau da coerção empregada para obter a prova, o peso do interesse público em causa, a existência de salvaguardas adequadas para proteger a pessoa investigada e acusada no processo e a utilização do material obtido na investigação⁶².

⁵⁶ Parágrafo 40 do Acórdão ECLI:EU:C:2021:84, de 2 de fevereiro de 2021.

⁵⁷ TEDH. 10828/84. Acórdão de 25 de fevereiro de 1993.

⁵⁸ Sobre a jurisprudência do TEDH e TJUE relativa ao direito da não autoincriminação, recomenda-se: MEYER, Frank. Nemo Tenetur for Natural and Legal Persons in the Light of ECtHR and ECJ. In: DANNECKER, Gerhard; FARKAS, Ákos; JACSÓ, Judit (Orgs.). *External, Internal and Criminal Investigations of Criminal Offences Affecting the Financial Interests of the European Union*. Budapest: Wolters Kluwer Hungary Kft, 2022, p. 281 e ss.

⁵⁹ TEDH. 19187/91. Acórdão de 17 de dezembro de 1996.

⁶⁰ Sobre o caso, CASI. Derecho a la no autoincriminación de las personas jurídicas: ¿Ficción o realidad?, p. 11; MACHADO; RAPOSO. O Direito à não auto-incriminação e as pessoas colectivas empresariais, p. 32–33.

⁶¹ TEDH. 54810/00. Acórdão de 11 de julho de 2006.

⁶² Vide MACHADO; RAPOSO. O Direito à não auto-incriminação e as pessoas colectivas empresariais, p. 35.

O que se verifica, portanto, é uma reiteração jurisprudencial no sentido de que o direito à não autoincriminação visa proteger a pessoa arguida contra medidas coercitivas e compulsórias por autoridades para obter provas, em respeito ao direito de um devido processo legal e julgamento justo⁶³.

2.4 A EFETIVA TITULARIDADE DO DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO PELAS PESSOAS COLETIVAS

A questão acerca da titularidade do direito à não autoincriminação não encontra solução homogênea nos diversos cenários estatais e da união europeia, abrangendo um amplo espectro que vai do reconhecimento à negação do direito às pessoas coletivas⁶⁴.

Os principais argumentos contra o reconhecimento do direito à não autoincriminação pelas pessoas coletivas estão relacionados substancialmente com fundamentos jusnaturalistas do direito e sua relação com a dignidade humana, liberdade, privacidade e integridade física, direitos fundamentais atinentes às pessoas singulares. Além disso, os argumentos centram nas dificuldades práticas decorrentes da aplicação do direito às pessoas coletivas, que se verificam, por exemplo, na dissociação entre quem padece o risco de autoincriminação e quem efetivamente presta as declarações, além dos obstáculos que podem gerar às investigações criminais⁶⁵.

De outro bordo, os argumentos a favor do reconhecimento do direito partem justamente do reconhecimento da centralidade do direito à não autoincriminação como elemento básico do sistema acusatório, diretamente relacionado com o direito de defesa e da presunção de inocência, já aqui anteriormente expostos.

Como visto, as pessoas coletivas são também titulares de direitos fundamentais. O que importa saber é a quais desses direitos as pessoas coletivas podem recorrer e, para tal, é imprescindível uma análise crítico-hermenêutica de cada caso para a adequação teleológica e sistemática de uma ordem jurídica.

⁶³ Nesse sentido, também: TEDH. 38544/97. Acórdão de 8 de abril de 2004.

⁶⁴ NEIRA PEÑA. *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, p. 238.

⁶⁵ Cf. *Ibid.*, p. 241 e ss.

A consagração do *nemo tenetur* nos sistemas jurídicos modernos se firmou como consequência dos ideais iluministas que encontravam na consciência individual autônoma a fonte e destino das novas estruturas sociais. A pessoa singular como centro do universo, dotada de autonomia, liberdade e vontade para o qual se converge a tutela jurídica. Mas o direito, como fenómeno social, não pode ignorar as evoluções do mundo. Assim, o *nemo tenetur* deve ser considerado também a partir da sua dimensão evolutiva que acompanha a realidade social e o desenvolvimento do pensamento jurídico. Com o advento de novas complexidades sociais, deve o direito também a elas convergir⁶⁶.

Se as pessoas coletivas gozam de direitos fundamentais compatíveis com sua natureza e passam a ser alvos de responsabilidade penal em determinados ordenamentos jurídicos, nada mais razoável do que lhes atribuir os direitos processuais que assistem à pessoa arguida, nomeadamente o direito à não autoincriminação⁶⁷.

Por tudo até aqui exposto, não restam maiores dúvidas de que o direito à não autoincriminação deve ser compreendido em sua dimensão processual, que se expressa como consequência lógico-sistemática de uma ordem jurídico-constitucional pautada em valores que regem uma sociedade. As garantias e direitos de um devido processo legal de matriz acusatória, assente na ampla defesa, contraditório e presunção de inocência, dos quais é corolário o direito à não autoincriminação, são o *leitmotiv* da responsabilidade penal de ordenamentos jurídicos dos Estados modernos de direito.

Como bem esclarece Maria João Antunes, a razão da equiparação do estatuto da pessoa singular “não está na pessoa coletiva em si e, nomeadamente, na sua personalidade jurídica, mas sim na garantia de um processo penal com determinada estruturação”⁶⁸, de maneira que negar

⁶⁶ Nesse sentido, ANDRADE, Tiago da Costa. *Nemo tenetur se ipsum accusare* : um novo olhar a partir do direito da concorrência, no sentido da sua extensão ao processo contra-ordenacional e às pessoas colectivas. *Revista de Concorrência e Regulação*, v. 8, n. 31, 2017, p. 204.

⁶⁷ DIAS; RAMOS. *O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*, p. 42.

⁶⁸ ANTUNES, Maria João. A posição processual da pessoa coletiva constituída arguida. *Julgar*, 2019, p. 28.

os direitos fundamentais de defesa e presunção de inocência, que fundamentam o exercício de um direito de não autoincriminação e garantem sua estrutura acusatória, coloca em risco a essência do processo penal, com o perigo de catalisar uma erosão dos direitos constitucionalmente consagrados na sociedade como um todo⁶⁹.

Mas, para além disso, por se tratarem de direitos fundamentais inseridos em um sistema harmónico constitucional que emana valores normativos que regem uma sociedade, evidentemente os direitos fundamentais atrelados ao processo penal acusatório encontram também um estreito liame com os demais direitos fundamentais correspondentes à natureza de cada sujeito processual. Assim, se está em causa a responsabilidade penal de uma pessoa singular, a dignidade humana exerce maior força centrípeta sobre os direitos e garantias processuais penais em causa. Em outras palavras, o direito de defesa, contraditório, presunção de inocência e, assim, o próprio *nemo tenetur*, como direitos que desempenham uma finalidade de proteção da pessoa singular, atuam também como garantia de um sistema que encontra uma função axiológica-normativa centrada na dignidade humana⁷⁰.

De outro lado, se está em causa a responsabilidade penal de uma pessoa coletiva, os mesmos direitos e garantias processuais penais, que desempenham uma finalidade de proteção da pessoa coletiva, atuam também como garantia de um sistema que encontra uma função axiológica-normativa centrada, por exemplo, na livre iniciativa económica e

⁶⁹ NEIRA PEÑA. *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, p. 264.

⁷⁰ No ponto, no que se refere à proteção da pessoa singular, Heloisa de Carvalho esclarece que “o aspecto particular mais sólido da dignidade humana que enseja a existência do direito à não autoincriminação é a integridade mental e moral, que é violada ao ser o indivíduo colocado frente a possíveis disjuntivas desagradáveis, que formam o chamado “trilema”, constituídas da possibilidade de dar origem a consequências negativas, seja por optar manter-se em silêncio ou declarar e, neste caso, por se autoincriminar ou por mentir. Isso transgride a natureza humana, que tem dificuldade de admitir as próprias falhas e assumir as consequências daí advindas”. CARVALHO, Heloisa Rodrigues Lino de. Fundamento central do direito à não autoincriminação. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 2, p. 731-765, mai./ago. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i2.134>

de mercado⁷¹, em que as pessoas coletivas são atores de papel relevante no desenvolvimento económico e social do Estado⁷².

Assim, a titularidade do direito à não autoincriminação pelas pessoas coletivas, em uma ordem jurídica que a elas atribui responsabilidade penal, cumpre com as funções teleológicas constitucionais desse sistema ao garantir o respeito aos valores expressos na Constituição. Isso porque, é de se lembrar, a titularidade desse direito pelas pessoas coletivas desempenha um papel importante de defesa contra interferências, violações e lesões indevidas na sua esfera jurídica, seja perante o próprio Estado, seja perante terceiros⁷³.

3. O ALCANCE DO DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO PELAS PESSOAS COLETIVAS

Tendo sido estabelecida a responsabilidade penal da pessoa coletiva no ordenamento jurídico, sua condição de sujeito processual garante os vetores fundamentais consistentes no direito de defesa e presunção de inocência decorrentes da garantia de um processo penal com determinada estruturação, o que significa dizer que a pessoa coletiva goza do direito à prestação de declarações, sem que o silêncio a possa desfavorecer, assim como do direito de recusar a prestar informações e entregar meios de prova como, por exemplo, documentos⁷⁴.

Porém, reconhecer a titularidade do direito à não autoincriminação por certo não significa dizer que seu alcance será coincidente, nos exatos termos, ao das pessoas singulares, mas sim que é necessária, em alguma medida, uma modulação⁷⁵. O âmbito de proteção do direito deve

⁷¹ Valores que, por exemplo, são expressamente emanados na Constituição portuguesa nos artigos 61.º, n.º 1; artigo 80, alínea c; artigo 82.º, n.º 3 e artigo 86.º.

⁷² Além de, em sendo o caso, garantia de direitos como a liberdade de associação ou mesmo a liberdade de religião.

⁷³ Vide nota 6.

⁷⁴ ANTUNES. *Processo penal e pessoa coletiva arguida*, p. 63.

⁷⁵ FANEGO, Coral Arangüena. *Proceso penal frente a persona jurídica: garantías procesales*. In: SALGADO, Cristina Alonso; MANZANARES, Raquel Castillejo (Orgs.). *El nuevo proceso penal sin Código Procesal Penal*. [s.l.: s.n.], 2019, p. 780.

ser o necessário para garantir que a pessoa coletiva possa se defender, de acordo com as peculiaridades que sua natureza impõe⁷⁶.

Como Gascón Inchausti bem delimita, cabe considerar como amparadas pelo direito à não autoincriminação as seguintes condutas: i) a negativa pela pessoa coletiva, enquanto tal, a fornecer a informação e documentos que lhe sejam requisitadas e que tenham caráter incriminatório; ii) a negativa de determinadas pessoas singulares vinculadas à pessoa coletiva a fornecer essa mesma informação e documentação; iii) a negativa de determinadas pessoas singulares vinculadas à pessoa coletiva a responder perguntas de conteúdo incriminatório para aquela⁷⁷.

Ocorre que há particularidades nessas circunstâncias relativas às pessoas coletivas que demandam especial atenção, a iniciar pelo fato de que há uma dissociação entre a pessoa que padece o risco da autoincriminação e a pessoa que efetivamente presta as declarações. Além disso, no que se refere a requerimentos documentais, há especificidades das pessoas coletivas por nelas recaírem verdadeiros deveres de colaboração em determinados contextos regulatórios, de fiscalização e supervisão.

Disso tudo, como visto, não decorre a negativa de titularidade do direito à não autoincriminação, mas sim uma análise e modulação que viabilize a aplicação dos direitos processuais pela pessoa coletiva como sujeito processual e o cumprimento das finalidades desses direitos de acordo com os vetores constitucionais⁷⁸.

Diante disso, no que se refere às declarações orais, o direito ao silêncio deve trasladar ao representante especialmente designado e formalizado, que poderá usufruir do direito de não incriminar a pessoa coletiva em nome da qual declara. Nesse caso, a pessoa coletiva somente

⁷⁶ Também nesse sentido, NEIRA PEÑA. *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, p. 263 e ss.

⁷⁷ INCHAUSTI, Femando Gascón. Los desafíos del proceso penal frente a personas jurídicas en la legislación y en la praxis española: representación y derecho a no autoincriminarse. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, v. 29, n. 1, p. 91–126, 2019, p. 112–113.

⁷⁸ As soluções para essas questões, em maior ou menor medida, também dependem dos modelos de responsabilidade penal das pessoas coletivas adotados pelas determinadas ordens jurídicas, o que converge a um desafio ainda maior para o esgotamento do tema, sobretudo em apertado artigo.

pode exercer seus direitos efetivamente por meio de uma pessoa singular especialmente designada para tal⁷⁹. Os cuidados necessários para garantir o exercício do direito neste caso reside em assegurar a impossibilidade de ser testemunha no processo a mesma pessoa designada como representante⁸⁰, de modo que sua atuação processual tem lugar somente como representante da pessoa coletiva⁸¹.

Problema maior reside em saber se o direito deve se estender a outros integrantes da pessoa coletiva como, por exemplo, administradores de fato ou de direito, diretores, demais representantes ou mesmo os empregados, enfim, aquelas pessoas singulares vinculadas ou relacionadas de alguma maneira com a pessoa coletiva e que não sejam parte do processo, mas cujo testemunho possa ser relevante. Ou seja, se a proteção outorgada ao representante especial e formalmente designado é suficiente ou se é necessário estendê-la a outros sujeitos. Trata-se de encontrar um justo equilíbrio em que se garante o efetivo exercício do direito à não autoincriminação pela pessoa coletiva sem que se amplie de forma demasiada a impedir a investigação, processamento e julgamento de fatos delitivos⁸².

Esse problema não encontra solução na doutrina. As propostas passam de soluções de maior restrição ao direito, que se restringiria somente ao representante especialmente designado (o que, para alguns, pode esvaziar de conteúdo tal direito), até soluções de maior amplitude em que o direito deve se estender a todos os representantes ou membros

⁷⁹ CASI. Derecho a la no autoincriminación de las personas jurídicas: ¿Ficción o realidad?, p. 19; NEIRA PEÑA. *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, p. 271–274.

⁸⁰ INCHAUSTI. Los desafíos del proceso penal frente a personas jurídicas en la legislación y en la praxis española: representación y derecho a no autoincriminarse, p. 121.

⁸¹ Com efeito, o Tribunal Supremo espanhol (STS 827/2016, de 3 de novembro) entendeu que não podia ser condenado a título individual o administrador de uma sociedade que no decurso do processo teve sempre exclusivamente a posição de representante da pessoa coletiva. ANTUNES. *Processo penal e pessoa coletiva arguida*, p. 77.

⁸² CASI. Derecho a la no autoincriminación de las personas jurídicas: ¿Ficción o realidad?, p. 19 e ss; NEIRA PEÑA. *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, p. 275 e ss.

dos órgãos diretivos, inclusive abarcando diretores e empregados (o que poderia até mesmo inviabilizar o *jus puniendi*).

A solução proposta por Neira Peña é que o direito à não autoincriminação deveria se limitar ao representante especialmente designado pela pessoa coletiva para atuar em seu nome no processo⁸³. É de se admitir a viabilidade prática dessa solução, mas com um alcance mínimo do direito para as pessoas coletivas.

Por outro lado, pertinente também o apontamento dado por Fermín Casi, no sentido de que para aplicar as garantias às pessoas coletivas de maneira adequada, seria necessário levar a cabo uma análise da organização para estabelecer de maneira objetiva quem poderia exercer o direito, levando em consideração os aspetos de funcionamento que estão diretamente relacionados aos fatos criminais atribuídos e, assim, delimitar objetivamente quais setores seriam alcançados pelo direito⁸⁴.

Assim, dever-se-ia analisar concretamente qual o domínio de atuação e responsabilidade do sujeito no âmbito da pessoa coletiva e se esse domínio e responsabilidade estão direta e concretamente relacionados com os fatos atribuídos à pessoa coletiva. É de se admitir, no entanto, que referida solução encontra maiores dificuldades práticas, além de tender a um maior alargamento de alcance no topo da direção da pessoa coletiva, mas tem a virtude de estar mais próxima de um meio-termo entre uma extensão muito ampla a qualquer pessoa vinculada à pessoa coletiva e um alcance mínimo limitado somente ao representante designado, que é mais vulnerável a burlas contra a efetividade do direito à não autoincriminação.

A questão que tem mais ocupado a doutrina e mesmo a jurisprudência diz respeito ao alcance do direito à não autoincriminação relativamente à documentação da pessoa coletiva. Nos casos em que o processo penal já tenha sido iniciado, ou mesmo nos casos de investigações prévias na iminência da pessoa coletiva ser constituída arguida, ela

⁸³ NEIRA PEÑA. *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, p. 280 e ss.

⁸⁴ CASI. *Derecho a la no autoincriminación de las personas jurídicas: ¿Ficción o realidad?*, p. 22.

pode legitimamente negar-se diretamente a apresentar os documentos ou informações que lhe sejam requeridos⁸⁵.

Evidente que, tratando-se de documentação relativa à pessoa coletiva, somente teria legitimidade o requerimento, por parte das autoridades, dirigido ao representante designado da pessoa coletiva. Em outros termos, não podem as autoridades de persecução penal intentar burlar o direito à não autoincriminação da pessoa coletiva requisitando a apresentação de documentos pertinentes diretamente a qualquer empregado ou mesmo dirigente da empresa.

Questão que implica maiores divergências recai nas situações em que pessoas singulares que possuem algum vínculo com a pessoa coletiva (empregados, diretivos etc.) fornecem voluntariamente a documentação às autoridades. No ponto, poderia se sustentar que a informação foi adquirida de forma ilícita para o processo penal. Nesse caso, a conduta da pessoa singular privaria a pessoa coletiva do seu direito de decidir ou não sobre a apresentação de documentos próprios e, assim, exercer seu legítimo direito à não autoincriminação⁸⁶.

Para Neira Peña, se um trabalhador tem acesso legítimo à documentação da pessoa coletiva e decide, voluntariamente, apresentá-la ao processo ou às autoridades, essa informação então seria válida para o juízo, já que o direito à não autoincriminação busca neutralizar o risco de abusos do poder público, intentando que se abstenha de forçar a colaboração do acusado por meio de medidas coercitivas ilegítimas, risco que somente existe quando a colaboração se produz após um requerimento prévio do Estado, de forma não espontânea. Admitir o contrário obrigaria aos membros da pessoa coletiva a ocultar delitos corporativos e a não colaborar com a justiça⁸⁷.

Contudo, é necessário ter em conta, no caso do argumento anterior, que essa espontaneidade por parte da pessoa singular em entregar

⁸⁵ INCHAUSTI. Los desafíos del proceso penal frente a personas jurídicas en la legislación y en la praxis española: representación y derecho a no autoincriminarse, p. 114.

⁸⁶ Assim, *Ibid.*, p. 115.

⁸⁷ NEIRA PEÑA. *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, p. 299–300.

voluntariamente a documentação deve ficar evidenciada de forma indene de dúvidas. Assim, se ficar demonstrado que houve algum contato prévio por parte das autoridades com a pessoa singular, a informação obtida não pode ser considerada obtida de forma verdadeiramente voluntária.

Ponto crítico da discussão reside na utilização em processo penal de informações obtidas em procedimentos administrativos prévios, que já há algum tempo é objeto de maiores discussões na doutrina e jurisprudência.

A discussão decorre dos inúmeros deveres de colaboração que recaem sobre as pessoas coletivas nos “regimes regulatórios” orientados à regulação ou organização, que demandam a colaboração das próprias pessoas fiscalizadas para garantir, por exemplo, a obtenção de receitas no âmbito fiscal, a defesa da concorrência, proteção de garantias sociais mínimas, o bom funcionamento do mercado e da economia, entre tantos outros⁸⁸.

No entanto, como alerta Sandra Oliveira e Silva, durante o exercício de regulação e supervisão, as entidades reguladoras frequentemente se deparam com potenciais ilícitos, tanto de natureza contraordenacional quanto criminal. Por essa razão, é comum que essas entidades reguladoras e de supervisão também possuam competências sancionatórias ou para conduzir investigações preliminares e instruir processos contraordenacionais⁸⁹. Resulta problemática, assim, a utilização posterior no processo penal de documentos obtidos nesses procedimentos prévios.

Como visto anteriormente, para o TJUE, no âmbito de direito de concorrência sancionador, as pessoas coletivas têm direito à não autoincriminação frente a uma pretensão das autoridades de persecução por respostas a perguntas que impliquem admitir a existência de uma infração, mas podem ser obrigadas a fornecer informações necessárias e a comunicar os documentos correspondentes que possuam⁹⁰.

O TEDH aceita a imposição do dever de colaboração a entidades reguladas em contextos regulatórios e de supervisão, desde que

⁸⁸ SILVA, Sandra Oliveira e. Direito ao silêncio e deveres de colaboração nos processos por delitos económico-financeiros. *Julgar*, v. 38, 2019, p. 139.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 140.

⁹⁰ Vide notas 50 a 54.

os documentos não sejam utilizados em processo penal⁹¹. Para evitar a impunidade, preservar as obrigações documentais impostas pela lei e garantir a efetividade do direito à não autoincriminação, é necessário que a medida coercitiva vise a obtenção de documentos ou fontes de prova cuja existência dependa da vontade da pessoa arguida. Documentos que tenham uma existência independente de sua vontade ficariam fora do âmbito de proteção desse direito. Dessa forma, a proteção se estenderia apenas a solicitações coercitivas de informações após a ocorrência do delito e a outros documentos cuja existência não seja absolutamente certa⁹².

É de se reiterar, também, que o Tribunal Constitucional português entendeu que viola o direito à não autoincriminação da pessoa coletiva a utilização em processo penal da prova obtida em inspeção tributária realizada à pessoa contribuinte arguida, sem o prévio conhecimento ou decisão da autoridade judiciária, em momento em que já decorria o inquérito correspondente, inconstitucionalidade essa que não ocorre nos casos de documentação obtida em inspeção tributária iniciada antes da instauração do processo penal⁹³.

O dever de se submeter a certos controles ou de exhibir determinados documentos nem sempre viola o direito à não autoincriminação, nomeadamente aqueles que existem de forma prévia e independente da vontade da pessoa arguida, particularmente em razão de uma obrigação legal. O que não se mostra devido é um dever genérico de colaborar e de fornecer informações e documentos sem um qualquer critério concreto e teleológico fundamentado um sistema jurídico⁹⁴. Além disso, o que deve ser determinante como ponto de partida para uma possível solução a esse problema não é estabelecer um critério temporal situacional, mas sim ter em consideração a *ratio* e a essência das informações em causa.

Assim, tratando-se de documentos cuja confecção, armazenamento e disponibilidade às entidades regulatórias decorre obrigatoriamente ex

⁹¹ Vide notas 57 a 62.

⁹² CASI. Derecho a la no autoincriminación de las personas jurídicas: ¿Ficción o realidad?, p. 32.

⁹³ Acórdão n.º 298/2019. Sobre o acórdão, ANTUNES, *Processo penal e pessoa coletiva arguida*, 53-54,61-62 e 67-68.

⁹⁴ NEIRA PEÑA. *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, p. 291.

lege e aos quais a pessoa coletiva necessariamente tem de se atentar para o exercício de suas atividades, sua natureza coativa *ex ante* não impediria uma valoração em processo penal, se as informações foram obtidas previamente no exercício de supervisão e fiscalização. No entanto, se não existir uma obrigação legal prévia de documentar e arquivar uma determinada informação, sua exigência sob a ameaça de procedimentos sancionatórios, evidencia um caráter incriminatório da documentação, de modo a constituir uma prova ilícita⁹⁵.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar das dissidências quanto ao seu alcance, certo é que as pessoas coletivas são titulares do direito à não autoincriminação em processo penal, que deve abranger tanto as declarações quanto documentos das pessoas coletivas. O que se impõe, na quadra atual do tendente desenvolvimento da responsabilidade penal das pessoas coletivas no cenário global, é um maior amadurecimento das normas processuais que permitam o exercício adequado do direito, assim como um maior amadurecimento da jurisprudência que possa delinear uma melhor segurança jurídica nessa questão, nomeadamente nas questões que permanecem em aberto quanto ao verdadeiro exercício do direito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da SILVA. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ANDRADE, Manuel Da Costa. Nemo tenetur se ipsum accusare e direito tributário: ou a insustentável indolência de um acórdão (n.º 340/2013) do Tribunal Constitucional. *Boletim de Ciências Económicas*, v. 57, n. 1, p. 385–451, 2014.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. 2ª. Coimbra: Gestlegal, 2022.

⁹⁵ Em sentido semelhante, com maiores desenvolvimentos, SILVA. Direito ao silêncio e deveres de colaboração nos processos por delitos económico-financeiros, p. 147 e ss; Também, NEIRA PEÑA. *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, p. 291 e ss.

ANDRADE, Tiago da Costa. Nemo tenetur se ipsum accusare: um novo olhar a partir do direito da concorrência, no sentido da sua extensão ao processo contra-ordenacional e às pessoas colectivas. *Revista de Concorrência e Regulação*, v. 8, n. 31, 2017. Disponível em: <<https://www.concorrenca.pt/pt/revista/revista-da-concorrenca-e-regulacao-31>>. Acesso em: 15 maio 2023.

ANTUNES, Maria João. A posição processual da pessoa coletiva constituída arguida. *Julgar*, 2019.

ANTUNES, Maria João. *Direito Processual Penal*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2023.

ANTUNES, Maria João. *Processo penal e pessoa coletiva arguida*. Coimbra: Almedina, 2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., 11. reimpr. u. 14 reimpr. Coimbra: Almedina, 2003. (Manuais universitários).

CARVALHO, Heloisa Rodrigues Lino de. Fundamento central do direito à não autoincriminação. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 2, p. 731-765, mai./ago. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i2.134>

CASI, Fermín Echarri. Derecho a la no autoincriminación de las personas jurídicas: ¿Ficción o realidad? *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, v. 1, 2023. Disponível em: <<https://www.redepec.com/derecho-a-la-no-autoincriminacion-de-las-personas-juridicas-ficcion-o-realidad/>>. Acesso em: 18 maio 2023.

DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa. *O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*. Coimbra: Coimbra Ed, 2009.

FANEGO, Coral Arangüena. Proceso penal frente a persona jurídica: garantías procesales. In: SALGADO, Cristina Alonso; MANZANARES, Raquel Castillejo (Orgs.). *El nuevo proceso penal sin Código Procesal Penal*. [s.l.: s.n.], 2019.

GÓMEZ-MONTORO, Ángel. La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación. *Revista Española de Derecho Constitucional*, v. 65, 2002. Disponível em: <<https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-espanola-de-derecho-constitucional/numero-65-mayoagosto-2002/la-titularidad-de-derechos-fundamentales-por-personas-juridicas-un-intento-de-fundamentacion-2>>. Acesso em: 2 jun. 2023.

GREENAWALT, R. Kent. Silence as a Moral and Constitutional Right. *William & Mary Law Review*, v. 23, n. 1, 1981. Disponível em: <<https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol23/iss1/3/>>. Acesso em: 10 jun. 2023.

HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. ¿Derecho de las personas jurídicas a no auto-incriminarse? *Revista de derecho (Valparaíso)*, n. 44, p. 217–263, 2015. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512015000100007>.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. En materia de prueba: sobre algunos cuestionables tópicos jurisprudenciales. *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, n. 1, 2020. Disponível em: <<https://revistes.udg.edu/quaestio-facti/article/view/22364>>. Acesso em: 29 maio 2023. https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i0.22364.

INCHAUSTI, Femando Gascón. Los desafíos del proceso penal frente a personas jurídicas en la legislación y en la praxis española: representación y derecho a no autoincriminarse. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, v. 29, n. 1, p. 91–126, 2019.

MACHADO, Jónatas; RAPOSO, Vera L. C. O Direito à não auto-incriminação e as pessoas colectivas empresariais. *Revista Direitos Fundamentais e Justiça*, v. 8, p. 13–47, 2009.

MARTA, João Santos. Titularidade de direitos humanos pela pessoa coletiva arguida? Em especial a tutela da propriedade e os riscos da sua violação no quadro jurídico-processual penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, v. 31, n. 3, p. 463–488, 2021.

MEYER, Frank. Nemo Tenetur for Natural and Legal Persons in the Light of ECtHR and ECJ. In: DANNECKER, Gerhard; FARKAS, Ákos; JACSÓ, Judit (Orgs.). *External, Internal and Criminal Investigations of Criminal Offences Affecting the Financial Interests of the European Union*. Budapest: Wolters Kluwer Hungary Kft, 2022.

NEIRA PEÑA, Ana María. *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

OLIVER, Peter. Companies and their fundamental rights: a comparative perspective. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 64, n. 3, p. 661–696, 2015. <https://doi.org/10.1017/S0020589315000196>.

SCHNEIDER, Anne. Privilege against Self-Incrimination (Nemo Tenetur). In: *Elgar Encyclopedia of Crime and Criminal Justice*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2022. <https://doi.org/10.4337/9781789902990.privilege.self.incrimination>.

SILVA, Sandra Oliveira e. Direito ao silêncio e deveres de colaboração nos processos por delitos económico-financeiros. *Julgar*, v. 38, 2019.

SILVA, Sandra Oliveira e. *O arguido como meio de prova contra si mesmo: considerações em torno do princípio “nemo tenetur se ipsum accusare”*. Coimbra: Almedina, 2018. (Teses).

Authorship information

Pedro Augusto Amaral Dassan. Doutorando e Mestre em Ciências Jurídico-Criminais e Especialista em Direito Penal Econômico Internacional e Europeu pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Portugal. Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal pelo Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba) e pós-graduado em Direito e Processo Tributário Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogado criminalista. pedrodassan@gmail.com

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

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

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

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

Editorial process dates (<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 26/10/2023
 - Desk review and plagiarism check: 20/11/2023
 - Review 1: 08/12/2023
 - Review 2: 02/01/2024
 - Preliminary editorial decision: 01/03/2024
 - Correction round return 1: 10/03/2024
 - Preliminary editorial decision 2: 11/03/2024
 - Correction round return 2: 12/03/2024
 - Final editorial decision: 12/03/2024
- Editorial team**
 - Editor-in-chief: 1 (VGV)
 - Reviewers: 2
-

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

DASSAN, Pedro A. A. A titularidade do direito à não autoincriminação pelas pessoas coletivas em processo penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 10, n. 1, e934, jan./abr. 2024. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v10i1.934>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.

**Persecução penal:
investigação, juízo
oral e etapa recursal**

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

Decidindo não decidir: a atuação penal do STF durante a pandemia de Covid-19

Deciding not to decide: the criminal rulings of the Brazilian Supreme Court during the Covid-19 pandemic

Daniel Wei Liang Wang¹

Fundação Getulio Vargas (FGV Direito SP) – São Paulo/SP, Brasil
daniel.wang@fgv.br

 <http://lattes.cnpq.br/4448586852846057>

 <https://orcid.org/0000-0002-7761-1315>

Luísa Moraes Abreu Ferreira²

Fundação Getulio Vargas (FGV Direito SP) – São Paulo/SP, Brasil
luisa.ferreira@fgv.br

 <http://lattes.cnpq.br/9205038247901367>

 <https://orcid.org/0000-0001-5641-6249>

Matheus de Barros³

Fundação Getulio Vargas (FGV Direito SP) – São Paulo/SP, Brasil
matheus.barros@fgv.br

 <http://lattes.cnpq.br/3707929725934308>

 <https://orcid.org/0000-0001-9687-843X>

-
- ¹ Doutor em Direito pela London School of Economics, Mestre em Filosofia e Políticas Públicas pela London School of Economics, Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo, Bacharel em Ciências Sociais pela Universidade de São Paulo, Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo. Professor de Direito da Fundação Getulio Vargas - SP.
 - ² Doutoranda em Direito e Desenvolvimento pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo, Graduada em Direito pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas. Professora de Direito da Fundação Getulio Vargas - SP. Advogada criminalista.
 - ³ Doutorando em Direito e Desenvolvimento na FGV Direito SP, na linha “Instituições do Estado Democrático de Direito e Desenvolvimento Político Social”. Mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2019). Bacharel pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (2016). Pesquisador do Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena da FGV Direito SP.

Julia Abrahão Homsí⁴

Fundação Getulio Vargas (FGV Direito SP) – São Paulo/SP, Brasil

julia.ahomsí@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/9585233505955127>

 <https://orcid.org/0000-0003-1498-2562>

Mariana Morais Zambom⁵

Fundação Getulio Vargas (FGV Direito SP) – São Paulo/SP, Brasil

marizambom@hotmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/7316162640209070>

 <https://orcid.org/0000-0001-7664-7984>

Ezequiel Fajreldines dos Santos⁶

Fundação Getulio Vargas (FGV Direito SP) – São Paulo/SP, Brasil

ezequiel.santos@fgv.edu.br

 <http://lattes.cnpq.br/5991457854141218>

 <https://orcid.org/0000-0001-6440-5638>

Paulo Sergio de Albuquerque Coelho Filho⁷

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – São Paulo/SP, Brasil

paulo@paulosergiocoelho.com.br

 <http://lattes.cnpq.br/2161641160232319>

 <https://orcid.org/0009-0004-4080-3497>

-
- ⁴ Mestre em Direito e Desenvolvimento na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas. Especialista em Criminologia (2023) pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) e pela Escola Superior de Advocacia da OAB/SP. Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo. Auxiliar de ensino na graduação em Direito do Instituto de Ensino e Pesquisa de São Paulo (Insper).
 - ⁵ Doutoranda e Mestra (2022) em Direito e Desenvolvimento na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas. Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo (2019). Pesquisadora do Observatório da Proteção dos Direitos Humanos do CAAF/Unifesp.
 - ⁶ Doutorando e mestre (2018) em Direito e Desenvolvimento na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.
 - ⁷ Doutorando em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas. Graduado *cum laude* em Ética, Política e Economia pela Yale University (EUA) e em Direito pela Universidade de São Paulo. Advogado criminalista.

RESUMO: Este artigo é baseado em uma amostra representativa e aleatória de 396 decisões monocráticas penais do Supremo Tribunal Federal, proferidas entre 01/01/2020 e 22/06/2021, que mencionam a pandemia de Covid-19. Foram mapeados os pedidos, o tipo de prisão, a data de julgamento, o tipo de ação e o resultado dos pedidos. Em seguida, foi feita uma análise qualitativa dos argumentos utilizados pela Corte para decidir. O objetivo principal do estudo é compreender como a Corte julgou pedidos de desencarceramento e o peso da pandemia de Covid-19 na argumentação judicial. Os dados indicam que a pandemia não teve impacto relevante na forma de decidir do STF em casos de prisão. Prevaleceram os indeferimentos de pedidos de soltura, com significativa mobilização argumentativa de óbices processuais, permitindo que a Corte não se posicionasse sobre questões de mérito. Por outro lado, quando o mérito foi analisado, a pandemia não foi tratada como argumento suficiente para desencarcerar. Ademais, a pandemia, a Recomendação 62 do CNJ e a ADPF 347 não tiveram grande destaque argumentativo nas poucas decisões que concederam pedidos de desencarceramento. A pesquisa reforça o diagnóstico de que a pandemia não mudou o modo como o Judiciário lida com a prisão. Esse achado de pesquisa contribui para a compreensão dos obstáculos para o enfrentamento do superencarceramento no Brasil.

PALAVRAS-CHAVES: STF; Covid-19; pandemia; prisão; superencarceramento; pesquisa empírica.

ABSTRACT: *This article is based on a representative and randomly selected sample of 396 individual criminal decisions from the Federal Supreme Court, issued between January 1, 2020, and June 22, 2021, related to the COVID-19 pandemic. We tracked the petitions, the type of imprisonment, the date of judgment, the type of legal action, and the outcomes of these requests. Subsequently, we conducted a qualitative analysis of the arguments employed by the Court in reaching its decisions. The main objective of the study is to understand how the Court ruled on requests for release from incarceration and the impact of the Covid-19 pandemic in the judicial reasoning. The findings indicate that the pandemic had no relevant impact on the Court's decision-making process. Dismissals on procedural grounds prevailed, allowing the court to avoid ruling on the merits of a claim. On the other hand, when the merits were analyzed, the pandemic was not treated as a sufficient argument for releasing a prisoner. Additionally, during the pandemic, CNJ's Recommendation No. 62 and ADPF No. 347 had no*

argumentative prominence in the few decisions that granted requests for release. This research reinforces the diagnosis that the pandemic has not changed how the Judiciary deals with imprisonment. This finding contributes to understand the challenges in tackling mass incarceration in Brazil.

KEYWORDS: *Brazilian Supreme Court; Covid-19; pandemic; prison; mass incarceration; empirical research.*

SUMÁRIO: Introdução; 1. Metodologia; 2. Apresentação e análise quantitativo-descritiva dos dados; 3. No meio do caminho tinha um obstáculo processual: supressão de instância e a impossibilidade de reexame de fatos em habeas corpus; 3.1. O argumento de “supressão de instância” e a Súmula 691; 3.2. Impossibilidade de reexame probatório em habeas corpus; 4. Reincidência, risco de reiteração delitiva e periculosidade do agente; 5. Recomendação 62 e as decisões que promoveram saída da prisão; Considerações finais.

INTRODUÇÃO

A pandemia de Covid-19 atingiu severamente o Brasil, colocando-o entre os países com os maiores números de mortes. Até abril de 2023, foram registrados mais de 700 mil óbitos em decorrência de infecção pelo vírus (Ministério da Saúde, 2023). O cenário de crise colocou em evidência gravíssimos problemas de ordem jurídica, entre os quais a precariedade e a superlotação do sistema carcerário brasileiro.

Mesmo antes da pandemia, as prisões brasileiras — que reúnem a terceira maior população prisional do mundo (Highest to Lowest, *s.d.*)⁸ — já configuravam um “estado de coisas inconstitucional”, na dicção da decisão cautelar do Supremo Tribunal Federal (STF) tomada em 2015 na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347⁹. Nas palavras da Corte, o sistema carcerário compõe um “quadro

⁸ Relativamente ao período de janeiro a junho de 2022, 661.915 pessoas estavam encarceradas no Brasil; 29,12% delas em prisão provisória, isto é, não haviam sido condenadas em definitivo (Departamento Penitenciário Nacional, 2022).

⁹ Sobre o caso da ADPF 347, *vide* Machado (2020) e Magalhães (2019).

de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária”¹⁰. Em outubro de 2023, a Corte finalmente apreciou o mérito da ação, julgando-a parcialmente procedente e reafirmando a existência do estado de coisas inconstitucional, caracterizado pela violação de direitos fundamentais no sistema carcerário brasileiro¹¹.

A pandemia tornou ainda mais urgentes os problemas de um sistema combalido. Diante do risco acentuado de as prisões se tornarem centros de infecções do coronavírus, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 17 de março de 2020, emitiu a Recomendação 62, com instruções aos órgãos do Judiciário para reduzir o superencarceramento durante a pandemia, entre as quais se incluíam a adoção de medidas cautelares em substituição à prisão provisória e a concessão de liberdade a grupos mais vulneráveis à Covid-19.

A Recomendação 62 não tinha caráter vinculante. O STF, porém, teve a oportunidade de vincular as instâncias inferiores: em março de 2020, foi feito um pedido no âmbito da ADPF 347 para que a Corte ordenasse medidas semelhantes às da Recomendação¹². Em decisão liminar, o Ministro Marco Aurélio Mello conclamou os juízos de execução a considerarem medidas desencarceradoras em face da pandemia. No entanto, sua decisão foi revista logo em seguida pelo Pleno¹³.

Em maio de 2020, à luz do frequente descumprimento da Recomendação 62 pelos tribunais, foi ajuizada, pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), a ADPF 684. Postulava-se que o Poder Judiciário

¹⁰ Supremo Tribunal Federal, Plenário, Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, Ministro Relator Marco Aurélio Mello, julgado em 09 set. 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 09 mar. 2023.

¹¹ No momento da finalização deste artigo, o acórdão da ADPF 347 ainda não havia sido publicado. *Vide* STF Reconhece Violação Massiva (2023).

¹² O pedido foi feito pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa, nos autos da ADPF 347, cujo Ministro Relator era Marco Aurélio, por meio da Petição 14.137/2020.

¹³ ADPF 347 TPI-Ref, Relator para Acórdão Min. Alexandre de Moraes, julgado em 18/03/2020, DJe 30/06/2020.

tomasse medidas na linha das propostas na Recomendação, como (i) substituir prisões cautelares por medidas alternativas, (ii) conceder prisão domiciliar a pessoas condenadas por crimes praticados sem violência ou grave ameaça, (iii) autorizar a progressão antecipada do regime semiaberto ao aberto para cumprimento em prisão domiciliar, e (iv) adotar medidas desencarceradoras para integrantes de grupos de risco para Covid-19¹⁴. A ação não foi julgada até a data de fechamento deste artigo.

Posição diferente foi adotada pelo Ministro Edson Fachin, em dezembro de 2020, quando concedeu medida cautelar no Habeas Corpus (HC) 188.820, impetrado pela Defensoria Pública da União (DPU) e pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro (DPE/RJ) “em favor de todas as pessoas presas em locais acima da sua capacidade que sejam integrantes de grupos de risco para a Covid-19 e não tenham praticado crimes com violência ou grave ameaça”. O Ministro determinou monocraticamente que juízes e juízas, ao apreciarem pedidos de saída de unidades prisionais durante o estado de emergência, analisassem se as pessoas presas (i) pertenciam a grupo de risco para Covid-19; (ii) estavam em unidade superlotada; e (iii) não haviam cometido crimes violentos ou com grave ameaça. Preenchidos esses requisitos, e salvo exceções devidamente justificadas, haveria o direito à progressão de regime para quem cumprisse pena e medidas cautelares alternativas à prisão para quem estivesse preso provisoriamente. A liminar de Fachin foi referendada pela Segunda Turma, por unanimidade, em fevereiro de 2021.

Apesar da importância do entendimento firmado e do fato de se tratar de um habeas corpus coletivo, essa decisão não tinha caráter vinculante. No âmbito do próprio HC 188.820, diversos pedidos de extensão para que o STF concedesse liberdade a pessoas que alegavam cumprir esses requisitos foram indeferidos por Fachin, que entendeu caber ao juízo de origem a avaliação do caso concreto. Na prática, isso significava que o STF exerceria pouco controle sobre as decisões das instâncias inferiores em pedidos de desencarceramento. Isto é, mesmo no momento grave da pandemia, o STF optou por não confrontar de forma direta decisões

¹⁴ Aqui, apresentamos resumidamente os pedidos formulados na ADPF 684. A petição inicial está disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5910249>. Acesso em: 26 jun. 2023.

judiciais que contrariavam o posicionamento da Corte - no âmbito do HC 188.820, ao menos - e do CNJ sobre encarceramento.

Sem uma decisão vinculante do STF, a Recomendação 62 e a pandemia não parecem ter alterado significativamente as decisões sobre prisão (provisória ou definitiva) nos tribunais durante a pandemia. Quintão e Ribeiro (2022, p. 125) constatam que, no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, “embora a maioria das decisões tenha mencionado as diretrizes para prevenção ao coronavírus, pouquíssimas as usaram para conceder a liberdade aos indivíduos”. Segundo Neri e Carvalho (2020, p. 223), o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro “busca todo tipo de fundamento, inclusive contraditórios entre si” para denegar medidas desencarceradoras. Vasconcelos, Machado e Wang (2020, p. 1477) indicam não haver qualquer relação entre o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) mencionar a Recomendação e conceder ou denegar um habeas corpus. Dentre os *writs* julgados pelo TJSP, “54% citam a Recomendação 62 e em mais de 90% dos casos, o uso da recomendação é para indeferir o pedido” (Vasconcelos; Machado; Wang, 2020, p. 549). Hartmann *et al* (2020, p. 34-35) concluíram que a taxa de concessão de habeas corpus no STF e STJ antes e durante a pandemia são semelhantes¹⁵.

Esse é um quadro que Machado e Vasconcelos (2021, p. 2038) denominaram “conjuntura crítica perdida”: a oportunidade de o Judiciário, a partir de um evento de grande repercussão, reavaliar e mudar a “cultura institucional arraigada” de preferência pela imposição do encarceramento como resposta-paradigma em casos criminais.

Contudo, existe uma peça desse quadro que ainda falta conhecer com mais profundidade: os julgamentos do STF em pedidos individuais de liberdade, sobretudo habeas corpus. Embora haja indícios de que a pandemia não tenha alterado a taxa de sucesso de pedidos de habeas corpus (Hartmann *et al.*, 2020) nos primeiros meses da pandemia, pouco se sabe sobre a forma como o contexto da Covid-19 afetou a argumentação jurídica das decisões do STF nesses pedidos individuais.

¹⁵ Sobre a falta de impacto relevante da Recomendação n. 62 do CNJ, *vide*: Budó e Moser (2023), Valença e Freitas (2020), Ryu (2022), Trevisan *et al* (2020); Moraes e Vasconcellos (2022).

O presente estudo busca preencher essa lacuna na literatura por meio da análise de uma amostra das decisões penais monocráticas proferidas pelo STF desde o início da pandemia até junho de 2021. A proposta deste trabalho é, por meio de um estudo prevalentemente qualitativo informado por dados empíricos quantitativos, produzir um retrato sobre as decisões monocráticas em casos penais durante a pandemia, com especial interesse nos argumentos para decidir pedidos de desencarceramento.

Mais especificamente, os objetivos desta pesquisa são (i) analisar sistematicamente, com fundamentos metodológicos quantitativos e qualitativos, como o STF julgou pedidos de desencarceramento durante o período pandêmico e (ii) identificar o papel que a pandemia teve nas argumentações presentes nas decisões judiciais. Para isso, foram mapeados os pedidos, o tipo de prisão, a data de julgamento, o tipo de ação e o resultado dos pedidos. Em seguida, foi feita uma análise qualitativa dos argumentos utilizados pela Corte para decidir.

Na seção 1, apresentamos as estratégias metodológicas para a constituição do banco de decisões monocráticas do STF que servem de objeto para a análise. A seção 2 é dedicada a apresentar dados quantitativos referentes aos casos de decisões de Ministros analisadas pelos autores deste texto. A seção 3 discute os obstáculos processuais que impediram concessões de pedidos de pessoas presas durante a pandemia. A seção 4 aborda como argumentos baseados na periculosidade do agente, na reincidência e na possibilidade de reiteração delitiva foram utilizadas nas decisões monocráticas do STF para não conceder medidas alternativas ao cárcere. A seção 5 analisa os poucos casos de concessão de medidas que promoveram o desencarceramento pelo STF. Na conclusão, apontamos o descompasso entre a retórica e a prática do STF ao julgar casos penais.

1. METODOLOGIA

As decisões disponíveis por meio do sistema de busca de julgados do *site* do STF¹⁶ foram coletadas por meio de rotinas automatizadas utilizando a linguagem de programação Python. Foram coletadas decisões

¹⁶ Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acesso em: 07 mar. 2023.

proferidas entre 01/01/2020 e 22/06/2021 contendo as expressões “covid”, “pandemia” e “corona”. Esse período abarca as duas primeiras — e mais letais — ondas da Covid-19 no Brasil e inclui o momento posterior à introdução das vacinas, que permitiu o arrefecimento da crise sanitária. A escolha das palavras-chave se deu precisamente pelo interesse na pandemia como argumento jurídico.

Essa busca, após a exclusão de casos duplicados e de falsos positivos, formou um universo de 5.840 decisões. Por meio de um algoritmo, essas decisões foram agrupadas em *clusters* de acordo com a similaridade de seus textos. A equipe de pesquisa, então, classificou os *clusters* de acordo com temas e, por meio de aprendizado de máquina não supervisionado (*machine learning*), o computador expandiu as classificações para todo o universo de decisões. Após diversas rodadas de interação entre a equipe de pesquisa e o computador, chegou-se a uma classificação homogênea do material.

Ao fim, 4.247 decisões (78%) foram classificadas como matéria de direito penal¹⁷. Considerado esse universo, foi constituída uma amostra representativa de 419 decisões monocráticas (IC 95%, margem de erro 4,5%)¹⁸. Essas decisões foram lidas e codificadas pela equipe de pesquisa

¹⁷ A base completa, com indicação sobre a decisão pertencer ao conjunto de penal ou não está publicada em <https://hdl.handle.net/10438.3/FK2/P3X8N0>.

¹⁸ Este artigo é dedicado unicamente às decisões monocráticas, primeiramente, porque elas representam a maior parte da nossa amostra, composta por 396 monocráticas e 28 colegiadas. A análise das colegiadas exige uma estratégia metodológica própria para desagregar e analisar a argumentação e decisão de cada Ministro ou Ministra, o que será realizado em outro estudo. Ainda assim, uma análise preliminar das 28 decisões colegiadas (compostas por 26 em sede de habeas corpus e duas em sede de reclamação) indicou que, em nenhum acórdão em habeas corpus, o Paciente teve sua situação melhorada pelo julgamento colegiado do *writ* ou do agravo regimental interposto contra a decisão monocrática — em um único caso, a situação piorou: no julgamento colegiado do HC 185.991, a liminar anteriormente concedida revogando a prisão preventiva por ausência de fundamentação idônea foi cassada, por maioria de votos, pela Primeira Turma. Por isso se pode dizer que decisões monocráticas são representativas da tutela jurisdicional prestada pelo STF em sede de habeas corpus — na amostra, nenhum agravo regimental interposto contra decisão monocrática que negava seguimento à impetração foi provido. Já no caso do julgamento colegiado das duas reclamações, em uma delas, a Reclamação 40.761, o agravo regimental foi provido para dar procedência à

por meio de um questionário desenvolvido na plataforma “Google Forms”. A elaboração desse questionário passou por diversos testes para seu aperfeiçoamento e treinamento da equipe de pesquisa. Para reduzir o risco de erros humanos, cada decisão foi classificada por conjuntos aleatórios de três pesquisadores, prevalecendo a resposta unânime ou majoritária, isto é, quando pelo menos duas de três pessoas da equipe de pesquisa indicaram a mesma resposta. Nas raras ocasiões em que não foi possível chegar a uma maioria — as três respostas diferiam —, indicou-se na planilha “sem maioria” e o resultado foi descartado.

Na aplicação do questionário, 23 casos foram excluídos por (i) não abordarem pandemia, (ii) não serem casos penais ou (iii) não tratarem de prisão (cautelar ou pena). Com isso, a amostra analisada neste artigo é composta por 396 casos¹⁹.

2. APRESENTAÇÃO E ANÁLISE QUANTITATIVO-DESCRIPTIVA DOS DADOS

Os pedidos feitos pela defesa nas decisões analisadas (incluindo habeas corpus, reclamações e recursos) foram: revogação da prisão preventiva (249), conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar (180), conversão da prisão preventiva em medida cautelar diversa da prisão (136) e progressão de regime (41)²⁰.

Em 278 dos casos, o(a) Paciente estava em prisão preventiva (70%) e em 106 (26,7%), em fase de cumprimento de pena prisão. Identificou-se um caso de prisão temporária, além de sete casos em que a leitura da decisão monocrática não permitiu a identificação da modalidade de prisão.

reclamação e determinar a inclusão do reclamante no regime semiaberto ou a adoção de medidas alternativas pelo juízo de 1º grau.

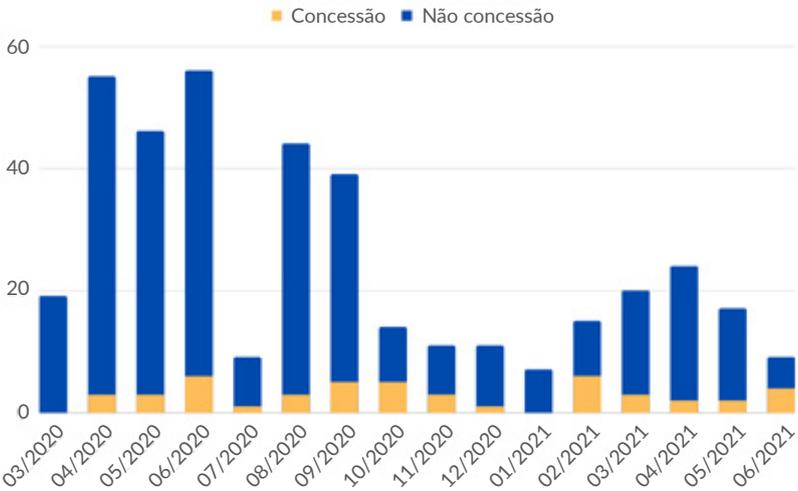
¹⁹ Apesar de o artigo seguir o sistema de citação de fontes no formato autor-data, as decisões judiciais serão citadas em notas de rodapé, com indicações que permitam a fácil identificação dos documentos consultados. Dado o número muito grande de decisões citadas, a referência a elas no estilo autor-data tornaria a identificação dos casos mais trabalhosa e a leitura menos fluida.

²⁰ Observou-se tanto a presença de pedidos isolados, quando apenas um pedido foi formulado, como pedidos cumulados, quando havia mais de um pedido. Por essa razão, a soma dos pedidos ultrapassa o número de 396 decisões analisadas

O gráfico 1 apresenta a distribuição das 396 decisões ao longo dos meses que compõem a amostra, bem como a proporção de concessão da liberdade²¹ em cada um desses meses. No total, foram 47 casos de concessão do pedido da defesa (11,9%) e 349 não concessões (88,8%). Neste trabalho, entende-se como “concessão” a decisão que atende a algum pedido da pessoa presa, ainda que não promova efetiva saída da prisão. Desses 47 casos, 24 referem-se a decisões que promoveram saída da prisão, ainda que para o regime de prisão domiciliar.

Na amostra analisada, os meses com maior incidência de decisões proferidas foram abril, maio, junho, agosto e setembro de 2020. Em relação à taxa de sucesso dessas decisões, destacam-se os meses de outubro e novembro de 2020, bem como fevereiro e junho de 2021, que tiveram percentuais de concessão acima de 30%.

GRÁFICO 1. Distribuição do resultado dos julgamentos ao longo dos meses

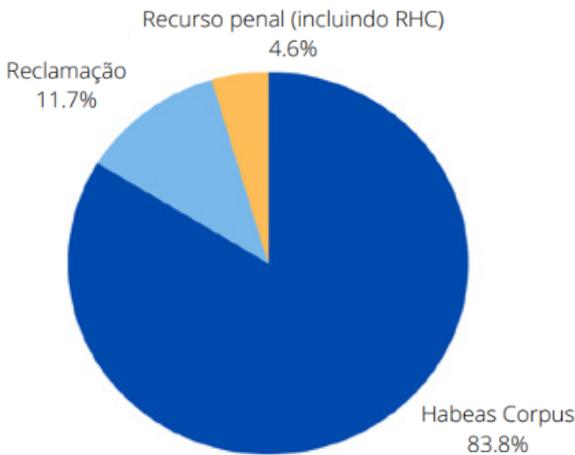


Fonte: Elaboração própria.

²¹ Por concessão da liberdade entendemos as decisões que visavam ao desencarceramento, isto é, à retirada, ainda que provisória, do sistema carcerário.

A maioria das decisões analisadas refere-se a habeas corpus (330 casos, 83,3%), com uma predominância de habeas corpus individual (327 casos) em comparação a habeas corpus coletivo (três casos). Em seguida, 46 casos (11,61%) envolviam reclamação e 18 casos (4,54%), algum recurso penal, incluindo o recurso em habeas corpus. Com exceção de dois casos que se referem a outros tipos de procedimento²², o gráfico a seguir reúne os três principais tipos de ações/recursos da amostra:

GRÁFICO 2. Tipos de procedimento



Fonte: Elaboração própria.

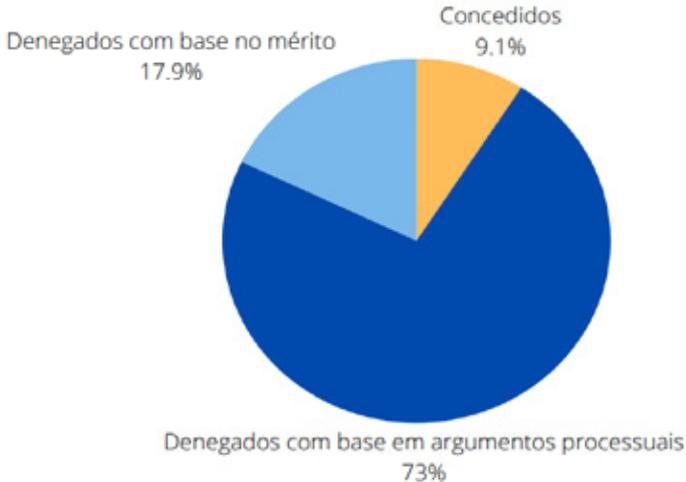
Considerando que as reclamações buscavam, em geral, a aplicação da Súmula Vinculante 56²³ (não relacionada à pandemia) e muitos dos recursos referem-se a recursos em habeas corpus e agravos contra decisões monocráticas em habeas corpus, é possível dizer que o habeas corpus foi o principal instrumento disponível para se chegar ao STF.

²² Trata-se do agravo regimental no recurso ordinário em habeas corpus e embargos de declaração na extensão nos embargos de declaração na reclamação.

²³ “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS” STF, Súmula Vinculante 56, DJE de 8-8-2016.

A maioria dos habeas corpus resultou em não concessões e, para tanto, argumentos processuais foram largamente empregados, em detrimento de argumentos atinentes ao mérito dos pedidos formulados perante o STF, como indicado no gráfico 3²⁴.

GRÁFICO 3. Resultado dos habeas corpus



Fonte: Elaboração própria.

A tabela 1 apresenta a distribuição, por Ministro(a), da totalidade das decisões monocráticas analisadas neste trabalho, bem como os resultados dos julgamentos adotados por cada um(a). Embora a probabilidade de concessão seja baixa,²⁵ e a de uma decisão que promova a saída da prisão mais baixa ainda, há bastante heterogeneidade na taxa de concessão entre os membros da corte. O Ministro Fachin destaca-se por ter concedido pelo menos um dos pedidos em um terço dos HCs que lhe

²⁴ Este trabalho abordará o protagonismo dos argumentos processuais nas decisões analisadas.

²⁵ As concessões contemplam as decisões em que algum dos pedidos feitos pela defesa foram bem-sucedidos. Dentre elas, há decisões que levaram diretamente a algum tipo de desencarceramento (retirada, ainda que provisória, do sistema carcerário) e decisões que contemplam pedidos diversos, como a realização de audiência de custódia ou reavaliação da prisão pela instância inferior, considerando a pandemia da Covid-19.

chegaram, embora a maioria das concessões não tenha levado diretamente à saída da prisão. O Ministro Gilmar Mendes, por outro lado, foi quem mais concedeu, em números absolutos, pedidos que levaram à saída da prisão, representando quase 46% do total de decisões do STF com esse efeito. Cinco Ministros não concederam nenhum pedido que levasse diretamente ao desencarceramento e três concederam apenas uma vez.

TABELA 1. Atuação individual de Ministros e Ministras do STF no resultado dos julgamentos

Ministro/a	Total de decisões	Concessão de pelo menos um pedido da defesa ²⁶	Decisão que promoveu diretamente a saída da prisão	Não concessão de nenhum dos pedidos da defesa ²⁷	Taxa de decisão que promoveu diretamente a saída da prisão
Alexandre de Moraes	20	2	0	18	0,0%
Cármen Lúcia	65	9	0	56	0,0%
Celso de Mello	16	0	0	16	0,0%
Dias Toffoli	15	0	0	15	0,0%
Edson Fachin	29	10	3	19	10,3%
Gilmar Mendes	63	12	11	51	17,4%
Luiz Fux	43	0	0	43	0,0%
Marco Aurélio	27	3	3	24	11,1%
Nunes Marques	4	1	1	3	25,0%
Ricardo Lewandowski	21	5	4	16	19,0%
Roberto Barroso	48	1	1	47	2,1%
Rosa Weber	45	4	1	41	2,2%
Total	396	47	24	349	6,0%

Fonte: Elaboração própria.

²⁶ Esta coluna abarca concessões aos pedidos presentes nos habeas corpus, reclamações e recursos, inclusive as medidas liminares ou cautelares, bem como aquelas feitas de ofício.

²⁷ Esta coluna abarca denegações, indeferimentos de liminares e não conhecimentos.

A pesquisa também buscou compreender o impacto da Recomendação 62 e da ADPF 347 nessas decisões. Das 396 decisões monocráticas analisadas, 158 têm alguma menção à Recomendação 62, entre as quais há somente 18 concessões (11,39%). Já entre os 236 casos em que a Recomendação 62 *não foi citada*, houve 29 concessões (12,29%). Assim, os dados mostram que a menção à Recomendação 62 não teve grande peso para o resultado dos julgamentos, pois a diferença entre os casos em que a Recomendação 62 é citada e aqueles em que ela não é citada é pequena²⁸.

A ADPF 347 também parece não influenciar muito as decisões concessivas, pois o STF concedeu apenas 15 pedidos das 89 decisões em que a ADPF 347 foi mencionada. Ou seja, em 84,14% dos casos, a menção à ADPF não levou à concessão de pedidos em casos que envolvem prisão.

Outros dados que merecem ser destacados são os argumentos mobilizados pela defesa relacionados ao risco específico (idoso e/ou comorbidade) do paciente e os resultados dos julgamentos. Em 120 casos, a defesa mencionou algum risco específico para a Covid-19 – principalmente, doenças respiratórias, hipertensão e a condição de ser idoso – e, ainda assim, apenas sete desses casos foram concedidos (5,8%).

Considerado o grupo de 113 casos em que a idade e/ou comorbidade foi alegada pela defesa, mas que resultaram em *não concessões*: em 19 decisões foi alegado que o estabelecimento prisional adota medidas adequadas e/ou suficientes para prevenção e/ou controle da doença; em 23 decisões foi argumentado que a pessoa presa não demonstrou situação de risco na unidade prisional; e em 23 decisões foi alegado que a pessoa presa não demonstrou e/ou não fazia parte do grupo de risco. Diante desse cenário marcado por poucas concessões e baixo impacto dos argumentos relacionados aos riscos específicos relacionados à Covid-19, as próximas seções analisam com mais detalhes os principais argumentos mobilizados na fundamentação das decisões monocráticas do STF para conceder ou não medidas de desencarceramento.

²⁸ Considerando-se os 47 casos de concessões que compõem a nossa amostra de monocráticas, nota-se que em 38,29% das decisões há referência à Recomendação 62, enquanto em 61,7% não há menção à Recomendação.

3. NO MEIO DO CAMINHO TINHA UM OBSTÁCULO PROCESSUAL: SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA E A IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE FATOS EM HABEAS CORPUS

3.1. O ARGUMENTO DE “SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA” E A SÚMULA 691

O STF entende por “supressão de instância” a análise de uma matéria não examinada ou decidida pela instância inferior²⁹. O argumento pode aparecer em casos nos quais se busca da Corte a revisão de decisão de instância inferior - via recurso ou ação de impugnação - mas o STF entende que o fato ou o argumento não foi analisado pelo tribunal que proferiu a decisão impugnada. Trata-se de exigência de “uma espécie de prequestionamento das teses defensivas submetidas à apreciação do Supremo Tribunal Federal” (Nunes, 2023, p. 87).

Mas o argumento de “supressão de instância” também é utilizado pelo STF para evitar a análise de habeas corpus impetrado contra decisão monocrática de relator de Tribunal Superior que (i) indefere medida liminar; (ii) indefere liminarmente a impetração ou (iii) nega seguimento ao processo, sem que o caso tenha sido posteriormente submetido a julgamento colegiado - mesmo que a matéria tenha sido analisada pelo Ministro. Esse argumento – de ausência de esgotamento das instâncias inferiores – apareceu com frequência nas decisões do STF analisadas nesse artigo.

Em nossa amostra, 330 dos 396 casos eram habeas corpus. Desses, 75,6% foram negados sob o argumento de que a jurisdição dos tribunais inferiores ainda não havia sido esgotada e que, portanto, a análise pelo STF envolveria “supressão de instância”. Diante da relevância desse argumento nas decisões do STF em casos penais durante a pandemia, vale explicar, de forma breve, como a Corte construiu esse entendimento – que deu origem a uma súmula – e o argumento de que

²⁹ Cf., por exemplo, acórdão do RHC 176.629, julgado em 4/11/2020: “O acórdão impugnado não examinou a matéria suscitada neste recurso. Desse modo, torna-se inviável a esta Suprema Corte conhecer do tema originariamente, sob pena de indevida supressão de instância e violação das regras constitucionais de repartição de competências”.

há casos excepcionais nos quais o STF pode analisar o habeas corpus mesmo havendo “supressão de instância”.

É comum habeas corpus serem impetrados com pedido de liminar, isto é, com um pedido para que o relator ou a relatora, ao receber a petição, tome alguma decisão provisória que resguarde a liberdade do paciente antes de a ação ser julgada. O pedido liminar se justifica em casos urgentes e nos quais a espera pelo julgamento do habeas corpus — que pode levar meses — pode acarretar dano irreparável ou de difícil reparação.

Em muitos casos, para atacar o indeferimento da medida liminar pelo relator do habeas corpus, o impetrante maneja novo habeas corpus para o órgão jurisdicional superior (em geral, o STJ, contra decisões proferidas por Tribunais estaduais ou regionais federais). Indeferida a liminar pelo STJ, muitos impetrantes impetram novo habeas corpus perante o STF. Para restringir essa prática, em 2003, o STF editou a Súmula 691, segundo a qual: “não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar”. Das 300 decisões que denegaram habeas corpus na amostra, 28% mencionaram a Súmula 691 como argumento para deixar de analisar o mérito do pedido.

Esse entendimento fundamenta-se em interpretação restritiva do artigo 102, I, i, da Constituição Federal, que estabelece competir ao STF processar e julgar habeas corpus quando “o coator for Tribunal Superior ou o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal”. Segundo esse entendimento, haveria “supressão de instância” se o STF julgasse habeas corpus contra decisão monocrática de um Tribunal Superior. A título de exemplo, na decisão abaixo, o Ministro Luiz Fux não analisa nenhuma das questões de mérito levadas ao STF pelo impetrante com base unicamente neste entendimento, que resume da seguinte forma:

Com efeito, esta Suprema Corte não pode, em razão da sua competência constitucionalmente delineada e da organicidade do direito, conhecer, nesta via mandamental, questões não examinadas definitivamente no Tribunal a quo, sob pena de estimular a impetração de habeas corpus per saltum, em detrimento da atuação do

Superior Tribunal de Justiça, órgão jurisdicional que igualmente ostenta competências de envergadura constitucional.³⁰

Essa, porém, não é uma regra absoluta. O STF tem admitido a possibilidade de conceder habeas corpus nessas circunstâncias se houver flagrante ilegalidade na privação de liberdade³¹. Um exemplo notório ocorreu no âmbito da Operação Lava Jato quando o Ministro Teori Zavascki superou a Súmula 691 e concedeu liminar para revogar a prisão preventiva de um dos investigados³². Nesse caso, o STF reafirmou explicitamente a possibilidade de concessão de habeas corpus contra decisão liminar quando a decisão de prisão é “teratológica, manifestamente ilegal ou abusiva”³³.

A Súmula 691 tem sido objeto de duas críticas principais. Primeiro, questiona-se sua base no texto constitucional. Foi com esse fundamento que o Ministro Cezar Peluso propôs seu cancelamento em uma decisão em habeas corpus em 2005³⁴. Esse entendimento não foi endossado pela maioria da Corte, que manteve a súmula, mas concedeu ordem de habeas corpus “de ofício” por constatar flagrante ilegalidade no caso concreto³⁵. O resultado desse caso aponta para a segunda crítica: a falta de clareza quanto ao conceito de “flagrante ilegalidade” gera incerteza, casuísmo e inconsistência na aplicação dessa súmula³⁶.

³⁰ Supremo Tribunal Federal, Decisão Monocrática, HC 184.712, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 30/04/2020, p. 6

³¹ Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, HC 93.767, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 31/03/2014. Ver, também, Supremo Tribunal Federal, Decisão Monocrática, HC 221.477, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 20/10/2022; Supremo Tribunal Federal, Plenário, Medida Cautelar no HC 86.864, Rel. Min. Carlos Velloso, DJe 16/12/2005.

³² Supremo Tribunal Federal, Decisão Monocrática, HC 125.555, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 04/04/2015.

³³ Supremo Tribunal Federal, Decisão Monocrática, HC 125.555, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 04/04/2015.

³⁴ Supremo Tribunal Federal, Plenário, HC 85.185, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 01/09/2006. Ver, também, Toron (2017, p. 86).

³⁵ O art. 654, §2º, do Código de Processo Penal autoriza juízes e Tribunais a concederem habeas corpus de ofício sempre que “sofre ou está na iminência de sofrer constrangimento ilegal”.

³⁶ De acordo com Toron (2017, p. 89), “[s]ão tantas as interpretações construídas para sua mitigação que ela [a Súmula 691] mais se presta ao desserviço de

A exceção para os casos de “flagrante ilegalidade” oferecia uma oportunidade para que considerações sobre os riscos à saúde relacionados à Covid-19 e sobre a Recomendação 62 fossem apreciadas via habeas corpus pelo STF. No entanto, isso ocorreu em poucos casos e sem elementos suficientes na fundamentação para se apontar coerência na aplicação da exceção. Em 33,48% dos 227 habeas corpus negados sob o argumento da supressão de instância, havia a alegação específica de que a pessoa presa era idosa ou tinha alguma comorbidade, mas essa alegação não foi analisada porque, de acordo com o STF, era necessário aguardar o julgamento da instância inferior.

Um caso ilustra como o risco da pandemia pode desaparecer em meio a argumentos processuais. Sob o argumento de supressão de instância, o Ministro Luiz Fux negou seguimento a um habeas corpus impetrado em favor de uma mulher que cumpria pena por tráfico de drogas — crime cometido sem violência — e que alegava pertencer ao grupo de risco para Covid-19 pelo fato de portar HIV³⁷. A leitura da decisão do STJ nesse caso mostra que a liminar fora negada porque o habeas corpus lá impetrado impugnava “decisão singular” de desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. O desembargador, por sua vez, havia denegado liminarmente o habeas corpus sob o fundamento de que o instrumento utilizado era inidôneo e que a decisão do juiz de execução deveria ter sido impugnada via agravo em execução. O caso, portanto, passou por três instâncias sem que a alegação da paciente sobre os critérios na Recomendação 62 fosse avaliada.

Em regra, as decisões do STF concentraram-se na fundamentação da aplicação da Súmula 691 e na reprodução do fundamento da decisão da autoridade coatora no habeas corpus. Do conjunto das decisões, não foi possível extrair de suas fundamentações um entendimento claro do STF quanto ao que seria “ilegalidade flagrante” ou ao modo em que esse conceito deveria ser aplicado em casos concretos no contexto da pandemia.

gerar insegurança do que ao papel de estabilizar jurisprudência”.

³⁷ Supremo Tribunal Federal, Decisão Monocrática, HC 188.867, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 07/08/2020, p. 6.

3.2. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME PROBATÓRIO EM HABEAS CORPUS

Dos 300 habeas corpus não concedidos, 21% foram negados expressamente sob o argumento de que se tratava de instrumento incompatível com “reexame de provas”, “incursão na moldura fática” ou “valoração e exame minucioso do acervo fático probatório”. O argumento apareceu, na maior parte das vezes, em pedidos de prisão domiciliar em razão da pandemia da Covid-19.

Uma das chaves relevantes para analisar as decisões do STF sobre a pandemia em matéria penal – em geral, habeas corpus que pedem o cumprimento da prisão (preventiva ou execução da pena) em regime domiciliar – passa pela compreensão do que se entende por “vedação ao reexame de prova em habeas corpus” e como esse argumento serve como obstáculo para a concessão de liberdade.

O habeas corpus visa a reverter ou prevenir a ilegal “lesão ou ameaça à liberdade de locomoção” (Badaró, 2022, p. 1115)³⁸. Trata-se de ação autônoma de impugnação que opera como “meio de ataque colateral porque propicia a apreciação e eventual alteração de decisão por autoridade judicial que não é aquela responsável pela análise da questão em um primeiro momento” (Vasconcellos, 2023, p. 159).

Como forma de ataque colateral, “não há fase instrutória, mas há instrução” e, por essa razão, “o pedido de habeas corpus deverá ser instruído com documentos” (Badaró, 2022, p. 1132). Em outras palavras, “a análise do habeas corpus depende de evidente demonstração da coação ou da ameaça, não sendo permitida uma análise exauriente do conteúdo” (Moraes; Vasconcellos, 2022, p. 376).

Ainda assim, é possível – na verdade, necessário – o exame “da prova pré-constituída que acompanha a petição inicial, da resposta ao pedido de informação e de qualquer outra prova documental juntada aos autos” (Badaró, 2022, p. 1132). Aury Lopes Jr. (2022, p. 1231) também entende ser possível a “análise” de prova pré-constituída, mas não pode ser feita “ampla discussão probatória”:

³⁸ Segundo o artigo 5º, LXVIII, da Constituição Federal: “conceder-se-á “habeas-corpus” sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.

[...] não se pode confundir dilação probatória com análise da prova (pré-constituída). A sumarização da cognição impede que se pretenda produzir prova em sede de habeas corpus ou mesmo obter uma decisão que exija a mesma profundidade da cognição do processo de conhecimento (ou seja, aquela necessária para se alcançar a sentença de mérito).

A análise qualitativa dos habeas corpus negados com base no argumento de que dependeriam de “reexame de prova”, contudo, revelou um déficit de fundamentação dessas decisões. A leitura das decisões não permite observar o que o tribunal entende que poderia ser feito em habeas corpus. Uma coisa é rever a “conclusão das instâncias inferiores” sobre a comprovação do fator de risco (*i.e.*, aferir se há ou não determinada doença); outra coisa, muito diferente, é rever a conclusão das instâncias inferiores sobre a aplicação da regra ao caso, isto é, se determinada doença significa “extremamente debilitado por doença grave” (art. 318, do CPP) ou “acometido de doença grave” (art. 117, da LEP), considerando que a Recomendação 62 recomendou aos magistrados a “reavaliação das prisões provisórias” e a “concessão de saída antecipada do regime fechado” de presos idosos ou em grupo de risco.

Muito frequentemente, os habeas corpus insurgem-se contra decisões que negavam a prisão domiciliar por exigirem que as pessoas presas provassem a impossibilidade de tratamento das enfermidades no estabelecimento prisional. Portanto, à pessoa presa cabia o ônus de produzir prova negativa – também chamada de “prova diabólica” por sua dificuldade de produção – que requeria informações de difícil acesso sobre o serviço de saúde no estabelecimento prisional. Na prática, quando o STF se recusa a examinar questões de prova, endossa esse entendimento sobre ônus de prova, limitando significativamente a aplicabilidade da Recomendação 62.

Um caso ilustra bem essa questão: um homem de 66 anos, com câncer de próstata, “hipertenso, obeso e com diagnóstico de enfisema pulmonar bilateral + pequenos nódulos pulmonares”³⁹, pediu o cumprimento da prisão preventiva em seu domicílio com fundamento na Recomenda-

³⁹ Supremo Tribunal Federal, Decisão Monocrática, HC 200.754, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 23/04/2021, p. 6.

ção 62. Ele era processado pelo crime de homicídio qualificado e estava foragido quando o habeas corpus foi impetrado. De acordo com a decisão de primeira instância que havia denegado o pedido de prisão domiciliar:

não há indicação expressa e irrefutável de que esteja extremamente debilitado, tampouco há prova de que ainda esteja com enfisema pulmonar nos dias atuais ou mesmo que ainda tenha células cancerígenas em seu corpo, não tendo se submetido a cirurgia para retirada do tumor e/ou a tratamento rádio ou quimioterápico e, ainda, de que o tratamento necessário ao controle dessas doenças não possa ser realizado junto ao estabelecimento prisional [...]”⁴⁰.

O Ministro Relator Alexandre de Moraes negou seguimento ao pedido sob o argumento de que “a análise das questões fáticas suscitadas pela defesa, de forma a infirmar o entendimento das instâncias ordinárias, demandaria o reexame do conjunto probatório, providência incompatível com esta via processual”⁴¹.

O argumento da impossibilidade de “reexame de provas” em habeas corpus também foi aplicado de forma inconsistente. Na amostra, houve casos nos quais a ordem de habeas corpus foi concedida pelo STF apesar da avaliação dos tribunais inferiores de que inexistia prova de que a pessoa presa não poderia ser tratada dentro da unidade prisional. Em um deles, um homem de 70 anos, com diabetes, estava cumprindo pena pelo crime de estelionato e teve negado seu pedido de cumprimento da prisão em regime domiciliar em razão da pandemia. A liminar foi indeferida pelo STJ sob o argumento de que “as instâncias de origem consignaram a falta de comprovação da necessidade de tratamento médico e que não há casos confirmados no estabelecimento prisional da comarca de origem”⁴². O Ministro Gilmar Mendes, porém, concedeu a ordem de habeas corpus para converter a prisão em regime fechado para prisão domiciliar, pois “caracterizada situação ensejadora do afastamento da

⁴⁰ Supremo Tribunal Federal, Decisão Monocrática, HC 200.754, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 23/04/2021, p.3.

⁴¹ Supremo Tribunal Federal, Decisão Monocrática, HC 200.754, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 23/04/2021, p.10.

⁴² Superior Tribunal de Justiça, Decisão Monocrática, HC 619.088, Rel. Min. Saldanha Palheiro, DJe 21/10/2020, p. 2.

incidência da Súmula 691/STF”, considerando que o paciente, então com 70 anos e diabético, cumpria pena por crime sem violência ou grave ameaça (estelionato)⁴³.

Nos casos em que o STF reverteu as decisões das instâncias inferiores que haviam constatado falta de prova de necessidade de tratamento médico, não há grandes explicações quanto ao que levou o tribunal a superar o obstáculo do “reexame de prova”, que impediu a análise detida de muitos casos durante a pandemia. Portanto, o uso desse argumento, assim como o da “supressão de instância”, parece seletivo. Não há critérios claros sobre sua superação para autorizar a avaliação do mérito e a concessão do pedido. Isso gera inconsistência, desigualdade e insegurança em decisões versando sobre liberdade individual.

A inconsistência na aplicação do argumento e a confusão conceitual sobre o que quer dizer “reexame de prova” já é bem documentada na doutrina. De acordo com Vasconcellos (2023, p. 164),

o posicionamento que simplesmente veda o reexame probatório em âmbito de habeas corpus é insuficiente e inoperante, pois (1) a ação de HC é instruída por provas documentais, além das informações prestadas pelo juízo de origem e há análise de tais elementos; e (2) a distinção entre “reexame de prova” e “nova valoração jurídica da prova” mostra-se confusa em diversos casos concretos.

Mas a pesquisa mostra que nem mesmo o contexto crítico e urgente da pandemia de Covid-19 nos anos de 2020 e 2021 – que levou o CNJ a recomendar aos juízos a reavaliação das prisões provisórias e concessão de saída antecipada dos regimes fechado e semiaberto em razão de “dificuldades para garantia da observância dos procedimentos mínimos de higiene e isolamento rápido dos indivíduos sintomáticos, insuficiência de equipes de saúde, entre outros” em presídios brasileiros – foi capaz de promover uma mudança nesse estado de coisas. O STF continuou a usar, de forma inconsistente, o argumento de “reexame de provas” para evitar a análise dos riscos de saúde dos indivíduos que acionaram a Corte durante a pandemia.

⁴³ Supremo Tribunal Federal, Decisão Monocrática, HC 193.361, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 05/11/2020.

4. REINCIDÊNCIA, RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA E PERICULOSIDADE DO AGENTE

A periculosidade do agente, a reincidência e o risco de reiteração delitiva são elementos frequentemente utilizados em fundamentações sobre a imposição de prisão, especialmente no tocante à prisão provisória. Trata-se de argumentos em geral relacionados à noção de “ordem pública”, prevista no art. 312 do CPP.

O fundamento da “ordem pública” tem sido questionado pela literatura em razão de sua vagueza e imprecisão⁴⁴. O próprio CNJ já afirmou: “ao ser discutida a ordem pública, a análise da possibilidade de reiteração delitiva e das condições pessoais da pessoa presa conduzem a uma argumentação pautada em discursos que se voltam à construção do perfil de pessoas que seriam mais ou menos ‘perigosas’ e ‘propensas a voltar-se a atividades criminais’” (CNJ, 2020, p. 141). Tal argumentação, segundo o CNJ (2020, p. 143), não deve ser adotada pelo Judiciário, pois promove a construção de “uma lógica decisória baseada em um direito penal do autor, e não do fato”, constituindo, assim, uma “prática que viola a presunção de inocência e vai contra as possibilidades constitucionais para prisão provisória”.

Na presente pesquisa, reincidência, risco de reiteração delitiva ou periculosidade do agente foram utilizados pelo STF em 26,3% das denegações de pedidos no contexto da pandemia⁴⁵. A ideia de periculosidade surge nas decisões em uma formulação recorrente e genérica: “a periculosidade do agente é motivo idôneo para a custódia cautelar e é evidenciada pelo *modus operandi*/gravidade concreta do delito e pelo risco

⁴⁴ Nesse sentido, confira-se: Mirza (2016); Badaró (2022, p. 1212); Prado e Santos (2018, p. 226); Saad (2013).

⁴⁵ Na maior parte das vezes, os argumentos sobre periculosidade e reincidência vinham acompanhados de argumentos processuais. Por exemplo, em 65% das vezes que a periculosidade foi citada como argumento para denegação, tratou-se de argumento complementar à supressão de instância. Da mesma forma, em 71% das vezes em que a decisão citou risco de reiteração ou reincidência da pessoa presa para não soltar, esse argumento veio acompanhado de argumento referente à supressão de instância.

de reiteração delitiva”⁴⁶. Tal formulação, inclusive, apareceu em um dos casos da amostra, no corpo de um precedente de 2012 citado na decisão:

Se as circunstâncias concretas da prática do ilícito indicam, pelo *modus operandi*, a periculosidade do agente ou o risco de reiteração delitiva, está justificada a decretação ou a manutenção da prisão cautelar para resguardar a ordem pública, desde que igualmente presentes boas provas da materialidade e da autoria, à luz do art. 312 do CPP (v.g. HC 105.585/SP, HC 112.763/MG e HC 112.364 AgR/DF, precedentes da minha lavra). Dentre eles, destaco o seguinte: “Este Supremo Tribunal assentou que a periculosidade do agente evidenciada pelo *modus operandi* e o risco concreto de reiteração criminosa são motivos idôneos para a manutenção da custódia cautelar. (HC 110.313/MS, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJe 13.02.2012)”⁴⁷.

Na amostra analisada, exemplos de circunstâncias ligadas ao *modus operandi* e à gravidade concreta do delito que configuram a periculosidade do agente são: grande quantidade de drogas apreendidas⁴⁸, liderança em associação criminosa e mentoria do crime praticado⁴⁹, gravidade incrementada do delito de homicídio em razão de premeditação, violência extrema e divisão de tarefas entre os agentes⁵⁰.

O parâmetro “reiteração delitiva”, por sua vez, pretende avaliar o risco de que a pessoa, caso não seja presa, venha a cometer novos delitos. Em alguns casos, a presença de reincidência ou maus antecedentes foi

⁴⁶ A título de exemplo, tal construção textual aparece nas seguintes decisões da amostra: Supremo Tribunal Federal, Decisão Monocrática, HC 184.532/SP, Ministra Carmen Lúcia, 27 abr. 2020; Supremo Tribunal Federal, Decisão Monocrática, HC 186.848/MG, Ministra Carmen Lúcia, 16 jun. 2020; e Supremo Tribunal Federal, Decisão Monocrática, HC 199.960/MG, Ministro Gilmar Mendes, 13 abr. 2021.

⁴⁷ Supremo Tribunal Federal, Decisão Monocrática, HC 186.045/MG, Ministra Rosa Weber, 27 mai. 2020.

⁴⁸ Supremo Tribunal Federal, Decisão Monocrática, HC 189.680/SC, Ministra Carmen Lúcia, 20 ago. 2002.

⁴⁹ Supremo Tribunal Federal, Decisão Monocrática, HC 199.960/MG, Ministro Gilmar Mendes, 13 abr. 2021.

⁵⁰ Supremo Tribunal Federal, Decisão Monocrática, HC 181.708/SP, Ministra Carmen Lúcia, 12 mai. 2020.

suficiente para embasar esse prognóstico⁵¹ Os exemplos citados a seguir demonstram a forma pela qual os registros criminais prévios foram mobilizados pelo STF para justificar a necessidade de custódia cautelar:

É de concluir-se, portanto, que a decisão do Juízo de primeira instância, mantida pelo STJ, alinha-se perfeitamente à jurisprudência deste Supremo Tribunal, firmada no sentido de que a prisão preventiva pode ter fundamento na reiteração criminosa como violadora da ordem pública, quando demonstrada a presença de registro de prática de crimes na folha de antecedentes criminais do réu, ainda mais, como no caso, em que ele é reincidente específico.⁵²

Na hipótese dos autos, não verifico a ocorrência de manifesta e incontestável ilegalidade a reclamar a superação da referida súmula. Isso porque a prisão justifica-se, sobretudo, diante da possibilidade da reiteração delitiva, haja vista a notícia nos autos de que o acusado responde a ações penais pela prática de diversos delitos.⁵³

Em outros casos analisados, a Corte baseou a análise do risco da reiteração delitiva em ação concreta do próprio paciente que “já beneficiado por medida cautelar diversa da prisão voltou a delinquir”⁵⁴. Em outros, o STF fez essa avaliação a partir das circunstâncias fáticas da acusação, como, por exemplo: “trata-se de organização criminosa estruturada que, em tese, chega a auferir R\$ 160.000,00 por mês, com atividade regular e reiterada, dirigida à aplicação de golpes”⁵⁵.

Embora os antecedentes negativos sejam aceitos como indicativos do risco de reiteração delitiva, o contrário não é verdadeiro: ou seja, a primariedade da pessoa e/ou a ausência de maus antecedentes não obstaram a manutenção da prisão em diversos dos casos que compuseram a amostra:

⁵¹ Supremo Tribunal Federal, Decisão Monocrática, HC 184.137/CE, Ministro Edson Fachin, 06 mai. 2020.

⁵² Supremo Tribunal Federal, Decisão Monocrática, HC199.944/SP, Ministro Ricardo Lewandowski, 05 abr. 2021.

⁵³ Supremo Tribunal Federal, Decisão Monocrática, HC201.517/SP, Ministro Gilmar Mendes, 13 mai. 2021.

⁵⁴ Supremo Tribunal Federal, Decisão Monocrática, HC201.988/RS, Ministro Dias Toffoli, 31 mai. 2021.

⁵⁵ Supremo Tribunal Federal, Decisão Monocrática, HC191.304/MT, Ministro Gilmar Mendes, 16 set. 2020.

A jurisprudência deste Supremo Tribunal consolidou-se no sentido de que a “existência de condições subjetivas favoráveis ao agravante, tais como primariedade e residência fixa, não obsta a segregação cautelar, desde que presentes, nos autos, elementos concretos a recomendar sua manutenção, como se verifica na espécie” (HC n. 154.394, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe 24.8.2018).⁵⁶

Em conclusão, o uso dos argumentos relacionados à periculosidade, à reiteração delitiva e à reincidência na amostra analisada reforça o diagnóstico já feito em outras seções deste trabalho quanto ao padrão decisório da Suprema Corte: privilegia-se a manutenção da prisão, mesmo durante a pandemia.

5. RECOMENDAÇÃO 62 E AS DECISÕES QUE PROMOVERAM SAÍDA DA PRISÃO

A amostra contém 24 casos em que a medida de desencarceramento foi concedida, determinando a revogação da prisão preventiva ou a substituição da prisão (cautelar ou definitiva) por prisão domiciliar⁵⁷. Nessas 24 decisões, em 10 houve menção à Recomendação 62 ou ao contexto pandêmico em seus fundamentos. Isso significa que a maioria das concessões não foi fundamentada textualmente na pandemia, ou seja, a pandemia teve impacto ainda menor nos modos de decidir do STF do que a taxa de concessão – já pequena – poderia indicar⁵⁸.

⁵⁶ Supremo Tribunal Federal, Decisão Monocrática, HC 198.232/MT, Ministra Carmen Lúcia, 1º mar. 2021.

⁵⁷ A maioria dessas 24 decisões de concessão foi proferida pelo Ministro Gilmar Mendes (10) e as demais pelo Ministro Ricardo Lewandowski (4), Ministro Edson Fachin (3), Ministro Marco Aurélio (3), Ministro Luís Roberto Barroso (1), Ministro Dias Toffoli (1), Ministra Rosa Weber (1) e Ministro Nunes Marques (1). As demais decisões não envolveram ordens diretas de desencarceramento e determinaram a realização da audiência de custódia, progressão para o regime semiaberto (em cumprimento à Súmula Vinculante 56) ou a inclusão de julgamento em pauta para evitar excesso de prazo na prisão preventiva.

⁵⁸ Como, neste trabalho, foram analisados os textos das decisões monocráticas e os argumentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal, a ausência da

Contudo, há três casos em que a argumentação se baseou exclusiva e extensivamente na Recomendação 62 e no contexto da pandemia. Essas decisões, todas proferidas pelo Ministro Gilmar Mendes, contêm diversos parágrafos (idênticos) sobre a Recomendação 62 para a redução de danos diante da gravidade da pandemia e o risco que representa para a população carcerária dado o estado de coisas inconstitucional.

Nesse sentido, a Recomendação 62 do Conselho Nacional de Justiça busca estabelecer medidas para impedir a propagação do Covid-19 dentro dos estabelecimentos penais e de internação de menores, de modo a evitar a ocorrência de danos irreparáveis à saúde e à vida de milhares de pessoas que se encontram sob a guarda específica do Estado, o que certamente ocorrerá, caso haja a propagação em massa desse novo vírus nas condições atualmente existentes. Com efeito, ao recomendar a excepcionalidade e a reavaliação das medidas de internação de jovens infratores e de prisões definitivas e provisórias por conta da propagação do Covid-19, inclusive em casos como os das mães, gestantes, lactantes, deficientes, idosos e outros grupos vulneráveis, o CNJ reforçou as normas que já constam da legislação federal e da Constituição Federal, relativas aos direitos e garantias fundamentais à liberdade, ao devido processo legal, à proteção à maternidade, à presunção de inocência e à saúde [...] Em tal sentido, a Recomendação 62, de 17 de março de 2020 do Conselho Nacional de Justiça deve ser adotada como parâmetro.⁵⁹

Dois desses casos envolvem cumprimento de penas elevadas (mais de 40 e mais de 17 anos de reclusão em regime fechado). A concessão da prisão domiciliar levou em consideração o fato de que ambos os pacientes integrariam grupo de risco da Covid-19. Um deles tinha 70 anos, era diabético, e o crime não teria envolvido violência ou grave ameaça à

referência à pandemia ou à Recomendação foi considerada, para fins desta pesquisa, como ausência de peso argumentativo desse fator nas decisões.

⁵⁹ Cf. Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus 193.361/MG, Ministro Gilmar Mendes, 29 out. 2020; Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus 183.693/MG, Ministro Gilmar Mendes, 06 mai. 2020; Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus 186.020 MC/SP, Ministro Gilmar Mendes, 19 jun. 2020.

pessoa⁶⁰; o outro era cardiopata, hipertenso e diabético⁶¹. O terceiro caso refere-se a dois pacientes envolvidos em crime cometido sem violência ou grave ameaça, cujas penas não ultrapassavam sete anos em regime inicial de cumprimento no semiaberto⁶².

Há, ainda, um caso em que o argumento da pandemia foi mencionado, mas não foi determinante para a concessão do pedido de revogação de prisão preventiva. Nesse caso, o Ministro Marco Aurélio sustentou que “a crise sanitária decorrente da pandemia Covid-19 é insuficiente a levar ao acolhimento da providência pretendida”. Contudo, a prisão foi revogada pelo Ministro por basear-se na gravidade abstrata do delito⁶³.

Em conclusão, a pandemia serve como fundamento da decisão em poucos casos, sendo menor ainda o número de casos nos quais é determinante para concessão de medida de desencarceramento. No entanto, assim como na aplicação de argumentos processuais, há poucos elementos que explicam os motivos pelos quais a pandemia tem algum peso, enquanto há casos nos quais a crise sanitária e os riscos para os pacientes sequer chegam a ser discutidos. Essa falta de critérios claros na argumentação judicial reforça o problema de insegurança, casuísmo e inconsistência nas decisões do STF em matéria de encarceramento durante a pandemia de Covid-19.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa mostrou que, mesmo durante a crise gerada pela pandemia, o STF pouco promoveu medidas desencarceradoras de pessoas inseridas em um sistema prisional caracterizado, pela própria Corte, como um “estado de coisas inconstitucional”. Das 396 decisões penais do

⁶⁰ Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus 193.361/MG, Ministro Gilmar Mendes, 29 out. 2020.

⁶¹ Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus 183.693/MG, Ministro Gilmar Mendes, 06 mai. 2020.

⁶² Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus 186.020 MC/SP, Ministro Gilmar Mendes, 19 jun. 2020.

⁶³ Supremo Tribunal Federal, HC 197.648 MC/PR, Ministro Marco Aurélio, 25 fev. 2021.

STF durante a pandemia de Covid-19 analisadas na pesquisa, apenas 6% representaram concessão de pedido de revogação da prisão, recolhimento em prisão domiciliar ou progressão de regime.

A maioria dos casos que chegaram ao STF sequer teve o mérito analisado, pois a Corte, aplicando argumentos processuais, *decidiu não decidir* durante a crise sanitária. Entre esses argumentos, destacam-se aqueles relativos à supressão de instância e à impossibilidade de reexame de matéria fático-probatória em sede de habeas corpus – o principal instrumento processual disponível para se chegar ao STF em matéria penal. Das 300 decisões denegatórias de habeas corpus, 75,6% utilizaram o argumento de que a jurisdição dos tribunais inferiores ainda não havia sido esgotada (“supressão de instância”) e 21% apontaram a incompatibilidade do habeas corpus com o “reexame de provas”.

A análise qualitativa das decisões mostrou que os argumentos sobre supressão de instância e vedação de análise de prova podem servir para barrar qualquer habeas corpus com pouco ônus argumentativo. O uso de argumentos processuais para não se analisar o mérito de um habeas corpus precede a pandemia (Zambom, 2022, p.172-173), mas não se pode deixar de notar a manutenção da prática mesmo durante a pandemia - e por um tribunal que reconheceu o “estado de coisas inconstitucional” no sistema carcerário e abertamente criticou a inação do Executivo federal na tomada de medidas para proteger a população contra a Covid-19 (Wang *et al.*, 2023).

Casos possivelmente urgentes — e que dificilmente chegariam ao STF em tempo hábil caso se aguardassem todos os julgamentos de mérito das instâncias inferiores — foram rejeitados sem uma resposta efetiva. No contexto de uma pandemia causada por um vírus que se espalhava de forma veloz, o tempo era questão central. Manter os entendimentos sobre supressão de instância e vedação de reexame de provas consistiu em uma opção: a Corte *escolheu* não agir e, quando o fez, interferiu não de forma sistemática, mas seletiva e inconsistente, nas práticas judiciais que contribuem para o superencarceramento. Nos casos em que o STF analisou o caso concreto – ainda que de forma superficial para aferir eventual “flagrante ilegalidade” que autorizasse a superação do obstáculo processual criado pela própria Corte –, pouco se falou de risco de vida ou condições de saúde nas instituições prisionais.

O presente estudo evidencia que o STF optou por não interferir direta e decisivamente na forma como instâncias inferiores decidiam questões relacionadas a encarceramento durante a pandemia. Primeiro, porque não concedeu pedidos em controle concentrado de constitucionalidade para obrigar que o Judiciário considerasse a aplicação de medidas alternativas à prisão diante do quadro de pandemia e dos riscos aumentados para certos grupos. Se resolveu não atuar no *atacado*, no *varejo* decidiu não decidir a maioria dos pedidos individuais de medidas de desencarceramento durante a pandemia.

O protagonismo de argumentos processuais para barrar análises de mérito de pedidos de desencarceramento foi viabilizado, no plano discursivo, pela utilização de expressões que surgem nas decisões monocráticas como se fossem autoevidentes (“manifesta ilegalidade”, “teratologia”). Trata-se, contudo, de expressões que carecem de carga semântica capaz de orientar a justificação judicial da decisão sobre a prisão: não há um entendimento claro sobre o que configura a abusividade ou a manifesta ilegalidade de uma decisão de instância inferior.

Além de confirmar o diagnóstico de que a crise causada pela Covid-19 não implicou mudanças relevantes no modo como o Judiciário lida com o encarceramento, a pesquisa mostra que nem mesmo instrumentos potencialmente transformadores das práticas institucionais relativas à prisão, como a cautelar concedida na ADPF 347 e a Recomendação 62, trouxeram mudanças significativas⁶⁴.

Esse achado abre portas para a reflexão sobre o real significado da declaração do “estado de coisas inconstitucional” no sistema carcerário brasileiro. Se, em 2015, o STF adotou a expressão que criou uma série de expectativas na comunidade jurídica, em 2020 e 2021, a Corte evitou atribuir efeitos concretos para o termo, mesmo em meio à pandemia — como se a expressão não fosse dotada de carga normativa suficiente para constituir um conceito hábil para se conceder medidas alternativas ao cárcere. O “estado de coisas inconstitucional” não foi

⁶⁴ Vide Vasconcelos, Machado e Wang (2020); Machado e Vasconcelos (2021); Vasconcelos, Machado e Yu Jiunn Wang (2020); Hartmann *et al* (2020); Quintão e Ribeiro (2022); Neri e Carvalho (2020).

usado de modo destacado nos juízos sobre soltar ou não soltar uma pessoa durante a pandemia⁶⁵.

Algo similar pode ser dito com relação à Recomendação 62 do CNJ que, embora não fosse uma norma cogente, buscou orientar a aplicação de regras processuais penais e constitucionais no contexto da pandemia⁶⁶. Como visto, a Recomendação raramente importou no julgamento de demandas concretas, apesar de o Pleno do STF ter destacado a importância das medidas propostas pelo CNJ nas decisões tomadas no âmbito da ADPF 347 em março de 2020 e do HC Coletivo 188.820.

Esta pesquisa mostra o descompasso entre o reconhecimento do STF da crise carcerária — como na ADPF 347 e na Recomendação 62 — e sua atuação cotidiana e individual. Mesmo durante uma crise sanitária que gravemente atingiu o Brasil, prevaleceram decisões amparadas em argumentos processuais e recheadas de expressões marcadas por um vácuo semântico. Este artigo contribuiu para a formação de um retrato da atuação do Judiciário, cujo órgão de cúpula consiste em uma poderosa Corte Suprema que, embora dotada de ampla competência e independência, não ousou promover mudanças estruturais na situação da população carcerária durante a pandemia.

REFERÊNCIAS

- BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.
- BUDÓ, Marília de Nardin; MOSER, Manuela. A pandemia da Covid-19 e as decisões do STJ sobre maternidade e prisão preventiva. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 1, p. 270-300, mar. 2023. <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2021/56871>
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. *Manual sobre tomada de decisão na audiência de custódia: parâmetros gerais*. LANFREDI, Luís Geraldo Sant'Anna et al. (coords.). Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020.

⁶⁵ Salienta-se que, em 2023, a Corte julgou o mérito da ADPF 347 e reafirmou o estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro. Futuras pesquisas poderão mostrar se esse caso servirá como precedente para que o STF promova a saída de pessoas das prisões.

⁶⁶ Nesse sentido, por exemplo, há regras legais sobre medidas cautelares que oferecem alternativas à prisão provisória (artigo 318, *caput* e incisos; artigo 319, *caput* e incisos, ambos do CPP).

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2022. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiNWQ0ODM1O-TQtMmQ2Ny00M2IyLTk4YmUtMTdhYzI4N2ExMWM3IiwidCI6ImVimDkwN-DiWLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 08 mar. 2022.

HARTMANN, Ivar Alberto; MAIA, Natália; SILVA, Lorena Abbas da; MARPIN, Ábia; ALMEIDA, Guilherme. *Como STF e STJ decidem Habeas Corpus durante a Pandemia do COVID-19? Uma Análise Censitária e Amostral*. 2 jul. 2020. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3659624 ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3659624>. Acesso em: 08 mar. 2023.

HIGHEST TO LOWEST: Prison Population Total. *World Prison Brief*, [S.l.], s.d.. Disponível em: https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=All. Acesso em: 08 mar. 2023.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

MACHADO, Maíra Rocha. Quando o estado de coisas é inconstitucional: sobre o lugar do Poder Judiciário no problema carcerário. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 7, n. 2, p. 631-664, maio/ago. 2020. <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v7i2.60692>

MACHADO, Maíra Rocha; VASCONCELOS, Natália Pires. Uma conjuntura crítica perdida: a COVID-19 nas prisões brasileiras. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 3, p. 2015-2043, 2021.

MAGALHÃES, Breno Baía. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 15, n. 2, e1916, 2019. <https://doi.org/10.1590/2317-6172201916>

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Coronavírus Brasil: Painel Geral*. [S.l.], 2023. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 08 mar. 2023.

MIRZA, Flávio. Novos paradigmas da prisão preventiva: um claro retrocesso. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 122, p. 115-134, set./out. 2016.

MORAES, Helena Brandão Nogueira de Oliveira; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Aspectos jurídicos da pandemia do Covid-19 e a atuação do Supremo Tribunal Federal em habeas corpus. *Revista Direito Público*, Brasília, v. 19, n. 102, p. 367-392, abr./jun. 2022. <https://doi.org/10.11117/rdp.v19i102.5006>

NERI, Bianca; CARVALHO, Jaqueline. Pandemia e prisão domiciliar: perpetuando o Estado de Coisas Inconstitucional. *Atuação: Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense*, Florianópolis, v. 15, n. 33, p. 212-227, dez. 2020. <https://doi.org/10.33946/2595-3966-v15n33-144>

NUNES, Mariana Madera. O cabimento de habeas corpus e a jurisprudência defensiva do Supremo. In: PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda; NUNES, Mariana Madera; SOUZA, Rafael Ferreira de; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de (orgs.). *Habeas corpus no Supremo Tribunal Federal*. 3 ed. São Paulo: RT, 2023.

PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. *Prisão Preventiva: a contramão da modernidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

QUINTÃO, Beatriz Aranha; RIBEIRO, Ludmila. Judiciário em tempos de pandemia: um estudo das decisões em habeas corpus do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 7, n. 1, p. 95-130, jan. 2022. <https://doi.org/10.46274/1809-192XRICP2022v7n1p95-130>

RYU, Daiana Santos. Encarceramento provisório na pandemia do coronavírus (SarsCoV-2) na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: prisão preventiva como *ultima ratio*? *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 8, n. 1, jan./abr. 2022. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i1.628>

SAAD, Marta. Assimilação das finalidades da pena pela prisão preventiva. *Revista Eletrônica de Direito Penal*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 247-262, jun. 2013.

STF RECONHECE VIOLAÇÃO MASSIVA de direitos no sistema carcerário brasileiro. *STF Notícias*, Brasília, 04 out. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=515220&ori=1>. Acesso em: 09 out. 2023.

TORON, Alberto Zacharias. *Habeas Corpus: controle do devido processo legal: questões controvertidas e de processamento do writ*. 1 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

TREVISAN, Beatriz Massetto *et al.* Prisão e pandemia: uma análise crítica das decisões do Supremo Tribunal Federal durante a crise da covid-19. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 16, n. 96, p. 5-18, jun./jul. 2020.

VALENÇA, Manuela Abath; FREITAS, Felipe da Silva. O direito à vida e o ideal de defesa social em decisões do STJ no contexto da pandemia da COVID-19. *Revista Direito Público*, Brasília, v. 17, n. 94, p. 570-594, jul./ago. 2020. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4593>. Acesso em: 28 nov. 2023.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Limites cognitivos do exame judicial em habeas corpus nos Tribunais Superiores. In: PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda; NUNES, Mariana Madera; SOUZA, Rafael Ferreira de; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de (orgs.). *Habeas corpus no Supremo Tribunal Federal*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2023. p. 155-167.

VASCONCELOS, Natalia Pires de; MACHADO, Máira Rocha; WANG, Daniel Wei Liang. COVID-19 nas prisões: um estudo das decisões em habeas corpus no Tribunal de Justiça de São Paulo. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 54, n. 5, p. 1472-1485, set. 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/0034-761220200536>

VASCONCELOS, Natalia Pires de; MACHADO, Máira Rocha; YU JIUNN WANG, Henrique. Pandemia só das grades para fora: os habeas corpus julgados pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. *Revista Direito Público*, Brasília, v. 17, n. 94, p. 541-569, jul./ago. 2020. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4489>. Acesso em: 28 nov. 2023.

WANG, Daniel Wei Liang; ARRUDA, Ana Luiza Gajardoni de Mattos; OLIVEIRA, Bruno da Cunha de; SANTOS, Ezequiel Fajreldines dos; MORIBE, Gabriela Tiemi; HECK, Leonardo Nochang; ESTEVES, Luiz Fernando Gomes; PEDRO, Marcela Pereira. O STF e as medidas de prevenção e tratamento da Covid-19. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 19, p. e2336, 2023. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202336>.

ZAMBOM, Mariana Moraes. *Os sentidos da ressocialização em decisões sobre a gestão da sanção no Superior Tribunal de Justiça*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, FGV, São Paulo, 2022. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/32392>. Acesso em: 18 abr. 2023.

Authorship information

Daniel Wei Liang Wang. Doutor em Direito pela London School of Economics, Mestre em Filosofia e Políticas Públicas pela London School of Economics, Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo, Bacharel em Ciências Sociais pela Universidade de São Paulo, Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo. Professor de Direito da Fundação Getulio Vargas - SP. E-mail: daniel.wang@fgv.br.

Luísa Moraes Abreu Ferreira. Doutoranda em Direito e Desenvolvimento pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo, Graduada em Direito pela Escola de Direito de

São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Professora de Direito da Fundação Getúlio Vargas - SP. Advogada criminalista. E-mail: luisa.ferreira@fgv.br.

Matheus de Barros. Doutorando em Direito e Desenvolvimento na FGV Direito SP, na linha “Instituições do Estado Democrático de Direito e Desenvolvimento Político Social”. Mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2019). Bacharel pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (2016). Pesquisador do Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena da FGV Direito SP. E-mail: matheus.barros@fgv.br.

Julia Abrahão Homs. Mestre em Direito e Desenvolvimento na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Especialista em Criminologia (2023) pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) e pela Escola Superior de Advocacia da OAB/SP. Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo. Auxiliar de ensino na graduação em Direito do Instituto de Ensino e Pesquisa de São Paulo (Insper). E-mail: julia.ahoms@gmail.com.

Mariana Moraes Zambom. Doutoranda e Mestra (2022) em Direito e Desenvolvimento na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo (2019). Pesquisadora do Observatório da Proteção dos Direitos Humanos do CAAF/Unifesp. E-mail: marizambom@hotmail.com.

Ezequiel Fajreldines dos Santos. Doutorando e mestre (2018) em Direito e Desenvolvimento na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. E-mail: ezequiel.santos@fgv.edu.br.

Paulo Sergio de Albuquerque Coelho Filho. Doutorando em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Graduado *cum laude* em Ética, Política e Economia pela Yale University (EUA) e em Direito pela Universidade de São Paulo. Advogado criminalista. E-mail: paulo@paulosergiocoelho.com.br.

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Acknowledgement: As autoras e os autores agradecem a Bruno Oliveira, Giuliana Maruca e Cassiano Marinho pela assistência de pesquisa na formação da base de dados; a Antônio Pires e Davi Moreira, pela assistência em questões metodológicas de cunho quantitativo; a Arthur Prado e Danyelle Galvão, pelas leituras atentas e comentários críticos valiosos, que muito contribuíram para a formação do texto submetido à Revista.

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

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

- *Daniel Wei Liang Wang:* project coordination, conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Luísa Moraes Abreu Ferreira:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Matheus de Barros:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Júlia Abrahão Homsí:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.

- *Mariana Morais Zambom*: conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Ezequiel Fajreldines dos Santos*: conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Paulo Sergio de Albuquerque Coelho Filho*: conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.

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

Editorial process dates

(<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 28/07/2023
- Desk review and plagiarism check: 10/08/2023
- Review 1: 02/09/2023
- Review 2: 13/09/2023
- Transfer to V10N1: 10/10/2023
- Preliminary editorial decision: 26/11/2023
- Correction round return: 04/12/2023
- Final editorial decision: 04/12/2023

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Assistant-editor: 1 (MBB)
- Reviewers: 2

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

WANG, Daniel W. L.; FERREIRA, Luísa M. A.; BARROS, Matheus de; HOMSI, Julia A.; ZAMBOM, Mariana M.; SANTOS, Ezequiel F.; COELHO FILHO, Paulo Sergio A. Decidindo não decidir: a atuação penal do STF durante a pandemia de Covid-19. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 10, n. 1, e884 jan./abr. 2024. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v10i1.884>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.

Acordo de Não Persecução Penal (ANPP): aspectos gerais e observações sobre a confissão extrajudicial

Criminal Non-Prosecution Agreement: general aspects and comments about the extrajudicial confession

Rogério Schietti Cruz¹

Universidade Nove de Julho – São Paulo, SP, Brasil

r.schietti@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/3811845068168892>

 <https://orcid.org/0000-0002-4734-2548>

Eduardo Martins Neiva Monteiro²

Universidade Nove de Julho – São Paulo, SP, Brasil

edumonteirobr@yahoo.com.br

 <http://lattes.cnpq.br/3139825529767829>

 <http://orcid.org/0009-0001-5782-4348>

RESUMO: Com a introdução do Acordo de Não Persecução Penal na lei processual penal pela Lei nº 13.964, de 2019, o sistema de justiça consensual criminal passou a contar com mais um importante instituto. Embora previsto inicialmente na Resolução CNMP nº 181, de 2017, a sua previsão legal afastou de vez as críticas direcionadas à sua implementação por meio de ato infralegal. Além de explorar a natureza jurídica do ANPP, a possibilidade de sua aplicação em variados crimes, a sua relação com o direito constitucional ao silêncio, bem como a necessidade de o

¹ Doutor e Mestre em Direito Processual pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - Largo do São Francisco, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Professor dos cursos de Doutorado e Mestrado da UniNove e Professor de Direito Penal e Processual na Pós-Graduação do Damásio Educacional.

² Doutorando em Direito pela Universidade Nove de Julho – Uninove (SP), Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco, Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Católica de Brasília e Juiz Federal Substituto da Justiça Militar na Auditoria da 7ª Circunscrição Judiciária Militar em Recife.

Investigado conhecer as provas produzidas contra ele para melhor avaliar o acordo proposto, o estudo analisa a confissão extrajudicial como requisito essencial para a sua celebração e homologação pelo Judiciário, inclusive com a exposição dos entendimentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça que se formam sobre o tema, para ao final, à vista dos precedentes pesquisados, buscar responder às seguintes indagações: o STF e o STJ exigem determinados requisitos para validar a confissão extrajudicial? Entendem ser relevante a sua apreciação pelo Judiciário?

PALAVRAS-CHAVE: acordo de não persecução penal; confissão; lei anticrime.

ABSTRACT: *With the introduction of the Criminal Non-Prosecution Agreement in the criminal procedural law by L. 13.964, of 2019, the criminal consensual justice system now has yet another important institute. Although initially provided for in CNMP Resolution n. 181, of 2017, its legal provision permanently removed the criticisms directed at its implementation through an infralegal act. In addition to exploring the legal nature of the ANPP, the possibility of its application in various crimes, its relationship with the constitutional right to silence, as well as the need for the Investigated to know the evidence produced against him to better evaluate the proposed agreement, the study analyzes the extrajudicial confession as an essential requirement for its celebration and approval by the Judiciary, including the exposition of the understandings of the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice that are formed on the subject. In the end, in view of the researched precedents, we seek to answer the following questions: do the STF and the STJ require certain requirements to validate the extrajudicial confession? Do you understand that judicial appreciation is relevant?*

KEYWORDS: *Criminal Non-Prosecution Agreement; confession; anti-crime law.*

INTRODUÇÃO

O Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) foi inicialmente previsto na Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. A inserção no ordenamento jurídico por meio de ato infralegal

sofreu forte resistência na doutrina³ e no âmbito do próprio Ministério Público, que, em alguns Estados brasileiros, determinou a Promotores e Procuradores de Justiça que não aplicassem a Resolução CNMP nº 181/17 (Vasconcellos, 2021, p.142).

A inconstitucionalidade do ANPP, nos moldes da regulamentação pelo CNMP, foi arguida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.790, na qual a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) sustentou haver violação ao artigo 5º, incisos II, XXXV, LIII, LIV, LV, LVI, LXI, LXII e LXV; e ao artigo 22, inciso I, da Constituição Federal. Com a edição da Lei nº 13.964/19, é forçoso reconhecer o esvaziamento dos principais argumentos da AMB – contrariedade ao princípio da reserva legal (art.5º, II, da CF/88) e usurpação da competência privativa da União para legislar sobre direito penal e processual (art.22, I, da CF/88). Em razão do tratamento da matéria pela Lei nº 13.964/19, o Ministro Cristiano Zanin reconheceu, em 22/8/2023, a perda superveniente do objeto de tal ADI⁴, decisão que deverá ser adotada na ADI nº 5.793, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil⁵.

O Pacote Anticrime originou-se dos Projetos de Lei nº 10.372, de 2018 (“Projeto Alexandre de Moraes”) e nº 882, de 2019, apresentado pelo então Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro. De acordo com sua a ementa, buscou-se:

[...] introduzir modificações na legislação penal e processual penal para aperfeiçoar o combate ao crime organizado, aos delitos de tráfico de drogas, tráfico de armas e milícia privada, aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça e crimes hediondos,

³ Dado o caráter processual da norma e a ausência de competência do CNJ para criar direitos e obrigações, característica própria da função legislativa, a Resolução CNMP nº 181/2017 estaria eivada, na origem, do vício da inconstitucionalidade, pois compete à União, nos termos do art.22, I, da CF/88, legislar privativamente sobre direito processual (Andrade, Brandalise, 2017, pp.249-250).

⁴ Nas ADI 5.790 e 5.793, a Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo reconhecimento da perda superveniente de objeto, tendo em vista a entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019 e, quanto ao mérito, pela improcedência.

⁵ De acordo com consulta realizada em 7/2/2024, a ADI 5793 está concluída para decisão do Min. Cristiano Zanin.

bem como para agilizar e modernizar a investigação criminal e a persecução penal⁶.

Na respectiva Exposição de Motivos, informava-se que se pretendia estabelecer tratamento racional, proporcional, entre o combate à macrocriminalidade, de um lado, e à criminalidade individual, levando-se em conta que 1/3 (um terço) da população carcerária havia cometido crimes sem violência ou grave ameaça. Com a ideia buscava-se imprimir celeridade na resolução destes delitos e deslocar esforços para casos mais complexos:

[...] Trata-se de inovação que objetiva alcançar a punição célere e eficaz em grande número de práticas delituosas, oferecendo alternativas ao encarceramento e buscando desafogar a Justiça Criminal, de modo a permitir a concentração de forças no efetivo combate ao crime organizado e às infrações penais mais graves.

Outra não foi a intenção do então Ministro Sérgio Moro ao apresentar o PL nº 882/2019, apensado ao PL nº 10.372/18, conforme se depreende da Exposição de Motivos nº 00014/2019 MJSP, de 31 de janeiro de 2019:

[...] O art. 28-A estende a possibilidade de acordo quando o acusado confessa o crime de pena máxima inferior a quatro anos, praticado sem violência ou grave ameaça. A tendência ao acordo, seja lá qual nome receba, é inevitável. O antigo sistema da obrigatoriedade da ação penal não corresponde aos anseios de um país com mais de 200 milhões de habitantes e complexos casos criminais. [...] O acordo descongestionam os serviços judiciais, deixando ao Juízo tempo para os crimes mais graves.

O Presidente da Câmara, Dep. Rodrigo Maia, por meio do Ato do Presidente de 14/3/2019, instituiu Grupo de Trabalho para analisar

⁶ O projeto “Alexandre de Moraes” visou também “...o recrudescimento do tratamento à criminalidade violenta, por um lado, e, em contrapartida, um tratamento mais rápido e brando aos crimes leves e violentos, evitando o processo e o encarceramento, com a criação do acordo de não persecução penal, desafogando as Varas Criminais e evitando a pena de prisão nesses casos” (Junqueira, Vanzolini, Fuller, Pardal, 2020, p.7).

e debater tais propostas, dada a conexão entre os textos e a necessidade de harmonizá-los⁷. O Substitutivo⁸ ao PL nº 10.372/18, resultado de tal estudo, contemplou quase a totalidade da redação do “Projeto Sérgio Moro”, à exceção da previsão para os crimes de ação penal de iniciativa privada e da avaliação quanto aos antecedentes, conduta social, personalidade, motivos e circunstâncias do crime. Por outro lado, durante a discussão no Congresso Nacional, já na apresentação do Substitutivo, excluiu-se a possibilidade de celebração do acordo aos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor (art.28-A, §2º, IV, do CPP). Tal Substitutivo foi aprovado sem alterações pelo Senado Federal.

A instituição do ANPP, pela Lei nº 13.964, de 24/12/2019, faz parte do movimento de incremento da justiça consensual criminal⁹ no Brasil, a exemplo dos institutos da transação penal (art.76 da Lei nº 9.099/95) e da suspensão condicional do processo (art.89 da Lei nº 9.099/95).

Tendo como foco as infrações de médio potencial ofensivo, cometidas sem violência ou grave ameaça, para as quais são previstas penas mínimas inferiores a quatro anos, “serve para os crimes em que as pessoas não iriam ou não deveriam ir parar na cadeia” (Haidar, 2021).

O objetivo deste estudo não se estende à inteireza do delineamento normativo do ANPP, mas restringe-se a reflexões sobre a (im) prescindibilidade da confissão para a sua celebração, à luz da doutrina e de decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, obtidas a partir de pesquisa nos sites de tais tribunais, com o emprego de determinadas expressões-chaves, como se verá adiante.

⁷ Compuseram inicialmente o Grupo de Trabalho a Dep. Margarete Coelho (coordenadora) e os Dep. Capitão Augusto, João Campos, Orlando Silva, Subtenente Gonzaga, Lafayette de Andrada e Hildo Rocha. Posteriormente, passaram a fazer parte também a Dep. Carla Zambelli e os Dep. Coronel Chrisóstomo, Fábio Trad, Paulo Abi-ackel, Santini, Marcelo Freixo, Paulo Teixeira, Adriana Ventura e Luiz Antônio Corrêa.

⁸ Com o Substitutivo, o PL nº 882/19 foi declarado prejudicado.

⁹ A Lei nº 9.099/95 foi editada em conformidade com o art.98, I, da Constituição Federal.

1. ASPECTOS GERAIS DO ANPP

O ANPP, inserido no conjunto de modificações que romperam no país a tradição exclusivamente punitiva do Direito Penal, volta-se para as infrações de médio potencial ofensivo, quais sejam, aquelas com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, cometidas sem violência ou grave ameaça.

De acordo com a sistemática adotada pelo art.28-A do CPP, consiste em negócio jurídico¹⁰ de natureza extrajudicial (Lima, 2020, p.218). Para Cunha (2020, p.127), trata-se de: “[...] ajuste obrigacional celebrado entre o órgão de acusação e o investigado (assistido por advogado), devidamente homologado pelo juiz, no qual o indigitado assume sua responsabilidade, aceitando sempre cumprir, desde logo, condições menos severas do que a sanção aplicável ao fato a ele imputado”.

Configura verdadeira negociação¹¹ entre o Ministério Público (Estado-acusação) e o investigado, com necessária assistência de seu advogado e controle pelo Estado-juiz após a sua celebração. Impacta sobre o exercício da ação penal pública, sendo sua eficácia condicionada à homologação judicial (Aras, 2020, p.179).

Para Milhomem e Suxberger (2021, p.13), “o acordo de não persecução penal é uma diversificação possível à velha fórmula de privação de liberdade. Por sua natureza consensual, o acordo fatalmente implica em um maior controle estatal”.

O ANPP imprime rapidez na solução de conflitos menos severos, permitindo, com isso, canalizar esforços para o combate a delinquentes contumazes e crimes graves, que provocam danos importantes ao tecido social (Barros, 2021, p.139), e esvazia também o interesse socialmente

¹⁰ Para a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, “consiste em um negócio jurídico pré-processual entre o Ministério Público e o investigado, juntamente com seu defensor, como alternativa à propositura de ação penal” (HC 637.782/SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Julg. 23/3/2021).

¹¹ Segundo Fuller (2020, p.152), “o acordo de não persecução penal se insere nos mecanismos de negociação penal (espaço de consenso), que foram inaugurados no Brasil com a transação penal (infrações de menor potencial ofensivo: art.76 da Lei n. 9.099/95) e a suspensão condicional do processo (infrações penais de mediano potencial ofensivo: art.89 da Lei n.9.099/95), sendo depois ampliados com o acordo de colaboração premiada”.

relevante que justificaria a incidência da resposta penal quanto a crimes de menor gravidade (Suxberger, 2021, p.166).

Em que pese o investigado não ter direito subjetivo à celebração do acordo, não lhe pode ser sonhada uma negativa motivada (Aras, 2020, pp. 193-194). De acordo com o art.28-A, *caput*, do CPP, nota-se uma discricionariedade regrada do Ministério Público para propor o ANPP, pois deverá avaliar a sua necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do crime.

Se presentes todos os requisitos legais, não pode o órgão ministerial simplesmente, por mero capricho, deixar de propor o acordo, sob pena de desprezar completamente as razões que levaram o legislador a inserir o ANPP no ordenamento jurídico pátrio¹².

O investigado tem direito à resposta do Estado-acusação sobre eventual impossibilidade de negociação. Não à toa, o legislador contemplou no art.28-A, §14, do CPP a seguinte previsão, que possibilita ao órgão superior do correspondente Ministério Público rever a negativa do membro ministerial: “No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código”.

Se um dos objetivos do ANPP é evitar o início do processo penal e, com isso, otimizar a persecução penal¹³, concentrando esforços do aparato estatal no combate a crimes de média gravidade, que ofendem bens jurídicos mais caros à sociedade, e evitando, por consequência, o incremento da população carcerária, parece intuitivo poder ser celebrado,

¹² Ao tratar da transação penal prevista na Lei nº 9.099/95, Fernandes (2005, p.226) já alertava: “...deve o promotor, assim como faz quando pede o arquivamento, apontar expressamente as circunstâncias que, no seu entender, indicam não ser viável a transação. Não se trata de critério de conveniência ou de oportunidade, mas a aceitação da discricionariedade na avaliação de critérios previamente estabelecidos, que, pela sua natureza, possibilitam algum discernimento”. Tal entendimento mostra-se perfeitamente aplicável ao ANPP.

¹³ No Relatório do Grupo de Trabalho formado na Câmara dos Deputados, concluiu-se que a inserção do ANPP na lei processual penal “inegavelmente configura uma válvula de descongestionamento dos serviços judiciários, além do sistema carcerário penal, os quais poderão focar nos crimes de alta periculosidade social”.

salvo vedação legal expressa, com investigados que cometam qualquer “infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a quatro anos”, desde que “necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”, nos termos do art.28-A, *caput*, do CPP.

O Projeto de Lei nº 10.372/18, no parágrafo segundo, incisos II e III, previa as seguintes vedações à celebração do acordo, não contempladas na redação final:

Art. 28-A. Não sendo o caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstanciadamente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça, e com pena mínima inferior a quatro anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente:

.....

§ 2º Não será admitida a proposta nos casos em que:

.....

II – o crime for hediondo ou equiparado (Lei 8.072/1990), de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores (Lei n. 9.613/1998), praticado por funcionário público contra a administração pública (Código Penal, Título XI, Capítulo I) ou nos casos de incidência da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006;

III – o crime for praticado por militar e afete a hierarquia e a disciplina das Forças Armadas ou Polícias Militares;

IV - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva.

O fato de terem sido retiradas da Lei nº 13.964/19 as vedações¹⁴ quanto aos crimes hediondos ou equiparados (Lei 8.072/90), de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores (Lei n. 9.613/98), praticados por funcionário público contra a administração pública (Código Penal, Título

¹⁴ Como visto, a exclusão alcançou objetivamente apenas os crimes “praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor”.

XI, Capítulo I) ou praticados por militar, desde que afetem a hierarquia e a disciplina das Forças Armadas ou Polícias Militares, indica que o legislador não visou excluir tais crimes do ANPP. Se o legislador ordinário resolveu excluir da possibilidade de acordo tão-somente os crimes “praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor” (art. 28-A, §2º, IV, do CPP), é porque, em tese, não o vedou quanto aos demais. Sem a proibição expressa, o Ministério Público poderá propô-lo, desde que presentes os requisitos legais, independentemente de a jurisdição ser comum ou especial.

Outro não é o entendimento de Aras (2020, p.193): “[...] Não há proibição de celebrar ANPP em crimes contra a Administração Pública ou em crimes eleitorais. A aferição da suficiência da resposta estatal para prevenção ou repressão do crime deve fazer-se com base no caput do art.28-A do CPP. A lei também não reproduziu a proibição de ajustes deste tipo na jurisdição militar. O §12 do art.18 da Resolução 181/2017 do CNMP contém vedação expressa, que não se justifica e que se tornou ilegal.”

Assim, à exceção dos crimes “praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor”, e, a princípio, dos crimes militares praticados por militares, sendo que quanto a estes, a tradição é que não se aceite qualquer tipo de acordo, pois se submetem aos princípios constitucionais da hierarquia e disciplina, não há qualquer impedimento à celebração do ANPP para os demais crimes, desde que, por óbvio, estejam presentes os requisitos previstos no art.28-A do CPP.

2.A CONFISSÃO COMO REQUISITO PARA A CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

A confissão é um dos importantes requisitos do ANPP. Diferentemente de outros institutos previstos na Lei nº 9.099/95, para a celebração do ANPP exige-se, nos termos do art.28-A, *caput*, do CPP, que o investigado haja “confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal”.

No caso da composição dos danos civis, apenas se exige que o acordo celebrado entre os interessados seja homologado pelo juiz e, na

hipótese de ação penal de iniciativa privada ou pública condicionada à representação, o ajuste acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação (art.74 da Lei nº 9.099/95).

O art.76 da Lei nº 9.099/95 também não exige a confissão: “[...] Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.”

De igual forma, para a proposição da suspensão condicional do processo, cabível para os crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, o legislador não exigiu a confissão, nos termos do art.89 da Lei nº 9.099/95: “[...] o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena.” A rigor, a negociação com órgãos de investigação, que envolve a confissão de determinados fatos, não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro.

A Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, ao dispor sobre os crimes hediondos, acrescentou o parágrafo quarto ao art.159 do Código Penal, cuja redação dada pela Lei nº 9.269, de 2 de abril de 1996, possibilita a redução da pena de um a dois terços, em crime de extorsão mediante sequestro cometido em concurso, ao concorrente que denuncie os demais agentes, facilitando a libertação do sequestrado. A mesma Lei dos Crimes Hediondos prevê, em seu artigo 8º, parágrafo único, que “o participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços”.

A Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995, que dispunha sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, previa, em seu artigo 6º: “a pena será reduzida, de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria”.

Nos crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, a Lei nº 9.080, de 19 de julho de 1995, incluiu o parágrafo único ao art.16 da Lei nº 8.137, de 27 de novembro de 1990, para contemplar com redução de pena de um a dois terços o coautor ou

partícipe que, através de confissão espontânea, nos crimes cometidos em quadrilha ou coautoria, revele toda trama delituosa à autoridade policial ou judicial. A mesma Lei nº 9.080/1995 também previu tal “prêmio” aos coautores ou partícipes, que cometerem, em quadrilha ou coautoria, crimes contra o sistema financeiro nacional, previstos na Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986 (art.25, §2º).

De acordo com o art.1º, §5º, da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998 (Lei de Lavagem de Dinheiro), com a redação dada pela Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012:

[...] A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

A Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, que “estabelece normas para a organização e manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas”, inovou ao contemplar o benefício do perdão judicial ao colaborador primário (art.13) e a adoção de “medidas especiais de segurança e proteção” aos colaboradores (art.15), tendo ainda previsto a possibilidade de redução de pena de um a dois terços ao: “[...] indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime (art.14)”.

O art. 41 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, Lei de Drogas, prevê redução de pena de um a dois terços, ao “indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime”.

A Lei Antitruste (Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011) prevê a extinção automática da punibilidade aos agentes que regularmente cumprirem o acordo de leniência nos termos do seu art.87, parágrafo único.

Por fim, mencione-se a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, que, ao tratar da “colaboração premiada” nas investigações criminais relacionadas a organizações criminosas, estabelece, nos termos do seu art.4º, que “O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até dois terços a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos”, desde que o colaborador “tenha colaborado efetiva e voluntariamente com investigação e com o processo criminal” e, ainda, que da colaboração advenha determinados resultados previstos na lei, a exemplo da “identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas”, da “revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa”, da “prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa”, da “recuperação total ou parcial do produto ou do do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa” e da “localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada”.

Não obstante o ANPP ser um instituto relativamente recente, colhem-se na doutrina entendimentos divergentes acerca da constitucionalidade ou mesmo da necessidade da confissão.

Mencione-se Fuller (2020, p.153), para quem a exigência da confissão violaria a prerrogativa da não autoincriminação (art.5º, LXIII, da CF), assegurada ainda pela Convenção Americana de Direitos Humanos (art.8º, n.2, alínea g). Martinelli (2021, pp.313-314), para quem a confissão seria desnecessária na hipótese de haver justa causa para a ação penal, igualmente entende pela inconstitucionalidade da exigência:

[...] Se o intuito do acordo de não persecução penal é evitar que o investigado seja processado criminalmente quando houver elementos suficientes para uma provável condenação, a confissão, enquanto requisito, nada acrescentaria à legitimidade da denúncia.

A inconstitucionalidade do requisito da confissão para a celebração do acordo também é defendida por Franco (2021, p.436):

[...] O 1º requisito – necessidade de confissão – parece-nos inconstitucional e divorciado de nossa tradição jurídica. Antes de tudo, nem se poderia falar em confissão, instituto processual. Se não existe denúncia, isto é, imputação formal de fatos delituosos

atribuídos ao autor no seio de uma relação jurídica regida pelo contraditório e pela ampla defesa, de “confissão” não se trata, especialmente porque ainda não há processo.

Por outro lado, sustenta Cabral (2021, p.278) que a confissão, por não ser produzida em virtude de ameaça ou pressão que afete a liberdade e a voluntariedade do investigado, não representa violação ao direito do investigado ao silêncio.

Para Lima (2020, p.231), é constitucional o art.28-A do CPP no tocante à exigência de confissão: “[...] essa confissão constitui a contri-buição que o investigado faz à investigação criminal e eventual futuro processo penal (em caso de descumprimento das condições pactuadas). Desde que o investigado seja formalmente advertido quanto ao direito de não produzir prova contra si mesmo e não seja constrangido a celebrar o acordo, parece não haver nenhuma incompatibilidade entre esta primeira obrigação do investigado, prevista no art.28-A, caput, do CPP, e o direito ao silêncio (CF, art.5º, LXIII)”.

De igual forma, defende Aras (2020, p.197): “[...] O investigado só faz acordo se quiser. Logo, não está obrigado a confessar. Pode optar por não negociar acordo algum e enfrentar a ação penal, sem necessi-dade de renunciar ao seu direito ao silêncio. A confissão faz parte do compromisso de tipo restaurativo e é compatível com as finalidades do instituto e com a acomodação dos interesses da vítima. Não há sequer prejuízo para a presunção de inocência porque no ANPP não se tem condenação criminal, e a confissão é retratável a qualquer tempo, nos termos do art. 200 do CPP”.

É simplório o argumento supracitado, de que o “investigado só faz o acordo se quiser”, dada a desigualdade substancial existente entre as partes envolvidas na negociação. O Estado-Acusação detém grandes poderes frente ao investigado e, para evitar que a celebração do acordo decorra do receio de uma eventual condenação, com comprometimento da autonomia da vontade do investigado, é que será fundamental a efetiva participação do Judiciário na sindicabilidade do ANPP.

Concorda-se com o entendimento de que a confissão ocorra somente ao término da investigação, pois é nesse momento que o repre-sentante do Ministério Público poderá avaliar se o caso enseja ou não

arquivamento, quando oportunizará ao investigado avaliar adequadamente os elementos carreados aos autos (BEM, 2021, pp.254-255):

[...] A postergação da confissão para o último ato da audiência encontra duas justificativas: a) como a investigação preliminar é só estatal, ainda que a defesa possa estar presente em alguns atos, dela não participa ativamente, ou seja, não há a realização de investigação defensiva oficial; b) diante dessa realidade, por analogia, deve-se seguir o que já se verifica no interrogatório judicial (CPP, art.400), como último ato da instrução, momento em que o réu pode confessar.

A confissão, em conjunto com o material probatório produzido, deve obrigatoriamente permitir uma segura *opinio delicti* contrária ao arquivamento e assegurar uma clara definição, na dinâmica delitiva, dos papéis desempenhados por todos os envolvidos (Guaragni, 2021, p.299).

Como requisito legal do ANPP¹⁵, trata-se a confissão de um ato de fala do investigado que aceita o discurso produzido pelo acusador oficial (Santiago, 2021, pp.183-214).

Apesar de, a princípio, não ser contra a confissão para fins de celebração do ANPP, Oliveira (2021, pp.8-9) alerta para a possibilidade de retratação:

[...] Não se apresenta óbvio que se possa usar a confissão feita em procedimento extrajudicial para imprimir, em instrução judicial pós-ANPP (quando houve a sua rescisão), relevância probatória maior da que hoje já se confere à confissão extrajudicial nas instruções ordinárias, a ponto de impedir a retratação do acusado em fase judicial. Primeiro porque poderia conflitar com o direito ao silêncio (*nemo tenetur se ipsum accusare*), na medida em que o acordo terminaria por recair em um ardil para confissões irreversíveis.

Muito provavelmente também não haverá consenso sobre as consequências advindas da confissão em sede de ANPP, como por exemplo, sobre a possibilidade de seu aproveitamento em outros processos

¹⁵ Para a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, “é requisito essencial do ato que o acusado confesse de maneira forma e circunstanciada a prática do delito” (HC 636.279/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Julg. 9/3/2021).

judiciais e administrativos. Também serão motivo de debate questões relacionadas à confissão em sede policial, que, em razão da delimitação do tema do presente estudo, não serão aqui aprofundadas. Concorde-se com Cabral (2021b, p.122), quanto advoga que a confissão deve ocorrer quando da celebração do acordo, não sendo válida, a princípio, para fins de celebração do ANPP, a anteriormente realizada em inquérito policial ou em procedimento investigatório criminal.

Conforme visto acima, é necessário que o investigado tenha conhecimento, em sua inteireza, do acervo probatório produzido, para poder avaliá-lo adequadamente e decidir, se for o caso, pela celebração do acordo, o que comumente não acontece em sede policial, quando, não raras vezes, a confissão ocorre no início do inquérito¹⁶. Por óbvio que se for realizada quando todos os elementos de prova sejam de conhecimento do investigado, a confissão será válida¹⁷.

Embora reconheçam que o ANPP representa uma válida ampliação dos espaços de consenso no processo penal, Vasconcellos e Reis (2021, p.4) acertadamente alertam para o risco de o Estado incorrer em arbitrariedade com o acordo:

[...] Considera-se que a inserção e a ampliação de possibilidades de acordos na justiça criminal acarretam violações a premissas fundamentais do direito penal e do processo penal, o que finda por abrir brechas para arbitrariedades e violações de direitos fundamentais, além de potencializar o risco de condenação de inocentes ao afastar a necessidade de produção de provas em contraditório para verificação da acusação.

Tal inquietação não passou despercebida pela Sexta Turma do STJ (HC 657.165/RJ), quando pontuou¹⁸:

¹⁶ Como apontaram Daguer e Soares (2022, p.15), “não basta que haja confissão por parte do investigado, mas sim consonância de seus dizeres em harmonia com os indícios angariados pela investigação”.

¹⁷ Ziehe e Maduro sustentam que (2022, p.703), “a defesa deve ter acesso a todos os elementos de informação carreados ao longo do procedimento, de modo que a decisão a ser tomada seja devidamente refletida e bem instruída”.

¹⁸ No mesmo sentido, o RHC 155.773/RS, julgado pela Quinta Turma do STJ.

[...] A exigência de que a confissão ocorra no inquérito para que o Ministério Público ofereça o acordo de não persecução penal traz, ainda, alguns inconvenientes que evidenciam a impossibilidade de se obrigar que ela aconteça necessariamente naquele momento. Deveras, além de, na enorme maioria dos casos, o investigado ser ouvido pela autoridade policial sem a presença de defesa técnica e sem que tenha conhecimento sobre a existência do benefício legal, não há como ele saber, já naquela oportunidade, se o representante do Ministério Público efetivamente oferecerá a proposta de ANPP ao receber o inquérito relatado. Isso poderia levar a uma autoincriminação antecipada realizada apenas com base na esperança de ser agraciado com o acordo, o qual poderá não ser oferecido pela ausência, por exemplo, de requisitos subjetivos a serem avaliados pelo membro do *Parquet*.

Caso o indiciado tenha deixado de confessar em sede policial, quando não vigente a possibilidade de celebração do ANPP, caberá ao Ministério Público, ao final do inquérito policial, oportunizar a confissão para fins de celebração do acordo. Se o investigado admitir o cometimento da infração no âmbito policial, na expectativa de receber a proposta de ANPP e, por alguma razão, o Ministério Público não a formalize, a confissão extrajudicial será avaliada, como normalmente acontece, por exemplo, para fins de recebimento da Denúncia¹⁹, em conjunto com os demais elementos produzidos no curso da investigação, pois para um juízo

¹⁹ Vasconcellos e Reis (2021, pp.12/14) entendem, sob o argumento de que os efeitos processuais da confissão se esgotam no ANPP, que ela não pode ser utilizada em prejuízo do jurisdicionado em eventual descumprimento do pacto e que “...*não se pode, em nenhuma hipótese, afirmar que o ANPP, ao estabelecer uma obrigatoriedade de confissão circunstanciadas, tenha por finalidade a busca dessa confissão como prova no processo*”. Aqui se concorda com os autores no sentido de que a confissão extrajudicial não poderá ser considerada como prova no processo, até porque o investigado poderá se retratar no curso do processo, o que não impede, a princípio, a sua valoração em conjunto com outros elementos, quando da propositura da ação penal. O fato de o controle da confissão ser realizado pelo Judiciário esvaziar o argumento de que não poderia ser válida para, por exemplo, justificar o oferecimento de uma denúncia. Acertadamente, os autores observaram que “como a confissão no âmbito do acordo de não persecução penal não se deu em sede de interrogatório, nos termos do art.199 do CPP, ela não pode receber o mesmo valor desta”.

definitivo em seu desfavor será necessário avaliar as provas produzidas perante a autoridade judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, inclusive o interrogatório.

2.1 CONTEÚDO DA CONFISSÃO

O art.28-A, *caput*, do CPP dispõe que para fazer jus ao acordo, o investigado deve ter confessado “formal e circunstancialmente” a prática da infração penal, cometida sem violência ou grave ameaça, cuja pena mínima seja inferior a quatro anos.

De acordo com a Resolução CNMP nº 181/17, deveria o investigado confessar formal e *circunstanciadamente* a prática do crime (art.18, *caput*). De igual forma, dispunha o art. 2º do PL nº 10.372/18 (“Projeto Alexandre de Moraes”)²⁰, embora o termo “circunstancialmente” haja prevalecido no Substitutivo, do qual se originou a Lei nº 13.964/19.

De acordo com o Dicionário Online de Português²¹, a palavra “circunstancial” adjetiva algo que, apesar de importante, não se mostra extremamente necessário; juridicamente, em se tratando de confissão, revela uma prova circunstancial, pautada em deduções ou indícios, não na evidência concreta do fato. Já o termo “circunstanciado” encerra uma exposição minuciosa, detalhada, pormenorizada, que expõe todas as circunstâncias de algo.

Ora, é notório que os legisladores, não raras vezes, deixam um pouco de lado o rigor técnico. Um bom exemplo de má técnica redacional, que demanda esforços para se chegar a uma interpretação plausível²²,

²⁰ Conforme PL nº 882/19 (“Projeto Sérgio Moro”), a confissão seria circunstanciada.

²¹ Disponível em: <https://www.dicio.com.br/circunstancial/>. Consulta em 1º/12/2021.

²² Para Francischetto (2021, p.251), “A interpretação da expressão ‘cumulativa e alternativamente’ associada com a conjunção ‘ou’ entre o inciso IV e o inciso V que se apresenta como a mais afinada com a premissa de reparação do dano parece ser a que indica as condições dos incisos I e II como cumulativas e as condições dos incisos III, IV e V como alternativas. Isso porque os incisos I e II abrangem mecanismos de reparação e recomposição do dano, sempre exigíveis e necessárias”. Com tal abordagem não se pode concordar, pois a própria lei não dispõe que o investigado deve submeter-se sempre às

encontra-se no próprio *caput* do art.28-A do CPP. Ao prever que o investigado deve cumprir determinadas condições, o legislador empregou a conjunção “e”, em vez de “ou” (“condições ajustadas cumulativa e alternativamente”), apesar desta constar do PL nº 10.372/18 e do PL nº 882/19.

Note-se que as condições acertadas entre o Ministério Público, o investigado e seu defensor, podem ser todas aquelas previstas expressamente nos incisos I a V do art.28-A do CPP (“cumulativamente”) ou alguma delas (“alternativamente”), de sorte que não podem ser ao mesmo tempo ajustadas de forma “cumulativa e alternativamente”.

Diferentemente da Resolução CNMP nº 181/17 e das redações originais dos PL nº 10.372/18 e PL nº 882/19, segundo as quais a confissão deveria ser formal e “circunstanciadamente”, a Lei nº 13.964/19 optou pelo advérbio “circunstancialmente”.

Curiosamente, o art.16 da mesma Lei nº 13.964/19, ao incluir o parágrafo terceiro ao art.1º da Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990, que dispõe sobre os processos de competência originária dos tribunais, empregou o vocábulo “circunstanciadamente”, em vez de “circunstancialmente”. Apesar de os termos terem acepções distintas, sendo este aparentemente mais brando do que aquele, não há razão para exigir que o investigado, ao celebrar o ANPP, apenas confesse o cometimento de uma infração penal de maneira fortuita, ocasional, pontual ou esparsa. Em troca de benefícios que evitarão, mesmo à vista de justa causa, o início de uma ação penal, espera-se que seja detalhista quanto aos fatos relacionados à infração penal.

É o que se nota em vários dispositivos legais que premiam o colaborador.

A Lei nº 9.080/1995, que alterou a Lei nº 7.492/86 e a Lei nº 8.137/90, exige que o coautor ou partícipe revele toda trama delituosa à autoridade policial ou judicial.

A Lei nº 9.613/98 (Lei de Lavagem de Dinheiro), com a redação dada pela Lei nº 12.683/12, dispõe que o autor, coautor ou partícipe devem

condições previstas nos incisos I e II do art.28-A do CPP. Trata-se o ANPP de uma solução negociada, tendo o MP ampla liberdade para, em acordo com o investigado e seu defensor, definir as condições que, no caso concreto, mostrem-se necessárias e suficientes para a reprovação e prevenção do crime.

prestar “esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime” (art.1º, §5º).

A Lei nº 9.807/99, que “Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas”, igualmente reclama que da colaboração do investigado ou acusado resulte “a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa”, “a localização da vítima com a sua integridade física preservada” e “a recuperação total ou parcial do produto do crime” (art.13).

Segundo a Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas), deve o indiciado ou acusado colaborar com a investigação policial e o processo criminal “na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime” (art.41).

O próprio Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/19), que conferiu nova roupagem ao instituto da “colaboração premiada”, ao alterar a Lei nº 12.850/13, manteve a necessidade de os benefícios penais se justificarem a partir de uma atitude positiva do colaborador que deve contribuir, nos termos do art.4º, “efetiva e voluntariamente com investigação e com o processo criminal” e, ainda, que da colaboração advenham os seguintes resultados: “identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa”, “revelação da estrutura hierárquica e a divisão de tarefas da organização criminosa”, “prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa”, “recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa” ou, ainda, “localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada”.

À vista de tantos dispositivos legais editados no decorrer de mais de uma década, que estabelecem negociações com os investigados e acusados, exigindo destes um auxílio efetivo, a confissão prevista no art.28-A, *caput*, do CPP, deve ser entendida como sendo aquela pormenorizada, a confirmar as demais provas diretas e indiretas sobre a autoria e materialidade delitivas que já justificariam o oferecimento da Denúncia pelo proponente do acordo. A confissão, para possibilitar a celebração do ANPP, não pode ser entendida como mera comunicação de uma infração penal. Nela, “devem estar detalhados todos os fatos, de maneira pormenorizada e sem margem para quaisquer dúvidas, atentando-se

sempre para que tenha sido feita sem coação de nenhuma natureza” (Moreira, 2021, p. 208).

Quando o art.28-A, *caput*, do CPP dispõe que a confissão deve ser formal e *circunstancialmente*, na realidade demanda do investigado, em que pese o equívoco redacional, uma exposição minuciosa, detalhada, com a necessária descrição de todas as circunstâncias relacionadas à prática da infração penal. Por isso, não se concorda com entendimentos de que bastaria uma confissão simples, como mera formalidade para a celebração do acordo. Ainda que a intenção do investigado seja esta e que a confissão não possa ser considerada isoladamente para o oferecimento de eventual denúncia pelo Ministério Público, exige-se que haja um relato detalhado dos fatos, “circunstanciado”.

Como bem expuseram Silva e Penteado (2022, p.316):

[...] em se tratando de confissão, pela própria natureza e definição, não há como ignorar que deva versar necessariamente sobre a totalidade da imputação e ser, por assim dizer, completa, ou em outras palavras, circunstanciada, envolvendo todas as circunstâncias objeto do fato apurado, como o agente (*quis*), os meios empregados (*quibus auxiliis*), o resultado (*quid*), os motivos (*cur*), a maneira como foi praticado (*quomodo*), o lugar (*ubi*) e o tempo (*quando*).

De acordo com o art.28-A, §3º, do CPP, o ANPP deve ser formalizado por escrito. Apesar de não constar da redação final da Lei nº 13.964/19, o PL nº 10.372/18 previa que as tratativas e a confissão detalhada deveriam ser gravadas:

[...] A confissão detalhada dos fatos e as tratativas do acordo serão registrados pelos meios ou recursos de gravação audiovisual, destinados a obter maior facilidade das informações, e o investigado deve estar sempre acompanhado de defensor.

Tal omissão, contudo, não inibe a adoção de importante ferramenta, o que se mostra recomendável, pois a gravação audiovisual certamente confere maior legitimidade ao acordo, podendo ser objeto de escrutínio, principalmente pelo juiz competente para homologar o ANPP.

2.2 A NECESSIDADE DA CONFISSÃO SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No presente estudo pretendeu-se compreender o entendimento do STF e do STJ acerca da necessidade da confissão no ANPP. Para tanto, utilizou-se como critério de pesquisa em seus sites a expressão-chave “acordo de não persecução penal” e a palavra-chave “confissão”. O objetivo foi restringir a análise a julgados que, em tese, estariam relacionados com o requisito confissão, para poder verificar se tais tribunais já haviam enfrentado a questão da constitucionalidade de tal exigência prevista no art.28-A do CPP.

Quanto ao STF, foram analisados os acórdãos – e não somente as respectivas ementas - do Plenário e de suas duas Turmas, enquanto, no STJ, julgados da Terceira Seção e das Quinta e Sexta Turmas, independentemente das espécies de ação e recurso.

Com essa pesquisa empírica, realizada em 9/8/2023, procurou-se extrair o entendimento de tais Cortes superiores sobre a necessidade do requisito confissão para a celebração do ANPP e o seu delineamento jurídico (por exemplo, se a confissão é considerada mero requisito formal ou, ao contrário, como se concluiu no subitem anterior, se deve ser circunstanciada a englobar os fatos apontados pelo Ministério Público que possam levar o investigado a responder a uma ação penal).

2.2.1 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Primeira Turma do STF, embora ressalvando a pendência do julgamento, pelo Plenário, do HC nº 185.913, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, entende, segundo a atual jurisprudência da Corte, que o ANPP pode ser proposto até a prolação da sentença na ação penal, pois posteriormente a tal fase processual inexistirá benefício a ser extraído em favor do órgão ministerial (AgR no HC 220.513/PR, AgR no HC 225.118/SP). Em tais julgados, o ANPP não foi proposto pelo Ministério Público, pois já havia sido oferecida a Denúncia quando entrou em vigência a Lei nº 13.964/19, entendimento que foi revertido sob o seguinte fundamento:

[...] A possibilidade de negociação do acordo de não persecução penal em ações penais propostas, mas ainda não sentenciadas, traduz mecanismo para redução das instruções penais e prolongamentos de ações criminais em curso, o que se coaduna com a lógica de aprimoramento da eficiência do sistema de justiça criminal.

.....

A utilidade do acordo de não persecução penal, portanto, manifesta-se tanto para o Ministério Público quanto para o acusado até a prolação da sentença, como decidido pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 74.463 quanto à suspensão condicional do processo.

.....

Considerando a finalidade do instituto, o acordo de não persecução penal desnatura-se após a sentença condenatória, pois não haverá benefício a ser extraído em favor do órgão ministerial. (AgR no HC 220.513/PR)

Para a Primeira Turma do STF, relativamente aos processos que estavam em andamento quando da entrada em vigor da Lei nº 13.964/19, é possível, desde que não haja sentença, a celebração do ANPP.

Em tais acórdãos, a Primeira Turma do STF não faz qualquer ressalva quanto ao requisito confissão, o que autoriza concluir que a considera necessária para a celebração do acordo, podendo ser realizada, inclusive, no curso da ação penal.

Por sua vez, a Segunda Turma do STF, com um entendimento mais elástico sobre a retroatividade ao art.28-A do CPP, compreende que o ANPP se aplica aos processos iniciados antes da vigência da Lei nº 13.964/19, desde que a sentença condenatória não tenha transitado em julgado e mesmo que ausente a confissão do réu até o momento de sua proposição²³:

[...] com base no referido precedente da Segunda Turma [HC 180.421/SP] desta Suprema Corte, que, em caso análogo, reconheceu a retroação de norma processual penal mais benéfica

²³ Segundo AgR no HC 206.660/SC, Terceiro AgR no ARE 1.379.168/MG, AgR no HC 215539, AgR no RHC 207880/SC, Segundo AgR HC 203440, Segundo AgR HC 222719, AgR RHC 214120, AgR RHC 213118.

em ações penais em curso até o trânsito em julgado, e na mais atual doutrina do processo penal, entendo que o acordo de não persecução penal é aplicável também aos processos iniciados em data anterior à vigência da Lei 13.964/2019, desde que ainda não transitados em julgados e mesmo que ausente a confissão do réu até o momento de sua proposição. (HC 206660 AgR-Segundo/SC)

Apesar da divergência quanto ao alcance da retroatividade benéfica, ambas as Turmas do STF, apesar de não adentrarem nas particularidades da confissão, entendem pela sua validade durante o processo. Dos acórdãos analisados, depreende-se que, preenchidos os requisitos legais no curso da ação penal, o acordo pode ser oferecido, ainda que, por exemplo, o investigado não haja confessado na fase inquisitorial. A ausência de condicionantes nos acórdãos autoriza tal conclusão.

Tramita no STF o HC 185.913/DF²⁴, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, no qual se sustenta a retroatividade do ANPP aos casos em andamento. Considerando a “potencial ocorrência de tal debate em número expressivo de processos e a potencial divergência jurisprudencial sobre questão de tal magnitude”, o Relator afetou o julgamento ao Plenário “de modo a assegurar-se a segurança jurídica e a previsibilidade das situações processuais”, tendo fixado as seguintes “questões-problemas” a serem equacionadas pelo Plenário:

a) O ANPP pode ser oferecido em processos já em curso quando do surgimento da Lei 13.964/19? Qual é a natureza da norma inserida no art. 28-A do CPP? É possível a sua aplicação retroativa em benefício do imputado? b) É potencialmente cabível o oferecimento do ANPP mesmo em casos nos quais o imputado não tenha confessado anteriormente, durante a investigação ou o processo?

É possível que em tal julgamento paradigmático possa o STF não se limitar a responder ao segundo questionamento acima mencionado, mas estender a análise para outras questões relacionadas à confissão no ANPP, próprias do processo penal ou extrapenais, dada a repercussão na esfera jurídica do investigado ou acusado.

²⁴ O feito foi retirado do julgamento virtual por Pedido de Destaque do Min. Alexandre de Moraes em 20/9/2021.

O único acórdão oriundo do Plenário do STF (352º RD no Inq 4921/DF), que contemplou os parâmetros de busca “acordo de não persecução penal” e “confissão”, foi recentemente proferido no Inquérito nº 4.921/DF, que trata das investigações relacionadas aos acontecimentos de 8/1/2023 na Praça dos Três Poderes em Brasília (DF). De acordo com o voto condutor do Min. Alexandre de Moraes, apenas se fixou a tese de que “o posicionamento do Ministério Público de não oferecer o benefício do ANPP, sob o argumento de não se mostrar suficiente para a reprovação e prevenção dos crimes, se mostra razoável e impassível de censura”. Quanto aos requisitos legais para a celebração do ANPP, o Plenário do STF entendeu que devem estar presentes:

[...] As condições descritas em lei são requisitos necessários para o oferecimento do acordo de não persecução penal, porém não suficientes para concretizá-lo, pois mesmo que presentes, poderá o Ministério Público entender que, na hipótese específica, o acordo de não persecução penal não se mostra necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Mencionem-se, ainda, a título exemplificativo, algumas outras decisões do STF relacionadas ao ANPP com a ampliação do parâmetro de busca, empregando-se apenas a expressão “acordo de não persecução penal”.

A Primeira Turma deixou de admitir Recurso Extraordinário em razão de a questão referente ao ANPP não ter sido ventilada na decisão recorrida proferida pelo STJ, bem como pela ausência de prequestionamento, nos termos das Súmulas STF nºs 282 e 356 (AgR nos ED do AgR do AgR do RE 1.273.501/PR). Tratou-se de insurgência do Acusado quanto à não apreciação do pedido de negociação de ANPP, que buscava o reconhecimento da retroatividade benigna da Lei nº 13.964/19. O colegiado destacou a manifestação do Ministério Público Federal sobre o não preenchimento dos requisitos para a celebração do acordo, dente os quais a confissão do réu:

[...] De mais a mais, instado a se manifestar sobre eventual propositura do acordo de não persecução penal, o Ministério Público Federal entendeu por “não preenchidos os requisitos para a aplicação da medida despenalizadora” (Doc. 55), razão pela qual

deixou de oferecer ao agravante a proposta de acordo. Transcrevo a manifestação do membro do Parquet Federal:

..... 27. Por fim, não se observa dos autos a necessária confissão formal do réu, condição para o acordo que se busca firmar, conforme dicção do art.28-A, caput, do CPP.

O art.28-A, do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei 13.964/2019, estabelece que: “Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado *confessado formal e circunstancialmente a prática da infração penal* sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público *poderá* propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições (...).”

Destaco que as condições descritas em lei são requisitos necessários para o oferecimento do acordo de não persecução penal. A ausência do preenchimento é impeditivo legal para o oferecimento de acordo por parte do Ministério Público.

Observa-se, assim, que a Primeira Turma reafirma a necessidade de confissão para a celebração do ANPP.

Em razão do objeto do presente estudo, vale mencionar que as Turmas declararam *obiter dictum* que o cabimento do ANPP é possível desde que preenchidos os requisitos legais do art. 28-A do CPP, sem, contudo, realizarem qualquer juízo expresso sobre a constitucionalidade da exigência da confissão para a celebração do acordo²⁵. De toda forma, ao menos à vista das decisões analisadas, conclui-se que não se dispensa o requisito da confissão para a celebração do ANPP. Quanto ao teor da confissão e à possibilidade de sua utilização para fins de oferecimento de denúncia pelo *Parquet* em caso de descumprimento das condições do acordo ou, por exemplo, em processos administrativos e ações de improbidade, os acórdãos analisados não trataram de tais relevantes questões²⁶.

²⁵ Primeira Turma: HC 194.677/SP; AgR no ED no AgR no AgR no RE 1.273.501/PR, AgR no HC 191.124/RO, AgR no HC 206.876/SP e AgR no RHC 198.981/SC; Segunda Turma: AgR no HC 201.610/RS).

²⁶ Apesar de entenderem pela inconstitucionalidade da exigência da confissão para a celebração do ANPP, pois seria incompatível com o direito à autoincriminação, Maduro e Ziehe admitem (2022, p.698) a possibilidade de a

2.2.2 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ao restringir a pesquisa, no sítio eletrônico do STJ, à expressão-chave “acordo de não persecução penal” e à palavra-chave “confissão”, concomitantemente, a ferramenta de busca de jurisprudência apontou, em 9/8/2023, 36 (trinta e seis) acórdãos. A exemplo da análise realizada quanto ao STF, o resultado de tal consulta não significa que os órgãos colegiados da Corte tenham enfrentado o tema do ANPP em somente 36 (trinta e seis) ocasiões. A restrição da busca decorreu do objeto da presente pesquisa, voltado à análise da exigência da confissão para a celebração do ANPP. Quando se amplia a pesquisa, valendo-se, por exemplo, apenas do parâmetro de busca “acordo de não persecução penal”, obtêm-se 403 (quatrocentos e três) acórdãos.

Para ambas as Turmas criminais, é cabível a celebração do ANPP quanto a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a Denúncia²⁷. A propósito, a Terceira Seção do STJ, afetou ao rito dos recursos repetitivos, sem suspensão do trâmite dos processos pendentes, os REsp 1.890.343/SC e 1.890.344/RS com estabelecimento da seguinte controvérsia: “(im)possibilidade de acordo de não persecução penal posteriormente ao recebimento da denúncia”.

Ambas as Turmas entendem pela impossibilidade de celebração do ANPP quando não consistir em medida “necessária e suficiente à reprovação do crime”²⁸, apesar de não terem expressamente se manifestado a respeito da necessidade da confissão.

Porém, em outros acórdãos, verifica-se que a Quinta Turma exige que o requisito da confissão esteja presente para que o acordo

confissão produzir efeitos fora do processo penal, vez que o legislador não impôs limites.

²⁷ Quinta Turma: AgR no AgR no REsp 1.915.628/PR, AgR no REsp 1.946.453/SP, HC 637.782/SC, AgR no REsp 1.861.320/SC, AgRg nos EDcl no REsp 1.975.264/SC, AgRg no AREsp 2.090.918/SP, AgRg no HC 640.942/SC, AgRg no HC 690.236/SP, AgRg no HC 722.434/GO, AgRg no HC 741.676/SC, AgRg no HC 813.496/SP e AgRg no RHC 157.206/RJ; Sexta Turma: AgR nos ED no AREsp 1.648.025/SP, AgR no REsp 1.945.881/RS, AgRg nos EDcl no AREsp 1.966.398/SP e AgRg no HC 762.049/PR.

²⁸ Quinta Turma: HC 612.449/SP, AgR no RHC 128.660/SP, AgRg no HC 703.762/SP, AgRg no RHC 166.837/MG; Sexta Turma: AgRg no HC 712.029/SP.

possa ser celebrado. A título exemplificativo, podem ser mencionados os seguintes acórdãos:

[...] No entanto, apesar da superveniência de norma em tese mais benéfica ao agente (art. 28-A do CPP), a eventual aplicação do acordo de não persecução penal pressupõe o reconhecimento da atenuante da confissão, o que não ocorreu nos autos [...]. No caso, tendo em vista que não houve o reconhecimento da confissão, pois, segundo consta da sentença, na segunda fase, ausentes circunstâncias atenuantes (fl. 1319), incabível o acolhimento do pleito da defesa. (AgRg no AgREsp 1699645/SP)

[...] o membro do Ministério Público, ao se deparar com os autos de um inquérito policial, a par de verificar a existência de indícios de autoria e materialidade, deverá ainda analisar o preenchimento dos requisitos autorizadores da celebração do acordo de não persecução penal, os quais estão expressamente previstos no art. 28-A do Código de Processo Penal: 1) confissão formal e circunstancial; 2) infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos; e 3) que a medida seja necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime. (AgRg no HC 128.660/SP)

A Sexta Turma, no AgRg no HC 701.443/MS, entendeu que o requisito da confissão somente poderia ser infirmado com uma declaração de inconstitucionalidade pela Corte Especial do STJ: “[...] Para se afastar o requisito legal da confissão da imputação, como etapa necessária da celebração do acordo de não persecução penal, seria imprescindível a afetação da matéria à Corte Especial para a declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 28-A do Código de Processo Penal”.

Mencionem-se ainda os seguintes julgados da Sexta Turma, que consideram a confissão um requisito do ANPP:

[...] As peculiaridades do caso concreto evidenciam a ausência de nulidade do ato de recebimento de inicial acusatória, porquanto, de fato, foi comprovado que não caberia o acordo de não persecução penal no caso em exame, considerando a ausência de confissão do Paciente (art. 28-A, caput, do Código de Processo Penal). Assim, como devidamente ressaltado pelo Colegiado a quo, “tendo o MINISTÉRIO PÚBLICO optado por oferecer denúncia em face

do paciente, não oferecendo ao mesmo acordo de não persecução penal, competia ao magistrado unicamente analisar a formalidade da denúncia apresentada, recebendo-a ou rejeitando-a”.

Tal circunstância, inclusive, foi corroborada posteriormente, considerando que, mesmo ausente o requisito da confissão, o Ministério Público estadual, diante das alegações defensivas na resposta à acusação e demonstração de interesse em celebrar o acordo na petição de fls. 537-540, oportunizou ao Réu que cumprisse o referido pressuposto, tendo instaurado Procedimento Administrativo expondo previamente todas condições, mas o ajuste, como já afirmado, não ocorreu em razão de o Paciente não ter interesse em confessar os fatos a ele imputados (por entender ser inconstitucional tal exigência) e de reparar o dano nos termos propostos pelo Parquet, confirmando, assim, a legalidade da decisão que recebeu a inicial acusatória. (AgRg no HC 762049/PR)

[...] O acordo de não persecução penal, de modo semelhante ao que ocorre com a transação penal ou com a suspensão condicional do processo, introduziu, no sistema processual, mais uma forma de justiça penal negociada.

Há diferenças substanciais, porém, entre tais institutos. A principal delas, a meu sentir, reside no fato de que, enquanto na transação penal o acordo é de cumprimento de penas (não privativas de liberdade) e no *sursis* processual já há um processo instaurado, no acordo de não persecução penal (ANPP) se acerta o cumprimento de condições (funcionalmente equivalentes a penas). Além disso, ao contrário do que se dá em relação aos dois outros institutos, o ANPP pressupõe, como requisito de sua celebração, prévia confissão do crime por parte do investigado. (HC 657165/RJ)

De acordo com os acórdãos analisados, as Turmas do STJ, que cuidam de matéria criminal, entendem pela necessidade da confissão para a celebração do acordo²⁹, o que está em consonância com a redação do art.28-A do CPP.

²⁹ Quinta Turma: AgR no AREsp 1.699.645/SP, AgRg nos EDcl no REsp 2.048.216/SP, AgRg no AREsp 2.090.918/SP, AgRg no HC 640.942/SC, AgRg no HC 741.676/SC, AgRg no HC 813.496/SP, AgRg no RHC 166.837/MG e HC 822.947/GO; Sexta Turma: AgR no REsp 1.945.881/RS,

CONCLUSÕES

Analisadas algumas características do Acordo de Não Persecução Penal, inserido no art.28-A do CPP pela Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), especialmente o requisito da confissão, chega-se às seguintes conclusões, que podem ser assim sintetizadas:

1. O ANPP insere-se no rol de institutos voltados à justiça penal negocial, a exemplo da transação penal e da suspensão condicional do processo (arts.76 e 89 da Lei nº 9.099/95). A negociação entre os órgãos de investigação e autores e partícipes de um fato criminoso, que barganham benefícios, é conhecida em outros diplomas normativos bem antes da Lei nº 13.964/2019.

2. A aplicação do ANPP dirige-se às infrações de médio potencial ofensivo, cometidas sem violência ou grave ameaça, com pena mínima inferior a quatro anos.

3. Com a edição da Lei nº 13.964/2019, perdeu sentido a discussão sobre a constitucionalidade da implementação do ANPP por ato infralegal, particularmente pela Resolução CNMP nº 181/2017.

4. O ANPP tem natureza jurídica de negócio extrajudicial, celebrado entre o Ministério Público e o investigado, com participação do seu defensor, que aceita cumprir as condições pactuadas.

5. Ao investigado deve ser franqueado total acesso aos elementos de prova que caracterizam a justa causa para a ação penal. Tendo um completo entendimento sobre o que o órgão ministerial apurou, poderá adequadamente avaliar as vantagens de confessar e celebrar o ANPP.

6. De acordo com os julgados obtidos da consulta realizada com o emprego dos parâmetros de pesquisa “acordo de não persecução penal” e “confissão”, o STF e o STJ, apesar de não terem dispensado a confissão no ANPP, não se pronunciaram especificamente sobre a sua constitucionalidade, o que autoriza concluir pela necessidade de tal requisito, entendimento este que poderá ser alterado com o julgamento do HC nº 185.913, atualmente afetado ao Plenário do STF.

HC 615.412/SP, ED nos ED do AgR do AREsp 1.680.101/SC, AgR nos ED REsp 1.858.428/SP, AgRg nos EDcl no AREsp 1.966.398/SP, AgRg no HC 701.443/MS e AgRg no RHC 152.763/SP.

7. A confissão, formalizada por escrito e, quando possível, gravada por meio de recurso audiovisual, deve ser circunstanciada, detalhada, quanto aos fatos considerados criminosos, cabendo ao juiz avaliar a sua voluntariedade.

8. O pronunciamento do Judiciário sobre o ANPP é verdadeira condição de eficácia do negócio jurídico celebrado extrajudicialmente. O papel do juiz demanda atenção especial sobre as razões que levaram à confissão, em especial a sua voluntariedade.

9. À vista dos julgados analisados, o STF e o STJ não definiram os contornos da confissão no ANPP tampouco a sua validade para aproveitamento em eventual processo penal, no caso de descumprimento das condições pelo investigado, ou em procedimentos extrapenais, embora a tenham exigido para a celebração do acordo. Ao assim se manifestarem, é possível concluir que entendem pela relevância de tal requisito, ao menos para fins do ANPP, sem a qual não poderá ser firmado.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Observações preliminares sobre o acordo de não persecução penal: da inconstitucionalidade à inconsistência argumentativa. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. Porto Alegre, n. 37, p.239-262, dez. 2017. <https://doi.org/10.22456/0104-6594.77401>

ARAS, Vladimir. O acordo de não persecução penal após a lei 13.964/2019. Lei anticrime comentada. Leme, SP: JH Mizuno, 2020.

BARROS, Francisco Dirceu. Princípios estruturantes do acordo de não persecução penal. In: BARROS, Francisco Dirceu; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira; CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA, Renee do Ó (coord.). *Acordos de não persecução penal e cível*. Salvador: JusPodivn, 2021.

BEM, Leonardo Schmitt de. Os requisitos do acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (org.). *Acordo de não persecução penal*. 2ª ed. 1 reimp. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. A confissão circunstanciada dos fatos como condição para a celebração do acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (org.). *Acordo de não persecução penal*. 2ª ed. 1 reimp. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

CASTRO, Ana Lara Camargo de. Resolução penal pactuada nos Estados Unidos. 1ª ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.

CUNHA, Rogério Sanches. Pacote anticrime – lei 13.964/2019: comentários às alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: JusPodivm, 2020.

DAGUER, Beatriz; SOARES, Rafael Júnior. A necessidade de confissão como requisito para o Acordo de Não Persecução Penal e as repercussões produzidas no processo penal e nas demais esferas do Direito. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v.23, número 1, janeiro a abril de 2022. <https://doi.org/10.12957/redp.2022.58417>

FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FRANCO, José Henrique Kaster. O papel do juiz no acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (org.). *Acordo de não persecução penal*. 2ª ed. 1 reimp. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

FULLER, Paulo Henrique Aranda. Infrações penais de elevado potencial ofensivo: art.4º da Lei n.12.850/2013. Lei anticrime comentada: artigo por artigo. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GUARAGNI, Fábio André. Acordo de não persecução penal: os contornos da confissão exigida pelo art.28-A do CPP. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (org.). *Acordo de não persecução penal*. 2ª ed. 1 reimp. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

Haidar, Rodrigo. Acordo de não persecução pode mudar os rumos do processo penal brasileiro. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-fev-27/acordo-entre-pgr-stf-defesa-mudar-rumos-processo-penal>>. Acesso em 09 nov. 2021.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia; FULLER, Paulo Henrique; PARDAL, Rodrigo. Lei anticrime comentada: artigo por artigo. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. Pacote anticrime: comentários à lei nº 13.964/19 – artigo por artigo. Salvador: JusPodivm, 2020.

MARTINELLI, João Paulo. A (ir)relevância da confissão no acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (org.). *Acordo de não persecução penal*. 2ª ed. 1 reimp. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

MILHOMEM, Leonardo Dantas; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Justiça criminal negociada como resposta penal alternativa. *Revista de Processo*. vol.318. ano 46. pp.51-74, agosto 2021.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. O acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (org.). *Acordo de não persecução penal*. 2ª ed. 1 reimp. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

OLIVEIRA, Marcondes Pereira de. Acordo de não persecução penal: repressão/prevenção ao crime e confissão do investigado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol.178. ano 29. pp.311-333, abril 2021.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. Acordo de não persecução penal na Justiça Militar. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (org.). *Acordo de não persecução penal*. 2ª ed. 1 reimp. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; DIAS, Eduardo Augusto da Silva. Defensor público de garantias e consenso no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 184. ano 29. p. 183-214, outubro 2021.

SILVA, Luís Felipe Carvalho. As perspectivas de aplicação do acordo de não persecução penal na Justiça Militar da União: uma solução possível e efetiva. *Acordo de não persecução penal: resolução 181/2017 do CNMP*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

SILVA, Marco Antonio Marques da Silva; PENTEADO, Fernando Martinho de Barros. A confissão como requisito para o Acordo de Não Persecução Penal. *Revista de Direito Brasileiro*, v.32, n.12, mai/abr 2022. <https://doi.org/10.26668/indexlawjournals/2358-1352/2022.v32i12.8806>

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Acordo de não persecução penal: alternativa à judicialização do caso penal. In: BARROS, Francisco Dirceu; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira; CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA, Renee do Ó (coord.). *Acordos de não persecução penal e cível*. Salvador: JusPodivm, 2021.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. 2ª ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2020

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; REIS, Dimas Antônio Gonçalves Fagundes. Limites à utilização da confissão do imputado realizadas como requisito ao Acordo de Não Persecução Penal. *Revista de Estudos Criminais*, n.80, janeiro/março 2021.

ZIEHE, Juliana Menescal da Silva; MADURO, Flávio Mirza. A (im) prescindibilidade da confissão para a propositura do Acordo de Não Persecução Penal. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v.23, n.2, mai/ago 2022. <https://doi.org/10.12957/redp.2022.63387>

Authorship information

Rogério Schietti Cruz. Doutor e Mestre em Direito Processual pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - Largo do São Francisco, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Professor dos cursos de Doutorado e Mestrado da UniNove e Professor de Direito Penal e Processual na Pós-Graduação do Damásio Educacional. r.schietti@gmail.com

Eduardo Martins Neiva Monteiro. Doutorando em Direito pela Universidade Nove de Julho – UNINOVE (SP), Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco, Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Católica de Brasília e Juiz Federal Substituto da Justiça Militar na Auditoria da 7ª Circunscrição Judiciária Militar em Recife. edumonteirobr@yahoo.com.br

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

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

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

- *Rogério Schietti Cruz*: writing – review and editing, final version approval.
- *Eduardo Martins Neiva Monteiro*: conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing - review and editing, final version approval.

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

Editorial process dates (<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 17/08/2023
 - Desk review and plagiarism check: 20/10/2023
 - Transfer to V10N1: 20/10/2023
 - Review 1: 08/12/2023
 - Review 2: 11/12/2023
 - Review 3: 17/12/2023
 - Preliminary editorial decision: 26/12/2023
 - Correction round return: 09/02/2024
 - Final editorial decision: 11/02/2024
- Editorial team**
 - Editor-in-chief: 1 (VGV)
 - Reviewers: 3
-

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

SCHIETTI CRUZ, Rogerio.; MONTEIRO, Eduardo M. N. Acordo de Não Persecução Penal (ANPP): aspectos gerais e observações sobre a confissão extrajudicial. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 10, n. 1, e907, jan./abr. 2024. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v10i1.907>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.

Acordo de Não Persecução Penal como instrumento político-criminal: possibilidades, reconfigurações jurisprudenciais vinculantes e os novos rumos do processo penal brasileiro.

Criminal Non-Prosecution Agreement as a political-criminal instrument: possibilities, binding jurisprudential reconfigurations, and the new directions of the Brazilian criminal procedure.

Gabriel Antinolfi Divan¹

Universidade de Passo Fundo – Passo Fundo/RS, Brasil

divan.gabriel@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/2279996083883727>

 <http://orcid.org/0000-0002-3459-9520>

Nestor Eduardo Araruna Santiago²

Universidade de Fortaleza – Fortaleza/CE, Brasil

nestoreasantiago@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/4516474580462451>

 <https://orcid.org/0000-0002-2479-7937>

RESUMO: O trabalho apresenta, a partir de uma revisão bibliográfica e hermenêutica, com abordagem dedutiva, a configuração do instituto do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) como instrumento político-criminal e cujas bases precisam assim ser compreendidas. Sob o pano de fundo da discussão dessas bases em termos vinculantes pelo

¹ Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo – Mestrado em Direito. Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).

² Professor Adjunto na Universidade Federal do Ceará (Graduação em Direito). Professor Titular da Universidade de Fortaleza (Doutorado, Mestrado, Especializações e Graduação em Direito). Doutor, Mestre e Especialista em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Estágio Pós-doutoral pela Universidade do Minho. Advogado criminalista.

Supremo Tribunal Federal (STF), em sua primeira parte defende a amplitude máxima de aplicação e retroatividade do ANPP enquanto norma mista, procurando descrever o estado da discussão e as bases do debate na jurisprudência. Em um segundo momento, propõe que o conceito de insignificância penal, presente na disciplina legal do ANPP, deva ganhar destaque de função crítica ligada à análise político-criminal de atuação jurisdicional. No terceiro tópico, o texto afirma a premência de uma justificativa de filtragem da necessidade ou não da incidência penal e sua conveniência, a partir de visões sobre o que pode ser uma justa causa para uma ação penal. Nos aportes conclusivos, o trabalho retoma a possível função de uma aplicação do ANPP como instrumento que pode inaugurar uma renovação democrática no ordenamento, ante sua capacidade de abrir caminho para uma assunção de discussão estratégica frente à necessidade ou não de atuação estatal-punitiva.

PALAVRAS-CHAVE: Acordo de Não Persecução Penal; Insignificância Penal; Justa Causa para a Ação Penal; Política Criminal.

ABSTRACT: *The paper, based on a bibliographic and hermeneutic review with a deductive approach, presents the configuration of the Non-Prosecution Agreement (ANPP) as a political-criminal instrument, the foundations of which need to be understood. Against the backdrop of the discussion of these foundations as binding by the Supreme Federal Court (STF), the first part advocates for the maximum scope and retroactivity of the ANPP as a mixed norm, seeking to describe the state of the discussion and the bases of the debate in jurisprudence. In a second moment, it proposes that the concept of penal insignificance, present in the legal discipline of the ANPP, should gain prominence as a critical function linked to the political-criminal analysis of jurisdictional action. In the third section, the text asserts the urgency of a justification for filtering the necessity or not of penal incidence and its convenience, based on perspectives on what may constitute just cause for criminal action. In the concluding remarks, the paper revisits the potential role of ANPP as an instrument that could inaugurate a democratic renewal in the legal system, given its ability to pave the way for a strategic discussion regarding the necessity or not of state-punitive action.*

KEYWORDS: *Criminal Non-Prosecution Agreement; Criminal Insignificance; Reasonable Cause for Criminal Action; Criminal Policy.*

SUMÁRIO: Introdução; 1. A retroatividade de aplicação do Acordo de Não Persecução Penal: abrangência do caráter de norma 'mista'

e aportes para novas tendências jurisprudenciais; 2. O potencial político-crimal (e político-processual) do ANPP: insignificância e tática para além do mero debate da retroatividade; 3. Política criminal e funcionalidade do ANPP: gênero e espécie da discussão sobre incidência penal e sua 'justa causa'; Considerações finais e propostas; Referências consultadas.

INTRODUÇÃO

O Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), enquanto nova possibilidade ou opção de atuação/manejo do exercício da ação penal pelo Ministério Público (MP), se apresentou como um destaque arrojado dentre as modificações trazidas ao Código de Processo Penal Brasileiro (CPP) pela Lei n. 13.964/2019, também conhecida como “Pacote” ou “Lei Anticrime”.

Ao contrário de uma série de modificações propostas e constantes do texto do CPP que tiveram aplicabilidade inicial suspensa e pendência de decisão judicial em sede declaratória (ou não) de constitucionalidade³ - notadamente o instituto do “juiz de garantias”, entre outros - o ANPP se mostrou não apenas pleno de vigência, como também é um dos mecanismos procedimentais que mais angariou discussão jurisprudencial nos últimos tempos, diante de sua aplicação forense cotidiana.

Trazendo ecos similares aos da transação penal (no texto da Lei n. 9.099/95 marcada pelo controverso nome técnico de ‘aplicação imediata de pena restritiva de direitos’), e certamente se afirmando na esteira consagrada (jurisprudencialmente, se pode dizer), da configuração de possibilidades de colaboração premiada (Lei n. 12.850/13, artigos 3º-A e seguintes), o ANPP é mais um exemplo da tendência

³ Veja-se, como exemplo, o conteúdo das Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade (ADIs) nºs 6298, 6299, 6300 e 6305, tramitadas perante o Supremo Tribunal Federal (STF), e a modulação jurisprudencial operante em seus termos, ora negando vigência, ora afirmando validade e, do, mesmo modo alterando leituras do texto legal (no caso, o CPP e os acréscimos nele feitos pela Lei n. 13.964/19).

técnico-procedimental que amplia possibilidades de negociação (mesmo que incipientes) ante os casos penais de ação pública. Reforça o caminho de que o princípio da obrigatoriedade/legalidade da ação penal, manifesta pendor para, definitivamente, configurar-se como uma obrigatoriedade mitigada ou temperada: sai de cena a obrigatoriedade enquanto dogma cogente que impele a qualquer opção estratégica ministerial em termos de ação o caráter de leniência vedada, e se assume (em parte) um leque de possibilidades de opções táticas de barganha entre acusação e defesa.

Conforme previsto no texto-base, o ANPP se exhibe como mais uma via de atuação ministerial quando da análise de exercício ou não da ação penal. Somada ao oferecimento da denúncia e à requisição de novas diligências, a possibilidade de oferta de ANPP pode ser feita quando o caso não reclame em si a possibilidade de arquivamento, e trate de potencial acusação que verse sobre infração verificada sem o cometimento de violência pessoal ou ameaça respectiva, além de uma pena mínima que possa se consubstanciar em um montante menor do que o de 4 (quatro) anos. Estabelecido que as medidas propostas em acordo possam ser úteis e suficientes para a propositura, e respeitado o quesito legalmente imposto de uma confissão circunstancial (e simbólica) do cometimento infracional, o acordo pode ser proposto visando, nesses termos, à extinção da punibilidade do acusado (art. 28-A, §13º, CPP), dada a elementar inexistência de condenação e mesmo de processo, substituídas pela fiscalização ministerial quanto ao cumprimento das cláusulas ajustadas (art. 28-A, §10º, CPP), que, caso descumpridas, sugerem a revogação do pacto e a consequente retomada das possibilidades processuais com oferecimento de denúncia.

A possibilidade de acordo se afirma como critério que oferece anteparo à litigância processual e mesmo à penalização: ao suscitar ingerências que, relativas ao caso em si (como a do acusado restituir um bem subtraído à vítima, ou reparar-lhe de algum modo o dano - art. 28-A, inciso I, CPP – ou mesmo prestar serviço a entidades públicas indicadas - art. 28-A, inciso III, CPP), possam servir de parâmetro para, regularmente levadas a cabo, substituir a existência de uma responsabilização criminal atinente, a lei transita no evidente terreno político-criminal como alternativa penal. É mecanismo político-estratégico, tanto (ou mais) quanto o é cláusula/procedimento de alternativa processual.

Assentido, basicamente, como uma norma de caráter ‘misto’ (ou uma lei penal em um sentido de *gênero* – resguardada pelo inciso XL do art. 5º da Constituição Federal), o ANPP é um tipo de dispositivo que possuiria, assim, o condão de retroagir para a aplicação relativa a situações antecedentes à entrada em vigor da lei respectiva que o pôs em funcionamento. Os tribunais, no entanto, desde o primeiro semestre de 2020, passaram a buscar uma mescla de compatibilidade para resolver possível impasse que dispõe as regras de retroatividade e alcance a elas relativas, no que diz para com o ANPP.

Em linhas gerais, aplicar a regra estrita, literal e inoportuna de vedação da retroatividade (a ideia da incidência de lei ‘processual’ conforme o momento de vigência, *tempus regit actum*, disposto no art. 2º do CPP), estaria fora de questão: como se afirmou, jamais houve debate e/ou alta resistência à ideia de que não se trata de norma processual pura, e sequer se cogita leitura tão aficionada do próprio CPP.

Assumindo-se que, igualmente, não se trataria de norma pura de cunho penal/material (evidentemente), buscou-se um assentir para com a retroatividade, respeitado certo limite temporal: poder-se-ia aplicar a possibilidade de acordo, revendo/reconfigurando eventos anteriores, enquanto o caso estivesse na fase (tida por inicial) de recebimento ou não da acusação, mas não além disso.

A fórmula escapa ao teor dogmático retilíneo de tratar o caso como norma de mero fluxo/procedimento processual e reconhece a necessidade benéfica de atuação retroativa, mas peca justamente por despotencializar o conteúdo político imprescindível de que trata o verbete legal, vez em que não o reconhece, primeiramente, como norma legitimamente mais benéfica que precisa de retroação mais ampla/abrangente possível. Mais: ignora a questão político criminal premente que reina na discussão, ao enfatizar um critério legal que amplia a ingerência jurisdicional sobre a contingência processual penal, que pode (e deve) merecer outra saída e solução.

É essencial que uma análise processual, constitucional e político-criminal do instituto ganhe frente para não apenas não restringir sua potencial incidência (em nenhum sentido além do já estipulado), mas para amplificar seu uso nesse assumido senso crítico e despenalizador.

O presente trabalho procura apresentar o estado atual da discussão, trazendo aportes doutrinários para dentro do debate que circunda

o instituto, e que pode ganhar um rumo crucial e bastante diferenciado a depender do que o STF possa decidir – e até onde poderá conformar o mecanismo legal – na decisão vindoura do teor do HC 185.913-DF⁴, que fora recomendada pelo Relator com discriminação de resolução conceitual e aplicativa do ANPP para dúvidas específicas relativas à questão ora em comento.

Ao teor possível de discussão desse caso específico e seu perímetro de abrangência vai, de forma atrelada, a questão de que é preciso não apenas definir o tamanho/amplitude do marco (exclusivamente) temporal de retroatividade do ANPP para sua possível aplicação a processos anteriores a 2019 (talvez, o objeto principal ou a linha de frente inicial do HC impetrado), mas, de certa forma, definir (conjuntamente) o que, de fato é (ou pode ser) o ANPP enquanto instrumento político-processual. Qual sua índole, e o que ele almeja (e comporta) implementar. Entende-se, aqui, que a amplitude de retroatividade é questão de espécie (ou efeito), em um gênero (causa) maior de discussão que precisa ser o de o que no processo penal brasileiro, se pode com, e a partir do, ANPP.

Mirando propostas de solução técnica e processualmente aplicáveis para esses pontos nodais, o presente trabalho, desenvolvido em forma de recensão teórico-bibliográfica e de abordagem indutiva, visa não apenas reforçar o argumento da tendência jurisprudencial vislumbrada como possível, na Corte, enquanto caminho de interpretação mais seguro e eficiente para o instituto do ANPP e sua atividade no tempo, como também ressaltar que o próprio debate precisa, agora, consolidar pilares de uma apreciação crítica que redefina e assuma as ingerências político-criminais que a aplicação desses termos da lei precisa receber. A discussão a ser solidificada pelo Plenário do STF pode - e deve - ser maior.

Indaga-se, pois, quais os contornos do binômio forma-função que o ANPP deve possuir conceitualmente, a partir de algumas premissas:

Como o ANPP precisa ser considerado para que sua efetividade prático-processual se vivifique em pertinência desse instituto frente ao

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário) Decisão Monocrática no Habeas Corpus n. 185.913. Relator: Min. Gilmar Mendes. 22 de setembro de 2020. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5917032> – acesso em mar/2023.

sistema processual pátrio? Sua (retro)atividade e termos autorizadores deve ser considerada apenas dentro de uma análise de (a) conformação legal de requisitos e conexão temporal com a regra do *tempus regit actum* processual temperada simplesmente pela nota de “norma mista” (*lex mitior*) ou, (b) unindo-se esses necessários fatores à uma visão mais ampla, político-criminal que poderia visualizar no instituto uma função primordial de descompressão e minimização da atuação punitiva?

Mais: poder-se ia acrescer ao rol de elementos de definição e aplicação do instituto um caráter de (c) revigoração de uma noção de justa causa para a ação penal comprometida com essa minimização de incidência punitiva – levando para dentro da análise das condições de oferta e aceitação do ANPP o debate sobre a necessidade/utilidade e pertinência política da incidência persecutória em questão.

Disso tudo, se indaga sobre não apenas qual a versão a ser consolidada (a partir da decisão vinculante do Supremo) de regras e momentos (literais) de aplicação e vigência do ANPP, mas, de mesmo modo: como o teor decisório colocado no centro do debate pode, a partir do debate da retroatividade, preencher com novas cores e funcionalidades (macro) a própria existência e conceituação do instituto?

O texto está estruturado em três partes.

Em sua primeira seção, o texto demonstra que a partir de um julgamento exarado pela 2ª Turma do STF (o Agravo Regimental no HC 206.660, relatado pelo agora ex-Ministro Lewandowski⁵), pode haver bases interessantes para uma alteração de entendimento na Corte sobre não apenas os padrões de retroatividade do ANPP, mas sobre o próprio conjunto conceitual e a função político-processual que circunda o instituto. A discussão do HC 185.913-DF afetada ao Plenário do STF certamente enfrentará e conformará algumas divergências diretas entre as Turmas, com alguns aportes significativos se apresentando para esse fomento, a partir de alguns julgados correlatos que poderiam ser pauta de eventual (nova) tendência de compreensão da questão.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Segunda Turma) Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 206.660. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. 03 de março de 2023. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6259802> – acesso em mar/2023.

Em sua segunda seção, o texto discorre sobre as conexões há muito negligenciadas entre a visão crítica de conteúdo processual penal com aquela de jaez penal-material e mesmo criminológico: a matriz de raciocínio é a mesma do tópico anterior, aqui majorada em tom especulativo. Se não pode haver uma discussão normativa que simplifique a questão do caráter benéfico do ANPP apenas tendo em vista o *locus* da previsão (se em Lei ou Código Processual, ou Lei ou Código Penal, estritamente), os critérios de discussão igualmente precisam se mesclar e se consubstanciar. A *insignificância* (que, pelo CPP, sobrepuja até a habitualidade ou carreira criminal do acusado para fins de avaliar o possível ANPP) é um critério que precisa de abordagem político-criminal ou mesmo político-processual. E assim com outros critérios que possam ser úteis para a análise de viabilidade e/ou de (mesmo) necessidade de alguns casos serem abrangidos pela potencial solução negocial ou dialogal.

Já em sua terceira e última seção, o texto converge para um fator que é, no sentir dos autores, preponderante para abarcar o tema disposto, qual seja, o de uma necessária visão conglobante e político-criminalmente responsável quanto à intervenção penal-punitiva pensada como ingerência sobre o caso. Predicados como o de uma ‘justa causa’ para que subsista ‘ação penal’ (sentido amplo) se apresentam como possíveis medidores da contenda, dado que, somados tanto à análise do teor e das consequências de uma insignificância (em sentido jurídico), quanto à função definidora que venha a balizar o que deve ou não sofrer a incidência da jurisdição penal (e com que intensidade ou grau de reprimenda), são pontos de nó górdio, tática, administrativa e politicamente cruciais.

A contribuição prática igualmente almejada – somada às especulações teóricas – busca a consolidação de uma nova senda de análise e discussão jurisprudencial-constitucional em matéria processual penal: uma via de discussão política que coligue o sumo material constitucional com as questões de lida forense tática em relação à leitura e apreciação de alguns institutos, maximizando a eficácia de direitos fundamentais e contribuindo para que uma discussão político-criminal abranja também (de forma sóbria e estratégica) o certame do processo penal, para melhores resultados.

1. A RETROATIVIDADE DE APLICAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: ABRANGÊNCIA DO CARÁTER DE NORMA ‘MISTA’ E APORTES PARA NOVAS TENDÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS.

Em julgamento de março de 2023 pela 2ª Turma do STF, na sede de Agravo Regimental frente à decisão no Habeas Corpus n. 206.660-SC⁶, o relator, então Ministro Ricardo Lewandowski, optou por reconsiderar a decisão anteriormente proferida no mote central do *writ*, para permitir efeito retroativo amplo à norma que dá azo ao ANPP. Na prática, a decisão apontou para que, na origem, se ofereça a possibilidade de realização da medida negocial em relação a um processo já em fase de curso bastante avançada: uma espécie de oferta de acordo incidental, extemporânea, interrompendo o fluxo recursal usual. A decisão propôs ainda que o eventual marco temporal de corte para a possibilidade de se pensar nesse tipo de acordo não seja outro que a conclusão do caso com trânsito em julgado regular – modificando o entendimento de que o ANPP é medida que tem cabimento e adequação apenas em se tratando da fase inicial de oferta/recebimento de denúncia.

Foi o estabelecimento arrojado de um novo paradigma quanto à extensão do uso da retroatividade de uma norma ‘mista’, impondo a necessidade de averiguar se é viável ou cabível um acordo dessa monta em relação a um processo que, há muito, já havia superado a dita fase inicial. A premissa ali instituída passa a ser a de que o ANPP pode ser avaliado, ofertado e celebrado – em todos seus efeitos – enquanto o caso não for definitivamente encerrado, com a impetração do Habeas Corpus justamente se opondo à forma de decisão anterior do Superior Tribunal de Justiça (STJ) para o tema⁷, ao que o próprio STF tinha como padrão de

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Segunda Turma) Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 206.660. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. 03 de março de 2023. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6259802> – acesso em mar/2023.

⁷ Cf., a título exemplificativo, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma) Recurso Extraordinário no Agravo Regimental no Agravo Regimental em Agravo em Recurso Especial n. 1.923.555. Relator Ministro Jorge Mussi. 07 de dezembro de 2021. Disponível em https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipo-PesquisaGenerica&num_registro=202102084205 – acesso em mar/2023

enfrentamento da questão (como exemplo o julgado da lavra do Ministro Roberto Barroso: HC 191.464 AgR – SC, 1ª Turma⁸), e à posição do MP na contenda (estes, pugnando pelo reconhecimento de que o momento hábil para a retroatividade e para oferta de acordo havia sido superado, com o recebimento válido da denúncia e o início do curso processual). Ou seja: possível – pela decisão - que a hipótese de ANPP possa ser aplicada *a posteriori*, ainda que, à época do início do processo, não tenha sido adequada ou mesmo possível.

A nova linha decisória utilizou três eixos que podem ser discutidos para eventual fomento de nova tendência de análise do tema, sendo eles, resumidamente: (I) o caráter de norma mista – e, portanto, retroativa – que deve prevalecer é aquele de cunho material, por ser o verdadeiramente mais benéfico, possibilitando uma retroatividade mais abrangente; (II) outros exemplos, como o da ação penal no crime de estelionato – em que a matéria da retroatividade da *lex mitior* fora igualmente lida de forma mais ampla (por exemplo no Agravo Regimental no HC n. 180.421-SP, relatado pelo Ministro Edson Fachin⁹); e (III), a constatação de que o próprio CPP já estabelece o rol de impeditivos para a realização/celebração de ANPP, de modo a constringer o instituto em situações específicas, não havendo necessária disciplina legal que impeça sua ação retroativa (mais) expandida nesse caso.

Nesse último ponto, bom frisar a existência de literatura que atesta, desde o início da vigência da lei, que a oferta do ANPP, em caso de não existentes os critérios impeditivos listados taxativamente, poderia ser considerada direito subjetivo do acusado, não comportando óbices genéricos, analógicos ou insuficientemente justificados¹⁰. A discussão merece, ainda que rápido, grau de distinção, aqui.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Primeira Turma) Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 191.464. Relator: Min. Roberto Barroso. 10 de novembro de 2020. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6006969> – acesso em mar/2023

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Segunda Turma) Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 180.421. Relator: Min. Edson Fachin. 22 de junho de 2021. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840881> – acesso em mar/2023.

¹⁰ LOPES JR., Aury. PINHO, Ana Cláudia Bastos. ROSA, Alexandre Moraes da. *Pacote anticrime: um ano depois*. Análise da (in)eficácia das principais

Embora uma visão inicial de ANPP (sua oferta) enquanto da ordem de um direito subjetivo do acusado não seja posicionamento unânime ou de acolhimento jurisprudencial majoritário (havendo já sólida posição do STJ no sentido oposto¹¹, inclusive), é hipótese de plausibilidade jurídica inegável, ao menos quanto à questão de fundo ora debatida: do contrário, poderia facilmente se encaixar discussão sobre, paradoxalmente, reconhecer o aspecto de lei mais benéfica de caráter penal-material e, ao mesmo tempo, querer suprimir seu maior e potencial efeito. No julgado ora referenciado, a própria lavra decisória faz jus à impossibilidade do judiciário se imitar nos motivos elencados pelo *Parquet* para a não consideração do encaixe e/ou cabimento legal de oferta do ANPP, do que especificamente em relação ao direito (subjetivo) que o acusado possuiria em relação à retroatividade da oferta que denotaria aplicação de lei mais benéfica/complacente. É possível frisar que o acordo em si e sua oferta não são parte do rol de direitos subjetivos oponíveis pelo acusado, mas quicá sua retroatividade, quando satisfeitos os requisitos para a oferta de acordo, propriamente sim.

Veja-se que os óbices à oferta e à realização do ANPP são novamente referidos como aqueles que o CPP inicialmente estipulou, em sentido estrito, e que a fixação de mais um óbice poderia configurar uma própria afronta a preceito (constitucional) maior: fazer a lei mais vantajosa retroagir (e ser passível de resultados) de forma mais efetiva e alargada.

A ponte argumentativa referente à questão exemplificativa do estelionato e a nova exigência decorrente da alteração legal para o exercício de sua ação penal (que passa a ser condicionada) é mais importante e relevante do que parece, sendo evidente que tenha sido usada como suporte da então discussão. Afinal, é outro caso em que uma norma relativa a um expediente (ao cabo) de ordem processual por excelência – condição

medidas penais e processuais penais impactadas pela Lei n. 13.964/2019. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 19.

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma) Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 188.699/SC. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. 20 de dezembro de 2023. Disponível em https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/medio-do/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=223609245®istro_numero=202303757165&peticao_numero=202301073054&publicacao_data=20231220&formato=PDF – acesso em jan./2024.

de procedibilidade via exercício de representação para complementar a denúncia ministerial – reclama retroatividade (como se material fosse): tanto simboliza o caráter misto, por estar insculpida no próprio Código Penal (e não no Processual), quanto diz respeito também à discussão sobre os limites dessa retroatividade.

Em relação ao que o STF manifestou nessa ocasião, alguns aportes realmente se encaixam e enriquecem o presente debate: naquele julgado, o relator, Ministro Edson Fachin, aduz que há pelo menos quatro pontos cruciais para que se leve em conta a questão da introdução de expedientes mais benéficos pela Lei n. 13.964/19 e como se deve considerá-los a respeito da retroatividade: (I) a norma, no caso (alteração do tipo de ação sobre o estelionato), feita diretamente no Código Penal exhibe, por isso mesmo, um tom de norma ‘mista’ mais associado ao caráter material de *lex mitior* e deveria ser obstáculo (caso descumprida) para a própria sanção penal já em execução; (II) a eficácia plena e a aplicabilidade imediata – vez que direito fundamental – do inciso XL do art. 5º da Constituição, sobre a ampla retroatividade da lei mais benéfica; (III) a possibilidade de aplicação analógica da lei, descrita no art. 3º. do CPP, e sua associação a institutos como o art. 91 da Lei n. 9.099/95 e ao art. 484, § 3º do Código de Processo Civil, sobre os “(...) pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo”, que podem ser conhecidos pelo magistrado de ofício, “(...) em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado”; e, por fim, (IV) naquele caso, o não desrespeito quanto a exarar representação após a denúncia, uma vez que não houve limite rompido, dado que a necessidade de representação é instituto que surgiu posteriormente para casos similares.

Eis o porquê de o *case* quanto ao estelionato ser tão importante e correlato – como aduz Badaró¹² - à questão do ANPP. A totalidade do argumento (I) obviamente se desconta aqui, eis que se tem (quanto ao ANPP) uma alteração feita no CPP, mas sua base enquanto *lex mitior* mantém certamente o cerne da ideia de possibilitar retroatividade mais ampla. Sobre o argumento (IV), igualmente a questão difere entre o novo requisito da ação penal do estelionato e o ANPP, mas, do mesmo modo,

¹² Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal* [livro eletrônico]. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

o centro da discussão se mantém: a possibilidade de ANPP é uma *novatio* frente ao sistema, e se configura como mais benéfica – e, portanto, necessita de retroatividade mais alargada a partir de quando entrou em vigor. Limitar restritivamente o poder de retroação das condições para o ANPP é contrariar o bojo dos demais argumentos/lógicas de análise (III e, sobretudo II).

Passou-se, pois, a ter em uma das Turmas do STF, o entendimento de que o ANPP precisa não só ter aplicação retroativa (mais benéfica) possibilitada (na esteira de outras alterações penais e processuais com caráter de *lex mitior*), como se estipulou que essa retroatividade deve ter a mais larga margem possível.

A questão, como já mencionado, é um dos motes centrais da afecção ao Plenário da Corte do (crucial) julgamento do HC n. 185.913-DF.

Sobre esse último *writ*, o Ministro Gilmar Mendes, na qualidade de relator, salientou, em decisão monocrática (em setembro/2020), que a discussão sobre o marco de retroatividade do ANPP suscita muitas questões e recorrentemente é alvo de medidas que atingem o STF com potencial de irradiação a um número expressivo de processos, reclamando a atuação do Plenário do STF para que a discussão ganhe ares de fixidez de jurisprudência e maior segurança jurídica. Entre as questões notáveis da decisão, um breve (mas substancial) arrazoado pela importância da possibilidade de fixação de teses pela Corte na sede expedita de julgamentos de Habeas Corpus e o cuidado de expor as potenciais divergências sobre a questão, oriundas de Tribunais e da própria recorrente posição do STJ (aqui já referida).

Mas o eixo mais importante da decisão monocrática em questão foi o estabelecimento, pelo Relator, de duas frentes ou ‘questões-problema’ para a decisão convergente do Plenário: a questão sobre se o ANPP pode ser oferecido em meio a processos já em curso avançado (e qual a natureza da norma respectiva e qual deve ser o alcance de sua retroatividade), e a questão do cabimento ou não do ANPP se não tiver havido a “confissão circunstancial” dos fatos para abrir a possibilidade de acordo.

Em momento oportuno, dada a (agora) conflagração da divergência entre as Turmas do STF sobre o marco de retroatividade, o *writ* levado ao plenário tem nessa pelo menos uma de suas plataformas de debate e resolução de impasse.

Sobre o ponto da confissão, e sobre a existência de ela ser, conforme *caput* do art. 28-A do CPP, condicionante para o inícios das tratativas de acordo, o presente texto não fará ilações maiores (dado o foco específico do debate proposto), salientando apenas que causa estranheza – e parece tecnicamente incomum – que um acordo que visa justamente a não-persecução processual precise de um requisito-chave que seja espécie de pré-prova auto incriminadora compulsória (relativa, em última análise, ao mérito da causa), e que, mesmo isso, seja praticado em sede investigativa/preparatória (sabendo-se que a confissão extraprocessual poderá ser refeita, desfeita e/ou retratada em momento posterior), com efeitos para além do processo penal (já que pode ser utilizada em outras situações não penais, correlatas ao caso, como prova emprestada, diante da totalidade do ilícito). Mesmo que, salienta-se, a finalidade confessional no ANPP não seja precipuamente probatória, em sentido estrito e, sim, espécie de chave de obtenção consensual¹³, o alerta quanto à questão merece a ressalva, mesmo que ora ligeiramente.

Quanto ao outro ponto, pois, a temática aqui é central: a necessidade de se discutir a matéria não apenas pelo critério de sua amplitude de retroatividade, mas, também, pela própria função despenalizadora e político-processual. A natureza da norma do art. 28-A do CPP crê-se que já está bem pautada como sendo ‘mista’ ou *novatio*, mais benéfica e aqui já há um ponto de não-retorno jurisprudencial importante.

Há também, contudo, que se debater sobre a questão de sua retroatividade em um sentido não só respeitador-formal da ideia (aplicação temporal) da *lex mitior*, mas também em um sentido de uma *lex mitior* em tom crítico, político e quiçá criminológico.

A pauta da retroatividade deve levar em conta o conteúdo da benignidade da lei retroativa, bem como seu propósito e sua vocação político-criminal: não pode ser apenas um debate sobre retroatividade e seus marcos, em sentido frio, mas, oportunidade importante para definir o próprio caráter do instituto¹⁴, em si, em meio a esta discussão.

¹³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; REIS, Dimas Antônio Gonçalves Fagundes. Limites à utilização da confissão do imputado realizada com requisito ao acordo de não persecução penal. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, ano XX, n. 80, jan./mar.2021, p. 273.

¹⁴ CARNEIRO, Andréa Walmsley Soares. Acordo de não-persecução penal: constitucionalidade do método negocial no processo penal. *Delictae: Revista*

Neste sentido, o tom de esquivia que o instituto em questão possui quanto a ritos processuais (e investigativos) inúteis, custosos, dramáticos e passíveis de ressignificação jurídica precisa entrar no debate de alta monta constitucional feito pelo STF. Afinal,

[o] reconhecimento da incapacidade de o sistema de justiça criminal processar e julgar, pela via da cognição exauriente, todos os casos que lhe sejam noticiados como criminosos é algo inegável e de percepção inevitável por todos os países desenvolvidos¹⁵.

Há claras bases para que o STF construa entendimento a respeito de uma retroatividade motivada não apenas no bom senso quanto à aplicação cronologicamente mais benéfica, mas a partir do que se quer estipular o que simboliza o mecanismo negocial. E há, com isso, nítida chance de o HC n. 185.913-DF ser sede discursiva e ponte para uma imensa mudança nos rumos do processo penal, da sistemática procedimental e mesmo da política criminal brasileiras, como se procura discutir nos tópicos *infra*.

2. O POTENCIAL POLÍTICO-CRIMINAL (E POLÍTICO-PROCESSUAL) DO ANPP: INSIGNIFICÂNCIA E TÁTICA PARA ALÉM DO MERO DEBATE DA RETROATIVIDADE

Dentre as condições legais que o CPP estabelece para a possibilidade de negociação do ANPP, os fatores proibitivos constantes do § 2º do artigo 28-A são não apenas triviais como sistematizados de acordo com a margem de possibilidades também estabelecida para mecanismos similares, como a transação penal: o próprio inciso III do art. 28-A assimila os institutos do ANPP, da transação e do *sursis* processual quanto ao impedimento de sua utilização ser feita novamente

de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito, Belo Horizonte, v. 4, n. 7, jul./dez/2019, p. 36.

¹⁵ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. GOMES FILHO, Dermeval Farias. DIAS, Danilo Pinheiro. Discricionariedade persecutória no ANPP: afinal, o que se negocia? *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 50, p. 185, dez./2022.

antes de um período depurador de 5 (cinco) anos. O inciso I, inclusive, determina que não se aplica o ANPP quando cabível a transação – em óbvia alusão ao fato de que, se tratando de infração de menor potencial ofensivo (cenário, pois, de procedimento sumaríssimo), a medida alternativa processual e despenalizadora condizente já é a transação penal. O ANPP é estabelecido para uma faixa de crimes mais abrangente, eis que não limitados pela possível pena máxima, mas pela virtual possibilidade de uma pena mínima.

Mas as semelhanças não terminam nessas menções expressas: o inciso IV do mesmo artigo 28-A do CPP, nos moldes do que a Lei n. 9.099/1995 faz em relação à transação penal, estipula certa qualidade intrínseca de matéria criminal cuja questão não pode, de pronto, possibilitar ao acusado/suspeito/imputado a oferta de acordo. A prática do crime envolvendo violência de gênero e/ou relativamente à situação doméstica ou familiar, na esteira da Lei n. 11.340/2006 (“Lei Maria da Penha”) impeliu à legislação vigente que, quanto a práticas que se inserissem nesse cenário de reconhecimento afirmativo de violência, e da própria condição social-estrutural em relação a este contexto, a medida alternativa se mostrasse descabida e inconveniente – ocorrendo agora o mesmo com o ANPP. Nessa linha, Suxberger, Gomes Filho e Dias apontam a diferença (e o caráter assumidamente despenalizador) que o ANPP incorporou ao ingressar no corpo legislativo codificado, diferindo de sua versão inspiradora constante da Resolução n. 181 do Conselho Nacional do Ministério Público, sendo, aquela, uma proposta de controle interno de discricionariedade visando gerir a conveniência de arquivamento pelo *Parquet*¹⁶, e, na versão legal, se mostrando como meio de atingimento de extinção de punibilidade do fato¹⁷.

¹⁶ CARNEIRO, Andréa Walmsley Soares. Acordo de não-persecução penal: constitucionalidade do método negocial no processo penal. *Delictae: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, Belo Horizonte, v. 4, n. 7, jul./dez/2019, p. 34.

¹⁷ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. GOMES FILHO, Dermeval Farias. DIAS, Danilo Pinheiro. Discricionariedade persecutória no ANPP: afinal, o que se negocia? *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 50, p. 187, dez./2022.

Poder-se-ia discorrer muito, aqui, sobre como outros fatores, para além dos encaixes político-valorativos que estabeleceram alguns obstáculos pontuais, terminam por exibir espécie de receio demasiado em relação à própria vontade legal de criar institutos similares, mas dificultar-lhes o acesso e os efeitos: sobre a transação penal, o inciso III do parágrafo 2º do artigo 76 da Lei n. 9.099/95, por exemplo (assim como o inciso II do artigo 77 do Código Penal, em relação à suspensão da pena), lançam mão dos sempre nebulosos critérios subjetivos de avaliação para com a personalidade, a conduta social e o combo impreciso de “...motivos e circunstâncias...” que poderiam tanto recomendar quanto reprender a possibilidade dos acordos (em sentido amplo). Critérios que pugnam, inegavelmente, por uma espécie de avaliação moral e qualitativa do caso respectivo, e afastam a possibilidade de um acordo ou arranjo similar ser visto mais como uma forma de operação político-estratégica da questão do que como uma espécie de avaliação de grau de reprimenda, como uma “chance” ou benevolência para com o acusado, e não como algo taticamente disponível, guardadas certas condições.

É justamente uma guinada oposta (no sentido da gestão político-processual dos conflitos penais) que se poderia passar a propor aqui, para que o ANPP já possa se consolidar como um ferramental sóbrio de uso (tático) dentro da própria administração judiciária – ou a própria jurisdicionalidade, de forma ampla: desbastar ou afastar a possibilidade de que uma medida dialogal (ou uma via procedimental alternativa) possa ser vista como uma espécie de oferta no sentido da indulgência, pura e simplesmente, e passe a ser uma plataforma pensada ante a própria noção de desafogo judiciário em relação à aceitação de bases de negociação. Uma assunção dessa dita função política do ANPP como um meio de conflitar um cenário *win-win* em relação aos casos penais: o órgão ministerial dotado de maior qualidade de avaliação de seu compromisso e atividade processual, a jurisdição se valendo de condições distintas para que um caso ganhe solução que dispense a punitividade estrita e seus custosos e ineficazes (em muitas acepções) trâmites, e a efetividade maior (material e pessoal), para alguns cenários, da resposta via satisfação de condições muito mais adequadas e propícias.

Afinal, é salutar frisar que é preciso instrumentalizar (constitucionalmente) o processo penal visando também “(...) alcançar-se uma

maior funcionalidade e eficiência processual, sem, contudo, abandonar a fundamental e irrevogável natureza garantística”.¹⁸ Quando se destaca esse ponto, se procura afirmar uma espécie de leitura crítico-funcionalista que, sem deturpar as bases de garantia e estabilidade democrático-acusatórias que o processo precisa possuir, colabora para que ele, justamente, tenha uma função imanente relativa a esse mesmo caráter. Ou seja: não buscar em uma política (criminal) um fator discursivo de transcendência externa, etérea, mas, sim, reafirmar compromissos democráticos e constitucionais imantando a função que se quer ver efetivada no (e com o) processo.

O que se busca, aqui, vai na linha de que uma política-criminal discutida em torno do processo penal possui necessariamente menos de uma pura e simples adoção de uma teleologia funcionalista (em sentido fraco), condicionando os elementos do processo e sua serventia, e, mais, de uma noção quanto ao estofo e os objetivos (constitucionais) na interpretação e aplicação dos ditames processuais, reforçando princípios constitucionais e escapando de armadilhas como uma oposição pura e simples entre “garantias” (vistas como empecilhos) e “eficiência” (vista sempre no pernicioso viés punitivista)¹⁹.

Desse modo, não parece haver interdito em se discutir uma política criminal atrelada a um conceito político-processual que admita a leitura, aplicação, e amplificação/retração hermenêutica, dos institutos, vinculadas à solidificação de uma ideia ou interesse maior de fundo: sem suprimir os critérios penais-materiais e seu teor manifesto, mas assumindo-se que é possível fortalecer (e arrojar) critérios tipicamente processuais (político-processuais) de exclusão de intervenção punitiva em alguns casos – como aponta, dentre tantos, Silva Sanchez, nos termos da lei processual alemã (*Strafprozessordnung* - StPO § 153, especialmente)²⁰.

¹⁸ AIRES, Murilo T.; FERNANDES, Fernando A. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, jan./abr. 2017, p. 257.

¹⁹ DIVAN, Gabriel Antinolfi. Crítica científica de “A colaboração premiada como instrumento de política criminal” – Um adendo sobre a necessária visão político-criminal do processo penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, jan./abr. 2017, p. 419-425.

²⁰ SILVA SANCHEZ, Jesús María. Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión. *Estudios penales y criminológicos*, Santiago de

Tudo isso sem perder de vista que o ANPP, como alternativa penal, também deve ter em mira a dualidade necessidade e suficiência para prevenção e reprovação do crime (caput do art. 28-A do CPP), emulando o que diz o *caput* do art. 59 do CP, que fala sobre o regramento de aplicação de pena privativa de liberdade.

Dito isso, retornando ao § 2º do artigo 28-A do CPP, vê-se curiosa e profícua questão colocada no inciso II. Em sua primeira parte, estipula vedação qualitativa que resume à própria avaliação subjetiva em relação ao imputado, ao negar a possibilidade de acordo para com o suspeito se ele “(...) for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional”. Ato contínuo, define, no entanto, um critério igualmente qualitativo, porém reverso, como espécie de exceção da exceção: “(...) exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas”.

A lei pensa menos no eventual valor do caso ou na eventual ofensividade da prática acusada (baixas quantias envolvidas, ou desprezíveis consequências da prática infracional, por exemplo), do que em uma avaliação da conduta do imputado em relação a um item de ranqueamento de sua personalidade ou inserção criminosa. Porém, ao mesmo tempo, abre um interessante leque para argumento diametralmente oposto, e permite que se retome o prumo de uma possível leitura político-estratégica da situação. Essa, invariavelmente, passa por estabelecer o que seria jurídico-penalmente ‘insignificante’ para que se pudesse superar até mesmo uma reiteração ou habitualidade na prática, como critério para solucionar a questão a partir de um acordo ou do processo e persecução nos trâmites usuais.

Pensar em algum critério seguro para determinar um teor ou ao menos alguma guia para estabelecer o padrão de insignificância penal é tarefa árdua, mormente em termos de uma consolidação atual de ideário em que se verifica a ingerência penal-punitiva como medida sempre associada à firmeza e à correção de atuação, evidenciando o binômio crime *versus* segurança pública. Como afirmam (naquilo que, lamentavelmente,

Compostela, n. 25, 2004, p. 340-343. Disponível em: https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/4078/pg_333-362_penales25.pdf?sequence=1 – acesso em fev./2024.

é quase um clichê nos confins dessa discussão) Azevedo e Cifali²¹, a tendência verificada (mormente na América do Sul), em um contexto de pós-neoliberalismo, é justamente o avanço de uma gestão penal-punitiva para campos anteriormente não regulados por sanções penais, e a aposta em uma espécie de confiança na amplificação desses meios “(...) sem relação direta com a verificação de sua eficácia instrumental” e, principalmente, sem análise de impacto (especialmente o carcerário) da implantação dessas medidas. Segue vigente a falácia de que medidas despenalizadoras representariam menos de caráter de gestão política situacional e mais de espécie de abstinência ou leniência para com os efeitos da criminalidade, necessariamente.

Ou seja: é preciso agregar um tom de gestão e estratégia político-criminal ao adágio do *minima non curat praetor*, para que não se instrumentalize a questão a partir apenas de quocientes numéricos ou valores econômicos, como se a insignificância residisse exclusivamente em uma questão de valoração pecuniária, não em um juízo político sobre necessidade e utilidade. Igualmente, não se pode contentar com *standards* que possuem tom de *slogan* etéreo sobre fugas deliberadas ante a dita “(...) letra fria da lei” (um brado em prol de uma espécie de tópica jurídica desregrada e ocasional): é preciso discutir formas de ingresso conceitual desses fatores ante a própria dogmática e perquirir sobre seu espaço nela²².

Nesse interessante percurso, não faltam opções de congruência teórica (e hermenêutica) que associam tanto a possibilidade de uma insignificância como um critério instrumental-processual, quanto a um mecanismo de análise de imputação penal – ambas noções transitando entre um leque de opções de ação ministerial e uma área de controle/adequação jurisdicional.

²¹ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. CIFALI, Ana Cláudia. Segurança Pública, política criminal e punição no Brasil nos governos Lula (2003-2010) e Dilma (2011-2014) mudanças e continuidades”. In: SOZZO, Máximo (org.) *Pós-Neoliberalismo e penalidade na América do Sul*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2017, p. 38-39.

²² LUZ, Yuri Corrêa da. Princípio da Insignificância em Matéria Penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática. *Revista Direito GV*, São Paulo. v. 8, n.1, jan./jun. 2012, p. 208.

No primeiro aspecto, poderia configurar-se com praticidade a questão de que uma noção administrativa mais alargada de oportunidade quanto ao exercício da ação penal²³: haveria uma transferência pragmática da discussão para a atribuição ministerial²⁴ (em caso de ação pública) de eleger política (e legitimamente) a necessidade ou irrelevância tendentes a conformar sua própria atuação²⁵ – o que resgata algo do ferramental do Código Processual alemão (StPO) quando estipula as possibilidades de não exercício (anuído judicialmente, ou, por vezes, como pura faculdade ministerial) da ação penal²⁶. Em que pese possa haver críticas a um eventual arbítrio temerário nessa visão, e uma associação a um ‘princípio de oportunidade’ como instrumento típico de uma espécie de totalitarismo burocrático (visão que é rechaçada com análise histórica por Armenta Deu²⁷, há muito), a noção é parte importante do argumento conjunto que aqui será desenvolvido (mormente o fato de que não há imposição legal alguma quanto ao dito ‘princípio da obrigatoriedade’²⁸ e sua suposta operacionalidade *full time*, sendo essa uma escolha²⁹ legitimamente política), não havendo porque não considerar o caráter flexível e adaptável de outros fatores de escolha, em dados cenários ou

²³ LUZ, Yuri Corrêa da. Princípio da Insignificância em Matéria Penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, n.1, jan./jun. 2012, p. 211-213. Cf. ARMENTA DEU, Teresa. *Principio Acusatorio y Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1995, p. 48-49.

²⁴ Cf. RESENDE, Augusto César Leite de. Direito (subjetivo) ao Acordo de Não Persecução Penal e Controle Judicial: Reflexões Necessárias. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 3, set./dez. 2020, p. 1556-1557.

²⁵ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 43.

²⁶ CASTRO, Alexander de. O princípio da insignificância e suas vicissitudes entre Alemanha e Brasil: análise de um caso de inadvertida criatividade jurídica (1964-2016). *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 74, jan./jun. 2019, p. 45-50. <https://doi.org/10.12818/p.0304-2340.2019v74p39>

²⁷ ARMENTA DEU, Teresa. *Criminalidad de bagatela y Principio de Oportunidad: Alemania y España*. Barcelona: PPU, 1991, p. 51-57.

²⁸ DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Processo Penal e Política Criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal*. Porto Alegre, Elegancia Juris, 2015, p. 254-270

²⁹ CHIAVARIO, Mario. *L’Azione penale tra Diritto e Politica*. Padova: Cedam, 1995, p. 70-71.

âmbitos favoráveis (respeitado o âmbito de coadunação prudente entre a legalidade estrita e sua flexibilização³⁰).

Do ponto de vista dogmático penal a respeito da imputação, as noções e possibilidades (igualmente difusas) vagam entre cenários que optam por uma visão crítica e aparelhamento que, à moda funcionalista contemporânea, atribui conteúdos valorativos à tipicidade penal, e/ou mesmo lhes localizam sob o crivo da entrecruza entre as versões ‘formais’ ou ‘materiais’ de tipicidade³¹. A noção não apenas de uma adequação (em última análise, gramatical e descritiva) dos fatores de tipicidade, mas da própria funcionalidade da noção de injusto-típico, não pode ter passagem sem a filtragem de uma contrafunção essencial de guarida como sugerida por Tavares: “(...) o injusto penal, na qualidade de injusto típico, não pode ser produto de livre criação, nem ser orientado por qualquer propósito, senão o de delimitar com absoluto rigorismo as áreas sobre as quais será admitida a intervenção do Estado”³².

Pensar, pois, uma crítica da tipicidade (ou tipicidade crítica), não pode significar apenas um tensionamento de uma inadequação ou deslocamento de congruência (exclusivamente penalista), e sim um óbice que precisa indagar sobre a absorção penal-estatal da própria questão,

³⁰ SANTIAGO, Nestor Eduardo de Araruna. GALVÃO, Alex Renan de Souza. ALMEIDA, Ana Luísa Pessoa de. SOUZA, Antônia Ana Luiza Sales de. PINHEIRO, Francisca Lohanna Albuquerque. O Acordo de Não Persecução Penal no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará: uma análise empírica. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 31, n. 371, p. 26.

³¹ LUZ, Yuri Corrêa da. Princípio da Insignificância em Matéria Penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, n.1, jan./jun. 2012, p. 219. <https://doi.org/10.1590/s1808-24322012000100009>. Em outro viés, crítico a esse posicionamento, poderia se aduzir que a origem da discussão penalista em torno do uso da insignificância estaria não apenas vinculada (inicialmente) a um círculo restrito de infrações – o que fora superado pela maioria da doutrina germânica (a partir de Claus Roxin) – como, também, que a análise mais adequada poderia ser a de questionar a lesividade da conduta ‘insignificante’, sem apartar artificialmente a tipicidade destacando a materialidade do formalismo. Cf. CASTRO, Alexander de. O princípio da insignificância e suas vicissitudes entre Alemanha e Brasil: análise de um caso de inadvertida criatividade jurídica (1964-2016). *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 74, jan./jun. 2019., p. 50-53.

³² TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 129-130.

sua (por vezes) impertinência e os custos e vantagens (políticas) de outra tomada de rumo. É o que se fala quando se alude a uma função ou nota de tática político-criminal do instituto: potencializar o âmbito processual com força para promover, em si, análise e exclusões, como campo funcional dos conteúdos legais-materiais.

As cortes superiores brasileiras (mormente o STF), ao se debruçarem sobre o tema, tradicionalmente focam a discussão como faz a maior parte da literatura pátria sobre a temática (em espécie de retroalimentação), e tendem a situar a contenda no que diz para com a insignificância como um fator que afasta/exclui a configuração da tipicidade material. A visão é pragmática e bem-vinda sobre vários aspectos, mas igualmente traz também seu teor de instabilidade e dúvida. Questiona-se essa instabilidade no instante em que não se parece ter uma solidez pacífica nem quanto ao confronto da insignificância/exclusão típica frente à ‘reincidência’ (conceito legal e estabelecido) – quanto mais, como se verá, quanto a fatores agregados ao texto legal, como “...conduta criminal habitual” e “...reiteração delitiva”.

Em relevante a até hoje referido julgado, em 2004, o STF, sob a lavra do então Ministro Celso de Mello, no HC n. 84.412-SP³³, procurou estabelecer critérios atinentes para a verificação de teor de insignificância quando da análise casuística – consagrando a tese da ‘exclusão de tipicidade material’, sendo eles: (I) verificação da ofensividade da conduta (tendo que ser atestada como mínima); o (II) teor de ausência de periculosidade social do ato praticado; o (III) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente; e (IV) a inexpressividade da lesão provocada. Percebe-se que, por mais que o esforço seja, repete-se, digno de nota, na análise histórica da discussão, e esteja planificada, enfim, uma tentativa de listagem de vetores, os problemas persistem quando se tenta contornar a própria vagueza inerente ao conjunto, cuja aplicação acaba pautada mais pela obviedade do visível exagero na aplicação punitiva, do que por qualquer outro cenário (vide a questão dos irrisórios valores monetários

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Segunda Turma) Habeas Corpus n. 84.412. Relator: Min. Celso de Mello. 19 de abril de 2004. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226200> – acesso em mar/2023.

envolvidos no furto respectivo e na condição de emergência econômica que se encontrava o réu/paciente – no caso em questão avaliado).

Ao cabo, termina-se refém do mesmo problema quando se esbarra em uma falta de precisão conceitual que acaba por tentar ocultar o óbvio: haverá alguma decisão pontual e contextual sobre a tipicidade, que não difere de uma decisão (ao fim) sobre a conveniência do exercício da ação, e que precisa ser vista como legítima em seu teor de política-criminal e gestão, para além do entrave de sempre se fugir de toda e qualquer competência/discricionariedade, como se fossem augúrios de autoritarismo ou intransigência. Aliás, pode-se especular que o fator mais propício à insegurança jurídica e à vagueza conceitual não deixa de ser o próprio critério da ‘exclusão de tipicidade material’ que, sozinho e lastreado apenas por quatro fatores circulares e conceitualmente imprecisos, procura ser uma espécie de escape que não se assume enquanto ato de gestão.

O STF ainda reserva enfrentamentos que, embora anteriores à reforma de 2019 no CPP, dizem para com os ferramentais que tratam diretamente para com o ANPP no ponto ora debatido, tais como o julgamento do HC n. 101.998-SP (da lavra do Ministro Dias Tóffoli), em 2011, pela 1ª Turma³⁴, que dá base material para entendimentos ulteriores (resplandecidos no próprio plenário), como no caso do HC n. 123.533-SP, relatado pelo Ministro Roberto Barroso, em 2016³⁵. No caso de 2011, a “reincidência específica” é fator que aduz contumácia e personalidade voltada à delinquência (o que afastaria o debate sobre insignificância mesmo ante valores ínfimos de *res furtivae*). Já o julgado de 2016 toma como base o anterior, para declarar que, embora o caso concreto e seus meandros possam fazer a decisão da causa coadunar reincidência e insignificância, aquela é um fator que pode ser impeditivo

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Primeira Turma) Habeas Corpus n. 101.998. Relator: Min. Dias Toffoli. 23 de novembro de 2010. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3813675> – acesso em fev/2023.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário) Habeas Corpus n. 123.533. Relator: Min. Roberto Barroso. 03 de agosto de 2015. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4608265> – acesso em mar/2023.

do reconhecimento desta, dada a própria leitura conglobante (“juízo amplo”) sobre a tipicidade que se deve fazer (incluindo-se, assim, elementos sobre a conduta/contumácia/circunstâncias do agente). Vê-se que a própria questão de tensionar a tipicidade exclusivamente material pode trazer conteúdos aporéticos.

Mais dúvidas se originam de decisões que o STF exarou mesmo em sentido oposto, desconsiderando ou minimizando a reincidência diante de justo reconhecimento preponderante da insignificância: no RHC n. 113.773-MG, julgado pela 1ª Turma em 2013³⁶, o Ministro Gilmar Mendes agregou ao ínfimo valor furtado pelo recorrente o critério de restituição intacta dos bens à vítima como significante da atipicidade da conduta.

No HC n. 138.697-MG, em 2017, a 2ª Turma, sob a relatoria do então Ministro Lewandowski³⁷, decidiu que a reincidência verificada pela condenação anterior de um agente não poderia ser óbice para que lhe fosse reconhecida a insignificância para o trancamento da ação penal respectiva. Nesse caso, o Ministro menciona a quadra de critérios proposta pelo voto de Celso de Mello em 2004, valorando a inexpressividade da conduta delitiva para sobrepujar a condenação anterior, relativa a tráfico de drogas e adesiva à questão de sustento, à época, do próprio vício pelo réu. Ainda se refere à necessidade de avaliar a desproporção de aplicação da lei penal quanto ao caso específico, em interessante digressão.

São questões insinuantes e antinomias problemáticas no instante em que o CPP passa a oferecer um benefício que depende, para sua configuração, tanto de uma ausência de contumácia criminosa (critério ainda mais inespecífico e cinzento do que a objetivamente configurada reincidência), como, ao mesmo tempo, procura oferecer espécie de antídoto ou solução quando suscita a insignificância das infrações pretéritas como fator maior. Então, o ponto nodal passa a ser a aferição de qual

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Segunda Turma) Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 113.773. Relator: Min. Gilmar Mendes. 27 de agosto de 2013. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4250473> – acesso em mar/2023

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Segunda Turma) Habeas Corpus n. 138.697. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. 16 de maio de 2015. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5096071> – acesso em mar/2023.

seria o critério nuclear do próprio critério, ou, mais especificamente, qual o fator ou última palavra a ser dada a respeito do que é insignificante para configurar o afastamento (da tipicidade, e/ou também da própria obrigatoriedade da ação penal e seu exercício, em outra seara) e permitir a aplicação do ANPP.

Ou, ainda, de um modo mais específico: qual, afinal, será o caráter central estabelecido para o ANPP em nosso ordenamento, e qual sua funcionalidade precípua? Entende-se, aqui, que essa não pode ser outra senão político-criminal, e sua aplicação não deve ser outra, senão de instrumento de ingerência crítica quanto à filtragem da própria atuação estatal-punitiva, vez que se posta como alternativa penal (e isso tendo ou não *link* direto com o valor patrimonial ainda que mediatamente estipulado para a ‘causa’).

Para isso, se lança mão – frente às questões pendentes da decisão angular a ser trazida no HC 185.913-DF – de uma visão estratégica e político-criminal que avalia o próprio critério de justiça em relação à existência/manutenção ou não de um caso penal, conforme será exposto, *infra*.

O que precisa ficar claro quanto à dita aplicação política de critérios é que ela necessariamente precisa se imantar de ao menos dois vértices obrigatórios: o (a) da necessidade de enfrentamento crítico da punitividade, tal como filtro nos moldes de uma tese de minimalismo penal e, (b) o de se levar em conta o conhecimento (igualmente crítico) acumulado para que circunstâncias que permeiam os exercícios jurisdicional e acusatório possam abertamente discutir os critérios de insignificância em oposição não apenas à larga monta de ‘significância’ (patrimonial), e, sim, frente a outro antípoda, que é o da juridicização penal que não leva em conta fatores como os desníveis relativos à precariedade de ordem social para distribuir a atuação punitiva³⁸.

³⁸ Cf. ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo estrutural*. São Paulo: Pólen, 2019. BUTLER, Judith. *Corpos em aliança e a política das ruas*: notas para uma teoria performativa da assembleia. Trad. Fernanda Siqueira Miguens. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. Criminologia crítica e pacto narcísico: por uma crítica criminológica apreensível em ‘pretuguês’. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 135, set./2017, p. 546.

3. POLÍTICA CRIMINAL E FUNCIONALIDADE DO ANPP: GÊNERO E ESPÉCIE DA DISCUSSÃO SOBRE INCIDÊNCIA PENAL E SUA 'JUSTA CAUSA'

Até aqui o percurso traçado procura estabelecer aportes seguros para discutir a decisão do STF sobre a conformação do ANPP e seus limites de aplicação. Duas premissas já dispostas são: (I) a de que é preciso afirmar que o ANPP reclama, para si, uma aplicação ampla, e que isso significa, em termos de marco temporal, uma *retroatividade* mais abrangente possível, sendo essa a resposta ora propugnada para uma das questões a serem resolvidas pelo STF, conforme suscitado ao Plenário pelo Relator; e, mais importante aqui, (II) a de que é preciso afirmar o ANPP (para além de opção procedimental, resguardadas condições elencadas), como mecanismo político de gestão processual-criminal, de atuação ministerial e/ou do próprio funcionamento judicial - o debate que, em nosso sentir, é como que o gênero que engloba a espécie integrada pela discussão anterior.

Um início de fixação dessa última via ou premissa poderia aproveitar o disposto no tópico *supra*, e pugnar pelo reconhecimento da necessidade de fazer com que critérios de insignificância superem critérios de reincidência e/ou contumácia delitiva quando assertivos para amplificar (ao invés de limitar) as chances de um acordo ser entabulado.

Até onde o ANPP possa ser aplicado e retroagir em seus efeitos, depende ou passa, fatalmente, por se deixar claro o que ele é, e que propósito político possui (o que se coaduna com o próprio entendimento mais evidente sobre o potencial de amplitude que precisa ter uma *lex mitior* para que se efetive o comando constitucional da retroatividade, nesse caso: o maior possível³⁹). E é aqui que uma revigorada visão de *justa causa para a ação penal* pode agregar ao debate o necessário tom que precisa ser a ele unido: o da discussão sobre a utilidade (literal justiça de existência) da causa em debate, em si.

³⁹ WUNDERLICH, Alexandre; LIMA, Camile Eltz de; MARTINS-COSTA, Antonio; RAMOS, Marcelo Buttelli. Acordo de não persecução penal. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 26, 2020, p. 53-54; Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/11/> - acesso em abr./2023.

Vão quase duas décadas desde que Moura⁴⁰ publicou trabalho completo e de excelência sobre o tema. Ali, embora não ainda frente à atualização vindoura pela Lei n. 11.719/2008, já estava de certa forma explícito o percurso que posteriormente pode ser afirmado, como lembra Divan⁴¹, que ilustra uma verdadeira metamorfose e afirmação da ‘justa causa’: de um caráter de nítido elemento de questionamento da constrição/prisão (referida em meio ao artigo 648 do CPP, como ensejo para habeas corpus), mormente, para a porta de entrada do procedimento, quando passa a ser dotada de maior prestígio enquanto caráter processual-preambular (resplandecente no artigo 395 do CPP, como baliza do recebimento/rejeição da ação). Vislumbra-se que a ‘justa causa’ passa a ter maior protagonismo como meio de discussão (processual) da necessidade ou não de prosperidade inicial da ação do que em sua definição primeva, que dizia respeito a problematizar uma coação/constrição literal. Daí porque muito mais popular, inclusive, a definição do *nomen* do instituto adicionada do predicado “...para a ação penal”. A análise da ‘justa causa’ refere perquirir se há ou não coerência, viabilidade e razoabilidade na própria sustentação da causa, do todo, da persecução, em si, e não na pontualidade de um ato ou elo procedimental.

Aferir a existência, pois, de ‘justa causa’, ganha avanço quando o que está em jogo é aferir a própria necessidade ou coerência da ação penal, propriamente, a existir. Dito isso, é preciso refletir que a “justa causa para a ação penal” precisa ganhar uma atualização, banhada por conceitos que inferem não apenas o alargamento da noção do que é coação, como a noção de que uma afronta (legítima coação) às liberdades em latência igualmente requer meios de combate e remédios específicos. Veja-se o que, há muito, se tem enquanto *habeas corpus* para trancamento, baseado na já consagrada noção de coação ou constrangimento exclusivamente processual⁴². Do mesmo modo, parece oportuna uma guinada de (re)de-

⁴⁰ Cf. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a Ação Penal*. Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: RT, 2001.

⁴¹ DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Processo Penal e Política Criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal*. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015, p. 308-332

⁴² Cf. DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Processo Penal e Política Criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal*. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015,

finição nessa seara, quando se percebe que as tentativas de mapeamento e definição de critérios de insignificância e/ou justa causa esbarram em um tom claudicante do próprio STF ao determinar adequadas incidências, potencial e obrigatoriedade para estabelecer o verdadeiro juízo (crucial) da própria noção de prelibação e/ou recebimento acusatório: como anota Prado, verificada idiosincrasia ao ser (na contramão da melhor doutrina) essa prolação considerada de forma remansosa como uma zona livre de teor decisório legítimo pela Corte, quase com tom de expediente administrativo.⁴³

Assim, se desvia, aqui, dos aportes que limitam a ‘justa causa’ a uma espécie de fator inicial de (mera) legitimidade (sem de qualquer maneira os negar, eis que elementos cumulativos, em nosso sentir). Moura, em sua análise, permite que se avance em relação a esse tipo de constatação, dado que franqueia a leitura para uma espécie de critério aberto para denúncia de ilegitimidade contrária à ordem jurídica⁴⁴, em sentido nitidamente amplo.

Há, porém que se escapar de miradas visivelmente paralisantes ou que propiciam uma excessivamente cautelosa opinião que condiz com uma espécie de preâmbulo processual que jamais precisa retornar a ser avaliado⁴⁵ – como a recorrente e exitosa tese jurisprudencial de que

p. 320 e MARQUES, Leonardo Marinho. *Da Justa Causa para a Ação Penal*. Na perspectiva do processo como procedimento em contraditório. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 2006. p. 10.

⁴³ Cf. PRADO, Arthur S. Entre a decisão e o conselho: como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal dificulta a instalação de uma etapa intermediária no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8, n. 1, jan./abr. 2022, p. 236-237. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i1.668>

⁴⁴ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a Ação Penal*. Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: RT, 2001, p. 175-176.

⁴⁵ (...) Por um lado, se tem uma noção que apresenta a ‘vistoria’ quanto às ‘condições’ da ação como uma das funcionalidades de um critério eminentemente axiológico de prelibação jurídico-processual. Enquanto que, por outro, tem-se uma visão de justa causa inteiramente cooptada pelo debate técnico-processual, assimilando-a como tipo de substantivo ou *nomen juris* de gênero para a existência conjunta das espécies de “condições da ação” (uma espécie de *check-list* completado pela regularidade das demais condições autorizadoras)”. DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Processo Penal e Política Criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal*. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015, p. 342.

a ‘justa causa’ é espécie de “condição da ação penal” que se verifica, ou não, na base do escorço probatório mínimo para propiciar um grau de confiabilidade inicial para a demanda criminal - e só.

Há que se fazer, justamente, inserir no debate aportes político-criminais e criminológicos, uma vez que se tem na “justa causa para a ação penal” a possibilidade – desde o batismo da ferramenta – de se aferir se, decididamente, a causa é justa em sua essência. Nesse ponto, há, talvez, que se coligar a ‘justa causa’ à própria noção de insignificância, não para lhe materializar enquanto símbolo tabelado de ínfimos valores, mas para conferir a ela um norte que esteja mais próximo de uma assumida avaliação do binômio de utilidade-necessidade de a causa prosperar. Assentir para com uma análise que se aproxime, igualmente, de uma maior ingerência de oportunidade processual, para que, enfim, insignificância e ‘justa causa’ possam oferecer à jurisdicionalidade seus principais trunfos conceituais: uma discussão sóbria e incisiva sobre se é válido ou não investir a jurisdição penal naquela discussão, de fato – o que vai muito além de critérios amorfos que se respaldam apenas por comparações de valores de *res furtivae* e critérios economicistas literais.

Assim, o critério para a consideração da insignificância – a ser vivificado também quanto ao permissivo legal do ANPP – não pode ser balizado pela tentativa (válida) do STF e sua quadra de premissas (que se colocava sempre como refém de comparativos monetários), e, sim, por uma assunção (político-criminal) de oportunidade para a causa que reclama, inclusive, escopo criminológico: há que se fazer em algum nível uma análise política quanto à conveniência e a relevância de absorção daquele caso/conflito pela jurisdição penal, visando sempre à saída menos penalizadora possível (quando não a rejeição/extinção do feito, puramente).

Não se pode falar em fatores como insignificância apenas isolando o conteúdo de valor (literal ou estipulado – mormente adequado pecuniariamente) da lesão supostamente praticada, engessando a leitura (ministerial e jurisdicional) do caso como se não houvesse outros padrões ou fatores que recomendam a retração da gestão punitiva do caso: dizer que não há uma justa causa, na mesma linha, não significa apenas analisar a reunião exitosa ou não de meros critérios processuais. O momento de decisão quanto à viabilidade ou não do ANPP pode vir a ser um grande momento-cume para uma avaliação crítica da necessidade da apropriação

jurídico-penal estrita de um caso - levados em conta vários concetos de (in)significâncias particulares. Se não pode haver pusilanimidade dos órgãos da persecução para fazer aplicar/imputar a lei penal e suas sanções ulteriores, o mesmo não pode ocorrer para desbatar, neutralizar, arquivar e/ou solucionar impasses assumindo o exagero e a desnecessidade do cabedal punitivo, em vários graus, analisados particularmente.

Há como afirmar que aqui se abriria uma espécie de lacuna nos moldes pós-positivistas legando inteiramente um contorno do conceito de insignificância para uma decisão casuística de um *hard case* ad-hoc. Crê-se, contudo, que a (enfim) assunção firme de que as tarefas ministerial e jurisdicional possuem (e/ou precisam possuir), sim, muito de gestão e ingerência política (criminal) para fugir de subsunções amorfas e alienadas escapa dessa objeção⁴⁶.

Acredita-se que aqui, mais do que nunca, os padrões de uma insignificância auxiliados por elementos econômico-quantitativos já consagrados pelo Supremo podem ganhar acréscimo de conteúdo criminológico-crítico⁴⁷ quando de uma avaliação que pode muito bem se mostrar o máximo possível arredia à judicialização dos conflitos e ao processo e gestão punitiva deles. Na discussão sobre insignificância (ou não) relevante para viabilizar uma oferta de ANPP, um universo inteiro de considerações criminológicas pede passagem, sobrecarregando, sem dúvida, a tarefa processual, mas, inegavelmente, tornando-a mais coesa e eficaz na guarida política de direitos fundamentais e da função do Direito, como um todo.

De um lado, não se pode negar a contribuição do manancial criminológico-crítico como fonte de dados e de apreciação cáustica quanto à realidade e sua bruteza inescapável. Inata, inclusive, enquanto instância de esclarecimento⁴⁸ que precisa de diálogo e clama por inserção ativa na

⁴⁶ HASSEMER, Winfried; MUNÓZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanc, 1989, p; 60-61.

⁴⁷ Cf. DIVAN, Gabriel Antinolfi; FERREIRA, Carolina Costa; CHINI, Mariana. Dimensões do (bio)poder e discurso criminológico crítico: necropolítica e precarização na construção categórica da vulnerabilidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 180. ano 29. p. 235-263, junho 2021.

⁴⁸ ALBRECHT, Peter Alexis. *Criminologia*. Uma Fundamentação Para o Direito Penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro/Curitiba: Lumen Juris/ICPC, 2010, p. 31-38.

realidade jurídica, processual, jurisdicional e forense, a criminologia não pode se cingir a ser expectador alheio ou apenas brado dilatante que visa apontar falhas desde fora. É dado de realidade que cerca a aplicação da lei ao ponto de não poder ser configurada apenas como espécie de literatura fantástica sobre o tom enviesado de uma realidade punitiva rota. É material para ser levado em conta, dogmaticamente:

O custo (não apenas financeiro, mas humano) da intervenção estatal na esfera de relações e interesses, deflagrando a intromissão da teia social ou política pela política criminal e seu elemento mais invasivo (o sistema jurídico-penal) precisa ser medido. É preciso que se tenha em conta toda uma série de bases de raciocínio e previsões quanto a esse visível impacto. Não se pode acreditar que nessa quadra histórica um operador jurídico ao realizar seu ofício não tenha em mente essa série de questões desveladas pelos saberes criminológicos de cunho crítico, nem possa ignorar a aplicabilidade (mesmo que, por vezes, limitada) de seu conteúdo. O caráter parcial e obtuso (...) do sistema deve ser levado em conta (mormente pelas agências usualmente responsáveis por uma atuação que configura o *labelling approach* enquanto “profecia que cumpre a si mesma”), bem como também empreender postura necessária diante da própria realidade opressora – visivelmente opressora, inegavelmente opressora – que a incidência sistemática carrega consigo⁴⁹.

Do mesmo modo, uma visão político-criminal associada à gestão e à funcionalidade dos aparelhos que animam a sistemática de aplicação do Direito precisam também ter em conta a possibilidade crítica, de um lado, e a própria questão de custos (em larga escala)⁵⁰, de outro, para avalizar o que se pode querer e implementar a partir de institutos como o do ANPP. Se a ausência de uma ‘justa causa’ para que se inaugure a

⁴⁹ DIVAN, Gabriel Antinolfi. Justa Causa para a Ação Penal e suas possibilidades criminológicas: criminologia(s) no processo penal (hipótese preliminar). *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, v.3, n.1, 2015, p. 91 - disponível em <https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/2130> - acesso em fev./2023

⁵⁰ CARNEIRO, Andréa Walmsley Soares. Acordo de não-persecução penal: constitucionalidade do método negocial no processo penal. *Delictae: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, Belo Horizonte, v. 4, n. 7, jul./dez/2019, p. 35.

própria ação penal pode ser uma análise não apenas da viabilidade, mas da prestação e da conveniência da existência dessa ação, nada impede que se desenhe a possibilidade de oferta ampla do ANPP como mais um filtro relativo a esse fundamental fator: ampliar a incidência da possibilidade de acordo respeita a própria necessidade de uma ‘justa causa’ para que a ação penal exista, prospere e siga irradiando efeitos.

Quando a própria lei – de forma incomum, salienta-se, novamente – insere a insignificância em contraposição à própria reiteração criminosa (para possibilitar/impossibilitar o ANPP), talvez tenha aberto a brecha perfeita para essa discussão e para que isso igualmente se estabeleça. No seio de uma querela sobre até onde deve ir a retroatividade de aplicação de um instituto inegavelmente *mitior*, acoplada poderia (e deveria) estar a discussão de fundo sobre seu caráter: retroage mais e mais amplamente não por apenas uma questão de conveniência automática, mas como, assumidamente, uma forma de gerir político-criminalmente (e criminologicamente) a menor incidência penal possível. A insignificância ali a ser considerada é mais próxima de uma avaliação quanto à justiça da existência da causa, em si do que a qualquer questão que cerque exclusivamente valor e/ou devolução intacta da *res*. Até porque precisa ser igualmente debatida para crimes que não envolvam corpo de delito patrimonial-quantificável, igualmente.

O que se tem como seguro é que a discussão em torno da ‘justa causa’ une de forma visível a conceituação tanto da insignificância penal quanto da necessidade ou não de tempero e atenuação da potencialidade punitiva e da própria absorção jurisdicional-penal dos casos. Uma avaliação quanto à existência de ‘justa causa’ pode ser argumento decisivo para abrir ainda mais o leque interpretativo de aplicação de medidas tal o ANPP, visto que promove a discussão sobre a própria ingerência punitiva, na raiz, e os objetivos que dela se esperam, e os efeitos colaterais dela que devam ganhar sopeso.

A possibilidade da avaliação criminológica e de conceituação *idem* na dinâmica processual, enquanto não apenas crivo colateral e sem inserção, mas, sim, como efetiva argumentação, mostra-se aberta por meio de conceitos que clamam por uma definição de clivagem política (como a insignificância penal), bem como pela válvula político-criminal por excelência, que é a (polivalente) “justa causa para a ação penal”.

Nos campos processual e material, pelo menos duas visões de ‘justa causa’ bastante aceitas ao longo das décadas mostram uma insuficiência clamorosa em efetivar algum papel transformador ou mais coerente: (I) a visão de justa causa como (mero) lastro probatório inicial, no campo do processo, resume a noção a uma verificação pontual de verossimilhança inicial de propositura, que, se não é logicamente malfazeja, ao menos não se presta à proposta que é latente desde Frederico Marques⁵¹, ao seu tempo, para a possibilidade de uma análise de legitimidade ou ilegitimidade da atuação jurisdicional *secundum* ou *contra ius* (respectivamente) muito mais ampla (e premente)⁵²; a segunda falha ou déficit se dá (II) na limitação do tema à verificação da tipicidade (no sentido pobre, exclusivamente *standard* ou apenas material): a ilegalidade (literal) de uma imputação é de um tom de descalabro e impropriedade em si mesma e não condiz com simplesmente absorver para si a totalidade conceitual da ‘justa causa’⁵³.

São dois modos de resumir abruptamente a questão e inserir ambas em um contexto lógico e farsesco, onde tudo se ajusta a partir de uma imputação bem fornida (e verossímil) e/ou de uma análise e captura imediata de uma alarmante ausência típica. Uma formidável tática para que se fuja ao problema mais elementar: a necessidade de avaliação quanto à justiça da causa em si e os encaminhamentos a partir de constatações em cima desse fator. Um rigor dessa ordem não é mera (ou reles) ingerência política, e sim cumprimento da própria forma democrática – e mesmo legalista, em si – de uma análise preambular que é plena de relevância e significação, mas que ganha ares de uma espécie de aconselhamento de boas práticas não obrigatórias⁵⁴ em decisões discrepantes que carecem,

⁵¹ FREDERICO MARQUES, José. *Elementos de Direito Processual Penal*. Volume IV. Rio de Janeiro: Forense, 1965, p. 396-397.

⁵² DIVAN, Gabriel Antinolfi. Justa Causa para a Ação Penal e “conexão instrumental ao caso concreto”: novas possibilidades teóricas e uso político-criminal. *Revista Direito Penal, Processo Penal e Constituição*, Brasília. v. 3, n. 1. jan./jun.. 2017, p. 49.

⁵³ DIVAN, Gabriel Antinolfi. Justa Causa para a Ação Penal e “conexão instrumental ao caso concreto”: novas possibilidades teóricas e uso político-criminal. *Revista Direito Penal, Processo Penal e Constituição*, Brasília. v. 3, n. 1. jan./jun.. 2017, p. 52.

⁵⁴ PRADO, Arthur S. Entre a decisão e o conselho: como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal dificulta a instalação de uma etapa intermediária

elas próprias de coerência e uniformidade a partir dos lastros penal, criminológico e, mormente, constitucional.

Uma oferta de negócio processual como o ANPP precisa se assumir enquanto escopo legitimamente político-criminal, pois deve ser tida menos por relação de possibilidades ou *check lists* formais para a abertura de um processo, e mais como uma avaliação qualitativa sobre a efetividade, os resultados e consequências dessa abertura.

Se a “justa causa para a ação penal” não tiver, ela própria, um poderio e uma leitura conglobantes que deem conta de ser instrumento de cassação processual, mais e não apenas em relação a flagrantes arbítrios, erros técnicos e minúcias preambulares, vai seguir o nefasto marasmo que tolhe a jurisdição brasileira de ter meios efetivos para lidar com o verdadeiro e mais pungente critério de economia processual: a plataforma técnica, dogmática e segura para adentrarem aportes políticos na condução processual. Não sob a forma de arroubos e outros fatores ideológicos duvidosos, mas, sim, enquanto possibilidade de avaliação de inteligência quanto às normas, e sua aplicação que não deixa de levar em conta a realidade circundante e os marcadores mais significativos (ainda que de não fácil aceitação) que se tem em relação à justiça criminal: seu poder deve ser contido; sua atuação, cirúrgica e limitada; sua operacionalidade, guiada pela parcimônia; suas ordens e consequências, pensadas ante o custo humano envolvido e a noção autorreferente negativa de que quanto menos de sua própria operação, em todos os sentidos, melhor.

É por isso que se propõem alguns eixos e noções teóricas (resumidas) para que se busque enfrentar a problemática e as questões pendentes quanto ao ANPP, e para que se construa um procedimento e uma própria jurisdicionalidade penal arrojada que se conecte com as necessidades contemporâneas. E, baseando-se nas ideias ora esboçadas, se exprime alguns aforismos em sede conclusiva, em nosso tópico final.

CONSIDERAÇÕES FINAIS E PROPOSTAS

Considera-se que a partir do conteúdo decisório no HC 185.913-DF pelo STF (e seu teor decididamente vinculante) seria possível não apenas

no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8, n. 1, jan./abr. 2022, p. 257.

resolver itens ou quesitos pontuais em relação ao que a lei dispõe como condições para a correta aplicação do instituto (ANPP), mas, sim, questões relativas ao próprio caráter potencial inserido nele, bem como questões que dizem respeito à própria configuração estratégica que se almeja para o sistema processual brasileiro e seu teor político-criminal atinente.

Assim, aproveitando que o entendimento exarado nesse julgado vai fixar e delinear a aplicabilidade de um tema, desde o STF, e em se tratando de questão que perpassa a discussão sobre legitimidade de coação, constrição e mesmo a necessidade e pertinência da incidência penal (e seus graus) sobre os casos penais (sede de habeas corpus), convém que a Corte sustente o raciocínio ora proposto de causa/efeito ou gênero/espécie: seria perda lamentável de tempo e conjuntura debater apenas e limitadamente qual o critério temporal para a retroatividade, sem sustentar isso em uma motivação maior que tem a ver com o caráter do instituto e sua função em si. E seria igualmente lamentável que o fizesse exclusivamente enxergando apenas o critério de conveniência esperada a uma *lex mitior* que beneficia o acusado.

A resposta para a pergunta sobre se deve haver a retroatividade do ANPP mais ampla (por exemplo, enquanto o processo não tiver coisa julgada com trânsito) já parece evidentemente respondida. A questão é o fundo da discussão: o porquê de uma retroatividade mais ampla. O STF deveria viabilizar o ANPP como um mecanismo tático e, nesse sentido, defender não apenas que ele possui uma retroatividade mais ampla por uma questão de lógica de maior benesse frente a um cenário cronológico prejudicial, mas afirmá-lo como um eixo de verificação/fiscalização da própria utilidade e efetividade da incidência penal-punitiva em si.

Poderia haver coerência em dizer que a retroatividade deveria atingir apenas os momentos iniciais do curso processual e que seria incongruente suspender toda uma marcha já avançada para que se propugne um ‘acordo’ de forma extemporânea, mas a discussão puramente lógica ou formal já foi, em parte, superada. Precisa ser superada no todo: o STF tem em mãos a chance de uma das mais significativas reconfigurações do processo penal brasileiro. E ela começa pela difícil, porém necessária, assunção de que há, sim, que se ter uma ingerência política (político-criminal, político-processual e mesmo criminológica) sobre a incidência (ou a não-incidência) procedimental e punitiva.

Nesse mister, é fundamental que se desloque o debate do ANPP da seara de benefício legal ao acusado para instrumento de uso/controlado estratégico dessa incidência penal, permitindo que os atores processuais possam avaliar os graus e riscos de absorção dos casos e eventuais saídas, literalmente, mais justas para os mesmos (o que por vezes vai representar a menor intervenção penal-punitiva possível, quando não uma não-intervenção assentida).

Para isso, de mesmo modo, seria preciso (e igualmente imperioso) resgatar um conceito de “justa causa para a ação penal” que sirva como um esteio de vigilância constante a respeito desses fatores, e não, de forma pobre e desmuniada, siga sendo apenas um critério vago sobre conteúdo probatório de ativação. Avaliar o teor de justiça de uma causa deveria permitir que se estabelecesse de forma tática qual a melhor ação ou inação relativa a ela. Nesse sentido, curiosamente, ambos conceitos (justa causa e ANPP) padecem por uma reticência prejudicial em relação a uma (dita) espécie de exagero em seu espectro, que seria causador de inoperância alusiva – em último grau – à impunidade ou à perda de ingerência da jurisdição. Precisamente um engano: acusação e jurisdição carecem de meios para poder gerir a intensidade de sua atividade – ou mesmo sua recomendada inatividade - da mesma forma que o fazem enquanto uma obrigação de atuação/absorção nos casos assim afirmados pelas circunstâncias.

Desse modo retomando a proposta introdutória do texto, pode-se afirmar que

- a) Parece sólida e irredutível a noção de que há que se considerar o ANPP como atingido (no quesito de sua aplicação temporal) por uma natureza que o alia ao escopo da retroatividade da *lex mitior* em oposição ao *tempus regit actum* e suas circunstâncias processuais/procedimentais correlatas para a oferta, a aceitação e a homologação, quando assim for necessário de decidir (sobre sua oferta/possibilidade em grau de retroatividade);
- b) Do mesmo modo, não se pode negar que o arrojo e o ineditismo potenciais do instituto podem acarretar um espaço de chance singular para que possa, enfim, existir um terreno técnico-procedimental seguro onde poderá ser feita, conjuntamente,

uma leitura e uma aplicação possível de preceitos tendentes à minimização da atuação punitiva, vivificando fatores político-criminais (e quiçá criminológicos) que parecem dogmas valiosos discursivamente, mas carentes de mecanismos de entrada, diálogo e aplicação procedimental. Em suma: propõe-se a própria definição de função do ANPP e a forma como se pode jogar com sua aplicação e (retro)atividade, com versatilidade, para debater a necessidade e a utilidade da própria intervenção processual-penal mais rigorosa ou não. Além disso, a necessária discussão sobre a valoração de um componente de pré-existência ou não de reincidência baseada em um critério qualitativo de insignificância penal ainda não definido em lei abre portas para que o STF igualmente defina os confins quanto ao mesmo, possibilitando com mais força a função política tática do ANPP no quesito;

- c) E, por fim, afirmar a referida nova função ou revigoração da discussão de uma “justa causa para a ação penal”, no âmbito de discutir não apenas a constância de caracteres autorizadores (abstratos) de existência de um processo formal, mas, sim, a verificação de necessidade/desnecessidade de existência processual a partir de leitura (material) dos casos, a comportar recomendação de encaminhamento para um acordo (enquanto solução alternativa) ou não. Uma outra visão, contexto e função para o instituto: a de esteio prático para que uma análise político-criminal da justa causa não se erija apenas sobre argumentos vagos ou hipóteses de insignificância que seguiriam buscando firmamento legal, e sim sobre uma decisão de escolha (política) sobre a – prudente – absorção jurisdicional/processual de um caso ou não.

Nessa discussão, elementar perceber que é possível abrir um leque optativo e discursivo para ver que uma decisão sobre a retroatividade e sobre a melhor hermenêutica para as regras do ANPP não se cinge apenas a uma listagem de boas práticas processuais e, sim, irrompe como uma possibilidade de se criar o mais profícuo âmbito e ditame sobre uma avaliação da própria necessidade de incidência do sistema punitivo visto em muito tempo.

Por fim, propõe-se que se configure nova guarida ou preenchimento conceitual à própria ideia de uma “justa causa para a ação penal” (e o que se deve fazer/avaliar em relação a ela), em que esta, igualmente banhada de leitura político-criminal que vise otimizar estratégia, gestão e, também, crítica da operacionalidade jurídico-penal, seja conceito forte para a análise de ao menos duas bases ou esteios fundamentais:

- I. A possibilidade de reunir, em uma só leitura ou instituto a discussão sobre a questão processual de ampliar os espaços de *oportunidade* para o exercício da ação penal (mesmo a pública) e de, na mesma toada, discutir a questão do contexto de conglobância para definir a imputação (sem sentido amplo)
- II. A possibilidade de se ter um elemento não puramente conceitual-teórico, mas, sim, dogmático-legal com um preenchimento de sentido que se assuma enquanto fronteira crítica em termos de análise tática e política quanto à pertinência de uma intervenção penal (em sentido amplo).

Avaliar a pertinência de uma oferta de ANPP e sua amplitude, é, sob certo aspecto, um debate sobre o quão justa é uma causa penal e um sopeso necessário de suas circunstâncias e consequências. Se o critério se presta inclusive a impedir o recebimento e a prosperidade da existência da ação, em si, deve ser lido, dogmaticamente, não como apenas um requisito preambular protocolar, mas, sim, como ferramenta de análise política de necessidade/utilidade das causas penais.

Dessa forma, propõe-se que o estabelecimento de um padrão de retroatividade mais alargado para a janela de oferta de ANPP, bem como o questionamento da obrigatoriedade de confessar (aqui, não trabalhado, mas importante enquanto questão também suscitada ao Plenário do STF), sejam vistos no julgamento pelo Plenário não como meros encaixes normativos dispostos para o instituto, e, sim, representativos de um outro panorama quanto a ele: a assunção de que a análise quanto ao teor de justiça no existir da causa/ação penal não seja solenidade vazia pontual cingida a momentos tópicos, mas que possa ser uma preocupação constante. Unida a ela, a ciência de que a juridicização penal dos casos deve ser vista com parcimônia inicial – quando não, com desconfiança.

Vislumbra-se na vindoura hermenêutica e conformação legal, doutrinária e – aqui – especialmente, jurisprudencial, que passará a ter

o ANPP, uma ponte segura para se fortificar as bases de um verdadeiro projeto democrático a se construir para aprimoramento do processo penal brasileiro, nascendo plataforma formidável para que se comece pelo começo: a necessidade de qualificar os ditames sobre a existência e/ou o perdurar das causas penais, com os aportes crítico-reflexivos a respeito da própria atuação estatal-punitiva e a busca de viabilidade de soluções mais singelas, menos traumáticas e respeitadoras da aplicação penal (e quiçá infligir punitivo) como *ratio* que deve ser *ultima*.

REFERÊNCIAS

- AIRES, Murilo T.; FERNANDES, Fernando A. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 253-284, jan./abr. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.46>
- ALBRECHT, Peter Alexis. *Criminologia. Uma Fundamentação Para o Direito Penal*. Trad. Juez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro/Curitiba: Lumen Juris/ICPC, 2010.
- ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo estrutural*. São Paulo: Pólen, 2019.
- ARMENTA DEU, Teresa. *Criminalidad de bagatela y Principio de Oportunidad*. Alemania y España. Barcelona: PPU, 1991.
- ARMENTA DEU, Teresa. *Principio Acusatorio y Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1995.
- AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. CIFALI, Ana Cláudia. Segurança Pública, política criminal e punição no Brasil nos governos Lula (2003-2010) e Dilma (2011-2014) mudanças e continuidades”. In: SOZZO, Máximo (org.) *Pós-Neoliberalismo e penalidade na América do Sul*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2017, p. 27-98.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal* [livro eletrônico]. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- BUTLER, Judith. *Corpos em aliança e a política das ruas: notas para uma teoria performativa da assembleia*. Trad. Fernanda Siqueira Miguens. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.
- CARNEIRO, Andréa Walmsley Soares. Acordo de não-persecução penal: constitucionalidade do método negocial no processo penal. *Delictae: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, Belo Horizonte, v. 4, n. 7, p. 23-41, jul./dez/ 2019.

<https://doi.org/10.24861/2526-5180.v4i7.102>

CASTRO, Alexander de. O princípio da insignificância e suas vicissitudes entre Alemanha e Brasil: análise de um caso de inadvertida criatividade jurídica (1964-2016). *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 74, p. 39-64, jan./jun. 2019. <https://doi.org/10.12818/p.0304-2340.2019v74p39>

CHIAVARIO, Mario. *L'Azione penale tra Diritto e Politica*. Padova: Cedam, 1995.

DIVAN, Gabriel Antinolfi; FERREIRA, Carolina Costa; CHINI, Mariana. Dimensões do (bio)poder e discurso criminológico crítico: necropolítica e precarização na construção categórica da vulnerabilidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 180. ano 29. p. 235-263, junho 2021.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. Crítica científica de “A colaboração premiada como instrumento de política criminal” – Um adendo sobre a necessária visão político-criminal do processo penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 417-428, jan./abr. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.55>

DIVAN, Gabriel Antinolfi. Justa Causa para a Ação Penal e “conexão instrumental ao caso concreto”: novas possibilidades teóricas e uso político-criminal. *Revista Direito Penal, Processo Penal e Constituição*, Brasília. v. 3, n. 1. p. 38–57. jan./jun. 2017. <https://doi.org/10.26668/indexlawjournals/2526-0200/2017.v3i1.1828>

DIVAN, Gabriel Antinolfi. Justa Causa para a Ação Penal e suas possibilidades criminológicas: criminologia(s) no processo penal (hipótese preliminar). *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, v.3, n.1, 2015, p. 83-94, disponível em <https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/2130> - acesso em fev/2023.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Processo Penal e Política Criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal*. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015.

FREDERICO MARQUES, José. *Elementos de Direito Processual Penal*. Volume IV. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

HASSEMER, Winfried; MUNÓZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanc, 1989.

LOPES JR., Aury. PINHO, Ana Cláudia Bastos. ROSA, Alexandre Morais da. *Pacote anticrime: um ano depois*. Análise da (in)eficácia das principais medidas penais e processuais penais impactadas pela Lei n. 13.964/2019. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LUZ, Yuri Corrêa da. Princípio da Insignificância em Matéria Penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática. *Revista Direito GV*, São Paulo. v. 8, n.1, p. 203-234, jan./jun. 2012. <https://doi.org/10.1590/s1808-24322012000100009>

MARQUES, Leonardo Marinho. *Da Justa Causa para a Ação Penal*. Na perspectiva do processo como procedimento em contraditório. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 2006.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a Ação Penal*. Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: RT, 2001.

PRADO, Arthur S. Entre a decisão e o conselho: como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal dificulta a instalação de uma etapa intermediária no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 8, n. 1, p. 235-272, jan./abr. 2022. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i1.668>

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. Criminologia crítica e pacto narcísico: por uma crítica criminológica apreensível em 'pretuguês'. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 135, p. 541-562, set./2017.

RESENDE, Augusto César Leite de. Direito (subjetivo) ao Acordo de Não Persecução Penal e Controle Judicial: Reflexões Necessárias. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 6, n. 3, p. 1543-1582, set./dez. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i3.347>

SANTIAGO, Nestor Eduardo de Araruna. GALVÃO, Alex Renan de Souza. ALMEIDA, Anal Luísa Pessoa de. SOUZA, Antônia Ana Luíza Sales de. PINHEIRO, Francisca Lohanna Albuquerque. O Acordo de Não Persecução Penal no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará: uma análise empírica. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 31, n. 371, p. 25-28. <https://doi.org/10.5281/zenodo.8357191>

SILVA SANCHEZ, Jesús María. Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión. *Estudios penales y criminológicos*, Santiago de Compostela, n. 25, 2004, p. 332-360. Disponível em: https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/4078/pg_333-362_penales25.pdf?sequence=1 – acesso em fev./2024.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. GOMES FILHO, Dermeval Farias. DIAS, Danilo Pinheiro. Discricionariedade persecutória no ANPP: afinal, o que se negocia? *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 50, p. 183-202, dez./2022. <https://doi.org/10.22456/0104-6594.113498>

TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; REIS, Dimas Antônio Gonçalves Fagundes. Limites à utilização da confissão do imputado realizada como requisito ao acordo de não persecução penal. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, ano XX, n. 80, jan./mar.2021, p. 264-281. <https://doi.org/10.53071/2021081108>

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

WUNDERLICH, Alexandre; LIMA, Camile Eltz de; MARTINS-COSTA, Antonio; RAMOS, Marcelo Buttelli. Acordo de não persecução penal. In: *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 26, p. 42-64, 2020. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/11/> - acesso em abr/2023.

Authorship information

Gabriel Antinolfi Divan. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo – Mestrado em Direito. Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). divan.gabriel@gmail.com

Nestor Eduardo Araruna Santiago. Professor Adjunto na Universidade Federal do Ceará (Graduação em Direito). Professor Titular da Universidade de Fortaleza (Doutorado, Mestrado, Especializações e Graduação em Direito). Doutor, Mestre e Especialista em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Estágio Pós-doutoral pela Universidade do Minho. Advogado criminalista. nestoreasantiago@gmail.com

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

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

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

- *Gabriel Antinolfi Divan*: conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.

- *Nestor Eduardo Araruna Santiago*: writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.

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

Editorial process dates

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

- Submission: 28/09/2023
- Desk review and plagiarism check: 28/10/2023
- Correction round return 1: 16/11/2023
- Review 1: 04/12/2023
- Review 2: 10/12/2023
- Review 3: 15/12/2023
- Preliminary editorial decision: 03/02/2024
- Correction round return 2: 13/02/2023
- Final editorial decision: 14/02/2023

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Assistant-editor: 1 (FDL)
- Reviewers: 3

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

DIVAN, Gabriel A.; SANTIAGO, Nestor Eduardo A. Acordo de Não Persecução Penal como instrumento político-criminal: possibilidades, reconfigurações jurisprudenciais vinculantes e os novos rumos do processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 10, n. 1, e920, jan./abr. 2024. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v10i1.920>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.

Hacia una “teoría” de los “juicios abreviados”: Necesidad de imponer límites legales y deontológicos para su aplicación.

*Towards a plea-bargaining theory: Need to impose
legal and deontological limits for its use*

Gabriel Ignacio Anitua¹

Universidad Nacional de José C. Paz y Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina
ganitua@derecho.uba.ar

 <https://orcid.org/0000-0001-5182-6417>

Mariano Sicardi²

Universidad Nacional de José C. Paz y Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina
mariano.sicardi@docentes.unpaz.edu.ar

 <https://orcid.org/0000-0002-2868-4710>

RESUMEN: En el presente trabajo nos proponemos dar el puntapié para discutir una teoría legal sobre la utilización del juicio abreviado en Latinoamérica. En primer lugar, hacemos un recorrido sobre los distintos modos de abordaje que la literatura legal y sociológica han realizado sobre el fenómeno en Argentina. Luego, describimos los riesgos que la utilización del *plea bargaining* genera en el sistema penal norteamericano y, a partir del reciente informe elaborado por la *American Bar Association*, nos preguntamos si algo similar puede ser pensado para nuestro país.

¹ Doctor en Derecho (Universidad de Barcelona). Master en Sistema Penal y Problemas Sociales (Universidad de Barcelona). Diploma de Estudios Avanzados (UPV). Abogado (UBA) y sociólogo (UBA). Profesor titular de la carrera de Abogacía de la Universidad Nacional de José C. Paz. Profesor adjunto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Investigador Independiente del Conicet.

² Magíster en Criminología (FCJS-UNL). Abogado (UBA). Jefe de Trabajos Prácticos de la carrera de Abogacía de la Universidad Nacional de José C. Paz.

Finalmente, y luego de señalar algunas hipótesis de trabajo futuro, concluimos que es necesario avanzar hacia una teoría dogmática del juicio abreviado que establezca límites legales y deontológicos en su utilización.

PALABRAS CLAVE: Juicio Abreviado; Debido Proceso; Justicia Penal; American Bar Association.

ABSTRACT: *This paper proposes to give the kick to discuss a legal theory about using plea bargaining in Latin America. First of all, we do a review of the different research that legal and sociolegal scholars conducted on this phenomenon. Then, we describe the risk of plea bargaining in the US criminal justice system based on the recent report by the American Bar Association and ask: Can something similar be thought of for our country? Finally, and after pointing out some hypotheses for future work, we conclude the necessity of building a theory on plea bargaining to establish deontological and legal limits in its use.*

KEYWORDS: *Plea bargaining; Due process; Criminal Justice; American Bar Association.*

CONTENIDO: I. Introducción; II. Extensión de los procesos consensuales de imposición de pena; III. Las reglas de la ABA sobre la utilización del *plea bargaining* en los Estados Unidos; IV. Problemas y propuestas; V. Conclusiones; Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo forma parte del proyecto “Reformas legales, justicia penal y encarcelamiento: Implicaciones prácticas, persistencias y adaptaciones”, radicado en la Universidad Nacional de José C. Paz (Argentina)³. Aun cuando en este artículo exponemos un problema puntual, algunas de las intuiciones aquí expuestas se vinculan con nuestro

³ Proyecto UNPAZ A006.2021 - Tipo A. El proyecto se encuentra radicado en el Instituto Interdisciplinario de Estudios Constitucionales, es dirigido por Gabriel Ignacio Anitua y codirigido por Mariano Sicardi.

análisis general de la reforma legal de la justicia penal y sus aplicaciones prácticas con diferentes abordajes metodológicos⁴.

Como parte de las reformas que redefinen el proceso penal en clave “actuarial”⁵, produciendo mayores imposiciones de penas y prisiones preventivas, hemos destacado la importancia de la posibilidad de condenar a una persona sin la realización de un juicio. Como mostró recientemente Langer⁶, nos encontramos ante un escenario de difusión global de los mecanismos de condena que evitan la realización del debate oral y público.

En el caso argentino, a nivel federal, la proliferación de este tipo de institutos data del año 1997, cuando se introduce bajo la figura de lo que aquí se llamó *juicio abreviado*. Si bien esa regulación legal estipulaba que el mecanismo consensuado de imponer castigo sólo se podría aplicar para casos con penas de prisión de hasta seis años, las reformas procesales posteriores que se produjeron a nivel provincial fueron ampliando su alcance. Por ejemplo, la provincia de Buenos Aires, con sus reformas de 1998 y subsiguientes, permitió que su aplicación se extienda en supuestos de hasta quince años de prisión. Con posterioridad, los sistemas procesales

⁴ Esto lo hicimos a partir de análisis de fuentes secundarias (antecedentes parlamentarios de las reformas legales; recortes, tratamiento y seguimiento de los temas vinculados con la agencia judicial por los medios de comunicación; y análisis de expedientes y resoluciones judiciales). También en nuestro equipo de investigación hemos prestado atención a las prácticas de los actores que forman parte de nuestro objeto de estudio relevadas mediante la utilización de técnicas de observación participante y entrevistas semi-estructuradas a agentes judiciales.

Dentro de las líneas de investigación del proyecto también se enmarca el reciente artículo publicado sobre el feminismo y la justicia penal; ver, Piechestein, Ana Clara, Monclus Masó, Marta, Brigandi, Jéssica y Martínez Magarzo, Quimey. Miradas Feministas a la Justicia Penal: límites y posibilidades para la protección y respuesta eficiente a los conflictos de personas en situación de violencia de género, *Cálamo. Revista de Estudios Jurídicos*, 19, 10-26.

⁵ Anitua, Gabriel Ignacio, “Transformaciones actuariales en la instancia de la jurisdicción penal” en Pérez Pinzón, Alvaro, García Méndez, Emilio, Muñoz Gómez, Jesús, Ploskenos, Analía y Rivera Beiras, Iñaki (coords.) *Criminología y derecho penal, para el debate. Homenaje a Roberto Bergalli*, Bogotá, Temis, 2021, pp. 261 a 287.

⁶ Langer, Máximo, Plea Bargaining, Conviction Without Trial, and the Global Administratization of Criminal Convictions, *Annual Review of Criminology*, 4, 377-411, <https://doi.org/10.1146/annurev-criminol-032317-092255>

de la ciudad de Buenos Aires (2007) o la provincia de Santa Fe (2014) ya no admitían ningún tipo de limitación al respecto. En esta última provincia esto se manifiesta particularmente relevante, en tanto se han relevado casos de juicios abreviados donde se impusieron penas de prisión perpetua⁷.

A nivel federal, el juicio abreviado se incorporó al Código Procesal Penal de la Nación con el doble propósito de acelerar los procesos condenatorios en casos sencillos –especialmente donde se advertía el uso de la prisión preventiva- y que la justicia penal pueda racionalizar sus recursos al descongestionar su flujo de trabajo⁸. Desde su promulgación en 1997, esta norma se mantiene inalterada en los requisitos que deben cumplirse para realizar un acuerdo de juicio abreviado entre las partes y se consolidó dentro de los tribunales penales⁹.

La tabla 1 muestra que la incorporación del juicio abreviado al sistema legal argentino del juicio abreviado no fue aislada, ya que -principalmente durante la década del noventa- esa reforma se incluyó junto a otros procedimientos para agilizar y tornar menos costosa la justicia penal¹⁰. Y porque, junto a ello, también otros procesos penales provinciales incorporaron especialmente esa forma de “consensualismo”, incluso con un alcance mucho mayor al inicialmente proyectado -como mostraremos más adelante-.

⁷ Del Río, Alejandra, Ríos, Lucía, Solari, Angélica y Montero, Augusto., Muertes violentas de mujeres y condenas judiciales en la provincia de Santa Fe: abordaje comparativo de casos concluidos con procedimientos abreviados y con juicios orales y públicos (ponencia presentada en el Seminario Justicia Penal, abreviación y negociación en América Latina, Santa Fe, Argentina, 6-7 diciembre 2019).

⁸ Langer, Máximo, “From Legal Transplant to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and The Americanization Thesis in Criminal Procedure”. *Harvard International Law Journal* 45(1), 2004, 1-64.

⁹ Anitua, Gabriel Ignacio, “El juicio penal abreviado como una de las reformas penales de inspiración estadounidense que posibilitan la expansión punitiva” y Langer, Máximo, “La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado”, ambos en Maier, Julio B. J. y Bovino, Alberto, *El procedimiento abreviado*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005.

¹⁰ Una temprana crítica, Anitua, Gabriel Ignacio “En defensa del juicio: comentarios sobre el juicio penal abreviado y el arrepentido”, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Buenos Aires, Ad Hoc, 1998, pp. 543 a 556.

Jurisdicción	Fecha	Ley n°
Federal (CPPN)	1997	24.825
Federal (CPPF) ¹¹	2014	27.063
Buenos Aires	1997	11.992
CABA	2007	2.303
Córdoba	1992	8.123
Mendoza	1998	6730
Santa Fe	2003	12.162

TABLA 1. Incorporación del juicio abreviado en el sistema procesal. Esto puede ser simultáneo o no con el paso a sistemas de enjuiciamiento acusatorios. Elaboración propia¹².

La expansión, sin embargo, no estuvo exenta de cuestionamientos. Las críticas apuntaban a varios aspectos constitucionales que parecían entrar en crisis con su utilización y la desigualdad entre las partes al momento de negociar. Por un lado, la prohibición de la autoincriminación, el derecho de defensa y el juicio previo se ven tensionadas con una herramienta legal que habilita condenar a la persona acusada gracias a su reconocimiento del hecho¹³. Por el otro, emergen cuestionamientos acerca de la existencia

¹¹ El Código Procesal Penal Federal (CPPF) viene a sustituir al Código Procesal Penal de la Nación (CPPN). Esto se está dando de manera parcial; sólo la jurisdicción federal de las provincias de Salta y Jujuy lo tienen plenamente vigente.

¹² Al ser un sistema político federal, cada una de las provincias argentinas regula sus propios procedimientos penales. Para evitar realizar extensiones innecesarias, seleccionamos las jurisdicciones federal, bonaerense, porteña, cordobesa, santafesina y mendocina por representar los distritos más poblados y que suman el 90 por ciento de la población encarcelada argentina. Mendoza, Córdoba y Buenos Aires, a su vez, poseen las tasas de encarcelamiento más elevadas.

¹³ Bigliani, Paola, “El juicio abreviado y su recepción en el orden jurídico argentino” en Maier, Julio B. J. y Bovino, Alberto, *El procedimiento abreviado*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005; Córdoba, Gabriela, “El juicio abreviado en el Código Procesal Penal de la Nación” en Maier, Julio B. J. Y Bovino, Alberto, *El procedimiento abreviado*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005;

de dimensiones coercitivas durante la negociación, a la vez que concentra el poder de acusar y sancionar en las fiscalías¹⁴.

A la vez de cuestionarse el ideal de verdad, aparece en problemas el mandato constitucional argentino de realizar un “juicio previo basado en ley” a la imposición de condenas (artículo 18 de la Constitución). Un acuerdo que evite precisamente el juicio previo impuesto en la Constitución también impide la realización de los atributos de ese juicio, que son los principios de oralidad y de publicidad que -junto con la realización del juicio por jurados- son las únicas tres condiciones de validez constitucional de dicho juicio. Esos principios cumplen la función de garantía de imparcialidad y legalidad con respecto al imputado. Pero también es necesario reconocer en ellos una garantía de justicia en beneficio de la comunidad toda, y la fiel expresión del régimen republicano de gobierno que precisa el control del pueblo sobre los actos de los gobernantes. Nada de ello ocurre en las soluciones consensuales y tampoco en el denominado “juicio abreviado”.

Sin perjuicio de esas críticas, el juicio abreviado se consolidó dentro de los sistemas procesales penales argentinos a nivel federal y

Vegezzi, Santiago, “Juicio abreviado: su recepción en el orden jurídico argentino” en Maier, Julio B. J. y Bovino, Alberto (comp.), *El procedimiento abreviado*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005. Para una mirada sobre el caso chileno, ver Riego, C., La renuncia a las garantías del juicio oral por medio del procedimiento abreviado en Chile. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 3, n. 7, 825-847, <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i3.80>; sobre el caso ecuatoriano, ver Gutiérrez Campoverde, Hagi Eduardo, Cantos Ludeña, Rafael David y Durán Ocampo, Armando Rogelio. Vulneración Del Debido Proceso En El Procedimiento Penal Abreviado. *Universidad Y Sociedad* 11 (4), 414-23, 2019. <https://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus/article/view/1322>.

En relación con las tensiones que surgen entre los mecanismos de condena sin juicio, las pruebas obtenidas ilegalmente y posibles soluciones a partir de la regla de exclusión, ver Weigend, Thomas. 2021. “Exclusão Sem Julgamento? Ilicitude probatória E Procedimentos Abreviados”. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal* 7 (1):247. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i1.502>.

¹⁴ Langbein, John, “Tortura y Plea Bargaining” en Maier, Julio B. J. y Bovino, Alberto (comp.), *El procedimiento abreviado*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005. En Brasil lo señaló Ribeiro, S., & Régner Chemim Guimarães, R. (2020). O caso das Bruxas de Salem e a origem do plea bargaining norte-americano: contrapondo o entendimento dicotômico dos sistemas processuais penais. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 6(2), 835-872. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i2.323>.

provincial. Incluso, como mecanismo de consenso, hemos advertido que se utiliza para realizar formalmente “juicios” (esto es, con la presencia del Tribunal y las partes en una audiencia) pero en los cuales no hay ni producción y evaluación de prueba, ni debate, y las partes se conforman con una pena. Es decir, que el formato del “abreviado” se extendió incluso más allá de su uso constatable y se extiende a acuerdos realizados en audiencias públicas pero excepcionalmente breves y en las que nada se discute.

Eso demuestra que incluso con críticas existe una amplísima aceptación forense, a lo que también se deben destacar algunas voces que, desde los diseños de políticas del proceso penal, y, en menor medida, académicas, muestran ciertas ventajas de este procedimiento. Dentro de la literatura legal también se resaltaron sus posibles aportes, en tanto no exista coacción y el reconocimiento sea libre y voluntario¹⁵, ya que su utilización también permitía optimizar los recursos humanos y materiales, disminuye los tiempos de tramitación y, en definitiva, se constituye como un instrumento de cierta “eficacia”¹⁶.

En este artículo, aun manteniendo nuestros resquemores, nos proponemos avanzar desde la crítica hacia la formulación de una teoría que contribuya a la formación legal sobre la utilización del juicio abreviado. Para ello, y tras constatar ese amplio uso de esta modalidad de imponer condenas, nos proponemos poner en diálogo la literatura que abordó la utilización de estos mecanismos en Argentina con un muy reciente documento que proviene de la región desde donde se ha señalado que

¹⁵ Lattari, Jéscia P., “Alcance del control sobre procedimientos abreviados en la jurisprudencia de la provincia de Santa Fe”, en *Revista Derecho Penal y Criminología*, 2/2019, *La Ley* (cita online: AR/DOC/2698/2018); Galpern, Mariano y Alonso, Silvina, “Implicancias prácticas del juicio abreviado”, *Revista La Ley, Suplemento Penal*, 2/2013 (cita online: AR/DOC/5716/2012).

¹⁶ Gorkiewicz Moroni, Erica, “El juicio abreviado: su implementación en el nuevo Código Procesal Penal de Catamarca”, *La Ley NOA*, 6/2007 (cita online: AR/DOC/1807/2007); Costabel, Néstor G., “A quince años de la incorporación del juicio abreviado en el proceso penal”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, 7/2012 (cita online: AR/DOC/3080/2012); Carbone, Carlos, “El principio de simplificación en los nuevos sistemas procesales penales”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, 12/2015 (cita online: AR/DOC/3932/2015); Bruto, Liliana N., y Androvetto, María Gabriela, “El juicio abreviado en el Código Procesal Penal de la Nación”, *DJ* 1998-1, 819 (cita online: AR/DOC/694/2001).

ha surgido y se ha extendido este tipo de procedimiento hacia el resto del mundo y en particular a Latinoamérica. Nos referimos al último informe elaborado por la *American Bar Association*¹⁷ (también, en adelante, ABA), que establece una serie de principios para su utilización en el ámbito norteamericano. Es decir, más allá de las críticas que nos merezca, una forma de imponer algún tipo de límites a los posibles abusos en su utilización a partir de intentar responder a la pregunta: ¿qué elementos se pueden utilizar de las reglas ABA para construir una teoría legal sobre los juicios abreviados?

El trabajo se estructura de la siguiente forma: en un primer momento, haremos un relevamiento sobre los principales avances de la investigación sociológica sobre la utilización del “juicio abreviado”¹⁸, que da cuenta de su extensa aplicación en Argentina. Luego describiremos los resultados de la sección de justicia penal de la ABA a partir del informe elaborado por el grupo de tareas dedicado a estudiar el “*plea bargaining*”, una vez que se reconoce que se ha convertido en la principal herramienta de imposición de condenas en Estados Unidos de Norteamérica. Finalmente, esbozaremos unas líneas de trabajo, problemas y sugerencias o propuestas de futuras líneas de investigación, que podrían englobarse dentro de lo que llamamos una “dogmática” del juicio abreviado.

II. EXTENSIÓN DE LOS PROCESOS CONSENSUALES DE IMPOSICIÓN DE PENA.

Tras las primeras discusiones sobre los “juicios abreviados” de tipo procesales o constitucionales pero de base jurídica, se ha producido mucho trabajo sobre cómo funciona en la práctica, con metodologías de las ciencias sociales. Las líneas de investigación desarrolladas en Argentina sobre el juicio abreviado pueden agruparse según lo incluya

¹⁷ American Bar Association, 2023 Plea Bargain Task Force Report, https://www.americanbar.org/groups/criminal_justice/committees/taskforces/plea_bargain_tf/ (acceso Agosto 1º, 2023).

¹⁸ El propósito de nuestro trabajo es centrarnos en las investigaciones desarrolladas en Argentina, por lo que no haremos mención a aquellas desarrolladas en otros países de la región como Brasil, Chile, Colombia, México o Uruguay, que conocemos y nos aportan mucho desde lo conceptual.

como parte de un fenómeno global vinculado con los procesos reformistas del proceso penal latinoamericanos¹⁹, como modos de acción y prácticas de los actores que intervienen en esas dinámicas²⁰ o como nuevas narrativas criminológicas que impactan en el sistema penal y sus agencias²¹.

En lo que sigue nos interesa focalizar en una serie de trabajos que exploraron la utilización del juicio abreviado en distintas jurisdicciones argentinas y limitándose a su funcionamiento en la práctica. Un elemento común de estas indagaciones está dado por su aproximación empírica desde un paradigma cuantitativo o cualitativo, ya sea por relevamiento de decisiones judiciales o entrevistas con integrantes de la justicia penal.

Por un lado, nos encontramos con un grupo de investigaciones focalizadas en la justicia penal bonaerense, cuyas complejidades imposibilitan hacer análisis unidimensionales sobre su política penal²². Ciocchini sostiene que la reforma judicial en la provincia de Buenos Aires, a partir de su idea de erradicar la demora judicial, permitió la incorporación de elementos gerenciales, donde no sólo se modificaron prácticas laborales, sino que también fomentó la utilización del juicio abreviado, principalmente en los procesos especiales de flagrancia²³.

¹⁹ Ver, por ejemplo, Langer, Máximo, “Revolución en el proceso penal Latinoamericano: difusión de ideas legales desde la periferia” en Kostenwein, Ezequiel (dir.), *Sociología de la justicia penal*, Ediar, Buenos Aires, 2017; Siccardi, Mariano, “Gerentes del castigo: una aproximación a los discursos del management y su aplicación en los procesos penales latinoamericanos”, en Irrázabal, Gabriela et. Al (coord.), *Gestión de la inseguridad, violencias y sistema penal*, Temperley, Tren en Movimiento, 2018.

²⁰ Kostenwein, Ezequiel. 2019. «Sociología De La Justicia Penal. Precisiones teóricas Y Distinciones prácticas». *Delito Y Sociedad* 2 (46):33-72. <https://doi.org/10.14409/dys.v2i46.8148>.

²¹ Anitua, Gabriel Ignacio, *La justicia penal en cuestión*, Madrid, Iustel, 2017; Anitua, Gabriel Ignacio. 2015. «La importación De Mecanismos Consensuales Del Proceso Estadounidense, En Las Reformas Procesales Latinoamericanas». *Revista Brasileña De Derecho Procesal Penal* 1 (1). <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.3>.

²² Gutiérrez, Mariano Hernán, “Coyuntura y frentes de tormenta: la política criminal de la Provincia de Buenos Aires 1996-2014”, en Kostenwein, E. (dir.) *Sociología de la Justicia Penal*, Buenos Aires, Ediar, 2017.

²³ Ciocchini, Pablo, “Domando a La Bestia: Las Reformas En La Justicia Penal Bonaerense Para Eliminar La Demora Judicial” en *Derecho Y Ciencias Sociales*, nro. 7 (febrero de 2012):203-23. <https://revistas.unlp.edu.ar/dcs/>

En relación a ese tipo de procedimientos específicos, Kostenwein muestra la existencia de dinámicas entre quienes forman parte de las audiencias y sus efectos en la resolución de los casos a partir de, por ejemplo, el uso del juicio abreviado. En esos momentos cobran importancia cuestiones tales como la velocidad, el delito imputado, la posibilidad de disponer una prisión preventiva o condiciones personales de la persona enjuiciada²⁴. De manera similar, Bessone, Bombini y Rajuan relevaron la preeminencia de los juicios abreviados para los procesos especiales de flagrancia en el departamento judicial de Mar del Plata para los delitos de robo y hurto²⁵.

La provincia de Santa Fe fue la última en adoptar un sistema de enjuiciamiento acusatorio en Argentina, cuando en el año 2007 se sancionó el nuevo código procesal penal acompañado de un conjunto de normas legales sobre la organización del sistema de administración de justicia penal²⁶. Dentro de ese contexto, Sozzo y Somaglia ilustran

article/view/11179.; Ciochini, Pablo, “Cambiando todo para no cambiar nada: Las reformas en el proceso penal bonaerense”, en Kostenwein, E. (dir.) *Sociología de la Justicia Penal*, Buenos Aires, Ediar, 2017.

Un análisis sobre las lógicas eficientistas con impacto en los modelos abreviados del sistema penal español puede encontrarse en González Guarda, Claudio Javier. La eficiencia en el sistema penal español: con especial referencia al modelo de conformidades. *Revista Brasileña de Derecho Procesal Penal*, vol. 7, n. 3, p. 2061, 2021.

²⁴ Kostenwein, Ezequiel, “Apresurando decisiones: la justicia penal ante las exigencias de celeridad” en Kostenwein, Ezequiel (dir.), *Sociología de la Justicia Penal*, Ediar, Buenos Aires, 2017; Kostenwein, Ezequiel, “Decidir rápido, Condenar Pronto. El Proceso De Flagrancia Desde La sociología De La Justicia Penal” en *Estudios Socio-Jurídicos* 20 (1):13-44.

²⁵ Bessone, Nicolás, Bombini, Gabriel y Rajuan, Christian, “El procedimiento de flagrancia, promesas reformistas y efectos reales: celeridad o severidad judicial”, en Sozzo, Máximo (comp.) *Reforma de la justicia penal en América Latina: promesas, prácticas y efectos*, Didot, Buenos Aires, 2020.

²⁶ Para un análisis profundo sobre el proceso de reforma en la provincia de Santa Fe, ver, Taboga, Julieta, “Transformaciones del sistema de justicia procesal penal en la provincia de Santa Fe, Argentina: componentes y actores claves de un proceso en curso”, en Kostenwein, Ezequiel, *Tristes tópicos judiciales: el trabajo de la justicia penal más allá de los lugares comunes*, Edulp, La Plata, 2023; Y de la misma autora “Rediseñando el campo de la justicia penal: Una exploración sobre las transformaciones del proceso penal en la provincia de Santa Fe” (Tesis de Maestría en Criminología, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral), 2021.

de qué manera el juicio abreviado puede impactar tanto como reductor de las prisiones preventivas como neutralizador de la realización de los juicios orales. A su vez, nos informan que el juicio abreviado presenta niveles casi absolutos en la forma de imposición de condenas dentro de Santa Fe, relegando al juicio oral y público a un lugar muy marginal²⁷.

Por último, nos encontramos con el escenario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, lugar que reviste ciertas particularidades por cuanto existen al menos dos jurisdicciones distintas donde es posible encontrar la utilización del juicio abreviado; esto es, la justicia nacional penal en lo criminal y correccional y la justicia penal, contravencional y de faltas (local)²⁸. Tanto en una como en otra existen pocas investigaciones empíricas sobre su funcionamiento, aunque en ambas se resalta la importancia del juicio abreviado.

Para el año 2011, la justicia nacional en lo criminal y correccional, por ejemplo, resolvía el 40% de los casos que llegaban a la instancia de tribunal oral a través del juicio abreviado²⁹. Sin embargo, la instauración del proceso especial de flagrancia a partir de septiembre de 2017 pudo haber modificado este panorama³⁰. La justicia local de la Ciudad de Buenos Aires presenta un carácter ambivalente, en tanto sus

²⁷ Sozzo, Máximo y Somaglia, Mailén “Prisión preventiva y reforma de la justicia penal: una exploración sociológica sobre el caso de la Provincia de Santa Fe, Argentina” en *Derecho y Ciencias Sociales* (17), Estudios actuales sobre la justicia penal, 7-43; Sozzo, Máximo, “¿Más allá de la “angustia de juzgar”? Reforma de la justicia penal, condena sin juicio y mutaciones del rol del juez penal” en Kostenwein, Ezequiel, *Mundos judiciales y dinámicas sociales: aproximaciones al funcionamiento de la justicia penal*, Fabián J. Di Placido editor, Buenos Aires, 2021.

²⁸ Sobre los distintos modelos de enjuiciamiento dentro de la Ciudad de Buenos Aires, ver Sicardi, Mariano, “Cuando lo inquisitivo se encuentra con lo adversarial: Apuntes sobre los procesos de reforma judicial y el caso de la ciudad de Buenos Aires (Argentina)”. *Nuevo Foro Penal* 15 de 2019 (93):50-75.

²⁹ Bergman, Marcelo, Langer, Máximo y Fondevila, Gustavo, ¿A quién y cómo se juzga en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires? Una radiografía de la Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional, Buenos Aires, UNTREF, 2017, p. 62.

³⁰ Para una aproximación al tema, ver Sicardi, Mariano “¿Cuerpo extraño? El proceso de flagrancia en el fuero criminal y correccional ordinario del Poder Judicial de la Nación. En *Actas de las II Jornadas de Estudios Sociales sobre Delito, Violencia y Policía*. UNSAM, 2020. https://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/trab_eventos/ev.14055/ev.14055.pdf

integrantes tienen la potestad de intervenir en un conjunto de delitos y, a su vez, en la investigación y juzgamiento de contravenciones, es decir aquellas conductas menores que intentan regular cuestiones de convivencia urbana. El carácter contravencional de la justicia porteña dio pie a un conjunto de importantes investigaciones desde la antropología jurídica que analizaban principalmente el rol de la policía y el poder judicial, pero sus aproximaciones a la utilización del juicio abreviado fueron escasas³¹. Con posterioridad, las transferencias de delitos, la sanción de un código procesal penal acusatorio en el año 2007 y cambios sustanciales en la organización judicial –especialmente en el Ministerio Público Fiscal- dan cuenta de la utilización del juicio abreviado por parte de sus integrantes³². En todo caso, estas investigaciones demuestran un uso muy extendido de este mecanismo procesal para imponer condenas.

En este sentido, sostenemos que la incorporación del juicio abreviado a los ordenamientos procesales penales marcó dos momentos dentro del ámbito de la crítica académica. En el primero, su llegada significó el despliegue de una serie de indagaciones desde la teoría legal, ya sea a favor de su utilización o en contra y marcando sus peligros en relación con el programa constitucional. Luego, su consolidación dentro de las distintas jurisdicciones penales de Argentina permitió una nueva agenda de investigación, donde ahora las exploraciones desarrolladas a nivel local sobre los mecanismos de condena sin juicio tienen una base empírica cualitativa que intenta indagar en las diferentes dimensiones del fenómeno a partir de su vínculo con los procesos de reforma del proceso penal, los efectos sobre la utilización de la prisión preventiva o las prácticas concretas de los actores del sistema de justicia penal. Lo que queda claro de ese segundo momento de la investigación es que, a pesar de las profundas críticas que también señalan peligros de tipo político criminales (como coadyuvar al gran encarcelamiento), el sistema se

³¹ En ese sentido, resalta el trabajo de Varela, Cecilia, “Un análisis De La implementación Del Juicio Abreviado” *Delito Y Sociedad* 1 de 2016 (18/19):69-88.

³² Sicardi, Mariano, “Reformas del proceso penal en Latinoamérica, gerencialismo y juicio abreviado: aproximaciones desde la Ciudad de Buenos Aires”, en Kostenwein, Ezequiel (director), *El imperio de castigar: contribuciones desde la sociología de la justicia penal*, Editores del Sur, Buenos Aires, 2020.

impuso ampliamente y se ha convertido en el principal modo de llegar a condenas en Argentina.

Nuestro propósito es dar una nueva vuelta tras esa constatación y retomar la primera de esas líneas de investigación, la jurídica, reconociendo esa amplia utilización en nuestro sistema de justicia penal. Evidentemente no podemos hacer eso en un artículo. Pero sí pretendemos llamar la atención a los juristas para que, a partir de los datos sociológicos, empiecen a dar esa discusión. Antes de ello nos detendremos en el informe elaborado por la *American Bar Association*, en lo que se nos aparece como sugerencia y a la vez concreción de lo que proponemos para Argentina.

III. LAS REGLAS DE LA ABA SOBRE LA UTILIZACIÓN DEL PLEA BARGAINING EN LOS ESTADOS UNIDOS

Fundada en 1878 en los Estados Unidos, la *American Bar Association* se presenta como una organización comprometida con el fortalecimiento del Estado de derecho a través de una serie de recursos como brindar recursos prácticos a las personas litigantes, acreditación de las carreras de derecho dentro del país, códigos de ética, entre otros³³. Como asociación de abogados, asume una posición fundamental en el ejercicio de los derechos de los justiciables, y aporta al sistema de justicia estadounidense configurado en la práctica.

A principios de este año, la sección de justicia criminal de la ABA dio a conocer los resultados del informe elaborado por un grupo de académicas/os, abogados/as, jueces/zas, fiscales y defensoras/es sobre la utilización del *plea bargaining* en los Estados Unidos³⁴. Lo que se revelaba en primer lugar es la muy extendida utilización de ese mecanismo, e inmediatamente que no estaba enteramente organizado y que cuando se lo hacía tenía importante diferencias. A partir de ello, y teniendo en cuenta

³³ Un detalle de su historia puede consultarse en la página oficial de la asociación, www.americanbar.org/about_the_aba/. También ver, Brockman, Norbert C. "The History of the American Bar Association: A Bibliographic Essay" en *The American Journal of Legal History* 6, no. 3 (1962): 269–85.

³⁴ American Bar Association, 2023 Plea Bargain Task Force Report, https://www.americanbar.org/groups/criminal_justice/committees/taskforces/plea_bargain_tf/ (acceso Agosto 1º, 2023).

la extensión y variedad dentro del instituto tanto a nivel estadual como federal, idearon una serie de principios guía para adecuar las prácticas judiciales a un sistema de justicia penal basado en el derecho constitucional a tener un juicio justo.

Los catorce principios enunciados buscan crear un sistema judicial que promueva su transparencia, rendición de cuentas y legitimidad, a la vez que reconoce la ambivalencia en su interior entre las buenas prácticas de actores judiciales y problemas que no están vinculados estrictamente al *plea bargaining* como reglas de sentencias extremadamente severas³⁵.

El principio *uno* resalta la importancia de aquello que el *plea bargaining* anula, el juicio oral y público. Según el informe, la presencia de un conjunto de casos que sean resueltos a través de juicios, acompañados por procesos de litigación activos, promueve no sólo su transparencia, sino también su legitimidad. Pero la prevalencia de mecanismos de condena sin juicio reemplazó los debates, lo cual es problemático por una serie de razones. Las negociaciones sobre los términos de los acuerdos ocurren en espacios cerrados de los tribunales, gran parte de ella ocurre entre las partes del proceso y se relega al juez para el momento de aceptarlo o rechazarlo y, también, oculta posibles procedimientos policiales ilegales al no existir una etapa previa de control judicial (o contradictorio con las partes) que los cuestione.

El principio *dos* retoma un aspecto medular de este instituto procesal. Los reconocimientos de culpabilidad no deben ser la consecuencia de prácticas coercitivas para superar la voluntad de las personas acusadas y lograr que acepten los acuerdos ofrecidos. Dentro de esas conductas, es relevante destacar que debe abogarse por la erradicación de negar descuentos de pena para quienes deciden ejercer su derecho de defensa, tanto en la etapa de investigación como en el debate, y dejar asentadas en el marco formal del trámite en la corte los términos de los acuerdos ofrecidos por las fiscalías sean o no aceptados. El principio *tres* retoma un de estas dimensiones, especialmente al remarcar la necesidad de eliminar toda posibilidad de existencia de una *penalidad por juicio* en caso de ser

³⁵ Sobre las *sentencing guidelines*, ver Zysman Quirós, Diego, *Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos: un estudio sobre las United States Sentencing Guidelines*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2013.

condenado³⁶ que incluya la posibilidad de condenar por debajo de los mínimos obligatorios³⁷.

El principio *cuatro* se refiere a un aspecto problemático de quienes ejercen funciones como fiscales para promover acuerdos, las *sobreacusaciones*³⁸. Para ello, el informe plantea una serie de alternativas para regular su marco de actuación que incluye cuestiones tales como aspectos éticos en el proceso de formulación de cargos, poner en cabeza de las personas más experimentadas las primeras acusaciones para que tengan adecuación con el hecho investigado, establecer guías de actuación sobre cómo deben actuar y, por último, limitar sustancialmente la posibilidad de introducir modificaciones sobre los cargos una vez que comenzó el proceso de negociación de culpabilidad con la persona acusada.

El *quinto* principio hace hincapié, directamente, en un elemento central de los acuerdos de culpabilidad. El informe advierte que en ciertos casos hay poca relación con la culpa legal o fáctica y que ello conduce a uno de los errores más graves de todo sistema legal: la condena de personas inocentes que reconocen su culpabilidad por crímenes que no

³⁶ Esto retoma una vieja discusión en la literatura norteamericana acerca de la interpretación de los mecanismos de negociación y resultados posibles del *plea bargaining* en cuanto a su punitividad; mientras que algunos refieren la existencia de un *plea discount*, otra parte de la literatura resalta la existencia de una *trial penalty* para quienes no realizan ningún tipo de acuerdo y luego son condenados en un juicio.

³⁷ Si bien no se enfoca en la utilización del juicio abreviado, Gabriel Bombini analizó casos de moderación judicial y proporcionalidad en la imposición de condenas para los delitos de droga en el departamento judicial de Mar del Plata, Provincia de Buenos Aires. Al respecto, ver, Bombini, Gabriel, “Políticas de drogas, tensiones judiciales y castigo penal: actitudes de la justicia penal en la aplicación de la ley de desfederalización en materia de drogas prohibidas (estudio de casos en la Ciudad de Mar del Plata)”, en Kostenwein, Ezequiel (director), *El imperio de castigar: contribuciones desde la sociología de la justicia penal*, Editores del Sur, Buenos Aires, 2020.

³⁸ Con este término nos referimos a lo que la literatura especializada denomina *overcharging*, manipulaciones de las figuras legales referidas a una conducta imputada por algo mayor de lo que podría ser para generar incentivos en la parte acusada en acceder a la negociación. Si ese objetivo se cumple, el reconocimiento de culpabilidad reconoce la aplicación de una calificación legal inferior, aunque correcta. Al respecto, ver el clásico trabajo de Friedman, Lawrence M. “Plea Bargaining in Historical Perspective.” *Law & Society Review* 13, no. 2 (1979): 256.

cometieron³⁹. Esta situación no sólo vuelve antiética la actuación judicial, sino que también muestra las presiones que ellas reciben para aceptar su culpabilidad en casos menores donde debe decidir entre pelear su caso ante la corte o terminar con él de manera temprana con ese acuerdo –que a veces suele incluir la recuperación de su libertad-. Además, la comisión observa que el derecho de la víctima a obtener un pronunciamiento legítimo queda vacío de contenido.

A continuación, el principio *sexto* marca la importancia de contar una defensa técnica en todo momento que asesora a la persona acusada. Aunque el esquema judicial norteamericano presenta la particularidad de no requerir la asistencia legal en todos los supuestos⁴⁰, nos interesa enfocarnos en lo siguiente: las personas acusadas no deberían aceptar una oferta de *plea bargaining* sin tener un asesoramiento previo que les haya garantizado un acabado conocimiento de las consecuencias directas e indirectas que la imposición de una condena acarrea para ellas. La necesidad de tener en cuenta los efectos colaterales es retomada en el principio *once*⁴¹.

En línea con lo que mencionamos en el segundo principio, el *séptimo* intenta resguardar la voluntariedad y el conocimiento informado de la persona acusada al momento de la negociación con la fiscalía. Para ello, se debe asegurar una audiencia entre todas las partes involucradas –juez/a, fiscal, defensor/a- para garantizar un procedimiento transparente y abierto

³⁹ Si bien no hemos registrado indagaciones sobre este aspecto en Argentina, a nivel latinoamericano podemos mencionar las investigaciones recientes en Chile. Al respecto, ver, Duce, Mauricio J. “La condena de inocentes en Chile: una aproximación empírica a partir de los resultados de los recursos de revisión acogidos por la Corte Suprema en el período 2007-2013” en *Política criminal* 10, no. 19 (2015): 159–91; Duce, Mauricio J. “¿Debiéramos preocuparnos de la condena de inocentes en Chile? Antecedentes comparados y locales para el debate” en *Ius et Praxis* 19, n° 1 (2013): 77-138,

⁴⁰ Al respecto ver, Natapoff, Alexandra, *Punishment without a crime: how our massive misdemeanor system traps the innocent and makes America more unequal*, New York, Basic Books, 2018, 72-80

⁴¹ Sobre este punto, ver Carlie Malone, “Plea Bargaining and Collateral Consequences: An Experimental Analysis” *Vanderbilt Law Review* 73, no. 4 (May 2020): 1161-1208

que recabe la libre voluntad de la persona acusada, pero también rescate el rol de la víctima en el proceso penal⁴².

El *octavo* principio establece la necesidad de no utilizar, o sugerir la utilización, del encarcelamiento preventivo como una forma de inducir los acuerdos de culpabilidad⁴³. En línea con la necesidad de evitar un uso excesivo de la prisión preventiva, el *noveno* principio menciona la importancia de garantizar a la persona acusada el acceso a toda la prueba disponible por parte de la acusación, incluso aquella que podría beneficiar su posición, con tiempo suficiente para analizarla antes de ingresar a un acuerdo de culpabilidad. El *décimo* principio resume algunas de las observaciones que venían desarrollando, ya que sostiene que la renuncia a los derechos que realice el acusado no puede comprender la presencia de una defensa técnica ineficaz, analizar toda la prueba –de cargo y descargo– que posea la fiscalía, la posibilidad de revisar su condena por una instancia superior, entre otras; es decir, el *plea bargaining* implica desistir de su derecho a tener un juicio oral y público, pero no de aquellos que también son medulares para el funcionamiento de un sistema de justicia criminal.

Por último, los principios *doce*, *trece* y *catorce* establecen una serie de elementos que deben ser tenidos en cuenta por parte de los y las integrantes del sistema de justicia criminal en sus prácticas concretas y en su esquema organizacional tales como recibir entrenamiento y formación en la utilización del *plea bargaining* según los hallazgos del reporte, generar mecanismos de recolección de datos confiables en todas sus instancias que permita monitorear su implementación por cada una de las jurisdicciones.

IV. PROBLEMAS Y PROPUESTAS

Como mencionamos más arriba, la propuesta de este trabajo es avanzar hacia una teoría legal crítica en la utilización del juicio abreviado,

⁴² Turner remarca las dificultades que emergen en la práctica durante estas audiencias, ya que suelen ser breves y las partes no quieren aportar información adicional que pueda frustrar el acuerdo. Jenia I. Turner, “Transparency in Plea Bargaining”, *Notre Dame Law Review* 96, no. 3 (January 2021): 973-1024

⁴³ Sobre un caso concreto de la vinculación entre prisión preventiva y *plea bargaining*, Fassin, Didier, *Punir: une passion contemporaine*, Seuil, Paris, 2017, 24-28.

a partir de una serie de formulaciones que sirvan de puntapié inicial. El punto de partida que proponemos implica reconocer la prevalencia del juicio abreviado como el método principal de imposición de condenas en los casos penales en Argentina y en el presente. Otra constatación, en este caso jurídica, es que la regulación normativa se reduce meramente a sus condiciones de admisibilidad en términos procesales. En una línea similar a nuestra propuesta, Langer propone que, ante la hegemonía de los mecanismos de condena sin juicio, los sistemas procesales penales deben ser repensados a partir de esta realidad⁴⁴.

Las distintas investigaciones empíricas desarrolladas en el contexto argentino muestran la discrecionalidad en la utilización del juicio abreviado por parte de los operadores judiciales. Estas circunstancias se observan cuando entran en juego aspectos tanto legales, como la utilización de la prisión preventiva, o extra-legales vinculados con la necesidad de volver al sistema penal eficiente y rápido. En una u otra, el juicio abreviado se muestra como una herramienta útil para lograr la realización penal⁴⁵, pero se reconoce que al coste de minimizar o cancelar gran parte de los mecanismos que el derecho procesal penal (y la Constitución) establece para esa función.

Un principal problema que reconocemos es la vulneración a la igualdad ante la ley, ante la posible aplicación desigual del mecanismo y de las garantías. Junto a la mencionada regulación que sólo está centrada en las formalidades, las divergencias en cada una de las jurisdicciones se vuelven manifiestas, principalmente al adoptar las características que las prácticas situadas le imprimen.

Además de ello, no siempre lo que se señala legalmente es efectivamente lo que sucede en la práctica judicial. Esta distinción entre el derecho en los libros y el derecho en acción debe llamar la atención no sólo de quienes cumplen funciones dentro de la estructura

⁴⁴ Langer, Máximo, "Plea Bargaining as Second-Best Criminal Adjudication and the Future of Criminal Procedure Thought in Global Perspective", en *Research Handbook of Plea Bargaining*, editado por Máximo Langer, Mike McConville y Luke Marsh (Elgar Publishers, en prensa).

⁴⁵ Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal: Fundamentos*, tomo I, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004, 84-88.

judicial como fiscales o defensores/as públicos/as⁴⁶, sino también de quienes asumen la representación legal como defensores particulares. Misma consideración creemos aplicable para quienes ejercen funciones en la magistratura. Las juezas y los jueces deberían extremar los recaudos en este tipo de casos para prevenir abusos estructurales y/o individuales en su utilización. Es de suponer que en los casos que el juez o jueza individual falla, aplica un mismo procedimiento, pero es muy problemático que existan diferencias con lo que se acuerde o permita ante otro juez o Tribunal.

Por otro lado, la lógica consensual pone al Tribunal como mero refrendador del acuerdo entre partes. Y, en este sentido, un punto importante es reconocer las desigualdades existentes entre las fiscalías y las defensas penales a favor de las primeras; ello, que puede conducir a aceptaciones de culpabilidad, podría encontrar un límite en decisiones jurisdiccionales que no acepten acuerdos por deficiencias probatorias, pero que, a la vez, desvincule a la persona acusada del proceso.

Las diferentes regulaciones sobre el juicio abreviado abren distintos escenarios en los cuales es posible aplicarlo. Lejos, por supuesto, de su formulación originaria en el proyecto de reforma procesal penal federal de 1986⁴⁷, las provincias más avanzadas en la implementación de los sistemas acusatorios ampliaron su utilización para todo -o casi todo- el conjunto de delitos previstos en toda la legislación penal argentina.

⁴⁶ Kostenwein, Ezequiel, y Ciocchini, Pablo. “Defensa Pública y estructura social. Convenciones y compromisos hacia el interior de la justicia penal” *Revista Quaestio Iuris*, 15(4), 2022: p. 2214 - 2242.

⁴⁷ Hacemos esta distinción a raíz de lo expuesto por Maier, quien mencionó que en ese proyecto legislativo la propuesta de un mecanismo de condena sin juicio se basaba en la ordenanza procesal penal alemana y sólo para casos de escasa importancia. Al respecto ver, Maier, Julio B. J. “República y justicia criminal”, *Lecciones y Ensayos*, 50 (1988), 207-246.

Jurisdicción	En caso de pluralidad de imputados, ¿requiere consentimiento unánime?	Penal máxima para aplicar el instituto	Etapas para su presentación	¿Requiere audiencia ante juez/a previo a su homologación?	Admite rechazo del acuerdo por parte de la magistratura
Federal (CPPF)	No	Penal privativa de la libertad inferior a 6 años	Desde la formalización de la acusación hasta fijación de audiencia de debate	Sí	Sí
Federal (CPPN)	Sí	Penal privativa de la libertad inferior a 6 años o penal no privativa de la libertad, aún en forma conjunta	Desde la realización del requerimiento de elevación a juicio hasta la fijación de audiencia de debate	Sí	Sí
CABA	No	Sin límite	Desde la formulación de la acusación hasta los cinco días posteriores a la notificación de la radicación del caso en el Juzgado de Juicio	Sí	Sí
Provincia de Buenos Aires	No	Penal privativa de la libertad no mayor a 15 años o penal no privativa de la libertad, aún en forma conjunta	Desde la formalización de la acusación hasta treinta días antes de la fecha fijada para el juicio	Sí	Sí

Jurisdicción	En caso de pluralidad de imputados, ¿requiere consentimiento unánime?	Pena máxima para aplicar el instituto	Etapas para su presentación	¿Requiere audiencia ante juez/a previo a su homologación?	Admite rechazo del acuerdo por parte de la magistratura
Provincia de Córdoba	No	Sin límite	Desde la formalización de la acusación hasta la apertura del debate	Sí	Sí
Provincia de Mendoza	No	Sin límite	Desde la formalización de la acusación hasta la apertura del debate	Sí	Sí
Provincia de Santa Fe	No	Sin límite (penas mayores a 8 años requieren conformidad del Fiscal General)	Desde la formalización de la acusación hasta antes de iniciar los alegatos de cierre en el debate	Sí	Sí

TABLA 2. Requisitos legales para la procedencia del juicio abreviado según los ordenamientos procesales penales vigentes a la fecha.

Es por ello que proponemos avanzar hacia una reglamentación (de tipo ética, o dogmática) que lo vuelva algo compatible con el bloque constitucional, y que se comprometa en no vulnerar principios básicos, específicamente en todo lo vinculado con el derecho a un juicio justo y al derecho de defensa. Estas garantías constitucionales son parte fundamental del derecho procesal constitucional argentino no sólo por lo que emerge del art. 18 de la Constitución Nacional, sino también por los arts. 8 y 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, respectivamente -ambos con jerarquía

constitucional-; más aún, si observamos al derecho procesal penal como derecho constitucional reglamentario⁴⁸.

Es a esos fines que sugerimos abrir la discusión sobre “nuestros” necesarios principios al estilo de la ABA. Por ejemplo, en este punto del derecho de defensa, se destaca la temprana postura de Juárez, quien menciona la importancia de contar antes del acuerdo con una defensa técnica eficaz que garantice al acusado poder acceder a toda la información disponible sobre las consecuencias penales y no penales de un acuerdo de juicio abreviado y otorgar un consentimiento informado⁴⁹. El esquema que plantea Juárez es sumamente relevante para detectar posibles violaciones al derecho de defensa que impactan en los motivos que las personas acusadas utilizan para firmar los acuerdos de juicios abreviados. En otras palabras, se debe resaltar el valor de la defensa técnica eficaz en tanto y en cuanto esté comprometida con aquello que quien ejerce la defensa técnica -acusado/a- desee luego de haber un asesoramiento pleno. Todo ello pensado dentro de las limitadas posibilidades de reforma del aparato de justicia penal⁵⁰.

Este es solo un problema dentro de los variados que pueden ser detectados por operadores del justicia y académicos, y que sin duda serán problematizados en trabajos específicos pero que pueden englobarse dentro de una dimensión teórica o dogmática sobre los juicios abreviados.

V. CONCLUSIONES

En este sentido, podemos concluir esta invitación a pensar sobre la aplicación del juicio abreviado retomando la senda de investigación que planteamos al inicio de nuestro trabajo. Mencionamos al inicio que el juicio abreviado tuvo en el campo de los estudios e investigaciones argentinas,

⁴⁸ Maier, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal: Fundamentos*. Tomo I. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004, 163.

⁴⁹ Juárez, Mariano, Defensa técnica eficaz y juicio abreviado, *Revista del Ministerio Público de la Defensa*, 7 (octubre 2012): 93-122.

⁵⁰ Anita, Gabriel Ignacio “Los límites de los reformismos de la justicia penal” en Kostenwein, Ezequiel (director) *Mundos Judiciales y Dinámicas Sociales. Aproximaciones al funcionamiento de la justicia penal*, pp. 49 a 71, Buenos Aires, Fabián Di Plácido, 2023.

al menos, dos momentos de gran impacto. El primero provino de la teoría legal y lo analizó a través de la crítica constitucional y procesal, mientras que el segundo surgió de diversos análisis sociológicos o antropológicos que estudiaron su extensión y aplicación en escenarios específicos.

Proponemos un tercer momento en que se unan esas dos formas de investigar el fenómeno, para tomar mejores decisiones políticas y pensar en límites a su aplicación, así como medidas de organizarlo igualitariamente y con precauciones frente a posibles excesos. Señalar su radical incompatibilidad con el sistema procesal y constitucional no ha servido para limitar su uso. Y en ese sentido entendemos posible y necesario regular la práctica en forma efectiva, para impedir algunos aspectos concretos de débil o ninguna legitimidad democrática, que en todo caso parezcan del todo intolerable. Estos podrían identificarse en la ley o en la práctica judicial o abogadil, como se ha visto en el caso de la ABA.

No dejamos de mencionar la posible reforma legal, ya que como se señaló habría un primer problema en la misma forma de legislar o permitir este dispositivo consensual, mal o incluso poco legislado. Esto es, por caso, el ejemplo de la regulación en el CPPN, donde su aplicación se basa solamente en lo dispuesto en el artículo 431 bis, aunque puede encontrar correlato en otras jurisdicciones como la ciudad de Buenos Aires (art. 279 CPP-CABA). Aquí ya dejamos un primer problema para ser analizado y ampliado, cual es el de mejorar la técnica legislativa.

Sin embargo, no todos los problemas pasan por ese tipo de propuestas de reforma legal. Es así como un segundo punto problemático gira sobre un desigual uso que se observa en las diferentes escalas de punitividad permitidas en su aplicación en cada jurisdicción dentro del propio país. Así es en el ejemplo que mencionamos más arriba con el acuerdo de juicio abreviado a prisión perpetua en la provincia de Santa Fe. Las reformas procesales más recientes admiten este tipo de acuerdos sin ningún tipo de límite de pena, mientras que otros regímenes legales tienen posiciones diferentes que juegan con otros instrumentos legales imponiendo límites o señalando cautela en su uso⁵¹. Esto no

⁵¹ El CPPN establece el límite de pena en los seis años de prisión, algo que se mantiene en el nuevo Código de Procesal Penal Federal, aplicado en algunas provincias por el momento. El CPP de la Provincia de Buenos Aires,

puede ser resuelto imponiendo una legislación única, sin avasallar las potestades legislativas de un Estado federal, algo similar ocurre en Estados Unidos de Norteamérica y revela las ventajas de propuestas deontológicas, como las aquí mencionadas, o las que se proponen de tipo de interpretación dogmática.

Finalmente, los problemas atañen a ambos tipos de propuestas. En tercer lugar, las distintas formas de regulación también plantean distinciones de acuerdo a la existencia de una pluralidad de personas acusadas y sus consentimientos. Por ejemplo, los ordenamientos procesales bonaerenses, chubutense y porteño reconocen explícitamente que puede ser utilizado individualmente, aunque haya varios imputados. Unos pueden pactar, mientras otros se avienen (y eso no debería usarse como prueba en contra del que no pacta). Incluso el nuevo Código Procesal Penal Federal abandona el requisito del consentimiento unánime, destinado a evitar el problema de obtener resultados distintos por el mismo hecho, que está expresado en la breve norma vigente del CPPN⁵².

Ese tipo de problemas “legal” (o de interpretación legal) también está presente en los Estados Unidos, y ello es lo que advierte la necesidad de la ABA de imponer un código deontológico que efectivamente incida en la práctica de los acuerdos de pena. Esto también podría ser atendido doctrinariamente con una teoría fuerte.

establecido en el año 1998, lo fijó en penas de hasta quince años de prisión. Por último, el CPP santafecino y de la Ciudad de Buenos Aires, sancionados en 2014 y 2007 respectivamente, ya no establecen límite alguno.

Si bien escapa a nuestro objeto de investigación, en el caso del CPPN, la práctica judicial ideó mecanismos para sortear el límite de los seis años a partir de una simulación del juicio, donde se omite la recepción de la prueba y directamente se pasa a la etapa de la fijación de la pena. Sobre este punto en particular, también es necesario más investigación empírica.

⁵² Recientemente, la omisión del consentimiento unánime para el juicio abreviado en el CPPN fue *contra legem* aceptada en términos jurisprudenciales. Al respecto, ver, Sicardi, Mariano, Apuntes sobre el requisito del consentimiento unánime en el juicio abreviado del código procesal penal de la nación y su relación con la garantía a ser juzgado por un tribunal imparcial, *Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*, 2020-4 (abril 2020), 350-362. Para el caso chileno, ver Oliver, Guillermo. 2021. “Convenience or Inconvenience of Requiring the Unanimous Consent of the Co-Defendants for the Negotiated Criminal Justice Mechanisms (in a Restricted Sense) in the Chilean Criminal Procedural System”. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal* 7 (2):1261.

Pero además de estos, también hay otros problemas que surgen de la aplicación práctica y, al menos hasta el momento y en Argentina, no se han desarrollado análisis que sirvan para guiar a los operadores judiciales, de la acusación y de los abogados para aplicar esa normativa, seguramente fallida y poco precisa pero así y todo no aplicada en ocasiones.

La propuesta conclusiva del artículo es la de sugerir la necesidad de una *dogmática* del juicio abreviado que nos permita fijar su aplicación en casos concretos y limitar los posibles abusos. Esta pretensión implica ir más allá de posibles guías de buenas prácticas que pongan atención a sus aspectos problemáticos⁵³. Históricamente y conceptualmente la dogmática jurídica tiene por objeto de estudio el derecho positivo vigente, así como las sentencias y otras formas jurídicas en que este se demuestra. A esos fines debe describir, pero también prescribir. Sin salirse de un “deber ser”, al reconocer el “ser” o la realidad de una institución legal, permite la interpretación y sistematización de la misma para ubicarla en el sitio que les corresponde en construcciones conceptuales que constituye un “sistema” que tiene su clave de bóveda o razón de ser en el mandato constitucional, en este caso el del debido proceso legal.

Nuestra propuesta encuentra eco en el sistema de contención que plantean Zaffaroni, Alagia y Slokar respecto del poder punitivo. Según ellos, esto es necesario para permitir que la expresión punitiva estatal llegue con los menores caracteres de irracionalidad a través de un primer orden de compuertas denominado *teoría del delito* -impide su paso cuando no están los presupuestos para pedirlo a la agencia judicial- y un segundo sistema sobre *teoría de la responsabilidad penal* -cómo debe responder la agencia judicial a ese pedido-⁵⁴. En nuestro caso, la dificultad de solucionar la problemática del juicio abreviado por medio de leyes hace que la dogmática jurídica tome valor para incorporar datos de la realidad; en otras palabras, “la ciencia jurídico penal no puede dejar a los operadores jurídicos privados de un discurso que les

⁵³ Ver Trujillo, Henry, Macedo, Florencio, Zubillaga, Daniel, Fernández, Martín y Sansone, Sebastián. Guía de buenas prácticas para operadores del sistema de justicia sobre la aplicación del proceso abreviado [<https://www.colibri.udelar.edu.uy/jspui/handle/20.500.12008/34029>], Montevideo: Udelar. F 2022.

⁵⁴ Zaffaroni, E. R., Alagia, A. y Slokar, A., *Derecho Penal: Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2008, 83.

permita hacerse cargo del problema impulsando la eficacia de las normas constitucionales”⁵⁵. Este ejercicio de reflexividad no debe implicar sólo legitimar este instituto procesal, sino utilizar aquello que la realidad judicial nos indica para no ignorar cómo se despliega diariamente y evitar usos arbitrarios. En todo caso, los usos discrecionales del juicio abreviado deben estar contenidos no por la práctica judicial -en particular de las fiscalías- sino por una propuesta dogmática que sirva de contrapeso a la punitividad estatal.

Lo que sugerimos es que se hagan más investigaciones concretas sobre la utilización de los juicios abreviados para detectar problemas y que estas se interpreten para sugerir soluciones para un uso constitucional, al menos jurídico, y con ello queremos indicar también los componentes principales del derecho como garantía de igualdad. Que los abogados, pero especialmente los justiciables, sepan cómo litigar y qué consecuencias tiene participar de la negociación y sobre todo asumir una pena de esta manera.

En definitiva, los objetivos declarados de nuestra investigación futura (y las que desarrollen otros y otras investigadores) son los de avanzar hacia una crítica legal del juicio abreviado, a partir del reconocimiento que la mayoría de las condenas se imponen con ese procedimiento, escasamente regulado legalmente y con enormes diferencias en su aplicación, no solamente en distintas provincias argentinas sino incluso bajo la misma normativa y jurisdicción. Esas diferencias en su aplicación influyen en prácticas diversas de abogados y fiscales. Y tal vez a ellos, como lo intenta la ABA, se podría dirigir este nuevo giro en las investigaciones: tanto para relevar su funcionamiento y abusos, como para pensar formas de impedir estos últimos y mejorar el primero.

En especial, el rol de los jueces y las juezas debe ampliarse en cuanto a sus posibilidades de control sobre los términos del acuerdo, que no se limite a aspectos formales de admisión o rechazo. Volviendo sobre el ejemplo que mencionábamos más arriba, una regulación acorde del juicio abreviado con el derecho de defensa debería prever que el juez o jueza que decida rechazar un acuerdo de juicio abreviado por

⁵⁵ Zaffaroni, E. R., *Dogmática Jurídico Penal para Nuestra América*, Buenos Aires, Ediar, 2023, 127.

falta de elementos probatorios conlleve a su desvinculación del proceso; caso contrario, su renuncia a un juicio, y a ejercer de manera efectiva su derecho de defensa, tendría el efecto contradictorio de perjudicar su situación legal al permitirle a la fiscalía mejorar su posición probatoria y agravar los resultados de futuras negociaciones⁵⁶.

Por último, la propuesta de elaborar una *dogmática* del juicio abreviado significa estar alertas a posibles abusos estructurales (nos referimos a los problemas políticos o generalizados, como el aumento de la población reclusa o el retraimiento del contradictorio o del control judicial) e individuales (nos referimos a la coerción para firmar una condena o la vulneración concreta al derecho de informarse y defenderse) en su utilización. En particular, se trata de evitar violaciones claras al derecho de defensa en juicio y el consentimiento válido de la persona acusada que decide acceder a este tipo de acuerdos.

REFERENCIAS

American Bar Association, 2023 Plea Bargain Task Force Report, https://www.americanbar.org/groups/criminal_justice/committees/taskforces/plea_bargain_tf/ (acceso Agosto 1º, 2023).

Anitua, Gabriel Ignacio. El juicio penal abreviado como una de las reformas penales de inspiración estadounidense que posibilitan la expansión punitiva. En Maier, Julio B. J. y Bovino, A. (comp.). *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005, p. 137-160.

Anitua, Gabriel Ignacio. Los límites de los reformismos de la justicia penal. En Kostenwein, E. (dir.). *Mundos Judiciales y Dinámicas Sociales. Aproximaciones al funcionamiento de la justicia penal*, Buenos Aires: Fabián Di Placido, 2023, p. 49-71.

Anitua, Gabriel Ignacio. En defensa del juicio: comentarios sobre el juicio penal abreviado y el arrepentido. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, v. 8, n. A, 543-556, 1998.

⁵⁶ En este ejemplo tomamos la idea de Maier acerca de la imposibilidad de que las garantías constitucionales del proceso penal jueguen en contra del acusado. Si su funcionamiento no lo permite, menos su renuncia. En todo caso, ello debería servir de contrapeso para la labor de quienes actúan en nombre del Ministerio Público Fiscal.

Anitua, Gabriel Ignacio. La importación De Mecanismos Consensuales Del Proceso Estadounidense, En Las Reformas Procesales Latinoamericanas. *Revista Brasileña De Derecho Procesal Penal* 1 (1) (2015): 43-65. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.3>

Anitua, Gabriel Ignacio. *La justicia penal en cuestión*. Madrid: Iustel, 2017.

Anitua, Gabriel Ignacio. Transformaciones actuariales en la instancia de la jurisdicción penal. En Pérez Pinzón, Alvaro, García Méndez, Emilio, Muñoz Gómez, Jesús, Ploskenos, Analía y Rivera Beiras, Iñaki (coord.). *Criminología y derecho penal, para el debate. Homenaje a Roberto Bergalli*, Bogotá: Temis, 2021, p. 261-287.

Bergman, Marcelo, Langer, Máximo y Fondevila, Gustavo. ¿A quién y cómo se juzga en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires? Una radiografía de la Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional. Buenos Aires: UNTREF, 2017.

Bessone, Nicolás, Bombini, Gabriel y Rajuan, Christian. El procedimiento de flagrancia, promesas reformistas y efectos reales: celeridad o severidad judicial". En Sozzo, M. (comp.). *Reforma de la justicia penal en América Latina: promesas, prácticas y efectos*, Didot: Buenos Aires, 2020, p. 175-204..

Bigliani, Paola. El juicio abreviado y su recepción en el orden jurídico argentino. En Maier, Julio B. J. y Bovino, A. (comp.)., *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005, p. 161-190.

Bombini, Gabriel, Políticas de drogas, tensiones judiciales y castigo penal: actitudes de la justicia penal en la aplicación de la ley de desfederalización en materia de drogas prohibidas (estudio de casos en la Ciudad de Mar del Plata). En Kostenwein, E. (dir.). *El imperio de castigar: contribuciones desde la sociología de la justicia penal*, Buenos Aires: Editores del Sur, 2020, pp. 531-558.

Brockman, Norbert C. The History of the American Bar Association: A Bibliographic Essay. *The American Journal of Legal History* 6, no. 3 (1962): 269–85. <https://doi.org/10.2307/844073>

Bruto, Liliana N., y Androvetto, María Gabriela. El juicio abreviado en el Código Procesal Penal de la Nación, *DJ, Buenos Aires*, 1998-1, 819 (cita online: AR/DOC/694/2001)

Carbone, Carlos. El principio de simplificación en los nuevos sistemas procesales penales *Revista Derecho Penal y Criminología*, Buenos Aires, 12/2015 (cita online: AR/DOC/3932/2015)

Carlie Malone, Plea Bargaining and Collateral Consequences: An Experimental Analysis, Nashville, *Vanderbilt Law Review* 73, no. 4, 1161-1208, 2020. <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/vlr/vol73/iss4/4>

Ciocchini, Pablo. Domando a La Bestia: Las Reformas En La Justicia Penal Bonaerense Para Eliminar La Demora Judicial. *Derecho Y Ciencias Sociales*, La Plata, nro. 7, p. 203-23, 2012. <https://revistas.unlp.edu.ar/dcs/article/view/11179>

Ciocchini, Pablo. Cambiando todo para no cambiar nada: Las reformas en el proceso penal bonaerense. En Kostenwein, E. (comp.). *Sociología de la justicia penal*. Buenos Aires: Ediar, p. 307-366, 2017.

Córdoba, Gabriela. El juicio abreviado en el Código Procesal Penal de la Nación. En Maier, Julio B. J. y Bovino, A. (comp.), El procedimiento abreviado. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005, p. 229-250.

Costabel, Néstor G.. A quince años de la incorporación del juicio abreviado en el proceso penal. *Revista Derecho Penal y Criminología*, Buenos Aires, 7/2012 (cita online: AR/DOC/3080/2012).

Del Río, Alejandra, Ríos, Lucía, Solari, Angélica y Montero, Augusto, “Muertes violentas de mujeres y condenas judiciales en la provincia de Santa Fe: abordaje comparativo de casos concluidos con procedimientos abreviados y con juicios orales y públicos”. Ponencia presentada en el Seminario Justicia Penal, abreviación y negociación en América Latina, Santa Fe, Argentina, 6-7 diciembre 2019.

Duce, Mauricio J. ¿Debiéramos preocuparnos de la condena de inocentes en Chile? Antecedentes comparados y locales para el debate. *Ius et Praxis*, Talca, 19, n° 1, 77-138, 2013. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122013000100004>.

Duce, Mauricio J. La Condena de Inocentes En Chile: Una Aproximación Empírica a Partir de Los Resultados de Los Recursos de Revisión Acogidos Por La Corte Suprema En El Período 2007-2013. *Política criminal*, Talca, 10, no. 19, p. 159-91, 2015. <https://doi.org/10.4067/s0718-33992015000100006>

Fassin, Didier. *Punir: une passion contemporaine*. Seuil: Paris, 2017.

Friedman, Lawrence M. Plea Bargaining in Historical Perspective. *Law & Society Review*, Amherst, 13, no. 2 (1979). <https://doi.org/10.2307/3053251>.

Galpern, Mariano y Alonso, Silvina. Implicancias prácticas del juicio abreviado. *Revista La Ley*, Buenos Aires, Suplemento Penal, 2/2013 (cita online: AR/DOC/5716/2012).

Gorkiewicz Moroni, Erica. El juicio abreviado: su implementación en el nuevo Código Procesal Penal de Catamarca. *Revista La Ley NOA*, Buenos Aires, 6/2007 (cita online: AR/DOC/1807/2007).

González Guarda, Claudio Javier. La eficiencia en el sistema penal español: con especial referencia al modelo de conformidades. *Revista Brasileña de Derecho Procesal Penal*, vol. 7, n. 3, p. 2061, 2021. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i3.538>.

Gutiérrez, Mariano Hernán. Coyuntura y frentes de tormenta: la política criminal de la Provincia de Buenos Aires 1996-2014. En Kostenwein, E. (dir). *Sociología de la justicia penal*, Ediar: Buenos Aires, 2017, p. 261-303.

Gutiérrez Campoverde, Hagí Eduardo, Cantos Ludeña, Rafael David y Durán Ocampo, Armando Rogelio. Vulneración Del Debido Proceso En El Procedimiento Penal Abreviado. *Universidad Y Sociedad* 11 (4), 414-23, 2019. <https://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus/article/view/1322>.

Jenia I. Turner. Transparency in Plea Bargaining. *Notre Dame Law Review, Notre Dame*, 96, no. 3, p. 973-1024, 2021. <https://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol96/iss3/2>

Juárez, Mariano. Defensa técnica eficaz y juicio abreviado. *Revista del Ministerio Público de la Defensa*, Buenos Aires, 7 (octubre 2012), p. 93-122, 2012.

Kostenwein, Ezequiel. Decidir rápido, Condenar Pronto. El Proceso De Flagrancia Desde La sociología De La Justicia Penal. *Estudios Socio-Jurídicos, Bogotá*, 20 (1), p. 13-44, 2018. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.5434>

Kostenwein, Ezequiel, y Ciocchini, Pablo. Defensa Pública y estructura social. Convenciones y compromisos hacia el interior de la justicia penal. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 4, p. 2214 - 2242, 2022: . <https://doi.org/10.12957/rqi.2022.67222>

Kostenwein, Ezequiel. Sociología De La Justicia Penal. Precisiones teóricas Y Distinciones prácticas. *Revista Delito y Sociedad, Santa Fe*, v. 2, n. 46, p. 33-72. <https://doi.org/10.14409/dys.v2i46.8148>

Kostenwein, Ezequiel. Apresurando decisiones: la justicia penal ante las exigencias de celeridad. En Kottenwein, E. (dir.). *Sociología de la justicia penal*. Ediar: Buenos Aires, 2017, p. 367-412.

Langbein, John. Tortura y Plea Bargaining. En Maier, Julio B. J. y Bovino, A. (comp.), *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005, p. 3-30.

Langer, Máximo. From Legal Transplant to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and The Americanization Thesis in Criminal Procedure. *Harvard International Law Journal, Cambridge*, v. 45, v. 1, 2004, p. 1-64.

Langer, Máximo. Plea Bargaining as Second-Best Criminal Adjudication and the Future of Criminal Procedure Thought in Global Perspective, En Langer, M., McConville, M. y Marsh, L. (edit.). *Research Handbook of Plea Bargaining*. Elgar Publishers, en prensa.

Langer, Máximo. Plea Bargaining, Conviction Without Trial, and the Global Administratization of Criminal Convictions. *Annual Review of Criminology*, 4, 377-411, 2021. <https://doi.org/10.1146/annurev-criminol-032317-092255>.

Langer, Máximo. La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado. En Maier, Julio B. J. y Bovino, A. (comp.), *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005, p. 97-136.

Langer, Máximo. Revolución en el proceso penal Latinoamericano: difusión de ideas legales desde la periferia. En Kostenwein, E. (dir.). *Sociología de la justicia penal*, Ediar: Buenos Aires, 2017, p. 127-212.

Lattari, Jéscica P. Alcance del control sobre procedimientos abreviados en la jurisprudencia de la provincia de Santa Fe en *Revista Derecho Penal y Criminología*, Buenos Aires, 2/2019, La Ley (cita online: AR/DOC/2698/2018).

Maier, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal: Fundamentos*. Tomo I. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.

Maier, Julio B. J., "República y justicia criminal". *Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, 50, 207-246, 1988.

Natapoff, Alexandra. *Punishment without a crime: how our massive misdemeanor system traps the innocent and makes America more unequal*. New York: Basic Books, 2018.

Oliver, Guillermo. Convenience or Inconvenience of Requiring the Unanimous Consent of the Co-Defendants for the Negotiated Criminal Justice Mechanisms (in a Restricted Sense) in the Chilean Criminal Procedural System. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal, Porto Alegre*, v. 7, n. 2, p. 1261-1286, 2021. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i2.532>

Piechestein, Ana Clara, Monclus Masó, Marta, Brigandi, Jéscica y Martínez Magarzo, Quimey. Miradas Feministas a la Justicia Penal: límites y posibilidades para la protección y respuesta eficiente a los conflictos de personas en situación de violencia de género. *Cálamo. Revista de Estudios Jurídicos*, Quito, 19, p. 10-26, 2023. <https://doi.org/10.61243/calamo.19.5>

Ribeiro, S., & Régnier Chemim Guimarães, R. (2020). O caso das Bruxas de Salem e a origem do plea bargaining norte-americano: contrapondo o entendimento dicotômico dos sistemas processuais penais. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, 6(2), 835-872. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i2.323>

Riego, C. La renuncia a las garantías del juicio oral por medio del procedimiento abreviado en Chile. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, vol. 3, n. 7, 825-847, 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i3.80>

Sicardi, Mariano. ¿Cuerpo extraño? El proceso de flagrancia en el fuero criminal y correccional ordinario del Poder Judicial de la Nación. En *Actas de las II Jornadas de Estudios Sociales sobre Delito, Violencia y Policía*. UNSAM, 2020. https://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/trab_eventos/ev.14055/ev.14055.pdf.

Sicardi, Mariano. Cuando lo inquisitivo se encuentra con lo adversarial: apuntes sobre los procesos de reforma judicial y el caso de la ciudad de Buenos Aires (Argentina). *Nuevo Foro Penal, Bogota*, v. 15, n. 93, 50-75, 2019. <https://doi.org/10.17230/Nfp.15.93.2>

Sicardi, Mariano. Reformas del proceso penal en Latinoamérica, gerencialismo y juicio abreviado: aproximaciones desde la Ciudad de Buenos Aires. En Kostenwein, E. (dir). *El imperio de castigar: contribuciones desde la sociología de la justicia penal*, Buenos Aires: Editores del Sur, 2020, p. 303-322.

Sicardi, Mariano. Apuntes sobre el requisito del consentimiento unánime en el juicio abreviado del código procesal penal de la nación y su relación con la garantía a ser juzgado por un tribunal imparcial. *Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*, 2020-4 p. 350-362, abril 2020.

Sicardi, Mariano. Gerentes del castigo: una aproximación a los discursos del management y su aplicación en los procesos penales latinoamericanos. En Irrázabal, Gabriela, Dallorso, Nicolás, Cesaroni, Claudia y Costa, Newone (coord.). *Gestión de la inseguridad, violencias y sistema penal*. Temperley: Tren en Movimiento, 2018, p. 21-36.

Sozzo, Máximo y Somaglia, Mailén. Prisión preventiva y reforma de la justicia penal: una exploración sociológica sobre el caso de la Provincia de Santa Fe, Argentina. *Derecho y Ciencias Sociales*, Estudios actuales sobre la justicia penal, La Plata, n. 17, p. 7-43, 2017. <https://doi.org/10.24215/18522971e008>

Sozzo, Máximo. ¿Más allá de la “angustia de juzgar”? Reforma de la justicia penal, condena sin juicio y mutaciones del rol del juez penal. En Kostenwein, E. (dir.). *Mundos judiciales y dinámicas sociales: aproximaciones al funcionamiento de la justicia penal*, Fabián J. Di Plácido Editor: Buenos Aires, 2021, p. 149-183.

Taboga, Julieta. *Rediseñando el campo de la justicia penal: Una exploración sobre las transformaciones del proceso penal en la provincia de Santa Fe*. Tesis (Maestría en Criminología) - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santa Fe, 2021.

Taboga, Julieta. Transformaciones del sistema de justicia procesal penal en la provincia de Santa Fe, Argentina: componentes y actores claves de un proceso en curso. En Kostenwein, E. (dir.). *Tristes tópicos judiciales: el trabajo de la justicia penal más allá de los lugares comunes*. Edulp: La Plata, 2023, p. 172-218.

Trujillo, Henry, Macedo, Florencio, Zubillaga, Daniel, Fernández, Martín y Sansone, Sebastián. *Guía de buenas prácticas para operadores del sistema de justicia sobre la aplicación del proceso abreviado* [<https://www.colibri.udelar.edu.uy/jspui/handle/20.500.12008/34029>], Montevideo: Udelar. FD, 2022

Varela, Cecilia. Un análisis De La implementación Del Juicio Abreviado. *Delito Y Sociedad, Santa Fe*, v. 1, n. 18/19, p. 69-88, 2016. <https://doi.org/10.14409/dys.v1i18/19.5385>

Vegezzi, Santiago. Juicio abreviado: su recepción en el orden jurídico argentino. En Maier, Julio B. J. y Bovino A. (comp.). *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005, p. 341-364.

Weigend, Thomas. 2021. “Exclusão Sem Julgamento? Ilicitude probatória E Procedimentos Abreviados”. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal, Porto Alegre*, v. 7, n. 1, p. 247-271. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i1.502>

Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Dogmática Jurídico Penal para Nuestra América*. Buenos Aires: Ediar, 2023.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro. *Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2008.

Zysman Quirós, Diego. *Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos: un estudio sobre las United States Sentencing Guidelines*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2013.

Authorship information

Gabriel Ignacio Anitua. Doctor en Derecho (Universidad de Barcelona). Master en Sistema Penal y Problemas Sociales (Universidad de Barcelona). Diploma de Estudios Avanzados (UPV). Abogado (UBA) y sociólogo (UBA). Profesor titular de la carrera de Abogacía de la Universidad Nacional de José C. Paz. Profesor

adjunto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Investigador Independiente del Conicet. ganitua@derecho.uba.ar

Mariano Sicardi. Magíster en Criminología (FCJS-UNL). Abogado (UBA). Jefe de Trabajos Prácticos de la carrera de Abogacía de la Universidad Nacional de José C. Paz. mariano.sicardi@docentes.unpaz.edu.ar

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

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

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

- *Gabriel Ignacio Anitua:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Mariano Sicardi:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.

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

Editorial process dates (<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 23/11/2023
 - Desk review and plagiarism check: 25/11/2024
 - Review 1: 04/12/2023
 - Review 2: 21/12/2023
 - Preliminary editorial decision: 03/02/2024
 - Correction round return 1: 16/02/2024
 - Preliminary editorial decisión 2: 17/02/2024
 - Correction round return 2: 23/02/2024
 - Final editorial decision: 25/02/2024
- Editorial team**
- Editor-in-chief: 1 (VGV)
 - Reviewers: 2

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

ANITUA, Gabriel I.; SICARDI, Mariano. Hacia una “teoría” de los “juicios abreviados”: Necesidad de imponer límites legales y deontológicos para su aplicación. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 10, n. 1, e945, jan./abr. 2024. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v10i1.945>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.

Teoria da Prova Penal

Criminal evidence theory

El estándar de suficiencia probatoria para crímenes de lesa humanidad¹

Standard of proof for crimes against humanity

Gustavo Poblete Espíndola²

Universidad Alberto Hurtado, Santiago, Chile

gpoblete@uahurtado.cl

 orcid.org/0000-0001-9043-0028

“-Vamos a darles a los militares lo que ellos no les dieron a sus víctimas: un juicio justo.

- ¿y las pruebas?

- Las pruebas son trabajo de la Fiscalía

- ¿Y si no las consiguen?

- Si no las consiguen, tendremos que absolver”

Argentina, 1985

RESUMEN: El artículo justifica un estándar de suficiencia probatoria para crímenes de lesa humanidad. Para lograr ese objetivo, la investigación se divide en tres partes. Primero, evidencia la ausencia de una explicación exhaustiva que justifique la aplicación de un estándar de prueba

¹ El presente artículo forma parte del Proyecto de Investigación “Los errores en la producción y en la aplicación del derecho” (PID2020- 114765GB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (España), cuyos investigadores principales son Jordi Ferrer y Diego M. Papayannis y en el que el autor se desempeña como co-investigador. Una versión preliminar, se presentó en el Workshop sobre “Fronteras (reales e imaginarias) entre razonamiento probatorio y derechos humanos” en el 1st Michele Taruffo – Girona Evidence Week (23-27 de mayo de 2022).

² Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Alberto Hurtado (Chile). Doctor en Derecho por la Universitat de Girona (España) y Doctor en Derecho por la Universidad de Chile (Chile). Profesor de Derecho Constitucional y Teoría del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado. Abogado. Dirección postal: Cienfuegos 41, Santiago.

en la justicia transicional. Segundo, adopta un modelo procesal alternativo como método para fijar un estándar de suficiencia probatoria flexible, diferente de aquel usado en juicios penales. Tercero, diseña el argumento de la asimetría de las posiciones procesales para reducir la exigencia probatoria mediante la exposición de dos razones centrales: la desventaja injustificada que sufre la víctima de crímenes contra la humanidad y las limitaciones de la sanción jurídica impuesta por estos delitos. Por último, el artículo concluye que la aplicación de un estándar de prueba diferenciado solo es posible frente a casos excepcionales, como serían aquellos juicios asociados a graves violaciones de derechos humanos.

PALABRAS CLAVES: estándar de prueba; crímenes de lesa humanidad; dictaduras; responsabilidad del Estado; justicia transicional.

ABSTRACT: *The article justifies a standard of proof for crimes against humanity. In order to achieve that objective, this investigation is divided into three parts. Firstly, it reflects the absence of an exhaustive explanation that justifies the application of a standard of proof in transitional justice. Secondly, it adopts an alternative procedural model as a method to set a flexible standard of proof, different from these used in criminal trials. Thirdly, it designs the argument of procedural asymmetries to expose two central aspects: the unjustified disadvantage suffered by the victim of crimes against humanity and the limitations of the legal sanction imposed for these crimes. Lastly, the article concludes that the application of a differentiated standard of proof is only possible in exceptional cases, such as those trials associated with serious human rights violations.*

KEYWORDS: *standard of proof; crimes against humanity; dictatorships; State responsibility; transitional justice.*

CONTENIDO: Introducción; 1. Los diferentes estándares de prueba; 1.1. Estándar de prueba civil; 1.2. Estándar de prueba penal; 1.3. Estándar de prueba transicional; 2. La superación del binomio procesal; 2.1. El modelo procesal alternativo; 2.2. La decisión sobre el nivel de exigencia probatoria; 3. El argumento de las asimetrías procesales; 3.1. La desventaja de la parte acusadora; 3.2. La levedad de la sanción jurídica; Consideraciones finales; Referencias.

INTRODUCCIÓN

En general, la literatura especializada en derecho probatorio ha centrado el análisis de los estándares de prueba desde su construcción y aplicación en diferentes ámbitos del derecho. La proliferación de estudios sobre estándares de prueba penal y civil dan cuenta de las complejidades constantes que deben sortear las partes de un juicio para probar hechos, las herramientas que deben utilizar los tribunales para valorar la prueba rendida y el umbral que se debe superar para dar por verdadero el relato de la parte afectada. Todos estos aspectos, con diferentes grados de profundidad, han sido estudiados por quienes se dedican a la teoría y dogmática del derecho probatorio.³

Sin embargo, el estudio sobre la justificación del umbral de suficiencia probatoria ha sido poco explorado. La ausencia de análisis exhaustivos en esta materia repercute en dos niveles. Por una parte, la literatura en derecho probatorio, salvo algunas excepciones⁴, no ha sido proclive a identificar los fundamentos teóricos para la fijación de umbrales probatorios. Por otra parte, esta laguna se agudiza cuando no existe una vinculación clara entre la justificación de umbrales suficiencia probatoria y su aplicación en un ámbito concreto.

Una dificultad específica se presenta en el derecho internacional público con el uso del estándar *más allá de toda duda razonable* para crímenes de lesa humanidad. El Estatuto de Roma, en su artículo 66.3, fija

³ Una obra que sintetiza los diferentes estándares de decisiones y su impacto en el derecho, especialmente en lo referente a estándares de prueba, es CLERMONT, Kevin. *Standards of decision in law. Psychological and logical bases for the standard of proof, here and abroad*. Durham: Carolina Academic Press, 2013. También HAACK, Susan. *Filosofía del derecho y prueba. Perspectivas pragmatistas*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo: Marcial Pons, 2020, se presenta como una obra de referencia sobre el análisis del derecho probatorio estadounidense que regula la prueba científica. Por último, bien vale destacar TARUFFO, Michele: *La prueba*. Traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons, 2008, cuyo autor realiza un estudio pormenorizado sobre distintos aspectos de la prueba en el ámbito civil.

⁴ Sobre este tema, se encuentra el análisis de FERRER, Jordi. *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo. Marcial Pons, 2021, pp. 150-170.

este estándar de prueba para establecer la comisión de delitos causados por organismos estatales y/o no estatales, ya sea por torturas, homicidios, desapariciones forzosas y otros mencionados en el artículo 7 del Estatuto de referencia. En esta materia, la aplicación del estándar de prueba penal es problemática porque su exigencia es elevada y los delitos en cuestión presentan componentes diferentes en comparación a otros delitos: se trata de crímenes causados por aparatos burocráticos complejos, motivados por razones ideológicas. Este síntoma se agudiza en sistemas jurídicos democráticos cuando se intentan resolver crímenes a propósito de dictaduras cívico-militares pasadas o graves conflictos armados en democracias establecidas. El umbral de exigencia *más allá de toda duda razonable*, se presenta como un punto de partida indeseado si el juicio busca, además de la sanción penal, la verdad histórica y la reconciliación de una sociedad fracturada. Por lo tanto, la integración del estándar de prueba penal, en estas circunstancias, no beneficia al esclarecimiento de los hechos, ni favorece la protección de la memoria colectiva que fue dañada por esos acontecimientos.⁵

Frente a este escenario, la presente investigación busca reforzar la idea propuesta por COLOMA cuando sostiene que los juicios de justicia transicional deben apoyarse en estándares de prueba menos exigentes que los usados en juicios penales. Por esa razón, el trabajo no intenta diseñar un estándar de prueba, sino que más bien busca justificar la fijación de un umbral de suficiencia probatoria diferenciado cuando agentes estatales en contextos de crisis institucionales (dictaduras, Estados de facto o democracias fallidas) son acusados de cometer crímenes de lesa humanidad. Es decir, el artículo critica el estándar de prueba consagrado en el Estatuto de Roma y propone la fijación de un umbral de prueba más flexible. Esa menor exigencia probatoria estaría apoyada a propósito de la desventajada sufrida por la parte acusadora y la limitación de la sanción penal aplicada a sus perpetradores en juicios de justicia transicional.

Para lograr el objetivo trazado y defender la afirmación sostenida, la investigación transita de la siguiente manera. Primero, devela el

⁵ En este sentido, véase CHARNEY, John. El derecho a la verdad y su contribución a la memoria colectiva. *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 32, N°2, 2019, pp. 207-230, pp. 216-217.

problema que supone la ausencia de una explicación exhaustiva que justifique un umbral de suficiencia probatoria en juicios por crímenes de lesa humanidad. Segundo, adopta un modelo procesal alternativo como método que tiene una doble finalidad. Por un lado, superar el binomio clásico entre juicios civiles y penales, y, por otro lado, fijar umbrales de suficiencia diferentes en juicios de justicia transicional. Tercero, construye el argumento de las asimetrías procesales para contrarrestar la desigualdad jurídica entre agentes perpetradores y víctimas. En este punto, se identifican dos particularidades que dan cuenta de la especialidad de este tipo de juicios: la desventaja procesal que sufre la víctima de violaciones graves a los derechos humanos y el alcance limitado de la sanción jurídica impuesta por estos delitos. Finalmente, se estipulan algunas consideraciones finales.

Previo a comenzar, resulta necesario establecer las siguientes prevenciones. Por una parte, el presente trabajo no pretende referirse a un sistema jurídico en particular, más bien entrega razones para criticar el estándar de prueba fijado en el Estatuto de Roma y, en ese ámbito, disminuir la exigencia probatoria cuando se trata de crímenes contra la humanidad. No obstante, el argumento central del trabajo, con algunas variaciones específicas, podría ser utilizado para justificar la fijación de umbrales de prueba flexibles en sistema jurídicos locales. Por otra parte, en las siguientes páginas se usará la etiqueta *justicia transicional* en un sentido amplio, según lo estipulado por Naciones Unidas como “toda variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación”.⁶ Esto supone la necesidad de incluir los juicios que resuelven crímenes de lesa humanidad como una dimensión de la justicia transicional, porque a través de ellos no solo se busca una sanción penal para sus perpetradores, sino que también entregar una respuesta integral a los problemas sociales desatados por abusos cometidos en contextos institucionales críticos.

⁶ NACIONES UNIDAS. El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos. S/2004/616. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/395/32/PDF/N0439532.pdf?OpenElement> . Acceso en: 10 de enero de 2024.

1. LOS DIFERENTES ESTÁNDARES DE PRUEBA

La dificultad que plantea la investigación proviene del estudio de los estándares de prueba.⁷ En referencia a este tópico, las interrogantes que se pueden explorar giran en torno a la conformación de un estándar de prueba, denominada *perspectiva metodológica*, y las razones que se tuvieron en cuenta para fijar el umbral de suficiencia probatoria para alguna materia específica, denominada *perspectiva política*.

Respecto de la perspectiva metodológica, los estudios de derecho probatorio son bastante amplios. En ellos, el análisis se centra en la determinación de los elementos que debiesen conformar un estándar de prueba, ya sea en materia civil y/o penal.⁸ En cada una de estas parcelas, los bienes jurídicos son diferentes, pero la pretensión central en materia

⁷ La discusión más reciente que se encarga de distinguir entre *estándar*, *umbral* y *prototipo* es posible encontrarla en *Discusiones XVIII* sobre estándares de prueba. En este número, COLOMA y GAMA discuten sobre la relevancia y pertinencia del uso de la partícula ‘estándar’ para determinar la pertenencia de un ejemplar a una categoría u otra. En particular, COLOMA plantea la posibilidad de distinguir entre umbrales, utilizados para dirimir la pertenencia a una categoría de acuerdo con consideraciones cuantitativas, y prototipos, usados para determinar la pertenencia a una categoría de acuerdo con consideraciones cualitativas, COLOMA, Rodrigo. Los usos de los estándares de prueba: entre umbrales y prototipos. *Discusiones*, Vol. 18, N°2, 2016, pp. 23-51, p. 27. Por su parte, GAMA mira con escepticismo esta distinción, principalmente, porque COLOMA no analiza el modo y sentido en que podría haber una relación entre las nociones de estándar recogidas en el lenguaje ordinario, jurídico y en el estándar de prueba, GAMA, Raymundo. A propósito de umbrales, prototipos y usos de los estándares de prueba. *Discusiones*, Vol. 18, N°2, 2016, pp. 59-79, pp. 62-63.

⁸ En los últimos años, se ha discutido, en el plano teórico, qué elementos debiesen contemplar los estándares de prueba. Para una posición, los estándares de prueba tienen que ser diseñados de forma objetiva, véase LAUDAN, Larry. Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. *Doxa*, N°28, 2005, pp. 95-113 y FERRER (2021), pp. 203-208. Mientras que, la posición antagónica, postula la imposibilidad de articular estándar de prueba sin que existan elementos subjetivos, véanse las respuestas articuladas, respectivamente, por DEI VECCHI, Diego. Estándares de suficiencia probatoria, moralidad política y costos de error: el núcleo inconsistente de la epistemología de Larry Laudan. *Doxa*, N°43, 2020, pp. 397-426, pp. 413-423 y DEI VECCHI, Diego. Prueba sin convicción en su justa medida. *Doxa*, Núm. 45, 2021, pp. 337-373, pp. 337-373.

probatoria es la misma: corroborar la veracidad de la hipótesis más plausible en el caso concreto. Por lo tanto, la superación de un umbral de exigencia dependerá de los tipos de elementos que configuran el respectivo estándar de prueba, ya sea que su consagración se encuentre estipulada a nivel legal y/o jurisprudencial.⁹

Desde la perspectiva política el análisis es previo. En este plano, se abordan las razones que fundamentan la fijación de estándares de suficiencia probatoria: lo importante es justificar el umbral de suficiencia que se tiene que alcanzar para dar por probada una u otra hipótesis. El análisis centra la atención en la decisión del criterio de suficiencia, puesto que se requiere de un acuerdo político que permita posicionar el nivel del umbral probatorio para el conjunto de hechos que se desea corroborar.¹⁰ Dicho esto, se puede constatar que este tipo de decisiones no incorpora consideraciones metodológicas, sino que más bien gira en torno al acuerdo político que previamente toma la legislatura para determinar si la distribución del riesgo es simétrica o asimétrica.¹¹

De acuerdo a la distinción realizada, el trabajo centra su atención en la perspectiva política. El interés surge porque en los casos que versan sobre crímenes de lesa humanidad debiera aplicarse un estándar de prueba diferente del que se usa habitualmente para decidir hechos penales. En lo que sigue, se mostrarán los diferentes umbrales de suficiencia probatoria con su consiguiente justificación, se expondrá el estándar de prueba

⁹ Los análisis desde el derecho comparado no han quedado ajenos a la dicotomía sobre la confección de los estándares de prueba. En Brasil, véase las contribuciones de VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro. *Revista Direito GV*, v. 16, n. 2, 2020 y NARDELLI, Marcella A. M.; MASCARENHAS, Fabiana A. Os standards probatórios como métrica da verdade: em busca de parâmetros objetivos para a racionalização das decisões sobre os fatos. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, n. 44, jul.-dez. 2016, p. 45-66.

¹⁰ Esto supone el ejercicio efectivo del debido proceso y el respeto por el Estado de derecho. Véase FERRER, Jordi. *Prueba sin convicción*. Estándares de prueba y debido proceso. Madrid: Marcial Pons, 2021. 192-198.

¹¹ Véase DEI Vecchi, Diego. Estándares de suficiencia probatoria, moralidad política y costos de error: el núcleo inconsistente de la epistemología de Larry Laudan. *Doxa*, N°43, 2020, pp. 400-402.

transicional que se tendrá como punto de partida, aunque se constatará que dicho estándar adolece de razones explicativas que lo sustenten.

1.1. ESTÁNDAR DE PRUEBA CIVIL

El estándar de prueba civil se expresa con umbrales de suficiencia distintos dependiendo de la gravedad del ilícito cometido. Aquellos sistemas vinculados a la tradición anglosajona usan el estándar de la *preponderancia de la prueba disponible* para decidir la mayoría de los litigios civiles, mientras que el estándar de la *prueba clara y convincente* es utilizado para materias especiales como la determinación de parentesco. Por su parte, los sistemas ligados a la tradición continental no suelen regirse por estándares, ya que colocan el acento en la carga y valoración de la prueba. Esto propicia que la dogmática civilista continental se pregunte sobre las bondades de esta institución e intente proponer soluciones ante la falta de reconocimiento legal en el proceso civil.¹²

Sin perjuicio de las diferencias que pueden existir entre los estándares de prueba civil, estos poseen una característica común: son herramientas útiles para que juezas y jueces logren probar la comisión de delitos o ilícitos de carácter patrimonial y/o extrapatrimonial. Precisamente, la característica común de los estándares civiles se justifica porque están pensados para resolver conflictos entre partes iguales en el proceso. Es decir, el estándar se construye desde el equilibrio de las partes que se enfrentan. La igualdad formal que existe, en este tipo de relaciones, sería suficiente para determinar la simetría de posiciones en la interacción, el respeto mutuo para no perjudicar intereses ajenos y distribuir de manera óptima los errores que pudiesen ocurrir en el proceso.¹³

¹² La injerencia de la tradición anglosajona, para abordar este tema, parece una buena alternativa para solucionar el problema que se presenta en la administración de justicia civil. Véase LARROUCAU, Jorge. Hacia un estándar de prueba civil. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 39, N°2, 2012, pp. 783-808, pp. 786-792.

¹³ Me refiero a la igualdad transaccional que no otorga una posición preferente a ninguna de las partes. Véase WEINRIB, Ernest. *La Idea del Derecho Privado*. Traducción de Eze Paéz, y revisión de Diego Papayannis. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons, 2017, p. 151.

Otra característica común de los estándares civiles es que el umbral de exigencia está justificado debido a la sanción que se persigue aplicar. En los juicios civiles, la exigencia probatoria es baja porque las sanciones buscan proteger bienes jurídicos que recaen sobre cuestiones patrimoniales y/o extrapatrimoniales. De esta manera, la indemnización de perjuicios o las disculpas públicas se presentan como sanciones sobre el patrimonio de una persona o la percepción social que produce el reconocimiento público de un error personal.¹⁴ En ellas, se refleja la levedad del castigo en este ámbito y como, aquello, influye para la comprobación de los hechos controvertidos.

El estándar civil fija el umbral de exigencia en razón de la igualdad procesal de las partes involucradas en el juicio y la sanción que deriva de las materias que se conocen. Si bien los bienes jurídicos que busca proteger son valiosos, su afectación no origina riesgos severos para la vida y/o integridad de quienes lo sufren. Entonces la corroboración de la hipótesis más plausible no requiere alcanzar un umbral de exigencia elevado. Basta con superar los requerimientos que reclama una controversia que enfrenta a dos partes similares, en igualdad de condiciones.

1.2. ESTÁNDAR DE PRUEBA PENAL

El estándar penal *más allá de toda duda razonable* también proviene del derecho anglosajón.¹⁵ Su uso está enfocado en la comprobación de hechos complejos que involucran delitos de alta connotación social. Por esa razón, su influencia ha calado hondo en diferentes sistemas cuyas tradiciones continentales no responden a la lógica de los estándares de

¹⁴ La inclusión analítica de otros mecanismos diferentes a la compensación económica, como las disculpas y los daños punitivos, suelen mejorar el poder explicativo de los diferentes aspectos que giran en torno al derecho de daños. Sobre una visión crítica de las teorías universales centradas en la indemnización de perjuicios, véase GOUDKAMP, James y MURPHY, John. The failure of universal theories of tort law. *Legal Theory*, Vol. 21, 2015, pp. 47-85.

¹⁵ Sobre el fundamento y la incorporación histórica del estándar *más allá de toda duda razonable* en la jurisprudencia anglosajona, véase SHAPIRO, Bárbara. *Beyond reasonable doubt and probable cause*. Berkeley: University of California Press, 1991, pp. 18-25.

prueba.¹⁶ La necesidad por dilucidar con mayor certeza los casos penales, ha hecho que algunos países latinoamericanos hayan trasplantado esta institución probatoria a sus respectivos ordenamientos jurídicos.¹⁷

A diferencia del estándar civil, el estándar penal es más exigente. El umbral de suficiencia se alza a partir de la importancia social que supone la protección de los bienes jurídicos en juego. La razón que existe detrás es el interés público que produce la comisión de un delito penal. En estos juicios, el estándar de prueba es más exigente porque la sanción que se fija es más gravosa y se busca proteger aspectos más preciados para la sociedad, como la vida o la integridad física y psíquica de las personas. Por eso, su construcción está basada en la presunción de inocencia¹⁸ y su finalidad persigue combatir condenas injustas mediante un estándar que exige un altísimo grado de confirmación.¹⁹

Otro aspecto que deriva del interés social del delito es su persecución penal. Esto supone que el Estado se involucra en la investigación y, posterior, enjuiciamiento de las infracciones cometidas. En este sentido, la parte acusadora encuentra cobijo en el aparato estatal para efectuar la acusación respectiva, aunque esa posición tiene que superar a la contraparte que arriesga una sanción gravosa. El umbral de

¹⁶ Al igual que en el ámbito civil, también en el ámbito penal es posible avizorar algunas complejidades en la adopción de un estándar de prueba proveniente de la tradición anglosajona. Para ilustrar esta dificultad, véase ACCATINO, Daniela. Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de prueba penal. *Revista de Derecho (Valparaíso)*, Vol. XXXVII, 2011, pp. 483-51, pp. 492-499.

¹⁷ Por ejemplo, el artículo 340 del Código Procesal Penal de Chile, el artículo 359 del Código Nacional de Procedimientos Penales de México y el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal de Colombia.

¹⁸ Desde una perspectiva ecléctica, entre derecho probatorio y derechos humanos, la presunción de inocencia descansa, por un lado, en un sistema penal que minimice los riesgos de condena, y, por otro lado, en la promoción de un Estado de derecho que solo excepcionalmente aplique sanciones penales justificadas. En este sentido STUMER, Andrew. *La presunción de inocencia. Perspectiva desde el Derecho probatorio y los derechos humanos*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo: Marcial Pons, 2019, pp. 50-63.

¹⁹ Véase TARUFFO, Michele: *La prueba*. Traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer. Madrid: Marcial Pons, 2008. pp. 273-274. Una perspectiva crítica de la garantía de la presunción de inocencia, véase en FERRER BELTRÁN, Jordi. Uma concepção minimalista e garantista de presunção de inocência. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 4, n. 1, jan./abr., 2018, pp. 149-182.

suficiencia contempla esta situación para que su fijación represente una dificultad mayor y la corroboración de las hipótesis factuales dependan de medios probatorios certeros. Por ejemplo, la privación de libertad es una sanción que recae sobre un bien jurídico preciado para la sociedad: la libertad. Por lo tanto, aumentar la dificultad probatoria haría robustecer la presunción de inocencia del acusado y confirmar que la libertad puede ser afectada solo cuando existan razones justificadas para ello.

1.3. ESTÁNDAR DE PRUEBA TRANSICIONAL

En el contexto de violaciones graves a los derechos humanos, el estándar de prueba penal no responde de manera adecuada para decidir los hechos controvertidos en esta materia. Si bien el Estatuto de Roma consagra este estándar, surgen dudas sobre su aplicación para decidir casos contra la humanidad. La jurisprudencia de la Corte Penal Internacional (en adelante CIP) no es contundente cuando tiene que determinar la suficiencia probatoria, porque la argumentación empleada por sus jueces es vacilante.²⁰ En palabras sencillas, la aplicación del estándar *más allá de toda duda razonable* en casos de crímenes de lesa humanidad no es una cuestión pacífica.

Este vaivén jurisprudencial, puede ser superado si se sigue el planteamiento propuesto por COLOMA cuando estipula el estándar de *la preferencia de las buenas explicaciones no derrotadas*. A diferencia del estándar de prueba penal y civil, el estándar propuesto por COLOMA solo puede ser utilizado para verificar hechos que constituyeron violaciones graves a los derechos humanos. Es decir, se trataría de un estándar cuyo diseño es diferenciado. Esto se justificaría, según el autor, por la dificultad que supone la recolección de antecedentes para construir una buena historia y probar que una de las partes en el juicio fue víctima de delitos cometidos por agentes estatales. En ese contexto, no sería deseable

²⁰ Incluso se postula la idea que los casos sometidos a la Corte Penal Internacional quedan sujetos a la ponderación de principios. DEI VECCHI, Diego y CUMIZ, Juan. *Estándares de suficiencia probatoria y ponderación de derechos: una aproximación a partir de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires- Sao Paulo: Marcial Pons, 2019., pp. 153-167.

renunciar a un relato solo porque no se alcanzó el umbral de exigencia que se aplica en materia penal²¹.

La prevención que esboza COLOMA es que dicho estándar de prueba puede ser aplicado solo en juicios por violaciones graves a los derechos humanos, aunque aclara que, en dichos litigios, las sanciones, por lo general, involucran cuestiones civiles y penales²². Por contrapartida, son juicios que no son exclusivamente civiles, ni exclusivamente penales, porque el daño causado rebasa el análisis por separado de dichos ámbitos del derecho. Esto permite desperdiciar el análisis probatorio y sostener que, en este contexto, la instalación del umbral de *la preferencia de las buenas explicaciones no derrotadas* resulta adecuado como punto de partida. Se trataría de un umbral menos exigente que el estándar usado en los juicios de responsabilidad penal.

Los argumentos que ofrece COLOMA giran en torno a cuestiones de diseño. Por ende, no es clara la argumentación sistemática para elegir ese nivel de exigencia por sobre otros. De esta forma, la dificultad que se avizora en el trabajo del autor es que falta depurar una pieza de la investigación: articular argumentos convincentes para establecer un umbral probatorio diferenciado en materia de graves violaciones a los derechos humanos. En algunos casos, el nivel de exigencia dependerá de ciertos factores contextuales que permitan distribuir de manera más justa el riesgo de error frente a situaciones particulares. Ya sea para disminuir o elevar el nivel de exigencia, el factor de incidencia diferenciado tiene que ser capaz de justificar que, ante ciertos hechos puntuales, el umbral probatorio tiene que ser distinto de aquel usado habitualmente en materia civil y penal.

La investigación clama por una solución al problema probatorio expuesto: colmar la ausencia argumentativa mediante la construcción de una justificación que fije, de manera diferenciada, el estándar de suficiencia probatoria para crímenes de lesa humanidad. Esto es así porque los juicios donde se conocen estos crímenes poseen características procesales y

²¹ Véase COLOMA, Rodrigo. “Estándares de prueba y juicios por violaciones a los derechos humanos”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 22, N°2, 2009, pp. 225-227.

²² Véase COLOMA, Rodrigo. “Estándares de prueba y juicios por violaciones a los derechos humanos”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 22, N°2, 2009. p. 228.

sustantivas propias. En concreto, los participantes que interactúan son diferentes y los casos que se resuelven sobre estas materias no son rutinarios.

En lo que sigue, propongo resolver la especialidad anunciada mediante la adscripción de los juicios por crímenes de lesa humanidad a la justicia transicional.²³ Sin embargo, para que este esfuerzo analítico tenga éxito, resulta indispensable explorar métodos generales que posicionen estos juicios en alguna categoría procesal y sea posible identificar razones preliminares para la fijación de umbrales probatorios diferenciados.

2. LA SUPERACIÓN DEL BINOMIO PROCESAL

Las características propias de los juicios donde se conocen crímenes de lesa humanidad impiden que las instituciones penales puedan aplicarse de manera exacta. En particular, la interrogante que surge se vincula con la posibilidad de reemplazar el estándar de prueba penal y fijar niveles de suficiencia reducidos para que la parte acusadora enfrente este tipo de juicios con las herramientas idóneas.

En este tramo, la investigación adopta un modelo procesal alternativo como método para justificar la aplicación diferenciada de umbrales de suficiencia en juicios donde se resuelven torturas, homicidios y desapariciones forzosas causadas por agentes estatales.

2.1. EL MODELO PROCESAL ALTERNATIVO

El modelo procesal que proponen ROSEN-ZVI y FISHER²⁴ tiene una doble finalidad: superar el binomio clásico entre juicios civiles y penales y proponer un modelo procesal que sea útil para fijar correctamente los

²³ Las reflexiones que giran en torno a las características contemporáneas de la justicia de transición, están vinculadas con aquella aproximación que plantea que su existencia también puede estar presente en democracias establecidas. Sobre este punto, véase ROJAS, Hugo; MILLALEO, Salvador y SHAFTOE, Miriam. Transitional Justice in Established Democracies: Analysis of the Canadian, South African and Chilean experiences. *Latin American Legal Studies*, Vol. 10 N°2, 2022, pp. 470-533.

²⁴ ROSEN-ZVI, Issachar y FISHER, Talia. Overcoming procedural boundaries. *Virginia Law Review*, Vol. 94, N°3, 2008, pp. 79-155.

diferentes umbrales de exigencia probatoria. La dificultad de mantener la separación entre casos civiles y penales es que mantiene inalterable las diferencias contingentes entre quienes interactúan en la relación jurídica e invisibiliza la sanción que existe detrás de la decisión concreta. Si se sigue la clásica separación, entonces no sería posible exigir otro umbral de suficiencia cuando se enfrenta una entidad con fines de lucro y una persona natural, cuya contienda es por un monto indemnizatorio bajo, o cuando se enfrenta el Estado con una empresa multinacional por delitos económicos graves.

Las razones que distinguen entre procesos civiles y penales provienen desde el plano utilitario, igualitario, expresivo y centradas en el Estado.²⁵ El problema de esta forma de categorización es que no permite la utilización, por ejemplo, de umbrales de suficiencia probatoria en juicios con características propias. La solución, entonces, tendría que comenzar por derribar esta división clásica y repensar una forma distinta para fijar umbrales probatorios de acuerdo con criterios específicos de la materia que se esté conociendo. No obstante, una mirada contemporánea o alternativa de los procesos judiciales debiese ser capaz de reflexionar sobre los diferentes planos de justificación probatoria. Por ese motivo, los autores proponen cuatro hipótesis para justificar la fijación diferenciada de umbrales probatorios y, con ello, dar cuenta de sociedades más complejas que se encausan en una controversia judicial. La categorización planteada gira en torno a dos criterios: el balance de poder de las partes que interactúan en la relación procesal y la severidad de las sanciones aplicadas. El recuadro presentado es el siguiente:²⁶

	Equilibrio de poder	Desequilibrio de poder (pro demandante o querellante)
Sanción leve	Categoría A Preponderancia de la prueba	Categoría B Prueba clara y convincente
Sanción severa	Categoría C Prueba clara y convincente	Categoría D Más allá de toda duda razonable

²⁵ Véase ROSEN-ZVI, Issachar y FISHER, Talia. Overcoming procedural boundaries. *Virginia Law Review*, Vol. 94, N°3, 2008, pp. 87-98.

²⁶ Véase ROSEN-ZVI, Issachar y FISHER, Talia. Overcoming procedural boundaries. *Virginia Law Review*, Vol. 94, N°3, 2008, p. 142. La traducción del recuadro es propia.

Los autores presentan estas hipótesis para justificar diferentes umbrales de exigencia probatoria. La categoría A representa una relación procesal donde las partes poseen las mismas herramientas para enfrentar la controversia. A su vez, como los bienes jurídicos en juego no representan mayor pérdida, ni ganancia para las partes involucradas, la sanción no es severa. Los casos rutinarios son juicios por indemnizaciones de perjuicios por bajos montos e, incluso, pero en menor medida, aquellos casos penales entre el Estado y una empresa multinacional en que la sanción comprometida no son penas privativas de libertad para los representantes. En estas situaciones, indican los autores, se justifica un umbral de exigencia probatoria de carácter flexible. En el caso de la categoría B, el umbral de exigencia probatoria debe ser aumentado porque la parte acusada representa una posición más débil y la sanción, si bien es leve, igualmente impacta en la contraparte. Por ejemplo, el enfrentamiento entre una entidad con fines de lucro y una persona particular. Frente a esta situación, el aumento del nivel de exigencia no perjudica a quien acusa porque la contraparte tiene menos herramientas para defenderse y la sanción no favorece ni perjudica en gran medida a quienes interactúan. Se trataría de un umbral de exigencia probatoria de carácter moderado.²⁷

Cuando se trata de sanciones severas el panorama presenta las siguientes características. La categoría C es una hipótesis que supone que, a diferencia de las hipótesis de la categoría A, las sanciones son indemnizaciones de perjuicios por altos montos y la sanción penal se refleja en privaciones de libertad para los representantes de las multinacionales. En estas hipótesis, el umbral debiese ser más exigente que en los casos A, pero no es diferente de los casos catalogados como B. La razón es que la posición entre las partes es simétrica y, si bien, la sanción es severa, la parte acusada no se encuentra en una posición desaventajada respecto de las herramientas que posee en el juicio para defenderse de los hechos atribuidos en su contra. También se trataría de un umbral de exigencia probatoria de carácter moderado. Por último, presentan la categoría D para dar cuenta de que la exigencia probatoria en estos casos es más elevada que en otras hipótesis. Según los autores, en este ámbito se pueden

²⁷ Véase ROSEN-ZVI, Issachar y FISHER, Talia. Overcoming procedural boundaries. *Virginia Law Review*, Vol. 94, N°3, 2008, pp. 142-143.

presentar casos penales habituales en donde el querellante es el Estado o una entidad con fines de lucro y la parte querellada es una persona particular. La interacción demuestra un desequilibrio procesal en favor de la parte acusadora y una sanción altamente perjudicial para la parte acusada si resulta culpable. Lo mismo ocurriría en casos civiles cuando organismos estatales alegan la tuición de menores para ser reubicados en establecimientos para niñas, niños y adolescentes. En estos casos, se aplicaría un umbral de exigencia probatoria de carácter riguroso.²⁸

La descomposición de estas categorías devela la aplicación diferenciada de uno u otro estándar de prueba según el cumplimiento de los criterios referidos. En primer lugar, se encuentran los casos en que deben acreditarse hechos alcanzando un *umbral flexible*, porque existe un equilibrio de posiciones entre las partes y la sanción impuesta es leve. Segundo, se identifican casos en que las circunstancias de hecho deben alcanzar un *umbral moderado*, ya que solo es posible corroborar el desequilibrio entre las partes o la levedad de la sanción impuesta. Por último, están los casos donde se tienen que acreditar hechos en razón de un *umbral riguroso*, debido a que la relación procesal es desequilibrada en favor de quien se querella o demanda y la sanción jurídica es severa.

Habría que preguntarse cómo este modelo sirve para ubicar el estándar de *la preferencia de las buenas explicaciones no derrotadas* en alguna de estas categorías. La reducción de exigencia probatoria no implica que el juez tenga prescindir del procedimiento, sino que más bien tiene que encausar el proceso para que se logren esclarecer los hechos en igualdad de condiciones.²⁹ En los procesos sobre derechos humanos, el juez no solo tiene que buscar a los culpables de las atrocidades cometidas, sino que también debe alcanzar la verdad histórica asociada al caso concreto.

²⁸ Véase ROSEN-ZVI, Issachar y FISHER, Talia. Overcoming procedural boundaries. *Virginia Law Review*, Vol. 94, N° 3, 2008, pp. 144-145.

²⁹ Por ejemplo, en los procedimientos donde la parte acusada se declara culpable, el procedimiento no se detiene, continúa, aunque de manera menos exigente. Véase DAMASKA, Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del Estado (Análisis comparado del proceso legal)*. Traducción de Andrea Morales Vidal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, pp. 166-167.

2.2. LA DECISIÓN SOBRE EL NIVEL DE EXIGENCIA PROBATORIA

Según la categorización descompuesta, resulta complejo identificar el tipo de estándar de prueba en A, B, C o D para resolver crímenes de lesa humanidad. Esa decisión depende de las razones políticas que se expongan en cada contexto normativo. Sin perjuicio de ello, el modelo procesal alternativo es útil para guiar el camino argumentativo que apoya la fijación de un umbral probatorio diferenciado. El estándar de *la preferencia de las buenas explicaciones no derrotadas* se estructura a partir de dos factores de incidencia: el tipo de procedimiento judicial donde se pretende aplicar el estándar de prueba y la temática sobre la cual se fija el umbral probatorio. En ambos será posible identificar ciertas características generales que permitirán reducir el nivel de exigencia probatoria frente a violaciones graves de derechos humanos.

En relación con el procedimiento, los juicios por crímenes de lesa humanidad se enmarcan como una dimensión de la justicia transicional. Por esa razón, como se esbozó antes, las instituciones procesales propias del derecho civil y penal tienen que ser ajustadas para ser aplicadas en juicios por violaciones a los derechos humanos. El estándar de prueba y su respectivo nivel de exigencia es un claro ejemplo. Ahora bien, las sanciones aplicadas en estos juicios no se distancian de la fórmula civil y penal. Los agentes estatales involucrados en estos crímenes tienen que cumplir con la privación de libertad por las actuaciones dolosas cometidas. Mientras que, en el ámbito civil, las sanciones están destinadas a buscar la indemnización de perjuicios por parte del Estado, quien, a través de sus agentes, causa daños jurídicamente injustificados.

El problema que se presenta en estos juicios es que se confunde la participación del Estado. El panorama procesal muestra que el Estado es la parte acusada (de cometer el crimen), la parte acusadora (que persigue un delito de interés público) y, al mismo tiempo, es el ente bajo el cual se resuelve la controversia planteada (a través de los tribunales mediante sentencias judiciales). No queda claro qué posición ocupa el Estado, ni tampoco, qué incidencia procesal tiene esa posición en la comisión de estos delitos. Por lo tanto, las interrogantes que se plantean en este plano sirven de base para intentar dilucidar cómo opera la igualdad procesal de las partes.

Por lo general, quienes se querellan son los familiares de las víctimas de torturas, homicidios y/o desapariciones forzosas. Aunque, como se trata de delitos de alta connotación social, quien lidera las gestiones es una entidad estatal: sea representada por funcionarios judiciales, como ministros en visitas, o entidades autónomas, como las fiscalías.³⁰ Sobre esta posición, lo relevante es que las víctimas no tienen la obligación de encabezar las diligencias en estos juicios, sino que son los órganos estatales quienes tienen el protagonismo de efectuarlas.³¹

Por contrapartida, la parte acusada no es una persona cualquiera. Se trata de una persona que actuó como agente del Estado, causando daños a otra de manera deliberada bajo un régimen político que permitía dichas prácticas abusivas. Las acusaciones no son en contra de personas naturales que debido a sus funciones cotidianas causaron perjuicios a otra, sino que más bien se trata de acusaciones en contra de una persona que bajo cierta investidura pública cometió delitos de lesa humanidad. A diferencia de los juicios penales, la posición de quienes están siendo acusadas se puede asemejar a una posición aventajada. Los hechos que se investigan involucran la esfera organizativa del Estado en un momento histórico determinado, por ende, lo que se busca corroborar es la vinculación entre estas prácticas abusivas en contra de la población con las acciones particulares de las personas acusadas en una controversia judicial.

Respecto de la temática, el trabajo centra la atención en crímenes que poseen una connotación distinta. No se trata solo de un daño inferido por órganos del Estado a otra persona producto, por ejemplo, de una desatención administrativa. Si no más bien, se trata de crímenes cometidos por agentes del Estado de manera deliberada en contra de un grupo de la sociedad. Se diferencian de otros delitos, porque participa el Estado como un agente activo en la comisión de torturas, abusos sexuales, violaciones, desapariciones forzosas y homicidios.³² Ese componente,

³⁰ En este sentido, véase el artículo 15 y 68.1 del Estatuto de Roma.

³¹ Sobre el rol de la víctima en diferentes procesos judiciales, véase PANTALEÓN, Marta. *Delito y responsabilidad civil extracontractual. Una dogmática comparada*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo: Marcial Pons, 2022, pp. 75-82.

³² Sobre el concepto y alcance de los crímenes de lesa humanidad, véase el artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

altera la relación procesal e incorpora componentes adicionales que muestran una participación estatal activa.

Las dificultades sustantivas que presentan estos juicios es que los tribunales de justicia deben desentrañar el vínculo que existe entre las acciones ejecutadas por el Estado y aquellos delitos de alto componente social y político que atentan contra la humanidad. Esto quiere decir que las actuaciones estatales, sean formales o materiales³³, no pueden quedar impunes cuando se originan daños injustificados a otras personas o se cometen delitos en contra de ellas. En un Estado democrático, el derecho no estipula normas, ni protocolos de torturas en contra de personas por pensar de manera distinta de la autoridad central. Debido a ello, se puede establecer que los delitos de lesa humanidad son actuaciones materiales cometidas por agentes del Estado, y, a pesar de que hayan sido cometidos en un gobierno de facto, en un sistema democrático el Estado tiene que responder. La interrogante que suele originarse en este punto es sobre la sanción que debiese aplicarse en esta materia, es decir, la procedencia de la reparación integral y su alcance.

Según el modelo de ROSEN-ZVI y FISHER para determinar el umbral de exigencia probatoria es necesario analizar si la sanción impuesta es leve o severa. La fijación del umbral en niveles flexibles o moderados depende de una triple implicancia. La primera de ellas es la sanción penal que deriva de la culpabilidad del agente estatal en caso de haberse demostrado los hechos que lo inculpan de los delitos cometidos. La privación de libertad es la medida impuesta por excelencia, llegando a casos donde los años de cárceles son mayores que la esperanza de vida que tiene una persona.³⁴

³³ Los actos formales de la Administración pueden tener la forma de reglamentos, decretos e incluso procedimientos que perfeccionan un mandato administrativo (como el nombramiento de autoridades). En este sentido, véase MORALES, Baltazar. *Actos administrativos*. Santiago: Ediciones DER, 2018, pp. 2-27, también OSORIO, Cristóbal y VILCHES, Leonardo. *Derecho administrativo. Tomo II. Acto administrativo*. Santiago: Ediciones DER, 2020, pp. 81-256. Por su parte, se alude a las actuaciones materiales de la Administración para establecer la conducta particular que se debe adoptar ante la falta de un procedimiento establecido o la ausencia de normas legales específicas. En este sentido, GARCÍA-ANDRADE, Jorge. *Las actuaciones administrativas sin procedimiento*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo: Marcial Pons, 2021, pp. 21-28.

³⁴ El ex director de la DINA (Chile) Manuel Contreras es el caso más significativo por ser condenado a más de 500 años de presidio.

La segunda implicancia de la sanción es la indemnización de perjuicios que recae ya no en contra del agente público, sino que más bien en contra del Estado bajo el cual se ampararon dichos crímenes. En este plano, la compensación económica contempla tanto daños patrimoniales como extrapatrimoniales, ya sea a las víctimas torturadas, como a sus familiares en casos de muertes o desapariciones forzadas.³⁵

Por último, se encuentra la reparación integral. Detrás de esta idea, se encuentra el reconocimiento social e histórico de la comisión de estos delitos y las disculpas que los Estados tienen que ofrecer a toda la sociedad. El alcance de esta reparación comprende un ámbito general que no solo involucra procesos judiciales, sino que también la implementación de políticas públicas destinadas a subsanar los perjuicios provocados. Esto se traduce en la comprensión de la justicia como el reconocimiento y las disculpas públicas, además de la dictación de leyes especiales de reparación económica y sentencias judiciales condenatorias en sede civil y penal.

3. EL ARGUMENTO DE LAS ASIMETRÍAS PROCESALES

Las razones ofrecidas hasta aquí solo satisfacen la generalidad del modelo procesal utilizado. No serían suficientes para justificar la fijación del estándar de *la preferencia de las buenas explicaciones no derrotadas* en juicios por crímenes de lesa humanidad. Frente a esa necesidad explicativa, en esta investigación se articula el argumento de las asimetrías procesales.

Esta explicación provee razones suficientes para apoyar la fijación de un umbral de exigencia flexible, profundiza el análisis sobre

³⁵ En Chile, el caso *Domic con Fisco de Chile* es importante porque desde ahí se comienza a asentar la posición dominante de la falta de servicio en responsabilidad del Estado. El problema que presenta esa sentencia es que declara que las acciones civiles en materia de responsabilidad del Estado son prescripibles, incluso para casos de crímenes de lesa humanidad como fue Domic. Véase Corte Suprema, rol N°4753-2001, 15 de mayo de 2002. Sin perjuicio de ello, esta tendencia comienza a cambiar cuando la Sala Penal de la Corte Suprema comienza a revisar las causas civiles y penales sobre delitos de lesa humanidad. Véase FERRADA, Juan Carlos. La responsabilidad patrimonial del Estado de Chile: una revisión panorámica después de casi veinte años de jurisprudencia de la Corte Suprema. *Revista de Administración Pública*, 211, 2020, pp. 373-406, pp. 403-405.

la desventaja que sufre la parte acusadora y establece los alcances de la sanción jurídica. La finalidad sería, por un lado, dar certezas respecto de la posición desaventajada de quienes comienzan controversias judiciales en esta materia, debido a la dificultad de probar hechos que constituyen delitos de lesa humanidad, y, por otro lado, especificar la necesidad y pertinencia de aplicar sanciones severas en estos casos.

3.1. LA DESVENTAJA DE LA PARTE ACUSADORA

La desventaja de la parte acusadora se fundamenta por dos razones: integra la población civil que sufre la violencia estatal y enfrenta juicios donde resulta complejo probar hechos pasados. Este escenario refleja que la parte acusadora pertenece a la sociedad que sufrió vulneraciones graves a sus derechos humanos, y, además, tiene que sortear las dificultades probatorias para que se castiguen los crímenes cometidos por agentes del Estado.

El derecho penal se caracteriza por sancionar delitos individuales. Los tipos penales tradicionales están diseñados para castigar conductas que se originan en una relación donde participan víctima y victimario. No están pensados para sancionar delitos masivos, como los crímenes de lesa humanidad. Estos delitos no responden a la idea de sanción individual porque se trata de ataques generalizados y sistemáticos en contra de la población civil. Es decir, son crímenes donde la interacción se genera entre múltiples víctimas y un victimario organizado.

Según CÁRDENAS, la jurisprudencia de la CPI fija dos criterios para delimitar la noción de población civil. Lo primero es que el ataque tiene que ser contra un colectivo de personas. Esto se entiende por oposición a individuos específicos o que se trate de grupo de personas desaventajadas (ya sea por su sexo, posición social, edad, nacionalidad u otros).³⁶ En estos casos, el ataque está motivado por otros factores, el más común: el factor político. Las diferencias ideológicas pueden marcar la frontera entre aquella parte de la población que sufrió el ataque organizado,

³⁶ Véase CÁRDENAS, Claudia. El ataque contra una población civil en la práctica de la Corte Penal Internacional. *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 34, N° 1, 2021, p. 301.

de aquella que no fue víctima directa. Así también, cuando se trata de población civil debe entenderse como aquella parte de la población que no se encuentra en combate, ni pertenece a alguna esfera militar.

El segundo criterio es que la población civil afectada tiene que ser el objeto primario del ataque. Según CÁRDENAS, la CPI entiende que el ataque organizado tiene que causar impacto directo en quienes se tiene pensado alterar su posición.³⁷ Una primera lectura de este criterio, afirma que no puede hablarse de población civil afectada si el ataque organizado no tenía como finalidad dañar a ese grupo. Lo cierto es que se trata de una interpretación que no ayuda a proteger a las víctimas indirectas. Por esa razón, la pretensión de *objeto primario* tiene que ser repensada. Dentro de esta categoría tienen que incorporarse casos donde, si bien el ataque no es directo, su magnitud es tan imponente que sus consecuencias en lugares cercanos son igual de nocivas que si se tratara de un ataque directo a esas personas.

La generalidad y sistematicidad del ataque también son aspectos relevantes para caracterizar los delitos de lesa humanidad. No quiere decir que tengan que concurrir ambas para que estemos frente a estos delitos, sino que basta con la concurrencia de una de ellas para su concurrencia. El análisis de CÁRDENAS sostiene que la generalidad responde a la cantidad de personas que sufren la agresión criminal³⁸, mientras que la sistematicidad se centra en la reiteración periódica de ataques criminales.³⁹ La diferencia, entonces, radica en la repetición de la práctica delictiva. La generalidad se satisface con una sola acción, mientras que la sistematicidad profundiza la criminalidad mediante la naturaleza organizada de los actos de violencia y la improbabilidad de su ocurrencia al azar. Es decir,

³⁷ Véase CÁRDENAS, Claudia. El ataque contra una población civil en la práctica de la Corte Penal Internacional. *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 34, N° 1, 2021, pp. 302-303.

³⁸ Véase CÁRDENAS, Claudia. El ataque contra una población civil en la práctica de la Corte Penal Internacional. *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 34, N° 1, 2021, p. 309.

³⁹ Véase CÁRDENAS, Claudia. El ataque contra una población civil en la práctica de la Corte Penal Internacional. *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 34, N° 1, 2021, pp. 310-311.

el incremento de ataques durante el espacio temporal transforma las acciones estatales en una actividad delictiva grave.⁴⁰

De esta forma, la consecuencia directa, que deriva de esta caracterización, es que la población civil se encontraría en una posición de indefensión respecto del Estado. La principal razón es el hecho que, este último, estaría sometiendo de manera forzada a grupos de personas en su esfera organizativa. Esta subordinación estaría fuera de los alcances que el derecho dispone, y, por ende, se trataría de una medida que debilita la posición de la población que sufrió de estos crímenes. Los ataques materializados a través de torturas, homicidios y desapariciones forzadas son ejemplos de vulneraciones amparadas por políticas estatales que disminuyen las capacidades políticas de la población civil atacada.

Sin embargo, la desventaja de la parte acusadora no tan solo se refleja mediante la pertenencia a la población civil atacada. En términos procesales, sufre dificultades probatorias para enfrentar el proceso acusatorio cuando decide judicializar sus pretensiones. El desequilibrio se relaciona con las complejidades que ocurren dentro de los procesos judiciales que buscan la verdad para sancionar crímenes de lesa humanidad. En este contexto, los problemas identificados se pueden descomponer en dos niveles: la limitación temporal propia de la actividad probatoria y la complejidad de probar hechos particulares ocurridos en contextos de crisis institucionales.

En cualquier controversia judicial, las partes tienen que probar los hechos que son objetos de su alegación. La acusadora tiene que corroborar el relato que proporciona al tribunal para que este pueda declarar como verdaderos los hechos decisivos en el caso. Por lo general, la regla que se consagra en diferentes latitudes es que las pruebas deben ser rendidas en un tiempo específico. La presentación de documentos, la preparación de testigos y peritos tienen que converger en un período acotado, que, muchas veces, no es suficiente para el hallazgo de las evidencias concluyentes que superen el estándar de prueba penal.⁴¹ Esto se agudiza a medida que el

⁴⁰ Esta explicación es armónica con el artículo 7.1 letra a) del Estatuto de Roma.

⁴¹ En este sentido FERRER, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons. 2005, 2ª ed., pp. 57-58. La situación se vuelve más crítica cuando se intenta identificar restos de personas víctimas de desaparición forzada. Un análisis detalle sobre esta arista probatoria, véase ACCATINO,

delito es más gravoso, porque el bien jurídico afectado es máspreciado: sin duda es más complejo recopilar información sobre un homicidio que de un robo.

Por otro lado, la desventaja de la parte acusadora se profundiza en el proceso cuando tiene que corroborar la violencia estatal en el marco de una dictadura cívico-militar. Si bien es cierto que existen documentos que funcionan como informes de verdad, estos no dan cuenta de hechos específicos que sirvan como medios probatorios en una contienda judicial. La verdad que exponen estos informes se relaciona al reconocimiento de violaciones graves a los derechos humanos y la identificación de víctimas durante gobiernos de facto.⁴² Después del retorno a la democracia, los Estados han intentado desentrañar la verdad, impartir justicia y reparar de manera integral a las víctimas. No obstante, esto se contrapone con el escenario judicial. El umbral probatorio que deben satisfacer es exigente *versus* la capacidad de la parte acusadora para reconstruir un caso de estas características.

En el ámbito judicial, la acusadora tiene que probar hechos que constituyen vulneraciones graves a los derechos humanos. No basta que el Estado haya reconocido dichos hechos e identificado a las personas torturadas, muertas o desaparecidas, sino que también tiene que probarse que ese delito es atribuible a una persona específica. No es suficiente el reconocimiento de la política de exterminio del gobierno de turno, sino que es indispensable corroborar que los hechos fueron experimentados por las víctimas a causa de acciones ejecutadas por agentes estatales.⁴³ El trabajo de los tribunales es asegurarse que la acusación efectuada por la víctima sea atribuida correctamente a quien se le está imputando.

Daniela. Estándares probatorios y dilemas jurídicos en la identificación de restos de personas víctimas de desaparición forzada. Una mirada desde la experiencia chilena. *Derecho PUCP*, Núm. 91, 2023, pp. 201-228

⁴² En el caso del Informe Valech (Chile), las personas identificadas solo tuvieron acceso a los antecedentes del mismo años después de su elaboración. Sin embargo, ese acceso ha sido restringido. Si bien esos datos han servido de base para comenzar acciones civiles y penales, no han sido determinantes para que los jueces apliquen las correspondientes sanciones.

⁴³ En este sentido ACCATINO, Daniela. Prueba, verdad y justicia de transición. El caso de Cecilia Magni y Raúl Pellegrin. *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 29, N°1, 2016, pp. 337-361, pp. 356-361.

De esta forma, la desventaja se manifiesta en la dificultad de probar la comisión de la tortura, el homicidio o la desaparición forzada. La exigencia del estándar *más allá de toda duda razonable* no facilita la labor de los jueces para resolver este tipo de casos. Por ejemplo, la comprobación de las torturas causadas por agentes estatales tendría que basarse en presunciones, porque no existen registros fehacientes de quiénes ejecutaron tales apremios en recintos militares determinados. Esto no quiere decir que no hayan ocurrido esas torturas, solo viene confirmar que el estándar de prueba penal aumenta la dificultad para vincular el daño con la persona que lo causó.

Sin duda que estos juicios son difíciles de sobrellevar. Para los homicidios o desapariciones forzadas esta situación se agudiza porque la víctima directa no está viva y los cuerpos no han sido encontrados. La complejidad se mantiene y la disminución del umbral de suficiencia probatoria se presenta como una alternativa idónea para responder a las pretensiones de verdad, justicia y reconciliación.

3.2. LA LEVEDAD DE LA SANCIÓN JURÍDICA

La segunda parte del argumento involucra el análisis sobre la intensidad de la sanción impuesta por los crímenes de lesa humanidad. La alternativa de modelo procesal exige la articulación de razones que justifiquen la levedad del castigo para reducir el umbral de exigencia probatoria. Estas serían la incapacidad del derecho penal para sancionar delitos masivos y la insuficiencia de la pena asociada al delito. Por su parte, el factor o criterio que asigna menos obligaciones probatorias para la parte acusadora sería el mismo: la gravedad del delito cometido.⁴⁴

Respecto de los alcances limitados del derecho penal, es conveniente precisar dos características de la individualidad de los delitos

⁴⁴ Sobre este punto, bien vale aclarar que los argumentos para la reducción del umbral de suficiencia probatoria suelen ser menos intensos que aquellos usados para invertir la carga de la prueba. En la reducción del umbral de suficiencia probatorio la carga de probar se mantiene, lo que varía es la exigencia en la cantidad de pruebas que debiese aportarse para alcanzar el estándar de prueba. La gravedad del delito no sería un argumento sólido para invertir la carga probatoria. STUMER (2019), pp. 184-188

que sanciona. La primera se refiere a la relación jurídica que regula esta rama del derecho. En este ámbito, se sancionan delitos que se originan en el seno de una relación compuesta por quien causa daños (victimario) y quien los sufre (víctima). Su origen se debe a una interacción involuntaria entre víctima y victimario, donde el último afecta algún bien jurídico del primero por medio de una acción u omisión indebida.⁴⁵ Por esa razón, los delitos que se sancionan son delitos cuya lógica responde a actuaciones específicas de una persona a otra (robos, violaciones u homicidios). La segunda cuestión se vincula con la magnitud del daño provocado. Sus efectos repercuten de manera exclusiva en la persona que las sufre o la familia de quien fallece. Independiente de la gravedad del delito, quien experimenta el perjuicio es la contraparte de la relación jurídica que, por lo general, es una sola persona. No obstante, ello no quiere decir que el derecho penal solo proteja bienes jurídicos para salvaguardar el interés particular de la víctima, sino que también los protege para resguardar el interés público de la sociedad.⁴⁶

La descomposición de estas características abre la compuerta para seguir preguntándonos por la incapacidad del derecho penal de sancionar con precisión los crímenes de lesa humanidad. Según ACCATINO, el derecho penal posee herramientas suficientes para perseguir estos delitos, pero al mismo tiempo esconde componentes importantes en los juicios penales. El aspecto positivo es que el derecho penal sería capaz de sancionar los actos de terror estatales contemplando la dimensión pública de la pena. Para la autora, la satisfacción del interés público se refuerza en estos delitos porque “cada uno de esos actos constituye un agravio público, un acto que ofende los valores básicos a la comunidad

⁴⁵ En los sistemas acusatorios es habitual encontrar la triada compuesta por querellante, acusador y juez. En el caso chileno, véase HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. *Derecho procesal penal chileno. Principios, sujetos procesales, medidas cautelares, etapa de investigación*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 43.

⁴⁶ La desobediencia del derecho penal también afecta los intereses legítimos de la sociedad, porque no solo se transgrede la norma penal cuando se comete un delito, sino que también se deshonra el contrato social de vivir en una sociedad pacífica. Véase JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría del derecho penal funcional*. Traducción de Manuel Cancio y Bernardo Feijoo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, pp. 10-19.

política que por eso los juzga y condena”.⁴⁷ De esta forma, la característica puramente individualista de la sanción penal perdería aún más terreno cuando se trata de crímenes de lesa humanidad. No solo porque se tiene que sancionar un perjuicio a través de la judicialización de una controversia entre las partes, sino porque se reprocha la comisión reiterada de una serie de delitos cometidos por el Estado y cuya reparación tiene una importante connotación social.

El lado negativo es que la dimensión pública que satisface el derecho penal para crímenes de lesa humanidad es insuficiente. Según ACCATINO, el ámbito normativo no permitiría visualizar el componente burocrático y político de estos delitos.⁴⁸ El agravio no proviene solo de una acción específica del victimario, sino que dicha actuación viene acompañada de una complejidad adicional: el aparataje organizacional.⁴⁹ Es decir, la sanción penal no logra reflejar la complejidad burocrática de quien causa daños. Los crímenes cometidos involucran el sometimiento de la víctima a la esfera burocrática del Estado o grupos organizados, quienes, bajo ese manto de impunidad, cometen violaciones graves a los derechos humanos.

Por su parte, el componente político de la dimensión pública se vincula con la magnitud del daño provocado. Este elemento complementa el anterior porque se trata de delitos cuya motivación compromete gravemente el pluralismo político de una sociedad democrática: la ejecución de estos delitos se origina por razones ideológicas. Se trata de delitos cometidos por el Estado frente a desacuerdos políticos con parte de la población civil.⁵⁰ Esta política de exterminio no solo consiste en torturar,

⁴⁷ ACCATINO, Daniela. ¿Por qué no a la impunidad? Una mirada desde las teorías comunicativas al papel de la persecución penal en la justicia de transición. *Política Criminal*, Vol. 14, N°27, 2019, p 54.

⁴⁸ Véase ACCATINO, Daniela. ¿Por qué no a la impunidad? Una mirada desde las teorías comunicativas al papel de la persecución penal en la justicia de transición. *Política Criminal*, Vol. 14, N°27, 2019, p. 53.

⁴⁹ Véase ACCATINO, Daniela. ¿Por qué no a la impunidad? Una mirada desde las teorías comunicativas al papel de la persecución penal en la justicia de transición. *Política Criminal*, Vol. 14, N°27, 2019, p. 59.

⁵⁰ La crítica que devela este punto surge a propósito de la irrelevancia de la motivación individual cuando el delito es cometido por la burocracia estatal. No habría certezas sobre quiénes, específicamente, cometieron el delito cuando las actuaciones están concatenadas y son difíciles de separar unas de otras.

matar o hacer desaparecer a las víctimas, también comunica la reducción de la capacidad política de quienes poseen posturas diferentes al gobierno de turno y la pérdida de rasgos propios de Estados democráticos. Por esa razón es que se habla de gobiernos de facto, dictaduras o democracias fallidas cuando se cometen delitos de este tipo.

Las falencias presentadas por el derecho penal no debiesen ser dificultades que impidan la sanción de crímenes de lesa humanidad. El sometimiento ejercido por el Estado y la magnitud del daño provocado a la población civil son razones suficientes para justificar su persecución penal. La complejidad organizacional y los ataques políticos profundizan el agravio público cometido en contra de la población civil, por ende, debiesen ser castigados de manera severa al igual que otros delitos penales.

No obstante, caben dudas de que los delitos colectivos puedan ser sancionados con mayor rigurosidad que los delitos individuales. En la actualidad, la sanción más severa es la privación de libertad. Si nos pusiéramos en el supuesto de profundizar esta sanción habría dos opciones: restablecer la pena de muerte o aumentar los años de cárcel. La primera opción habría que descartarla porque la pena de muerte es una sanción excepcional en el mundo occidental y no representa la generalidad de los casos. El argumento de fondo es que la sanción penal no puede vulnerar el derecho a la vida de las personas, incluso en el contexto de delitos colectivos.⁵¹ La segunda opción involucra el aumento de la privación de libertad para estos casos. Es decir, incrementar la cantidad de años por la intensidad del delito cometido. El problema de esto es que el castigo puede ser considerado como un acto de venganza contrario al principio de humanidad, porque si se aplica esta medida, la sanción seguiría siendo la misma: la imposibilidad de salir del establecimiento penitenciario.⁵²

Véase la formulación de esta crítica en ACCATINO, Daniela. ¿Por qué no a la impunidad? Una mirada desde las teorías comunicativas al papel de la persecución penal en la justicia de transición. *Política Criminal*, Vol. 14, N°27, 2019, pp. 60-61.

⁵¹ En el ámbito internacional, existen protocolos donde se intenta abolir la pena de muerte. Véase el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Protocolo de la Convención Americana de Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte.

⁵² Para mayor profundidad, véase BUSTOS, Juan. *Manual de derecho penal español*. Barcelona: Ariel, 1984, pp. 97-99; GARCÍA PABLOS, Antonio.

Este panorama no hace más que confirmar que existe un desajuste entre el daño cometido y la consiguiente sanción penal. La pena asociada a los crímenes de lesa humanidad no sanciona la actuación burocrática, ni tampoco la persecución política. Por más que los delitos sean considerados agravios públicos, la pena no expresa la profundidad del terror causado cuando el derecho se encarga de procesar estos crímenes.⁵³ Si bien es cierto que, para delitos comunes e individuales, la pena es severa, no se puede afirmar lo mismo cuando las características del delito involucran la participación del Estado o grupos altamente organizados y cuya motivación se enmarca en razones ideológicas.

En este orden de cosas, el elemento histórico viene a complementar la sanción jurídica. Este elemento suple aquellas falencias que se logran evidenciar en el ámbito del derecho y aporta sustantivamente con el esclarecimiento de los hechos.⁵⁴ Por ejemplo, los documentos de verdad funcionan como mecanismos de reconciliación de sociedades fracturadas por dictaduras. Se pueden encontrar informes relacionados con los crímenes cometidos, sus perpetradores y las víctimas que sufrieron los agravios. Precisamente, la identificación de víctimas permite desarrollar políticas públicas de reconciliación, las cuales tienen como finalidad la creación de lugares de conmemoración y la compensación mediante prestaciones sociales, educacionales y previsionales.⁵⁵ La justicia encuentra un espacio fuera de los procesos judiciales, donde se evidencia la complejidad estatal

Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal. Vol. II. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2012, 5ª ed., pp. 588-595 y MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General.* Barcelona: Editorial Reppertor, 2011, 9ª ed., pp. 122-123.

⁵³ Véase MAÑALICH, Juan Pablo. *Terror, pena y amnistía.* Santiago: Flandes indiano, 2010, p. 10.

⁵⁴ Sobre la comprensión histórica de la decisión judicial, véase COLOMA, Rodrigo; AGÜERO, Claudio y LIRA, Renato. Tecnología para decidir hechos en procesos judiciales. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, Vol. 10, N°1, 2021, pp. 111-143, pp. 130-132.

⁵⁵ En Chile se dictó la Ley 19.123 que establece beneficios en favor de personas que fueron víctimas de la dictadura cívico-militar. En Argentina se dictó la Ley 24.043 que otorga beneficios a las personas que hubieran sido puestas a disposición del Poder Ejecutivo Nacional durante la vigencia del estado de sitio, o siendo civiles hubiesen sufrido detención en virtud de actos emanados de tribunales militares.

y la persecución política contra la población civil. En el marco de la sanción histórica, el castigo no es jurídicamente vinculante. El reproche es más bien social, ético e, incluso, moral. Su función es asentar un relato histórico que esté disponible para toda la sociedad y no sea repetido por futuras generaciones.⁵⁶

Visto así, podríamos seguir cuestionando si estamos frente a sanciones severas o leves cuando se cometen crímenes de lesa humanidad. El desarrollo de la segunda parte del argumento se inclina por afirmar que la sanción penal es leve si consideramos que el desajuste entre crimen y castigo no puede ser solucionado. La razón que justificaría esta posición es que el componente burocrático y político de estos delitos son complejos de reflejar en sanciones penales. Esto no quiere decir que se tenga que volver a sanciones de tortura o la pena de muerte. Más bien, se tienen que adoptar medidas que flexibilicen los procesos judiciales cuando se vulneran gravemente derechos humanos. Por ejemplo, reduciendo la exigencia probatoria para la comprobación de hechos judiciales cuando se resuelven crímenes de lesa humanidad.

CONSIDERACIONES FINALES

El artículo justifica la aplicación diferenciada de un estándar de suficiencia probatoria en crímenes de lesa humanidad. Para ello, critica el estándar *más allá de toda duda razonable* consagrado en el Estatuto de Roma y articula razones para sustentar el umbral de exigencia que propone el estándar de *la preferencia de las buenas explicaciones no derrotadas* desarrollado por COLOMA. Dicho estándar posee una menor exigencia probatoria para resolver crímenes relacionados con torturas, homicidios y desapariciones forzosas en contextos de fracturas institucionales. Sin embargo, el problema que identifica el trabajo es la ausencia de una explicación exhaustiva que apoye la fijación de un umbral de suficiencia probatorio que sea diferenciado en esta materia.

⁵⁶ JARA, Daniela. Las comisiones de verdad, sus narrativas y efectos en el largo plazo: disputas en torno a la representación de los perpetradores en la postdictadura chilena. *Atenea*, N° 521, 2020, pp. 249-264.

En la segunda parte de la investigación, propongo adscribir los juicios por crímenes de lesa humanidad a la justicia transicional para sustentar el estándar de prueba diferenciado. La lógica clásica de los juicios civiles y penales no dan cuenta de la complejidad que supone investigar estos crímenes. Por esa razón, se desarrolla una alternativa procesal sobre la matriz metodológica proporcionada por ROSEN-ZVI y FISHER, quienes, a partir de consideraciones procesales y sustantivas, logran identificar grupos de casos en que pueden ser aplicados estándares de prueba flexibles, moderados o rigurosos.

Finalmente, la investigación se inclina por la aplicación de un estándar de prueba flexible. El argumento que justifica la postura es aquel que refleja la asimetría procesal de las partes involucradas en estos juicios. La pretensión del argumento es reducir el umbral de suficiencia porque se presentan dificultades probatorias que en juicios penales ordinarios no existen. Por un lado, se evidencia el desequilibrio que experimenta la parte acusadora, toda vez que pertenece a la población civil atacada por agentes del Estado y enfrenta juicios donde resulta complejo probar hechos ocurridos en dictadura. Mientras que, por otro lado, se refleja la levedad de la sanción penal impuesta para este tipo de crímenes, puesto que no visibiliza el componente burocrático y la motivación política que existe detrás de su comisión.

REFERENCIAS

ACCATINO, Daniela. Estándares probatorios y dilemas jurídicos en la identificación de restos de personas víctimas de desaparición forzada. Una mirada desde la experiencia chilena. *Derecho PUCP*, Núm. 91, 2023, pp. 201-228. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202302.006>

ACCATINO, Daniela. ¿Por qué no a la impunidad? Una mirada desde las teorías comunicativas al papel de la persecución penal en la justicia de transición. *Política Criminal*, Vol. 14, N°27, 2019, pp. 47-64. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992019000100047>

ACCATINO, Daniela. Prueba, verdad y justicia de transición. El caso de Cecilia Magni y Raúl Pellegrin. *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 29, N°1, 2016, pp. 337-361. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502016000100016>

ACCATINO, Daniela. Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de prueba penal. *Revista de Derecho (Valparaíso)*, Vol. XXXVII, 2011, pp. 483-511. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512011000200012>

BUSTOS, Juan. *Manual de derecho penal español*. Barcelona: Ariel, 1984.

CÁRDENAS, Claudia. El ataque contra una población civil en la práctica de la Corte Penal Internacional. *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 34, N°1, 2021, pp. 297-317. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502021000100297>

CHARNEY, John. “El derecho a la verdad y su contribución a la memoria colectiva”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 32, N°2, 2019, pp. 207-230. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502019000200207>

CLERMONT, Kevin. *Standards of decision in law. Psychological and logical bases for the standard of proof, here and abroad*. Durham: Carolina Academic Press, 2013.

COLOMA, Rodrigo; AGÜERO, Claudio y LIRA, Renato. Tecnología para decidir hechos en procesos judiciales. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, Vol. 10, N°1, 2021, pp. 111-143. <http://dx.doi.org/10.5354/0719-2584.2021.56816>

COLOMA, Rodrigo. Los usos de los estándares de prueba: entre umbrales y prototipos. *Discusiones*, Vol. 18, N°2, 2016, pp. 23-51. <https://doi.org/10.52292/j.dsc.2016.2490>

COLOMA, Rodrigo. Estándares de prueba y juicios por violaciones a los derechos humanos. *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 22, N°2, 2009, pp. 205-229. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502009000200011>

DAMASKA, Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del Estado (Análisis comparado del proceso legal)*. Traducción de Andrea Morales Vidal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000.

DEI VECCHI, Diego. Prueba sin convicción en su justa medida. *Doxa*, Núm. 45, 2021, pp. 337-373. <https://doi.org/10.14198/DOXA2022.45.12>

DEI VECCHI, Diego. Estándares de suficiencia probatoria, moralidad política y costos de error: el núcleo inconsistente de la epistemología de Larry Laudan. *Doxa*, N°43, 2020, pp. 397-426. <https://doi.org/10.14198/DOXA2020.43.15>

DEI VECCHI, Diego y CUMIZ, Juan. *Estándares de suficiencia probatoria y ponderación de derechos: una aproximación a partir de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires- Sao Paulo: Marcial Pons, 2019.

FERRADA, Juan Carlos. La responsabilidad patrimonial del Estado de Chile: una revisión panorámica después de casi veinte años de jurisprudencia de la Corte

Suprema. *Revista de Administración Pública*, 211, 2020, pp. 373-406. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.211.15>

FERRER, Jordi. *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires- Sao Paulo. Marcial Pons, 2021.

FERRER, Jordi. Uma concepção minimalista e garantista de presunção de inocência. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 4, n. 1, jan./abr., 2018, pp. 149-182. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.131>

FERRER, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons. 2005, 2ª ed.

GAMA, Raymundo. A propósito de umbrales, prototipos y usos de los estándares de prueba. *Discusiones*, Vol. 18, N°2, 2016, pp. 59-79. <https://doi.org/10.52292/j.dsc.2016.2491>

GARCÍA-ANDRADE, Jorge. *Las actuaciones administrativas sin procedimiento*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo: Marcial Pons, 2021.

GARCÍA PABLOS, Antonio. *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*. Vol. II. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2012, 5ª ed.

GOUDKAMP, James y MURPHY, John. “The failure of universal theories of tort law”, *Legal Theory*, Vol. 21, 2015, pp. 47-85.

HAACK, Susan. *Filosofía del derecho y prueba. Perspectivas pragmatistas*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo: Marcial Pons, 2020.

HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. *Derecho procesal penal chileno. Principios, sujetos procesales, medidas cautelares, etapa de investigación*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007.

JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría del derecho penal funcional*. Traducción de Manuel Cancio y Bernardo Feijoo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

JARA, Daniela. Las comisiones de verdad, sus narrativas y efectos en el largo plazo: disputas en torno a la representación de los perpetradores en la postdictadura chilena. *Atenea*, N°521, 2020, pp. 249-264. <http://dx.doi.org/10.29393/at521-17cvdj10017>

LARROUCAU, Jorge. Hacia un estándar de prueba civil. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 39, N°2, 2012, pp. 783-808. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372012000300008>

LAUDAN, Larry. Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. *Doxa*, N°28, 2005, pp. 95-113. <https://doi.org/10.14198/DOXA2005.28.08>

MAÑALICH, Juan Pablo. *Terror, pena y amnistía*. Santiago: Flandes indiano, 2010.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. Barcelona: Editorial Reppertor, 2011, 9ª ed.

MORALES, Baltazar. *Actos administrativos*. Santiago: Ediciones DER, 2018.

NACIONES UNIDAS. El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos. S/2004/616. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/395/32/PDF/N0439532.pdf?OpenElement> . Acceso en: 10 de enero de 2024.

NARDELLI, Marcella A. M.; MASCARENHAS, Fabiana A. Os standards probatórios como métrica da verdade: em busca de parâmetros objetivos para a racionalização das decisões sobre os fatos. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, n. 44, jul.-dez. 2016, p. 45-66. <https://doi.org/10.32853/01232479.v44.n44.2016.425>

OSORIO, Cristóbal y VILCHES, Leonardo. *Derecho administrativo. Tomo II. Acto administrativo*. Santiago: Ediciones DER, 2020.

PANTALEÓN, Marta. *Delito y responsabilidad civil extracontractual. Una dogmática comparada*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo: Marcial Pons, 2022.

ROJAS, Hugo; MILLALEO, Salvador y SHAFTOE, Miriam. Transitional Justice in Established Democracies: Analysis of the Canadian, South African and Chilean experiences. *Latin American Legal Studies*, Vol. 10 N°2, 2022, pp. 470-533. <http://dx.doi.org/10.15691/0719-9112vol10n2a9>

ROSEN-ZVI, Issachar y FISHER, Talia. Overcoming procedural boundaries. *Virginia Law Review*, Vol. 94, N°3, 2008, pp. 79-155.

SHAPIRO, Bárbara. *Beyond reasonable doubt and probable cause*. Berkeley: University of California Press, 1991.

STUMER, Andrew. *La presunción de inocencia. Perspectiva desde el Derecho probatorio y los derechos humanos*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo: Marcial Pons, 2019.

TARUFFO, Michele. *La prueba*. Traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons, 2008.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro. *Revista Direito GV*, v. 16, n. 2, 2020. <https://doi.org/10.1590/2317-6172201961>

WEINRIB, Ernest. *La Idea del Derecho Privado*. Traducción de Eze Paéz, y revisión de Diego Papayannis. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons, 2017.

Authorship information

Gustavo Poblete Espíndola. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Alberto Hurtado (Chile). Doctor en Derecho por la Universitat de Girona (España) y Doctor en Derecho por la Universidad de Chile (Chile). Profesor de Derecho Constitucional y Teoría del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado. Abogado. Dirección postal: Cienfuegos 41, Santiago. gpoblete@uahurtado.cl

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Acknowledgement: El presente artículo forma parte del Proyecto de Investigación “Los errores en la producción y en la aplicación del derecho” (PID2020- 114765GB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (España), cuyos investigadores principales son Jordi Ferrer y Diego M. Papayannis y en el que el autor se desempeña como co-investigador. Agradezco los comentarios realizados de una versión preliminar a Rodrigo Coloma, Livia Moscatelli y Claudio Agüero. Por último, agradezco las agudas observaciones realizadas por los árbitros anónimos que ayudaron a mejorar la versión final del texto.

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

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

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

Editorial process dates (<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 17/07/2023
- Desk review and plagiarism check:
- Review 1: 24/08/2023
- Review 2: 24/08/2023
- Review 3: 06/09/2023
- Transfer to V10N1: 30/10/2023
- Preliminary editorial decision: 26/12/2023
- Correction round return: 18/01/2024
- Final editorial decision: 03/02/2024

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Reviewers: 3

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

POBLETE ESPÍNDOLA, Gustavo. El estándar de suficiencia probatoria para crímenes de lesa humanidad. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 10, n. 1, e892, jan./abr. 2024. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v10i1.892>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.

Execução Penal

Criminal Execution

Legalidade “versus” jurisdicionalidade na execução penal? Ônus financeiro da monitoração eletrônica em decisões do TRF-4¹

Legality “versus” jurisdictionality in penal execution? Financial burden of electronic monitoring in brazilian TRF-4 decisions

Thyerrí José Cruz Silva²

Universidade Tiradentes – Aracaju/SE, Brasil

thyerricruzdireito@outlook.com

 <http://lattes.cnpq.br/6987132345466967>

 <https://orcid.org/0000-0001-7250-0790>

Samyle Regina Matos Oliveira³

Universidade Tiradentes – Aracaju/SE, Brasil

samyle.adv@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/2546676196350505>

 <http://orcid.org/0000-0002-0221-7719>

RESUMO: A execução penal é atividade estatal pautada nos princípios da legalidade certa, estrita e taxativa e da jurisdicionalidade, razão pela qual os direitos e deveres dos presos devem sempre observar as determinações legais. Apesar disso, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4) vem impondo à pessoa monitorada o ônus de arcar com

¹ O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001, Bolsa/PROSUP/CAPES.

² Mestrando em Direitos Humanos (UNIT/SE). Graduado em Direito (UNIT/SE).

³ Doutora em Direito pela UFBA (Turma 2019/2). Mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-graduação da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP - 2017). Professora e Coordenadora na Universidade Tiradentes, Sergipe. Graduada pela Universidade Tiradentes (2014). Advogada. Vice-diretora da ESA/SE. Conselheira Seccional da OAB/SE Líder do grupo de pesquisa cadastrado no CNPq “Novos Paradigmas de Justiça e a Cooperação Judiciária Nacional”.

as despesas decorrentes da monitoração eletrônica, encargo que não encontra amparo na legislação brasileira que trata do assunto. Por essa razão, impõe-se questionar, a título de problema de pesquisa: estas decisões do TRF-4 estão juridicamente corretas? Diante disso, este artigo objetiva analisar criticamente as decisões do TRF-4 nesse sentido e os principais argumentos utilizados, a fim de verificar se estão juridicamente corretas ou equivocadas, em virtude da inexistência de disposição legal taxativa nesse intuito, o que, inclusive, veio a ser reconhecido em diversas oportunidades pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). A escolha pelo TRF-4 é justificada pelo número significativo de decisões da Corte nesse sentido, bem como pelo fato de os demais Tribunais Regionais Federais não possuírem sentenças com esse teor e intuito. O referencial teórico recorre a produções relativas à execução penal e seus princípios da legalidade e jurisdicionalidade. A pesquisa conclui que a referida atuação decisória do TRF-4 está em descompasso com os princípios da legalidade e da jurisdicionalidade na execução penal.

PALAVRAS-CHAVE: execução penal; monitoração eletrônica; ônus financeiro; taxatividade legal; Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

ABSTRACT: *Criminal execution is a state activity based on the principles of certain, strict and exhaustive legality and jurisdictionality, which is why the rights and duties of prisoners must always comply with legal provisions. Despite this, the Brazilian Regional Federal Court of the 4th Region (TRF-4) has been imposed on the monitored person the burden of bearing the expenses arising from electronic monitoring, a burden that is not supported by Brazilian legislation that deals with the subject. For this reason, it is necessary to question, as a research problem: are these TRF-4 decisions legally correct? In view of this, this article aims to critically analyze the decisions of the TRF-4 in this sense and the main arguments used, in order to verify whether they are legally correct or mistaken, due to the lack of an explicit legal provision in this regard, which, in fact, came to be recognized on several occasions by the Brazilian Superior Tribunal of Justice (STJ). The choice of TRF-4 is justified by the significant number of Court decisions in this regard, as well as by the fact that the other Federal Regional Courts do not have sentences with this content and intention. The theoretical framework uses productions related to criminal execution and its principles of legality and jurisdiction. The research concludes that the aforementioned decisional action of the TRF-4 is out of step with the principles of legality and jurisdictionality in criminal execution.*

KEYWORDS: *Brazilian Federal Regional Court of the 4th Region; electronic monitoring; financial burden; legal taxativeness; penal execution.*

SUMÁRIO: Introdução; 1. Princípios da legalidade e jurisdicionalidade na execução penal; 2. A monitoração eletrônica na execução penal; 3. O ônus financeiro pelo equipamento de monitoração eletrônica nas decisões do TRF-4; Considerações Finais; Referências.

INTRODUÇÃO

A execução penal, no Brasil, é regida sobretudo pela Lei nº 7.210/1984, que consagra, dentre outros princípios, os da legalidade certa, estrita e taxativa e da jurisdicionalidade, os quais informam essa parcela significativa da referida atividade estatal. No entanto, por se tratar de uma lei federal de normas gerais, não esgota o espaço de regulação da execução penal, deixando espaço para a complementação via legislação, e também pela atuação judicial, nos limites definidos e traçados pela lei.

Nesse sentido, apesar de inexistir previsão legal a respeito da imposição do ônus financeiro decorrente da utilização do equipamento de monitoração eletrônica à própria pessoa monitorada, seja no rol de deveres gerais do art. 39 ou no art. 146-C da Lei de Execuções Penais (LEP), que menciona os deveres específicos da pessoa monitorada, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4) vem consolidando sua jurisprudência nesse sentido, em desatenção ao princípio da legalidade, o que constitui um problema jurídico e o problema específico da presente pesquisa.

Por essa razão, impõe-se questionar, a título de problema de pesquisa: estas decisões do TRF-4 estão juridicamente corretas? Objetiva-se, portanto, analisar criticamente as decisões do TRF-4 que impõem à pessoa monitorada o ônus de arcar com as despesas referentes à monitoração eletrônica, partindo-se do pressuposto de que tais decisões estão fundamentadas em argumentos juridicamente equivocados, em virtude da inexistência de disposição legal taxativa nesse intuito.

A escolha pelo TRF-4 se justifica pelo fato de que, neste órgão, a jurisprudência nessa matéria específica já está consolidada, como se

menciona nos próprios julgados a respeito. Outrossim, a consulta de jurisprudência nos demais Tribunais Regionais Federais não apontou a existência de decisões nesse sentido.

Para a pesquisa de jurisprudência, que foi realizada no site oficial do TRF-4⁴, as palavras-chave utilizadas foram “monitoramento eletrônico. ônus financeiro” e “monitoramento eletrônico. custas”, não apenas na ementa dos julgados, mas no seu inteiro teor, o que favoreceu a descoberta de uma série de outras decisões com este conteúdo. Todas estas decisões foram proferidas pela 7ª e pela 8ª Turmas da Corte, responsáveis por decidir casos em matéria penal, processual penal e de execução penal, segundo os arts. 2º, § 4º, “d” e 4º, § 4º do Regimento Interno da Corte⁵, donde decorre, portanto, sua atribuição para decidir casos envolvendo a monitoração eletrônica no âmbito das execuções penais. Ressalte-se que as decisões começaram a ser proferidas a partir do ano de 2015, que, portanto, marca o lapso temporal inicial da pesquisa jurisprudencial.

Nesse sentido, em 13 de abril de 2023, a pesquisa utilizando as palavras-chave “monitoramento eletrônico. ônus financeiro” encontrou 27 resultados. Em 14 de abril de 2023, a pesquisa por “monitoramento eletrônico. custas” encontrou apenas 2 resultados. No entanto, além dessas decisões, foram descobertas, em suas fundamentações, outras sentenças versando sobre a mesma matéria; decisões pioneiras na argumentação para essa matéria em específico, o que permitiu conhecer outros julgados da Corte com este mesmo conteúdo, ainda que não utilizem as mesmas palavras-chave utilizadas na pesquisa jurisprudencial realizada.

Importante ressaltar que essa busca inicial, desprezadas as decisões que não versavam especificamente sobre a matéria de interesse deste artigo, apresentou aproximadamente 50 decisões cujo conteúdo aparentemente tratava sobre os custos que constituem verdadeiro ônus financeiro para as pessoas monitoradas. Em certos casos, porém, tratava-se apenas de uma menção a respeito do tema, mas não objeto principal da contenda jurídica submetida ao crivo da Corte; noutras, a imposição

⁴ Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php?tipo=%201>. Acesso em: 11 abr. 2023.

⁵ Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/diario/visualiza_documento_adm.php?orgao=1&id_materia=3009494&reload=false. Acesso em: 18 maio 2023.

do ônus se deu de maneira autoexplicativa, sem realização de maiores argumentações; outras, ainda, apenas repetem o que já foi mencionado em sentenças anteriores.

Logo, por razões metodológicas, a partir da análise do conteúdo das decisões, foram excluídas da amostra as sentenças que não tratam necessariamente dessa imposição argumentada do ônus financeiro pela monitoração eletrônica e no âmbito da execução penal, a exemplo daquelas que versam sobre a matéria em âmbito processual penal ou que tratam do parcelamento ou hipossuficiência da pessoa monitorada, por não abordarem a questão central trabalhada pelo artigo⁶. Com isso, a amostra final representativa do total, mencionada no artigo, foi de 12 decisões.

Isso decorre da maior atenção que é conferida a determinadas decisões que, por seu pioneirismo e pelo grande número de citações em outras decisões no mesmo sentido, tornam-se paradigmas nessa matéria, de modo que sua análise reveste-se de uma maior relevância para este trabalho em virtude da construção argumentativa empregada para fins de justificar e fundamentar as decisões nesse sentido.

Para analisar as decisões, a pesquisa emprega o Método de Análise de Decisões, pelo qual é possível organizar informações contidas nas decisões, como os dispositivos normativos envolvidos, a contenda fático-jurídica específica e, especialmente, a argumentação das partes envolvidas – nesse caso, a do TRF-4, órgão julgador. A investigação desses elementos favorece a uma explicação do sentido das decisões a partir de cada processo decisório, dos argumentos utilizados pelo órgão decisor, e também as possíveis implicações teóricas e práticas do que é decidido (FREITAS FILHO; LIMA, 2010).

Referido método se mostra bastante útil à pesquisa em questão, porque a imposição do ônus financeiro pela monitoração eletrônica por parte do TRF-4, sem fundamento legal existente, como se supõe, traz consequências que não podem ser olvidadas, tanto para a pessoa monitorada, que deverá cumprir um dever não imposto por lei, mas

⁶ Mais informações e detalhamentos a esse respeito podem ser encontrados, para além da descrição metodológica minuciosa realizada no início da terceira seção do desenvolvimento deste artigo, nos dados públicos constantes na base aberta da plataforma Figshare. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.6084/m9.figshare.24657840>. Acesso em: 29 nov. 2023.

determinado por sentença, quanto para o sistema jurídico, que perde parte da sua coerência e integridade com esse “conflito” aparente entre legalidade e jurisdição.

Com essa análise, realiza-se uma categorização de acordo com os três principais argumentos utilizados para fundamentá-las: (i) a previsão genérica do art. 39, VIII da LEP acerca do dever de ressarcimento, ao Estado, por parte do condenado, das despesas realizadas com sua manutenção; (ii) o art. 12 do Provimento nº 46/2016, da Corregedoria Regional do TRF-4, que faculta ao magistrado a imposição de ônus financeiro pela utilização do equipamento de monitoração eletrônica; e (iii) o caráter educativo, preventivo e retributivo da compensação financeira realizada pela pessoa que faz uso do equipamento de monitoração eletrônica.

A título de referencial teórico, são utilizadas, em sua maioria, produções acadêmicas e bibliográficas em matéria de execuções penais e seus princípios, em especial os da legalidade e da jurisdição.

Como se pode observar, este trabalho tem natureza teórica e empírica, serve-se de uma pesquisa exploratória documental, especialmente na LEP e nas decisões do TRF-4 encontradas em matéria de imposição do ônus financeiro pela monitoração eletrônica. Aplica, também, o método qualitativo, apropriado para a abordagem realizada, de cunho investigativo, e o método dedutivo, tendo como a hipótese a proposição teórica de que, se não há previsão legal impondo à pessoa monitorada o ônus de arcar com o equipamento de controle da execução da pena, então, as decisões do TRF-4 nesse sentido estão juridicamente equivocadas, uma vez que a atuação jurisdicional precisa estar pautada no princípio constitucional penal da legalidade certa, estrita e taxativa.

O trabalho está dividido em três partes, cada uma almejando cumprir com um objetivo específico. Assim, na primeira seção, são apresentados os principais contornos dos princípios da legalidade e jurisdição na atividade executiva penal brasileira, limitadores dos excessos e arbítrios em face dos direitos e garantias das pessoas sujeitas à tutela penal estatal. Em seguida, são discutidos aspectos importantes, mas nem sempre aprofundados devidamente, da monitoração eletrônica, em especial a sua natureza jurídica em sede de execução penal, seus objetivos enquanto medida integrante de uma política criminal desencarcerizadora, e a inexistência de previsão legal impondo à pessoa monitorada o ônus de arcar com suas despesas.

Por fim, na terceira seção, realiza-se a investigação propriamente dita nas decisões do TRF-4 que impõem este encargo, a fim de compreender seus fundamentos e os argumentos utilizados pelos decisores e verificar se essa interpretação está realmente de acordo com os princípios de legalidade e jurisdicionalidade adotados pelo direito penitenciário brasileiro vigente, discussão que aponta para a incorretude jurídica dessa argumentação e, conseqüentemente, atuação decisional da Corte

1. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E JURISDICIONALIDADE NA EXECUÇÃO PENAL

Os princípios jurídicos, tanto constitucionais, quanto infraconstitucionais, não são “meros guias, ou indicativos de boas intenções”, mas sim autênticas normas vinculantes cujo cotejo interpretativo e prático deve ser feito a partir de uma necessária correlação entre eles (LIMA, 2012, p. 152). No caso das execuções penais, que representam a última etapa da pretensão punitiva estatal, os princípios podem ser considerados como as “verdades fundantes” que norteiam a aplicação das regras previstas na legislação a respeito, observando-se o caráter imposto pela Constituição à atividade executiva penal, isto é, suas “expectativas de comportamento” e “valorações ideológicas”, como a prevalência da dignidade da pessoa humana (GOULART, 1994).

Por exemplo, o princípio da legalidade teve, desde o início, o objetivo de instituir direitos e deveres com base na positivação das leis, a fim de conferir-lhes um grau de certeza, previsibilidade e segurança para o direito – e, conseqüentemente, para os direitos e liberdades individuais – maiores em relação à anterior vontade do soberano. Bem se vê a relação do princípio da legalidade com o direito penal em sentido amplo, que toca num ponto sensível da vida humana, a saber, a liberdade, limitada apenas quando utilizada em desfavor dos bens jurídicos tutelados pelo direito, reputados como importantes pela sociedade, em razão da necessidade de manutenção da harmonia social minimamente exigida para falar-se numa autêntica comunidade social e política.

Pode-se afirmar que as normas penais diferem das demais pelo campo de regulação, objetivos e conteúdo, pois inclui sanções mais agressivas em caso de descumprimento, em virtude do fato de que o direito

penal é o instrumento mais contundente à disposição do Estado para levar adiante o controle social. Isto, evidentemente, não pode ser realizado sem reservas, e é justamente por isso que desponta a legalidade como imperativo de limitação ao arbítrio na punibilidade (BUSATO, 2015).

Outrossim, não basta que exista lei objetivando a limitar o controle estatal sobre as condutas humanas: é necessário, ainda, que essa lei seja certa e taxativa, e que os processos de interpretação não admitam analogia ou interpretações extensivas que acabem por prejudicar o réu.

No que diz respeito à analogia, que se trata de “um processo de interpretação que integra uma lacuna existente na lei a partir de um argumento de semelhança”, caso uma determinada conduta não se amolde perfeitamente ao modelo abstrato de ação ou omissão descrito pela norma penal, não é possível aplicar essa norma em desfavor do agente, uma vez que, fazendo-o, o julgador estaria ocupando o espaço do legislador ao criar um novo tipo ou sanção penal para o caso concreto (BRANDÃO, 2010, p. 58-60).

Por outro lado, costuma-se apontar que há distinção entre a analogia propriamente dita e a interpretação analógica, de maneira que, nesta, o intérprete não se afastaria do teor da norma, regulando o caso concreto a partir de norma semelhante, uma vez inexistente norma própria para aquele caso, mas, sim, debruçar-se-ia no sentido literal possível da regra jurídica (BRANDÃO, 2010). Afirma-se, igualmente, que, na interpretação extensiva, “a vontade da lei cogita de contemplar o caso examinado, mas o seu texto diz menos que o pretendido, não o compreendendo”, de maneira que “o intérprete estende o sentido da lei até o caso examinado”, o que estaria de acordo com o postulado da legalidade penal em virtude da “vontade da lei” de reger aquela relação jurídica, ainda que a formulação interpretada esteja inexata (JESUS, 2020, p. 92-93).

Ainda assim, corre-se o risco de tais técnicas de interpretação deturparem a teleologia pretendida pela norma jurídica penal, pois pode acontecer de a prescrição legislativa não ser clara o suficiente, ou, ao menos, não possuir uma única interpretação possível – o que não é raro. Não é demais lembrar, também, que normas jurídicas penais são, muitas vezes, motivadas por interesses de grupos no poder, de modo que a interpretação em prejuízo do réu poderia relegar os cidadãos ao despotismo de governos ou mesmo a um judiciário com poderes excessivos (LIMA, 2012).

Não é sem razão que a técnica legislativa recomende – e até exija – que a norma jurídica penal tenha um comando de determinação que a permita ser formulada de maneira inequívoca, tendo em vista a necessidade de interpretação e de aplicação que, em matéria penal, revelam-se ainda mais significativas, por versarem, como dito, sobre a liberdade humana, o que exige um grau maior de segurança jurídica (BUSATO, 2020).

Todavia, afirma-se que, se a tendência do legislador moderno não é a de expressar-se de forma clara, de maneira que muitos preceitos penais estão, cada vez mais, caracterizados por ambiguidade, imprecisão e indeterminação, isso deve permitir ou permite uma margem “criativa” ao juiz para aplicar prescrições jurídicas demasiadamente vagas (BRANDÃO, 2010; LIMA, 2012; BUSATO, 2020), o que, entretanto, mina a certeza e a previsibilidade que se espera de uma norma jurídica, especialmente penal.

Por essa razão, deve-se compreender os sentidos da determinação e da taxatividade em matéria de legalidade penal. Nesse sentido, a primeira diz respeito à descrição mais exata possível da conduta humana sujeita a sanções penais, devendo-se dispensar, portanto, a utilização excessiva e até mesmo incorreta de cláusulas gerais e conceitos vagos e indeterminados na construção dos tipos legais de caráter penal. Já a segunda, trata-se de estabelecer as margens às quais está vinculado o julgador, não para amputar ou censurar sua atividade interpretativa, mas para cumprir com os postulados garantistas da legalidade num Estado democrático de direito, evitando-se, com isso, eventual abuso judicial (PRADO, 2021).

Por essa descrição, evidente que o princípio da legalidade opera como imposição restritiva ao legislador, mas não apenas a ele, pois a atividade judicial de interpretação e aplicação de normas jurídicas também deve se pautar no referido princípio (OLIVÉ et al., 2017, p. 86-89). A expressão legalidade penal não se refere tão somente às normas que estabelecem crimes e cominam penas, mas, também, às normas processuais penais e normas de execução penal (DOTTI, 1998; BUSATO, 2015; BUSATO, 2020; PRADO, 2021; BRITO, 2022; MIRABETE; FABBRINI, 2022).

A execução penal, no direito brasileiro, ostenta natureza mista e complexa, possuindo tanto aspectos administrativos, quanto jurisdicionais, os quais, inclusive, predominam – a despeito do que diz Rosa (1995, p. 179) –, em virtude da orientação e objetivos da LEP, que exigem intensa fiscalização do Poder Judiciário no regular cumprimento das regras de

execução, não apenas por parte do agente, mas também do Poder Público. Não se admite, pois, que o preso seja submetido a restrições não previstas em lei, o que decorre, dentre outras, da garantia constitucional do art. 5º, II da CF/88 (MIRABETE; FABBRINI, 2022)⁷.

Sabendo-se que a legalidade deve ser obedecida igualmente na fase de execução da pena imposta, um dos aspectos mais importantes a serem enfatizados é a restrição de direitos, pois, diante do imperativo do art. 3º da LEP, segundo o qual o preso conserva os direitos não atingidos pela sentença e pela lei, logo, tais poderes de agir só podem ser restringidos se houver previsão legal inequívoca nesse sentido, de modo que “não pode o magistrado [...] restringir ou negar um benefício ou direito com base em entendimentos próprios sobre a finalidade do instituto ou sobre o merecimento do beneficiário” (BRITO, 2022, p. 24).

Isso é assim porque “um dos momentos em que a disfuncionalidade do sistema global de Direito Penal ganha contornos extremamente graves é o da execução desorientada”, o que, entretanto, vem a ser minorado pelo estabelecimento de um rol de direitos e deveres do preso e o conseqüente controle jurisdicional das atribuições da Administração na execução penal (DOTTI, 1998, p. 464-465), a fim de que “as boas intenções” das legislações nessa matéria, em especial em países latino-americanos – e, mais especificamente, no Brasil –, não sejam inexecutáveis (BUSATO, 2020, p. 29-30).

Em virtude de uma miríade de competências do juiz em matéria de execução penal – vide o rol do art. 66 da LEP – espera-se do Poder Judiciário um papel de contrapor maiorias eventuais a nível de governo, circunstância político-ideológica que, como se sabe, tem a aptidão de reforçar a severidade das normas penais em sentido amplo. Logo, o princípio da legalidade, do qual é coetâneo o princípio da jurisdicionalidade,

⁷ É importante ressaltar que, na anterioridade, cada estabelecimento penal tinha suas próprias leis, baixadas pela autoridade administrativa via regulamentos ou outros instrumentos normativos infralégais, visando a regular comportamentos e impondo punições para os casos de descumprimento, o que, claro está, demandava a existência de leis criadas pelo Estado, e não por autoridades individuais, a fim de prescrever as situações dos presos de modo suficientemente uniforme, em razão do princípio da isonomia de tratamento entre presos em idêntica situação jurídica (ROSA, 1995, p. 180-181).

possui – ou, ao menos, deve possuir – um objetivo humanista e garantista a fim de evitar a arbitrariedade estatal na execução das penas (GOULART, 1994; LIMA, 2012).

Nesse sentido, a jurisdicionalidade vem a completar a tarefa da legalidade em matéria de execução penal, e é alçada à categoria de princípio por nortear todo o microsistema jurídico inaugurado pela LEP, com vistas de intervir positivamente no comportamento delitivo do preso e, assim, torná-lo idealmente apto a retornar ao convívio em sociedade, o que exige uma fiscalização e atuação tanto com relação ao conjunto de direitos, quanto de deveres do preso, devendo-se observar, sempre, as disposições legais.

No que diz respeito ao princípio da jurisdicionalidade, que, dentre outras garantias, decorre da inafastabilidade da prestação jurisdicional, prevista no art. 5º, XXXV da CF/88 (MIRABETE; FABBRINI, 2022, p. 42-43), trata-se de “inegável garantia de proteção ao condenado”, no sentido de que o juiz da execução penal pode “ser provocado pelo condenado, quando se sentir vilipendiado em quaisquer de seus direitos” (PRADO et al., 2017, p. 62).

Essa concepção é relativamente nova, visto que o papel do juiz em matéria de execução da pena imposta cingia-se de subsidiariedade, intervindo nos chamados “incidentes da execução”, alguns dos quais, ainda assim, possuíam – e, para Rosa (1995, p. 179), ainda possuem – caráter intensamente administrativo. Com a evolução e complexificação da atividade executiva penal, passou-se a entender, corretamente, que a jurisdicionalidade penal não se encerra com o trânsito em julgado da sentença condenatória, etapa que marca a passagem do processo penal cognitivo para a execução da pena, que também possui aspectos processuais (MIRABETE; FABBRINI, 2022).

Basta uma leitura do art. 66 da LEP para constatar o papel significativo que foi conferido ao juízo de execução penal e, conseqüentemente, à jurisdicionalidade nessa tarefa estatal, bem como a figura do Agravo em Execução, recurso previsto no art. 197 da lei, apesar de não regulamentado (BRITO, 2022, p. 221), e a possibilidade de julgamento de *Habeas corpus* endereçados ao juízo da execução.

Frise-se que as decisões em sede de execução penal, assim como nos demais ramos do direito, devem ser fundamentadas, em virtude do

imperativo constitucional do art. 93, IX, que representa uma das balizas do Estado Democrático de Direito, por evitar a mera explanação de opiniões particulares do julgador, atendendo, assim, aos pressupostos do devido processo legal (BRITO, 2022), que, no âmbito processual penal, por exemplo, encontra amparo legislativo no art. 315, § 2º do Código de Processo Penal (CPP), ressaltando-se a complementariedade deste diploma normativo para o processo executivo penal, conforme o art. 2º da Lei de Execuções Penais

Por se tratarem de decisões referentes à liberdade individual, exige-se destas uma fundamentação ainda mais adequada e atenta aos direitos e garantias fundamentais do preso, que não as perde por completo após a sentença penal condenatória, como prescreve o já mencionado art. 3º da LEP. É dizer: não basta fundamentar; é necessário fazê-lo de forma coerente com os princípios, regras, direitos e garantias previstos pelo ordenamento jurídico.

Noutro sentido, soma-se à legalidade e à jurisdicionalidade em sede de execuções penais a implementação de uma série de medidas alternativas ao cárcere, objetivando reduzir as consequências decorrentes do aprisionamento, que atingem tanto o preso, quanto a sociedade, pois esta o receberá, após o cumprimento de sua pena, talvez em piores condições em relação às existentes no momento do ingresso no sistema penitenciário, em virtude das condições degradantes deste em termos de saúde, higiene, integridade física e afastamento dos vínculos familiares e societários mínimos exigidos para que a ressocialização não seja apenas um artigo de fé positivado na lei, mas uma finalidade satisfatoriamente cumprida da concepção de execução penal adotada pela LEP.

É nesse sentido que desponta a monitoração eletrônica como um mecanismo alternativo à privação de liberdade, almejando, dentre outros objetivos, reduzir ou mesmo evitar a superlotação carcerária e seus efeitos, que são tanto indesejados, quanto incompatíveis com uma política criminal⁸ que se pretenda eficaz na proposta de recuperação social do agente infrator e seu comportamento.

⁸ A política criminal é uma das ciências criminais que, com autonomia em relação ao direito penal, objetiva organizar as respostas estatais aos fenômenos criminais enquanto um problema social, com vistas a preveni-lo e

2. A MONITORAÇÃO ELETRÔNICA NA EXECUÇÃO PENAL

A monitoração eletrônica de presos integra um amplo conjunto de medidas penalizadoras não privativas de liberdade, mas restritivas a certos direitos, como ocorre, em maior ou menor grau, com todas as sanções penais e suas formas de execução, as quais buscam satisfazer aos ideais de prevenção geral e especial e retribuição ao delito praticado pelo agente.

Tendo origem norte-americana, passou por diversos processos de evolução nas características do equipamento, nos sistemas de monitoração – passivo e ativo, com ou sem uso de *Global Positioning System* (GPS) –, nas hipóteses de uso e na própria natureza jurídica, isto é, se uma sanção penal ou medida executiva penal alternativa ao cárcere (JAPIASSÚ; MACEDO, 2008; LEAL, 2011; BOTTINO; PRATES, 2017).

No Brasil, os primeiros projetos de lei versando sobre a matéria datam do início do século, cabendo-se mencionar o Projeto de Lei nº 4.342/2001, apresentado à Câmara dos Deputados (CAMPELLO, 2019). Anos após, foram apresentadas outras proposições, tanto na Câmara dos Deputados, quanto no Senado Federal, de maneira que uma delas, o Projeto de Lei do Senado de nº 175/2007, logrou o maior êxito, tendo sido aprovada e sancionada, com vetos, transformando-se na Lei nº 12.258/2010⁹.

Em sua redação final, o referido projeto, que recebeu diversos apensos, pretendia facultar ao juiz da execução penal a utilização da monitoração eletrônica para os regimes aberto e semiaberto e suas progressões, saída temporária no regime semiaberto, penas restritivas de direito de limitação de horários ou frequência a determinados lugares, prisão domiciliar, livramento condicional, suspensão condicional da pena e “quando julgar necessário” (BRASIL, 2007), expressão demasiado vaga, e que ampliava sobremaneira os poderes do juiz das execuções penais (JAPIASSÚ; MACEDO, 2008, p. 32-33).

repreendê-lo. Despontava como “uma possibilidade de afastar a ideia de fortalecimento do Estado Penal punitivo para dar prioridade às medidas do Estado Social, integrando, assim, juntamente com a criminologia e o direito penal, o tripé que atua na busca por soluções ao problema social do crime” (DELMAS-MARTY, 2004; OLIVEIRA, 2017).

⁹ Um ano após, foi promulgada a Lei nº 12.403/2011, que trata da monitoração eletrônica enquanto medida cautelar diversa da prisão no âmbito do processo penal (art. 319, IX do CPP).

Submetida ao crivo da Presidência da República, a proposta legislativa foi parcialmente vetada, sob os argumentos de que, primeiramente, impor o monitoramento eletrônico no regime aberto, nas penas restritivas de direito, no livramento condicional e na suspensão condicional da pena contrariaria “a sistemática de cumprimento de pena prevista no ordenamento jurídico brasileiro e, com isso, a necessária individualização, proporcionalidade e suficiência da execução penal”. E, porque, ao prever uma variedade de possíveis usos da monitoração eletrônica em sede de execução penal, tal projeto aumentaria os custos públicos com a adoção da medida, sem que houvesse uma redução da população carcerária, “uma vez que não retira do cárcere quem lá não deveria estar e não impede o ingresso de quem não deva ser preso” (BRASIL, 2010, s.p.).

Com isso, restou acrescentada, na LEP, a Seção VI, “Da Monitoração Eletrônica”, no Título e no Capítulo que tratam da execução das penas privativas de liberdade em espécie, de modo que sua utilização atual, em sede de execuções penais, só é possível nos casos de saída temporária no regime semiaberto e determinação de prisão domiciliar (art. 146-B, II e IV da LEP). A redação final da proposta, da forma como sancionada e publicada, representou uma redução da miríade de possíveis hipóteses que ensejariam sua adoção, e, conseqüentemente, impediu seu objetivo de redução da superlotação carcerária, ou mesmo de redução de recursos públicos, como constava na origem do projeto de lei e na opinião dos especialistas no assunto (JAPIASSÚ; MACEDO, 2008).

Dois aspectos merecem destaque, tanto por sua relevância prática, mas, especialmente, teórica, inclusive no que se refere aos objetivos a que se propõe este trabalho: trata-se da (i) natureza jurídica da monitoração eletrônica em sede de execução penal no Brasil; e da (ii) assunção, por parte da pessoa monitorada, dos encargos financeiros decorrentes da aquisição, utilização e manutenção dos dispositivos destinados à monitoração eletrônica.

Com relação ao primeiro ponto, a discussão se mostra importante porque a premissa segundo a qual monitoramento eletrônico é uma pena tal qual a privativa de liberdade ou restritiva de direitos implica, automaticamente, em assumir o pressuposto de que compete à União legislar a seu respeito, uma vez que se trataria de matéria concernente ao direito penal (art. 22, I da CF/88). Entretanto, se for compreendido

que o monitoramento eletrônico é uma alternativa ao cárcere, medida referente à execução penal, logo, tal mecanismo deverá ser regulado segundo a competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal em matéria de direito penitenciário¹⁰ (art. 24, I da CF/88) enquanto ramo do direito brasileiro que rege as relações jurídicas decorrentes da atividade executiva penal, independentemente da celeuma terminológica acerca da melhor expressão para designar tal ramo, que não é recente (MIOTTO, 1970).

Argumenta-se que a monitoração eletrônica é medida sancionatória de caráter penal, mas não necessariamente uma pena (BOTTINI, 2008), e essa constatação decorre de um fundamento legislativo, pois, se é verdade que a Constituição, em seu art. 5º, XLVII, apenas indica, ao legislador, um rol de penas vedadas, o que, em tese, permitiria a adoção de outras para além das previstas pelo Código Penal, este, por seu turno, reconhece, em seu art. 32, apenas três modalidades de pena: a privativa de liberdade, a restritiva de direitos, e a de multa, não constando, pois, nesse rol – que é taxativo, em virtude do princípio da legalidade –, a monitoração eletrônica.

Ainda nesse sentido, as penas privativas de liberdade são cumpridas a título de reclusão ou detenção (arts. 33 a 36 do Código Penal brasileiro), enquanto que as penas restritivas de direito são a prestação pecuniária, perda de bens e valores, limitação de fim de semana, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana (art. 43 do Código Penal brasileiro); ao passo que a multa “consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa”, e pode ser aplicada tanto isolada quanto cumulativamente com outra pena (arts. 49 e 50 do Código Penal brasileiro).

¹⁰ Esse foi, inclusive, o argumento jurídico utilizado pelos legisladores de diversos estados-membros da federação, como São Paulo, Espírito Santo e Mato Grosso do Sul, para implementar, em suas jurisdições territoriais, a monitoração eletrônica enquanto forma de auxiliar à execução das penas impostas, antes mesmo da existência de uma lei federal de normas gerais versando sobre o assunto – que viria a ser a Lei nº 12.258/2010 –, como permite o art. 24, § 3º da Constituição, ainda que haja opiniões em sentido contrário acerca da constitucionalidade dessas leis estaduais. Cf, nesse sentido, Bottini (2008) e Campello (2019).

Observa-se que o monitoramento eletrônico, em sede de execução penal, apesar de restringir certos direitos do preso, como a intimidade e a privacidade – o que decorre, como dito, da própria noção de pena imposta pelo Estado –, não deve ser considerado como matéria sujeita à regulamentação pelo direito penal, mas, sim, pelo direito penitenciário, que trata da execução das penas, e não da imposição de novas penas – o que pertence, isso, sim, à alçada do direito penal.

É verdade – e isso traz à discussão o segundo ponto – que diversos Estados da Federação, sob o argumento de competência concorrente em matéria de direito penitenciário, vêm impondo, pela via legislativa, a obrigação de os presos custearem as despesas oriundas da monitoração eletrônica medida executiva penal. No entanto, tais medidas são inconstitucionais¹¹, justamente por imporem, ao preso, um dever não previsto na lei federal de normas gerais que rege a execução penal e esse assunto em específico, que não é passível de suplementação via legislação estadual por atingir direitos e garantias fundamentais como a isonomia, já que, com isso, cria-se uma circunstância fático-jurídica na qual presos de determinados estados devem pagar pelo uso do equipamento, ao passo que presos em igual situação jurídica, mas cumprindo pena em outros estados, estariam livres dessa obrigação, o que representa um tratamento distinto para presos em idênticas situações jurídicas (SILVA; MENESES; SILVA, 2023).

¹¹ Em sentido contrário é a decisão do STF, no RE nº 1.364.933/SC, no qual a relatora Ministra Rosa Weber não admitiu o recurso por não vislumbrar inconstitucionalidade numa lei estadual catarinense que impunha, aos presos e apenados do estado, esse dever. Todavia, em seu voto, a relatora se limitou a transcrever trechos de outras decisões, como o RE nº 1.224.396/DF, no qual o STF formulou um conceito jurisprudencial para direito penitenciário, e a ADI nº 3.916/DF, na qual a Corte praticamente reafirmou o permissivo constitucional do art. 24, § 2º, referente à possibilidade de complementação legislativa estadual às leis federais de normas gerais reguladoras dos ramos jurídicos indicados naquele dispositivo constitucional. Em suma, no voto da relatora, não há um argumento específico sequer que fundamente o argumento de constitucionalidade das leis estaduais que impõem ao preso a obrigação de custear as despesas decorrentes da monitoração eletrônica, o que prejudica a coerência e a integridade do direito, e consequentemente os direitos e garantias individuais, nesse caso, dos presos sujeitos à monitoração eletrônica.

A despeito dessa legislação estadual inconstitucional, o fato é que, em que pese tenha surgido como alternativa ao encarceramento, a monitoração eletrônica é, no direito brasileiro, opção estatal para reforçar a execução da pena sem custos para o agente que dela faz uso, em virtude da ausência de previsão legal nesse sentido, seja no art. 146-C da LEP, que trata dos deveres específicos do preso com relação à sua condição de pessoa monitorada, seja no art. 39 da mesma lei, que trata dos deveres gerais do condenado.

Entretanto, o TRF-4, em uma série de decisões em sede de execução penal, vem firmando sua jurisprudência no sentido de que é possível impor à pessoa monitorada o ônus financeiro de arcar com as despesas decorrentes da utilização da monitoração eletrônica, em razão do inciso VIII do referido art. 39 da LEP, segundo o qual constitui dever do condenado indenizar ao Estado, quando possível, as “despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho”.

Nesse sentido, ainda que seja comum, em outros países, o pagamento de taxa mensal ou da própria aquisição do equipamento de monitoração eletrônica (LEAL, 2011), o que poderia reforçar a responsabilidade e o compromisso do preso com a execução de sua própria pena (CORRÊA JÚNIOR, 2012), o fato é que tal obrigação só deveria ser imposta se fosse prevista em lei, em virtude do princípio da legalidade certa, estrita e taxativa, como discutido no capítulo anterior.

Não pode, pois, um órgão jurisdicional impor esse ônus, independentemente da argumentação jurídica empreendida e do fim colimado por uma imposição do tipo – argumentos de princípio e política (DWORKIN, 2010) –, já que a jurisdicionalidade e a legalidade não são rivais, e a segunda não pode ignorar a primeira, pois o objetivo desta é justamente frear medidas estatais incompatíveis que podem culminar em arbítrios.

Assim, a fim de se aprofundar nos argumentos jurídicos exarados pela Corte e examinar se, realmente, esse encargo não previsto na LEP pode ser imposto, seja com base no art. 39, VIII da LEP ou no art. 12 do Provimento nº 46/2016, seja por um objetivo de reforço no compromisso com a execução penal, serão analisadas, na próxima seção, as decisões do TRF-4 em matéria de imposição do ônus financeiro à pessoa monitorada.

3. O ÔNUS FINANCEIRO PELO EQUIPAMENTO DE MONITORAÇÃO ELETRÔNICA NAS DECISÕES DO TRF-4

O TRF-4, assim como os demais tribunais regionais federais, é órgão integrante da Justiça Federal, como se depreende do art. 106, I da Constituição Federal. Possui, atualmente, 39 desembargadores (art. 1º, III da Lei nº 9.967/2000, alterada pela Lei nº 14.253/2021), e, dentre outras competências, julga, em grau de recurso, as causas decididas pelos juízes federais de primeira instância (art. 108, II da Constituição Federal), atuando tanto em Plenário, quanto Corte Especial, Seções e Turmas especializadas. Dentre estas, estão a 7ª e a 8ª Turmas, responsáveis por decidir casos em matéria penal, processual penal e de execução penal, segundo os arts. 2º, § 4º, “d” e 4º, § 4º do Regimento Interno da Corte¹². Disto decorre, portanto, sua atribuição para decidir casos envolvendo a monitoração eletrônica no âmbito das execuções penais.

Assim, antes de passar para os resultados e discussões do trabalho, é imperioso aprofundar as considerações metodológicas trazidas na introdução. De forma sintética, a escolha pelas decisões do TRF-4 como objeto de pesquisa reside no fato de que este órgão apresenta não apenas uma jurisprudência consolidada em matéria de cobrança pelo equipamento de monitoração eletrônica, mas também uma quantidade significativa de decisões nesse sentido – que, segundo os resultados encontrados, chegam ao número de quase cinquenta, incluindo decisões em sede de cautelares no processo penal –, circunstâncias não observadas nos demais Tribunais Regionais Federais.

Dentre todas essas decisões encontradas, só serão analisadas de forma aprofundada as que versam especificamente sobre a referida imposição judicial e sua legalidade, especialmente no âmbito da execução penal¹³. Dentro desse novo conjunto, que terá um número reduzido em

¹² Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/diario/visualiza_documento_adm.php?orgao=1&id_materia=3009494&reload=false. Acesso em: 18 maio 2023.

¹³ Com relação à imposição do mesmo ônus financeiro decorrente da monitoração eletrônica, mas no âmbito da cautelar diversa da prisão, prevista no art. 319, IX do CPP, há decisões do TRF-4 que empregam o seguinte raciocínio: o custo médio do equipamento – à época das decisões – era de R\$ 275,00 reais, e a duração média de um processo penal desse tipo era de dois

relação aos inicialmente observados durante as primeiras pesquisas por palavras-chave e filtradas pelo fundo temático da decisão, será feita, ainda, uma categorização das decisões restantes de acordo com os principais argumentos utilizados pelos relatores das ações para fundamentá-las. Tais argumentos residem, como dito, no art. 39, VIII da LEP, no art. 12 do Provimento nº 46/2016 da Corregedoria Regional do TRF-4, e em argumentos de política referentes a possíveis efeitos desta imposição.

Será conferida, ainda, uma especial atenção a determinadas decisões que, por seu pioneirismo e pelo grande número de citações em outras decisões judiciais no mesmo sentido, tornam-se verdadeiros paradigmas nessa matéria¹⁴, de maneira que sua análise reveste-se de uma maior relevância em virtude da construção argumentativa empregada para fins de justificar e fundamentar as decisões nesse sentido, considerando-se que, como sugere a premissa em que se baseia este trabalho, tal dever não

anos, logo, o valor da monitoração deveria ser multiplicado pelos vinte e quatro meses, e esse montante deveria ser depositado previamente, o que totalizava a quantia significativa de R\$ 6.600,00 reais. Foi o que ocorreu, por exemplo, nos *Habeas Corpus* de número 5020824-18.2015.4.04.0000/PR, julgado em 23/06/2015, sob a relatoria do Desembargador Márcio Antônio Rocha; 5006603-93.2016.4.04.0000, julgado em 15/03/2016 sob relatoria do Desembargador Sebastião Ogê Muniz; 5024855-47.2016.4.04.0000, julgado em 21/06/2016, sob a relatoria do Desembargador Gilson Luiz Inácio; 5025216-64.2016.4.04.0000, julgado em 21/06/2016, sob a relatoria da Desembargadora Cláudia Cristina Cristofani; 5024322-88.2016.4.04.0000/PR e 5044829-70.2016.4.04.0000/PR, julgados, respectivamente, em 28/06/2016 e 08/11/2016, ambos de relatoria do Desembargador Márcio Antônio Rocha.

¹⁴ Tanto é assim, que algumas decisões chegam até mesmo a transcrever trechos inteiros do que restou decidido anteriormente, o que não é necessariamente negativo, porque, de um lado, mostra uma relativa padronização e uniformização do que é decidido pelo colegiado, mas, de outro lado, causa certa perplexidade, em virtude da imperiosidade de se realizar uma argumentação coerente não apenas com o caso concreto, mas com a totalidade do ordenamento jurídico, o que nem sempre é possível de acontecer em virtude de transcrições de fragmentos completos dos votos de outros relatores de outras decisões. De uma forma ou de outra, isso não parece constituir novidade no direito brasileiro, ao menos segundo registra Rodríguez, cujas pesquisas sinalizam a existência, no país, de um modelo de racionalidade jurisdicional caracterizado justamente por essa prevalência de certas teses jurídicas que são, na verdade, síntese dos resultados das decisões, não se destinando a devida atenção, a seu ver, ao percurso argumentativo realizado até a obtenção desses resultados, cerne de uma fundamentação judicial (RODRIGUEZ, 2013).

possui amparo legal no direito brasileiro – nem mesmo nos dispositivos alegados pelos membros da Corte.

Detalhados esses procedimentos metodológicos, tem-se, de início, entre as decisões que se baseiam no art. 39, VIII da LEP como principal argumento para impor o ônus financeiro decorrente da monitoração eletrônica, o Agravo ne Execução Penal nº 5000280-55.2020.4.04.7106. Neste julgado, o relator Desembargador João Pedro Gebran Neto asseverou que, a despeito da alegação da defesa de inexistência de previsão legal, “a lei permite que o custo de manutenção dos apenados seja com esses partilhado, não ficando unicamente a cargo do Estado”, de maneira que “o fato de a lei ser genérica, não enumerando quais custos serão abarcados pela hipótese, não é empecilho para a cobrança pelo uso do monitoramento eletrônico”, não sendo possível, a seu ver, “exigir que a lei preveja todas as situações possíveis de despesa a ser gerada pelo preso”¹⁵.

No Agravo de Execução Penal nº 5001497-29.2021.4.04.7000, o relator Desembargador Leandro Paulsen asseverou que “não empeço [sic] que seja imposto ao apenado o ressarcimento dos custos com o aluguel/manutenção do equipamento”, e que “preceito similar já existe na Lei de Execução Penal, quando permite ao Estado que seja deduzido do trabalho remunerado do preso o ressarcimento com as despesas de sua manutenção (art. 29, § 1º, alínea d, da Lei 7.210/84)”¹⁶.

Para Brito (2022, p. 71), a interpretação do art. 39, VIII da LEP mais adequada com o ordenamento jurídico não deve ser a de que o preso

¹⁵ Outras decisões seguem essa mesma linha de argumentação. É o caso do Agravo de Execução Penal nº 5000280-55.2020.4.04.7106, julgado em 21/05/2020; da Apelação Criminal nº 5004007-45.2013.4.04.7016/PR, julgada em 09/06/2021; do Agravo de Execução Penal nº 5041523-69.2021.4.04.7000, julgada em 12/08/2021, ambas sob relatoria do mesmo Desembargador; e do *Habeas Corpus* nº 5029125-07.2022.4.04.0000/PR, julgado em 29/06/2022, sob relatoria do Desembargador Carlos Augusto Thomson Flores Lenz.

¹⁶ Outras decisões seguem essa mesma linha de argumentação. É o caso do Agravo de Execução Penal nº 5000630-43.2020.4.04.7106/RS, julgado em 02/06/2020, sob relatoria da Desembargadora Cláudia Cristina Cristofani; do Agravo de Execução Penal nº 5000270-11.2020.4.04.7106/RS, decidido em 29/10/2020; e do Agravo de Execução Penal nº 5000630-43.2020.4.04.7106/RS, julgado em 02/06/2020, ambos sob relatoria do Desembargador Leandro Paulsen.

deverá pagar pelo cumprimento da pena no estabelecimento penitenciário, pois, em sua ótica, não haveria sentido “em cobrar da pessoa presa a ‘estadia’ em um sistema que lhe é imposto por força da sentença condenatória para o cumprimento de uma política pública definida pelo Estado” e que é executada apenas por ele, por ser tarefa estritamente pública.

Assim, para o autor (BRITO, 2022, p. 71), a melhor interpretação do dispositivo em comento deve relacioná-lo à ideia de indenização como compensação por atos ilícitos eventualmente provocados, o que, inclusive, está disposto no art. 38 do Decreto federal nº 6.049/2007, que aprova o Regulamento Penitenciário Federal. Nucci (2022, p. 81), por sua vez, vê lógica e sentido nessa “razoável” indenização ao Estado, embora reconheça sua difícil concretização, em razão da parca remuneração recebida pelos presos, a qual tem outras destinações prioritárias, como consta no art. 29, § 1º da LEP.

De toda forma, tanto o art. 29, § 1º, quanto o art. 39, VIII da LEP não são elucidativos com relação à forma e o meio que deverão ser empregados para concretizar juridicamente esses mandamentos gerais de ressarcimento e indenização ao Estado – ainda que, para alguns (MIRABETE; FABBRINI, 2022, p. 111), se trate de oportunidade para a legislação estadual complementar, e, para outros (AVENA, 2019, p. 43), legislação estadual ou federal. Isso porque o primeiro dispositivo menciona que as despesas realizadas pelo Estado com a manutenção do condenado serão ressarcidas “em proporção a ser fixada”, e o segundo, que a indenização será devida “mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho” do condenado.

O termo “fixação”, sobretudo por estar associado a uma indenização a ser paga, parece aludir a uma tarefa do magistrado, como ocorre tipicamente no direito civil e sua teoria da reparação integral – e também no âmbito processual penal, mais especificamente com relação à indenização a ser paga em decorrência de imposição da sentença condenatória, nos termos do art. 387, IV do CPP –, segundo a qual a indenização se mede pela extensão do dano ocorrido no caso concreto (art. 944 do Código Civil), e não por meio de um arbitramento prévio realizado pelo legislador, o que excluiria, sob esse argumento, a alegação de que normas jurídicas são as responsáveis por tornar aplicáveis os dispositivos da LEP em comento.

No entanto, a alegação de que compete ao juiz – nesse caso, o da execução penal – a fixação do montante a ser pago pelo preso a título de ressarcimento ao Estado não deve ser utilizada para defender a fundamentação jurídica realizada pelo TRF-4 em suas decisões analisadas. Em primeiro lugar, porque o dever do art. 39, VIII é de caráter geral, ou seja, imposto a todo e qualquer preso sujeito às normas de execução penal previstas pela LEP, independentemente de fazer ou não uso da monitoração eletrônica. Ademais, a redação do dispositivo é demasiado genérica, ao passo que os deveres específicos da monitoração eletrônica estão delimitados no art. 146-C da mesma lei, dentre os quais não consta o ônus de arcar com as despesas financeiras decorrentes de sua aquisição e utilização.

É importante recordar que “a existência de limites vagos ou incertos como determinantes de restrição a direitos não encontra, face ao direito positivo, possibilidade de vingar”, sendo ilegítimas, “venham elas da sentença condenatória ou da interpretação a que ela se dê, ou, ainda, da errônea aplicação da própria lei de execução”, o que pode suscitar o incidente de desvio na execução penal (GOULART, 1995, p. 94-95).

Assim, impor ao preso um dever não previsto em lei não parece se coadunar com o princípio da legalidade certa, estrita e taxativa, que exige uma redação não sujeita a dúvidas interpretativas do tipo. Outrossim, não se adequa à teleologia de um dispositivo legal original da LEP, promulgada e com vigência iniciada um quarto de século antes da implementação da monitoração eletrônica em sede de execuções penais, quando aquela sequer era cogitada e discutida no direito brasileiro.

Em segundo lugar, a redação do art. 39, VIII, ao mencionar as “despesas com a manutenção do condenado”, parece aludir ao alojamento daquele em espaço físico carcerário mantido pelo Estado para fins de cumprimento da pena, o que não se amolda à realidade da monitoração, alternativa ao cárcere, já que é aplicável apenas aos agentes que já se encontram fora do cárcere, o que reduz as despesas estatais com alimentação, vestuário, higiene, saúde, assistência, dentre outros direitos e garantias do preso.

Em objeção a esse argumento, seria possível alegar que “manutenção”, nesse caso específico, é uma expressão passível de elasticidade hermenêutica a ponto de abarcar a manutenção no sentido de não

interrupção da execução da pena em sentido amplo, no que se incluiria a monitoração eletrônica. Por esse ponto de vista, portanto, a interpretação da expressão e do dispositivo legal não deveria ser restrita ao aspecto literal referente às instalações físicas e recursos materiais e humanos necessários à execução penal, mas ao fato de o Estado ser o responsável pela manutenção da execução das penas, que inclui, em seu bojo, a manutenção pelos equipamentos de monitoração eletrônica, ao menos a título de regulamentação normativa e aquisição material.

No entanto, essa interpretação é realizada para fins de favorecer à cobrança do equipamento por parte do monitorado a todo custo – o trocadilho é válido e até inevitável –, o que não parece compatível com os princípios da legalidade, da jurisdicionalidade, do devido processo legal, do *in dubio pro reo* e da vedação à interpretação extensiva em prejuízo do réu¹⁷, não podendo, pois, ser acolhida como argumento favorável à imposição do ônus financeiro decorrente da tornozeleira eletrônica à própria pessoa que dela faz uso a título de controle e fiscalização da execução da pena que lhe foi imposta.

É importante ressaltar, também, que existe uma miríade de projetos de lei em nível federal – e também estadual, os quais são inconstitucionais formal e materialmente, como dito anteriormente – visando a impor esse dever ao preso, por meio da inserção de novos dispositivos na LEP. Um deles, o Projeto de Lei nº 8.806/2017, inclusive, foi utilizado como argumento pela Defensoria Pública da União e acatado pela Corregedoria Regional do TRF-4 a fim de revogar o art. 12 do Provimento nº 46/2016, que facultava ao magistrado a imposição desse ônus financeiro – e que é, inclusive, o segundo principal argumento utilizado pelos relatores, nas decisões analisadas, para determinar esse pagamento por parte da pessoa monitorada.

¹⁷ Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) assentou, no AgRg no HC nº 668.096/SP, julgado em 17 de agosto de 2021, sob relatoria do Relator Ministro Jesuino Rissato, que “em direito penal não é permitido o uso de interpretação extensiva, para prejudicar o réu, devendo a integração da norma se operar mediante a analogia *in bonam partem*. Princípios aplicáveis: Legalidade das penas, Retroatividade benéfica e *in dubio pro reo*. A lei penal deve ser interpretada restritivamente quando prejudicial ao réu, e extensivamente no caso contrário (*favorabilia sunt amplianda, odiosa restringenda*)”.

No Agravo de Execução Penal nº 5028920-27.2022.4.04.7000, por exemplo, o relator Danilo Pereira Júnior recordou essa revogação do art. 12 do Provimento nº 46/2016 pelo Provimento nº 89/2020, mas, também, mencionou a revogação deste último pelo Provimento nº 112/2021, o que teria, em sua ótica, restaurado a vigência do primeiro, como um efeito repristinatório – o que não constitui uma certeza. Entretanto, constitui certeza o fato de que atos infralegais não podem criar obrigações e deveres, mas apenas a lei, o que decorre da garantia do art. 5º, II da Constituição Federal.

De toda forma, para o relator, com relação ao PL nº 8.806/2017, “a simples existência de projeto de lei detalhando/especificando o ônus do apenado de arcar com os custos do monitoramento eletrônico [...] não importa limitação à atividade hermenêutica”, em virtude da já existente, a seu ver, previsão legal do art. 39, VIII da LEP. Entretanto, a existência desse projeto de lei, e mesmo a sua menção na decisão em comento, indica que a previsão não é suficiente para abarcar a especificidade da situação do condenado monitorado com relação ao seu suposto dever de custear as despesas decorrentes da utilização do equipamento de monitoração eletrônica. E, à possível objeção de que o projeto apenas especificaria uma determinação legal já taxativa e certa, apresenta-se o argumento de que a própria inserção objetivada pela propositura representa a inexistência atual de um dever legal de ônus financeiro por parte da pessoa monitorada.

De toda forma, o fato é que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já reconheceu, em mais de uma oportunidade, o equívoco de algumas decisões do TRF-4 nesse sentido, argumentando sobre a inexistência de disposição legal impondo o referido dever à pessoa monitorada, pelo menos em sede de cautelar processual penal (art. 319, IX), argumento que, entretanto, pode ser estendido para a monitoração eletrônica enquanto mecanismo de execução da pena pela idêntica situação jurídica de inexistência de disposição legal visando a impor o referido ônus financeiro.

Nesse sentido, a primeira dessas decisões do STJ foi o Recurso em *Habeas Corpus* nº 92.238/RS, de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgada em 2018, que enfrentou o *Habeas Corpus* nº 5053303-93.2017.4.04.0000/RS, julgado pelo TRF-4, sob a relatoria do Desembargador Márcio Antônio Rocha. O mesmo argumento fundamentou a decisão do *Habeas Corpus* nº 564.300, julgada pelo mesmo relator, em

2020, e a obrigação imposta pelo TRF-4 foi considerada uma “flagrante teratologia” e uma instituição de recolhimento de valores ilegal por não encontrar amparo em nenhum dispositivo normativo, nas palavras do mesmo relator, no julgamento da Petição no *Habeas Corpus* nº 676.999, decidido em julho de 2021.

Nessa mesma decisão, o relator assentou, ainda, que essa determinação do TRF-4 “ofende a legislação pátria em vários níveis, dado que não tem previsão legal, impõe à pessoa uma despesa que é contrária aos seus interesses próprios e transfere ao réu um custo que é inerente a atividade estatal básica, já financiada via tributos”, argumento repetido no Resp nº 1.966.976, julgado em novembro de 2021, que enfrentou a decisão do Agravo de Execução Penal nº 5041523-69.2021.4.04.7000/PR, de relatoria do Desembargador João Pedro Gebran Neto, do TRF-4 julgado em 12/08/2021. A ausência de previsão legal foi igualmente mencionada como argumento nas decisões da Petição no *Habeas Corpus* nº 707.092, de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, também julgada em novembro de 2021, e no *Habeas Corpus* nº 788.447, decidido em dezembro de 2022 pelo relator Ministro Rogério Schietti Cruz.

Assim, considerando-se que o STJ tem por mister a interpretação da legislação infraconstitucional, o que ocorre, dentre outras maneiras, por meio do julgamento, em recurso especial, das causas decididas por Tribunais Regionais Federais quando houver contrariedade a lei federal na decisão recorrida (art. 105, III, “a” da Constituição Federal), constata-se que, de fato, a argumentação do TRF-4 em matéria de imposição do ônus financeiro decorrente da monitoração eletrônica, seja como cautelar processual penal, seja na execução penal, está juridicamente equivocada, argumento que veio a ser reforçado em virtude dessa relativamente farta jurisprudência da Corte Cidadã.

Noutro sentido, no que diz respeito às decisões fundamentadas com base em alegações que mais se aproximam de argumentos políticos que propriamente jurídicos – terceiro argumento mais comum em decisões do tipo, proferidas pelo TRF-4 –, inicia-se com a transcrição de um trecho do Agravo de Execução Penal nº 5002231-65.2017.4.04.7211, uma das decisões mais citadas, nas demais, posteriores, a título de ônus financeiro decorrente da monitoração eletrônica. É que, nesta, o relator Desembargador Leandro Paulsen asseverou que se o agente estivesse

cumprindo regularmente as penas alternativas, não teriam sido revertidas em pena privativa de liberdade; “portanto, cabe ao recorrente arcar com os custos decorrentes do monitoramento eletrônico”, como se tal obrigação decorresse do descumprimento das penas alternativas, o que igualmente não encontra amparo jurídico na legislação vigente¹⁸.

O mesmo desembargador, por ocasião do *Habeas Corpus* nº 5031827-91.2020.4.04.0000, assentou, em âmbito processual penal, que “a assunção dos custos com o próprio monitoramento eletrônico, sobretudo quando ausente comprovação de hipossuficiência econômica por parte do paciente, é medida que deve se tornar padrão” uma vez que “existe uma despesa inerente à cautelar que o favorece”, numa nova manifestação de argumento silogístico que não decorre de qualquer dispositivo legal taxativo e explícito¹⁹.

No supracitado Agravo de Execução Penal nº 5001497-29.2021.4.04.7000, o mesmo desembargador asseverou que “exigir que o apenado faça o ressarcimento ao erário das despesas com o monitoramento vigiado representa a consolidação dos aspectos retributivos e reeducativos da pena”, o que, se pode não estar incorreto do ponto de vista de política criminal (LEAL, 2011; CORRÊA JÚNIOR, 2012), não pode, entretanto, ser imposto sem que haja uma determinação legal versando a respeito, pois é imperioso que as decisões judiciais, especialmente em matéria de execuções penais, tratem a respeito de situações jurídicas, como direitos

¹⁸ No âmbito processual penal, a decisão no *Habeas Corpus* nº 5016646-21.2018.4.04.0000/PR é enfática ao assinalar, o relator Desembargador Márcio Antonio Rocha, que o custo gerado pela obrigação de pagar pela utilização do equipamento de monitoração eletrônica enquanto cautelar diversa da prisão “somente é gerado pela incapacidade de comprovar condições realmente favoráveis à soltura de forma irrestrita”, o que já havia sido proferido noutras decisões – como os *Habeas Corpus* de nº 5044829-70.2016.4.04.0000, 5044829-70.2016.4.04.0000, 5006956-02.2017.4.04.0000, 5047625-34.2016.4.04.0000 e 5055094-34.2016.4.04.0000, todos de sua relatoria – e que indica um claro argumento de política criminal que também não encontra legitimidade em sede jurídico-legislativa.

¹⁹ Uma outra atuação jurisdicional do TRF-4 igualmente não prevista em lei é a de imputar à pessoa monitorada o ônus de comprovar a hipossuficiência, caso pretenda se desincumbir do encargo financeiro imposto por sentença e supostamente autorizado pela Lei de Execuções Penais. Cf., nesse sentido, o *Habeas Corpus* nº 5033188-12.2021.4.04.0000/RS, de relatoria do Desembargador Carlos Eduardo Thomson Flores Lenz, julgado em 12/08/2021.

e deveres estabelecidos por lei, e não a respeito do que eventualmente poderia ser melhor em termos de política criminal.

Numa síntese, argumentos de política “tentam demonstrar que a comunidade estaria melhor, como um todo, se um programa particular fosse seguido. São, nesse sentido especial, argumentos baseados no objetivo”. Já os argumentos de princípio, ao contrário, afirmam que “programas particulares devem ser levados a cabo ou abandonados por causa de seu impacto sobre pessoas específicas, mesmo que a comunidade como um todo fique conseqüentemente pior”, baseando-se, pois, em direitos individuais (DWORKIN, 2001, p. IX).

É verdade que haverá casos em que a distinção será relativamente mitigada, em virtude da conjunção dos dois, ou mesmo da dificuldade de separar, categoricamente, uma parcela “de política” e outra “de princípio” num mesmo ato estatal determinado. Todavia, no que diz respeito especificamente à atuação decisional jurisdicional, o fato é que os juízes não devem fundamentar suas decisões utilizando argumentos políticos em sentido estrito, mas sim de princípios – mesmo que, eventualmente, estes tenham alguma carga política em sentido amplo, como o princípio da igualdade, por exemplo (DWORKIN, 2001, p. 3-4; DWORKIN, 2010, p. 36-37).

Essa exceção, no entanto, não representa o caso das decisões do TRF-4 impondo o ônus de arcar com a monitoração eletrônica, pois esbarram na inexistência de disposição jurídico-normativa a respeito, razão pela qual, mesmo que pudesse apresentar resultados positivos em termos de reforço nos objetivos almejados pela execução penal, tal dever não pode ser imposto apenas com base nesse argumento de política, pois decisões judiciais devem enfatizar os direitos, e não os objetivos de melhoria na comunidade que não estejam previstos em leis.

Depreende-se, portanto, que a atuação juridicamente equivocada do TRF-4 nessa matéria específica prejudica o ideal – possível – de integridade do direito, entendido como a busca pela sua maior precisão, certeza, estabilidade e justiça na medida das possibilidades da comunidade política e jurídica organizada (DWORKIN, 2003). Isso porque a imposição, em sede penal em sentido amplo, de deveres não previstos em lei, transgride seu princípio mais basilar, que é o da legalidade, o que causa insegurança jurídica. Não se pode permitir que decisões judiciais que

impactam significativamente nos direitos e garantias de certa classe de pessoas – nesse caso, os condenados, que não perdem todos os direitos, como enfatiza o art. 3º da LEP – sejam proferidas sem que a fundamentação se dê com base num dispositivo legal explícito e preciso.

Assim, considerando-se que (i) o monitoramento eletrônico não é, do ponto de vista técnico, formal e jurídico, uma pena ou um regime de cumprimento de pena, e sim uma forma de fiscalização e controle da execução penal, visando a sua regularidade e eficiência; que, (ii) em sede de execução penal, não há um dispositivo análogo ao art. 387, IV do CPP, que especifica a possibilidade de o juiz fixar valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, mas apenas dois dispositivos – art. 29, § 1º, “d” e art. 39, VIII, ambos da LEP – incertos e combinados, que não mencionam qual autoridade (legislativa ou judiciária) está habilitada a efetivar a fixação de indenização e ressarcimento ao Estado; que (iii) a cobrança pela monitoração eletrônica não se confunde e não deve se confundir com a multa penal, com a reparação do dano ou mesmo com a fiança, por ostentarem diferentes naturezas jurídicas, e pelo fato de a primeira não estar prevista em lei; e que (iv) o STJ já assentou, em diversas oportunidades, o argumento de inexistência de base legislativa para a imposição do referido ônus, conclui-se que o TRF-4, em suas decisões nessa matéria, está agindo de forma juridicamente equivocada – podendo-se cogitar até mesmo a ocorrência de desvio na execução penal²⁰.

Assim, pode-se constatar que a imposição do ônus financeiro pela monitoração eletrônica por parte do TRF-4, sem previsão legal existente nesse sentido, traz consequências que não podem ser olvidadas, tanto para a pessoa monitorada, que deverá cumprir um dever não imposto por lei, mas determinado por sentença, quanto para o sistema jurídico, que, por essa razão, perde parte da sua coerência e integridade.

²⁰ Os Itens 170 e 171 da Exposição de Motivos da LEP, sem distinguir o desvio do excesso, destacam que ambos “consistem na prática de qualquer ato fora dos limites fixados pela sentença, por normas legais ou regulamentares”, o que se reputa mais comum no “acidentado” processo executivo penal que no processo civil (BRASIL, 1983, s.p.). Para Avena (2019, p. 378), o excesso na execução penal reside na transgressão quantitativa da execução da pena, ao passo que o desvio caracteriza-se pelo destoar qualitativo da execução em relação aos parâmetros estabelecidos pela lei, transgredindo direitos do preso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo teve como objetivo analisar criticamente as decisões do TRF-4 que impunham à pessoa monitorada o ônus de arcar com as despesas referentes à monitoração eletrônica. O problema de pesquisa formulado consistia no questionamento acerca da (in)corretude dos argumentos empregados pelos julgadores nos casos submetidos à Corte.

Considera-se que a hipótese formulada, referente ao caráter equivocado desses argumentos, foi comprovada, uma vez que, não havendo, realmente, previsão legislativa impondo à pessoa monitorada esse encargo, logo, as decisões do TRF-4 analisadas nesta ocasião não indicam a observância do princípio da legalidade certa, estrita e taxativa.

Nesse sentido, a discussão tornou possível observar, primeiramente, que o princípio da legalidade ostenta especificidades em matéria penal, mais especificamente em sede de execução penal, por regular a atuação estatal com relação à garantia dos direitos e a exigência do cumprimento dos deveres por parte do preso, os quais devem estar previstos de forma explícita e elucidativa na legislação.

Por essa razão, o princípio da jurisdicionalidade não pode ir além das determinações legais para impor encargos, como, inclusive, atestou o STJ em diversas oportunidades, e isso independentemente da argumentação empreendida, como as três principais exaradas pelo TRF-4, a saber, a de que o referido ônus financeiro é permitido pela previsão genérica do art. 39, VIII da LEP, pelo art. 12 do Provimento nº 46/2016 da Corregedoria Regional do TRF-4, e por representar um reforço à responsabilidade no cumprimento da pena.

Conclui-se, portanto, que a argumentação do TRF-4 não parece a mais adequada, sob a ótica defendida neste trabalho, em virtude da inexistência de embasamento legal para essa atuação jurisdicional de imposição de ônus financeiro em decorrência da monitoração eletrônica. Outrossim, legalidade e jurisdicionalidade não são princípios que rivalizam: este último princípio interpreta e aplica as normas a que se refere o primeiro sem ignorar o texto da lei ou ir além dele.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. *Execução penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Aspectos Pragmáticos e Dogmáticos do Monitoramento Eletrônico. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, v. 36, p. 387-404, 2008. Disponível em: <<https://seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18456>>. Acesso em: 11 abr. 2023.

BOTTINO, Thiago; PRATES, Fernanda. Notas sobre a política de monitoração eletrônica no estado do rio de Janeiro. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 719-746, mai./ago. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.68>.

BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Redação final do substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei nº 1.288-B de 2007 do Senado Federal (PLS nº 175/2007 na Casa de origem)*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=565896&filename=REDACAO%20FINAL%20PL%201288/2007>. Acesso em: 10 abr. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. *Exposição de Motivos nº 213, de 9 de maio de 1983*. Diário do Congresso Nacional, Seção 1, Supl. B, p. 017, 1/7/1983. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html>>. Acesso em: 18 maio 2023.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Mensagem nº 310, de 15 de junho de 2010*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Msg/VEP-310-10.htm>. Acesso em: 10 abr. 2023.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado nº 175, de 2007*. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para alterar as regras do regime aberto e prever o rastreamento eletrônico de condenado. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/80416>>. Acesso em: 10 abr. 2023.

BRITO, Alexis Couto de. *Execução Penal*. 7. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral, volume 1*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um direito penal democrático*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CAMPELLO, Ricardo Urquiza. *Faces e interfaces de um dispositivo tecnopenal: o monitoramento eletrônico de presos e presas no Brasil*. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-16122019-185040/publico/2019_RicardoUrquizaCampello_VCorr.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2023.

CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-20062013-132709/pt-br.php>>. Acesso em: 10 abr. 2023.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas da política criminal*. São Paulo: Manole, 2004.

DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de análise de decisões. *Universitas Jus*, Brasília, n. 21, p. 1-17, jul./dez. 2010. <https://doi.org/10.5102/unijus.v2i0.1206>.

GOULART, José Eduardo. *Princípios informadores do direito da execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; MACEDO, Celina Maria. O Brasil e o monitoramento eletrônico. In: BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 2008, p. 13-38.

JESUS, Damásio de. *Direito Penal vol. 1 – Parte geral*. 37. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LEAL, César Barros. *Vigilância eletrônica à distância: instrumento de controle e alternativa à prisão na América Latina*. Curitiba: Juruá, 2011.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. *Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIOTTO, Armida Bergamini. O Direito Penitenciário: importância e necessidade do seu estudo. *Revista de informação legislativa*, v. 7, n. 28, p. 93-106, out./dez. 1970. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/180530>>. Acesso em: 26 abr. 2023.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nascimento. *Execução penal*. 15. ed. Barueri: Atlas, 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de execução penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

OLIVÉ, Juan Carlos Ferré *et al.* *Direito penal brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

OLIVEIRA, Samyle Regina Matos. *A Política Criminal do Brasil e sua efetividade por meio das Políticas Públicas*. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho-PR, 2017. Disponível em: <<https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/9210-samyle-regina-matos-oliveira/file>>. Acesso em: 2 jun. 2023.

PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal Brasileiro: parte geral (arts. 1º a 120)*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PRADO, Luiz Regis *et al.* (coord.). *Direito de execução penal*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Fundamentos de direito penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?: Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

ROSA, Antonio José Miguel Feu. *Execução Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SILVA, Thyerrí José Cruz; MENESES, Renato Carlos Cruz; SILVA, Rogério Alves Marinho da. “Pagando pelo mal cometido”: a cobrança da tornozeleira eletrônica à luz da expansão econômica do direito penal. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, v. 17, n. 1, p. 82-103, 2023. <https://doi.org/10.31060/rbsp.2023.v17.n1.1475>

Authorship information

Thyerrí José Cruz Silva. Mestrando em Direitos Humanos (UNIT/SE). Graduado em Direito (UNIT/SE). thyerricruzdireito@outlook.com

Samyle Regina Matos Oliveira. Doutora em Direito pela UFBA (Turma 2019/2). Mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-graduação da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP - 2017). Professora e Coordenadora na Universidade Tiradentes, Sergipe. Graduada pela Universidade Tiradentes (2014). Advogada. Vice-diretora da ESA/SE. Conselheira Seccional da OAB/SE Líder do grupo de pesquisa cadastrado no CNPq “Novos Paradigmas de Justiça e a Cooperação Judiciária Nacional”. samyle.adv@gmail.com

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Acknowledgment: to the Brazilian Coordination for the Improvement of Higher Education Personnel (CAPES), for financing this research through the CAPES/PROSUP scholarship of co-author Thyerrí José Cruz Silva.

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

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

- *Thyerrí José Cruz Silva:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Samyle Regina Matos Oliveira:* writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.

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

Editorial process dates

(<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 02/06/2023
- Desk review and plagiarism check: 20/06/2023
- Review 1: 16/08/2023
- Review 2: 22/08/2023
- Review 3: 23/08/2023
- Transfer to V10N1: 10/10/2023
- Preliminary editorial decision: 26/11/2023
- Correction round return: 29/11/2023
- Final editorial decision: 13/12/2023

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Reviewers: 3

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

SILVA, Thyerrí J. C.; OLIVEIRA, Samyle R. M. Legalidade “versus” jurisdicionalidade na execução penal? Ônus financeiro da monitoração eletrônica em decisões do TRF-4. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 10, n. 1, e872, jan./abr. 2024. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v10i1.872>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.

**Processo Penal em
perspectiva interdisciplinária**

*Criminal Procedure in an
Interdisciplinary Perspective*

Intersecções entre o Eficientismo Processual Penal e o Neoliberalismo

*Intersections between Criminal Procedural
Efficiency and Neoliberalism*

Marcos Eugênio Vieira Melo¹

Faculdade Delmiro Gouveia – Maceió, Alagoas, Brasil

marcos.evmelo@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/6518709197337260>

 <http://orcid.org/0000-0001-5854-579X>

André Rocha Sampaio²

Centro Universitário Tiradentes – Maceió, Alagoas, Brasil

andrerochasampaio@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/0645556530168637>

 <https://orcid.org/0000-0002-6288-5487>

RESUMO: Trata-se de artigo que visa abordar as relações metajurídicas entre a gestão da velocidade do processo penal e os constrangimentos sociais oriundos da razão neoliberal. Para tal, partiu-se da premissa instituída por Foucault e aprofundada por Dardot e Laval de que o neoliberalismo se arraigou socialmente ao ponto de se transmutar de um simples modelo econômico a uma racionalidade que se espalha

¹ Doutorando em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), com bolsa CAPES. Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), com bolsa CAPES. Pós-graduado em Processo Penal pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) e Faculdade de Direito de Coimbra. Professor da Faculdade Delmiro Gouveia (FDG) e Faculdade Raimundo Marinho Maceió (FRM).

² Doutor em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), com bolsa CAPES. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Professor do Centro Universitário Tiradentes (UNIT/AL). Coordenador do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Processo Penal. Advogado.

para os mais diversos campos sociais. O trabalho é guiado pela pergunta: há efeitos deletérios para além da perda da qualidade da motivação das decisões com a adoção da lógica eficientista pelo juiz penal? O objetivo é verificar se os princípios de gestão dessa razão podem ser perniciosos ao bom funcionamento do processo penal. É pesquisa de cunho exploratório, de cariz interdisciplinar, calcada em referencial bibliográfico, exclusivamente. Ao cabo, conclui-se que não há condições de se intensificar o ritmo do processo penal sem haver uma perda de qualidade não só técnica, mas também democrática, visto que o aceleração desprovido de outras medidas acaba por catalisar coágulos autoritários nunca completamente expurgados do sistema processual penal brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: eficientismo; razão neoliberal; autoritarismo; CNJ; decisão judicial.

ABSTRACT: *This article aims to address the meta-legal relations between the management of the speed of the criminal process and the social constraints arising from neoliberal reason. To this end, it is based on the premise established by Foucault and deepened by Dardot and Laval that neoliberalism has become socially rooted to the point of transmuting from a simple economic model to a rationality that spreads to the most diverse social fields. The work is guided by the question: are there harmful effects beyond the loss of quality in the motivation of decisions with the adoption of efficiency logic by the criminal judge? The objective is to verify whether the management principles of this reason may be harmful to the proper functioning of the criminal process. This is an exploratory, interdisciplinary research, based exclusively on bibliographical references. The conclusion is that there are no conditions for intensifying the pace of the criminal process without a loss of quality that is not only technical, but also democratic, since acceleration without other measures ends up catalyzing authoritarian clots that have never been completely expunged from the Brazilian system of criminal procedure.*

KEYWORDS: *efficiencyism; neoliberal reason; authoritarianism; CNJ; judicial decision.*

SUMÁRIO: Introdução – 1. Neoliberalismo e eficientismo na contemporaneidade – 1.1 O surgimento da racionalidade neoliberal – 1.2 A busca pela eficiência e suas técnicas – 2. O Poder Judiciário: da idealização iluminista à praxe neoliberal – 2.1 Da tripartição dos poderes ao juiz boca-da-lei – 2.2 O julgar: ato criativo por

excelência – 3. O CNJ e o controle da produtividade do Judiciário brasileiro – 3.1 A morosidade processual e a busca por soluções – 3.2 A instituição da política de metas como medida de implicações autoritárias – Conclusão – Referências.

INTRODUÇÃO

O sistema jurídico-criminal brasileiro é essencialmente atravessado por veios autoritários que o estruturam, seja na legislação formal em vigência, seja na sua interpretação e aplicação pelos órgãos institucionais.

Não obstante a seletividade inerente de qualquer sistema penal, no Brasil, verificado por um breve olhar para os sujeitos que estão encarcerados – em sua maioria jovens negros com pouca escolaridade e pobres –, bem como para os territórios em que são deflagradas operações policiais – quase em sua totalidade em favelas e na periferia das cidades –, para manter-se legitimado, o sistema jurídico-criminal precisa ressignificar seu discurso ao longo do tempo para adaptar-se ao período contemporâneo, de modo a manter sua essência intacta.

A partir disso, o presente artigo visa estudar a influência da racionalidade neoliberal no âmbito da Justiça Criminal, uma vez que desde a década de 1970 essa *governamentalidade* neoliberal avança globalmente na tentativa de construir uma sociedade conforme o modelo de mercado baseado na concorrência e na eficiência. O trabalho é guiado pela pergunta: há efeitos deletérios para além da perda da qualidade da motivação das decisões com a adoção da lógica eficientista pelo juiz penal? Ou seja, partindo-se da inferência lógica que se permite concluir que o aumento da produtividade com a conservação da estrutura implica em queda de qualidade, questiona-se quais possíveis outras implicações poderiam afetar o maquiinar processual.

Após a Emenda constitucional nº 45 de 2004 (EC 45/2004), que veio para “modernizar” o judiciário, foi acrescentado o inciso LXVIII no artigo 5º da Constituição, que trata sobre a duração razoável dos processos, bem como foi implementado o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que tinha como uma de suas funções dar diretrizes aos processos judiciais e administrativos.

Essa reforma judicial fez com que a ideia de eficiência neoliberal ganhasse força e tomasse conta do Poder Judiciário, fazendo com que metas fossem implementadas pelo CNJ para que magistrados fossem incitados a decidir processos de forma célere – ou “eficiente” – para ganhar benefícios em suas carreiras, fazendo prevalecer o quantitativo judicial sobre a qualidade das decisões e de seus fundamentos.

Para essa pesquisa, utilizou-se de pesquisa exploratória, estritamente bibliográfica, de cariz interdisciplinar, dividindo-se da seguinte forma: no primeiro tópico buscar-se-á explicar o que se entende por racionalidade neoliberal, quais suas raízes e como se aplicam seus fundamentos na sociedade contemporânea. No segundo tópico tratar-se-á sobre a concepção moderna de prestação jurisdicional e sua atualização ao longo dos últimos dois séculos, da passagem do “juiz boca da lei” para um ato de julgar criativo por excelência. Por fim, no terceiro e último tópico, abordar-se-á sobre o CNJ e seu programa de metas como uma consequência dessa razão neoliberal e suas implicações em um sistema de justiça fundado no autoritarismo.

1. NEOLIBERALISMO E EFICIENTISMO NA CONTEMPORANEIDADE

1.1. O SURGIMENTO DA RACIONALIDADE NEOLIBERAL

O conceito de neoliberalismo é polissêmico e perpassa por diversas áreas do conhecimento³, sendo necessária uma delimitação de seu objeto⁴. É importante afirmar, inicialmente, que o neoliberalismo não se restringe a uma política econômica e nem a uma ideologia, ainda

³ HARVEY, David. *O neoliberalismo: história e implicações*. Trad. Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 2008; CHOMSKY, Noam (2006). *O lucro ou as pessoas? Neoliberalismo e a ordem global*. 5.ed. Trad. Pedro Jorgensen Jr. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006; SAFATLE, Vladimir; SILVA JÚNIOR, Nelson da; DUNKER, Christian. (Orgs). *Neoliberalismo como gestão do sofrimento psíquico*. Belo Horizonte: Autêntica, 2020.

⁴ ANDRADE, Daniel Pereira. O que é neoliberalismo? A renovação do debate nas ciências sociais, *Revista Sociedade e Estado* – Volume 34, Número 1, Janeiro/Abril 2019.

que também se manifeste na forma de políticas econômicas e de discursos ideológicos⁵.

Neste artigo, entende-se o neoliberalismo como a construção política de uma sociedade conforme o modelo de mercado, estabelecendo o modo de gerência da *governamentalidade* que se tornou prevacente na fase atual do capitalismo, desdobrando-se em diferentes níveis inter-relacionados⁶. Nessa fase, “o mercado opera não mais como um limite ao Estado, mas como o fundamento de sua legitimidade e como princípio de racionalidade política que o guia”⁷.

Essa nova forma a repensar o papel do Estado e o modo de intervenção do governo é estudado por Michel Foucault quando analisa o Colóquio Walter Lippmann⁸ em sua obra *O Nascimento da Biopolítica*, bem como a partir do que Pierre Dardot e Christian Laval chamaram de *Nova Razão do Mundo* para identificar como as ideias neoliberais e seus fundamentos – como a *concorrência* e o *eficientismo* – ganharam força no cenário mundial e adentraram no discurso político hegemônico⁹.

Assim, o Estado não abandona a gestão da população nas diversas áreas sociais – educação, saúde, habitação, seguridade etc. – mas há uma modificação da sua razão de ser, fundando um sentido de cidadania submetida a uma razão econômica conforme critérios de eficiência e competitividade na lógica do “empresário de si mesmo”, fazendo com que o governo da população se dê para e pelo mercado.

Dessa forma, um ponto importante dessa razão neoliberal é que ela atinge todas as esferas da vida dos sujeitos e das instituições, agindo

⁵ Cf. BROWN, Wendy. *Nas ruínas do neoliberalismo: a ascensão da política anti-democrática no ocidente*. Trad. Mario A. Marino e Eduardo Altheman C. Santos. São Paulo: Editora Filosófica Politeia, 2019 e DARDOT, Pierre; LAVAL Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. Trad. Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.

⁶ DARDOT, Pierre; LAVAL Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. Trad. Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016, p.

⁷ ANDRADE, Daniel Pereira; CORTÊS, Mariana; ALMEIDA, Silvio. Neoliberalismo autoritário no Brasil. *Caderno CRH*, Salvador, v. 34, p. 1-26, 2021, p.1.

⁸ REINHOUDT, Jurgen; AUDIER, Serge. *The Walter Lippmann Colloquium: the birth of neo liberalism*. London: Palgrave Macmillan, 2018.

⁹ CASARA, Rubens. *Contra a Miséria Neoliberal: racionalidade, normatividade e imaginário*. São Paulo: Autonomia Literaria, 2021.

não apenas no corpo, disciplinando-o, mas na mente dos indivíduos¹⁰, constituindo uma *subjetividade neoliberal* baseada na competitividade, reduzindo a existência quase que exclusivamente à esfera privada, em que todas as respostas devem ser buscadas no âmbito individual, familiar e empresarial, constituindo novos sentidos para a vida e para a morte ou, em termos foucaultianos, mais especificamente a biopolítica¹¹.

Como configuração biopolítica, o neoliberalismo corresponde a um conjunto particular de práticas de governo dirigidas por uma especial *razão de Estado*. Com isso, o Estado no neoliberalismo não é um Estado “limitado” ou “ausente”, mas que se identifica por estabelecer novas formas de intervenção¹² ou, como disse Michel Foucault, “relações de dominação e técnicas de sujeição polimorfos”¹³.

Nesse sentido, a razão de Estado neoliberal tem um histórico de desconfiança com a democracia de massas e utiliza de práticas autoritárias para a manutenção de uma ordem de mercado – posição deixada clara por Friedrich von Hayek em entrevista ao jornal *El Mercurio* do Chile quando afirmou que aceita uma ditadura transacional para implantação de um governo liberal¹⁴ – definindo assim inimigos internos para combater e neutralizar, com o intuito de reestabelecer o seu monopólio¹⁵.

¹⁰ HAN, Byung-Chul. *Psicopolítica: o neoliberalismo e as novas técnicas de poder*. Tradução de Maurício Liesen. Belo Horizonte: Editora Ayiné, 2018.

¹¹ ALMEIDA, Silvio Luiz de. Necropolítica e Neoliberalismo. *Caderno CRH*, Salvador, v. 34, p. 1-10, 2021, p. 3.

¹² ANDRADE, Daniel Pereira; CORTÊS, Mariana; ALMEIDA, Silvio. Neoliberalismo autoritário no Brasil. *Caderno CRH*, Salvador, v. 34, p. 1-26, 2021, p. 2.

¹³ FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 107.

¹⁴ Perguntado pelos jornalistas chilenos sobre o que achava das ditaduras, Hayek respondeu: “(...) Pessoalmente, eu prefiro um ditador liberal a um governo democrático sem liberalismo” (VON HAYEK, F. A. *Extracts from an Interview with Friedrich Von Hayek* (Jornal El Mercurio, Chile, 1981). Disponível em <https://puntodevistaeconomico.com/2016/12/21/extracts-from-an-interview-with-friedrich-von-hayek-el-mercurio-chile-1981/>. Acesso em 12.jan.2023.

¹⁵ CHAMAYOU, Grégoire. *A Sociedade Ingovernável: uma genealogia do liberalismo autoritário*. Trad. Letícia Mei. São Paulo: Ubu Editora, 2020 e ANDRADE, Daniel Pereira. Neoliberalismo e Guerra ao Inimigo Interno: da Nova República à virada autoritária no Brasil. *Caderno CRH*, Salvador, v. 34, p. 1-34, 2021.

Nos países do sul global¹⁶ esse *neoliberalismo autoritário*¹⁷ acaba de certa forma sendo utilizado em conjunto com políticas de um Estado forte e brutal em face da população atrelado à *guerra permanente*¹⁸ e à *militarização da vida*, na tentativa de resistir às pressões populares contra o sistema e focar em questões financeiras e econômicas, como o aumento de produtividade e da concorrência¹⁹.

Por outro lado, esse Estado neoliberal precisa gerir a vida da população, utilizando de seu aparato coercitivo para controlar aqueles considerados mais subversivos, por meio do crescimento de seu braço penal²⁰. É aí que entra o discurso criminal por meio das normas legais e das práticas institucionais, selecionando determinadas condutas para

¹⁶ Importante salientar que há uma diferença da introdução do neoliberalismo nos países centrais do capitalismo e nos países periféricos. Nos países centrais o neoliberalismo se estabeleceu após o declínio dos ideais do *Welfare State* (Estado de Bem-Estar), enquanto nos países latino-americanos, entre os quais o Brasil, o ponto não é o declínio do *Welfare State*, uma vez que este nunca existiu de forma concreta, mas sobre a ideologia da segurança nacional que amparou as ditaduras militares e as políticas de austeridade pós-guerra fria.

¹⁷ Importante observar que não é uma contradição se falar em “neoliberalismo autoritário”, conforme destaca Gloeckner: “assim como não existe qualquer simetria entre o liberalismo do século XIX e o neoliberalismo, nenhuma forma de neoliberalismo é democrática. Todas elas conservam, em maior ou menor parte, um nível de autoritarismo suficiente para impedir as forças populares de ameaçar o mercado (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Neoliberalismo, a Contrarrevolução Permanente: Um Estado forte para uma economia livre*. São Paulo. Tirant lo Blanch, 2023, p. 551).

¹⁸ Para Foucault, invertendo a proposição de Clausewitz, “a política é a guerra continuada por outros meios” (FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. Trad. Maria Ermanita Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 27). Também em DARDOT, Pierre [et. al.]. *A escolha da guerra civil: uma outra história do neoliberalismo*. Trad. Márcia Pereira Cunha. São Paulo: Elefante, 2021.

¹⁹ Sobre a biopolítica nos países colonizados: MBEMBE, Achille. *Necropolítica*. 3. ed. São Paulo: n-1 edições, 2018; ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Necropolítica e Neoliberalismo. Caderno CRH*, Salvador, v. 34, p. 1-10, 2021; ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

²⁰ WACQUANT, L. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

serem criminalizadas – criminalização primária –, bem como quais condutas serão investigadas e processadas pelos órgãos da justiça criminal – criminalização secundária²¹ –, operando a concepção em torno da ideia de *gestão dos ilegalismos*²².

O Estado, portanto, tem papel fundamental na aplicação política das diretrizes neoliberais, ajudando a fomentar a concorrência, na qual ele mesmo se submete, remodelando as subjetividades e determinando um modo de governo dos homens²³.

Para isso, essa racionalidade neoliberal tem recorrido a estratégias autoritárias para a sua manutenção e aprofundamento, produzindo e gerando técnicas múltiplas em nível nacional e local, utilizando-se da forma estatal, inclusive dos aparatos criminais, para conseguir seus objetivos²⁴.

1.2 A BUSCA PELA EFICIÊNCIA E SUAS TÉCNICAS

Diante da crise do liberalismo na procura de demonstrar a superioridade do mercado frente à ação estatal, o Estado ganha uma nova roupagem na passagem do liberalismo clássico para o neoliberalismo.

O marco principal da virada neoliberal é considerado o Colóquio Walter Lippmann realizado na França em 1939. De forma geral, apesar de existirem diversas divergências entre os participantes do colóquio, existia

²¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; SLOKAR, Alejandro; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*, vol. 1. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2003, p. 43.

²² FOUCAULT, M. Gerir os Ilegalismos [1975]. In: POLDROIT, R. *Michel Foucault: Entrevistas*. Trad. Vera Portocarrero e Gilda Gomes Carneiro. São Paulo: Edições Graal, 2006, p. 50.

²³ DARDOT, Pierre; LAVAL Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. Trad. Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016, p. 17. Michel Foucault chamou de razão de Estado a racionalidade que condicionou as ações do Estado com o fim de permitir, de forma calculada, que se alcançassem objetivos determinados, levando os governantes a determinados modos de atuar para fazer frente a tudo que possa ser contrário a ele (FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 6).

²⁴ LAVAL, Christian. *Foucault, Bourdieu e a questão neoliberal*. Trad. Márcia Pereira Cunha e Nilton Ken Ota. São Paulo: Elefante, 2020.

a concordância de que o liberalismo estava passando por um momento de crise e precisava ser intensamente reinventado.

O traço comum mais expressivo entre as convergências dos participantes estava na recusa do mercado como dado natural (*laissez-faire*), inscrito na própria condição humana, e na consequente afirmação de que ele é uma ordem construída. Para esses teóricos, essas construções devem ser feitas pelo Estado e, como já afirmado anteriormente, longe de ser um Estado mínimo, o Estado pensado pelos neoliberais é muito ativo, uma vez que é o garantidor da ordem e da regulação do mercado e deve estar sempre presente para fomentar a *concorrência* e a *eficiência* dos participantes.

Esse discurso de matriz eficientista se compreende a partir de “uma desenfreada competitividade, assim como uma divinação do mercado, transformando tudo em mercadoria e todos em potenciais consumidores. Em nome da liberdade e da democracia”²⁵, há uma tendência a relativizar tudo e controlar todos. Este fenômeno encontra sua justificativa, em grande medida, na doutrina de Hayek²⁶ e no pensamento econômico da Escola Austríaca. Hayek critica o modelo associado à democracia ilimitada, considerando-o distante dos preceitos de liberdade individual, e argumenta que o Estado de bem-estar social é prejudicial à verdadeira essência da democracia, identificada como o mercado. A concepção de racionalidade econômica emerge como a mais adequada para atender a essas demandas. Nesse contexto, as políticas, incluindo as políticas criminais, são abordadas sob a perspectiva do “custo-benefício”²⁷ ou

²⁵ MELO, Marcos Eugênio Vieira. *Cultura da oralidade como técnica de efetivação do procedimento em contraditório e superação da tradição inquisitória*. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Porto Alegre, 2019, p. 70.

²⁶ HAYEK, Friederick. *Direito, Legislação e Liberdade. Uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política*. Trad. Ana Maria Copovilla. São Paulo: Visão, 1985, p. 33.

²⁷ Esse discurso influenciou significativamente o pensamento jurídico, especialmente após o surgimento do movimento conhecido como *Law and Economics*, que preconiza a análise do direito por meio de metodologias e perspectivas econômicas neoliberais. No âmbito criminal, essa perspectiva do pensamento neoliberal, que teve como o principal expoente Gary Becker, parte de uma premissa essencial: a de que os infratores são seres racionais e são sempre impulsionados por interesses individuais, notadamente o ganho de lucros ou a obtenção de renda disponível em um mercado criminoso. Cf.

qualquer outro indicador relevante do mercado. Dessa forma, a relação econômica assume um papel fundamental na análise dos custos associados à repressão e à delinquência, resultando na proliferação de mecanismos disciplinares. Não se restringindo a estes, surge uma nova economia geral do poder, caracterizada por um modo de exercício do poder desvinculado da partição binária da exclusão, mas sim ligado a uma nova racionalidade governamental orientada pela população.

Essa ideia de racionalidade econômica é a que melhor responderá aos anseios deste porte. Portanto, colocam-se as políticas – entre elas as criminais – com o enfoque do “custo-benefício” ou de qualquer outro significativo do mercado. Deste modo, a relação econômica é que se torna fundamental dentro de uma análise de custo da repressão e da delinquência, o que provoca uma multiplicação de mecanismos disciplinares, mas não somente eles, pois existe uma nova economia geral do poder que passa a um modo de exercício do poder não mais vinculado à partição binária da exclusão, mas a uma nova racionalidade governamental que está ligada à população²⁸.

Com isso, a racionalidade neoliberal abrange todos os aspectos das nossas vidas, transformando cada indivíduo em um *empreendedor de si* e fazendo com que a concorrência seja a principal forma de vivência dentro da arte de governar²⁹.

As próprias estruturas do Estado não escapam dessa racionalidade neoliberal, transformando-se numa esfera que também é regida pelas regras da concorrência e submetidas às mesmas exigências a que se sujeitam as empresas privadas³⁰.

BECKER G. S. Crime and punishment: an economic approach. *Journal of Political Economy*, v. 76, p. 169 - 217, 1968.

²⁸ MELO, Marcos Eugênio Vieira. *Cultura da oralidade como técnica de efetivação do procedimento em contraditório e superação da tradição inquisitória*. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Porto Alegre, 2019, p. 71.

²⁹ FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

³⁰ DARDOT, Pierre; LAVAL Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. Trad. Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016, pp.

Nesse sentido, após a crise do Estado-Administração no fornecimento de direitos básicos, o que cominou com a transferência para o Poder Judiciário e a consequente expansão da jurisdição nas últimas décadas, a procura pelo Estado-Juiz para resolver conflitos e concretizar direitos aumentou substancialmente, fazendo surgir uma tensão entre de um lado a busca de uma eficiência da jurisdição que busque uma melhor alocação de recursos (lógica custo/benefício) e de outro uma melhor qualidade na prestação dessa jurisdição.

Com a racionalidade neoliberal se tornando hegemônica, a lógica do eficientismo prevaleceu, de modo que há uma redefinição da forma que é prestada a jurisdição, sendo reduzida a apenas a lógica quantitativa do custo-benefício³¹. Com isso, os órgãos da justiça criminal também estão inseridos nessa razão de ser, concorrendo entre si com base em metas e em produtividades, razões de um *eficientismo neoliberal*, o que acaba por degenerar o modo como se concebeu originalmente seu funcionamento, como se verá a seguir.

No âmbito do Poder Judiciário, o próprio Conselho Nacional de Justiça (CNJ) fomenta a concorrência dentro da instituição utilizando-se de metas a serem cumpridas e premiando quem as atinge, tendo como principal propósito a quantidade de processos julgados, o que faz crer, em uma primeira análise, que a quantidade é mais importante que a qualidade das decisões judiciais, tornando-se indiferente à complexidade de cada caso em favor do uso de *standards* decisórios e modelos de peças jurídicas utilizados massivamente³².

271-320; BROWN, Wendy. *Nas ruínas do neoliberalismo: a ascensão da política antidemocrática no ocidente*. Trad. Mario A. Marino e Eduardo Altheman C. Santos. São Paulo: Editora Filosófica Politeia, 2019, p. 40.

³¹ MOURA, Marcelo Oliveira de; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. O neoliberalismo “eficientista” e as transformações da jurisdição. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, vol. 13, n. 1, p. 177-195, Jan.-Abr. 2017, p. 185 e GARAPON, Antoine. Um novo modelo de justiça: eficiência, atores racionais, segurança. Tradução: Jânia Maria Lopes Saldanha. *Revista Spirit*, [S.l.], n. 349, nov. 2008.

³² ABATH, Manuela. Julgando a liberdade em linha de montagem: uma observação etnográfica dos julgamentos dos habeas corpus nas sessões das câmaras criminais do TJPE. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 116/2015, p. 207-238, set. – out., 2015 e BALLESTEROS, Paula Karina Rodriguez. *Conselho Nacional de Justiça e gerencialismo penal no Brasil o poder punitivo sob a*

2. O PODER JUDICIÁRIO: DA IDEALIZAÇÃO ILUMINISTA À PRAXE NEOLIBERAL

2.1 DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES AO(A) JUIZ(A) BOCA-DA-LEI

Uma vez estabelecidos os pressupostos no item anterior, é importante frisar que o que se está a chamar aqui de razão neoliberal, na senda dos autores referenciados, incide socialmente após se erigirem as estruturas basilares das instituições que deitam suas raízes na Idade Moderna.

Com a Modernidade foi possível constatar uma verdadeira revolução epistemológica no campo do saber jurídico³³. O ato de julgar, cuja origem se mistura e se confunde com a própria história da humanidade, passou a ser reconfigurado, re-estratificado, dotado de um novo modo de se manifestar em sociedade.

Não que tenha havido uma ruptura radical em uma linearidade, como nunca sói haver na história, mas movimentos ondulares, sinuosos, com rupturas e continuidades, que encontrou na modernidade o solo fértil para sua nova roupagem. Seria fácil e simplório afirmar que tal

lógica da administração da justiça. Brasília: UNB, 2019. 249 f. Tese (Doutorado Direito, Estado e Constituição) Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília, Linha de pesquisa: Sociedade, Conflito e Movimentos Sociais, UNB, 2019.

³³ Bobbio, Matteucci e Pasquino falam do processo de “Modernização” explicando que “Entende-se por Modernização aquele conjunto de mudanças operadas nas esferas política, econômica e social que têm caracterizado os dois últimos séculos. Praticamente, a data do início do processo de Modernização poderia ser colocada na Revolução Francesa de 1789 e na quase contemporânea Revolução Industrial inglesa que provocaram uma série de mudanças de grande alcance, nomeadamente na esfera política e econômica, mudanças que estão intimamente inter-relacionadas. Naturalmente, o fermento dessas duas grandes transformações há de ser buscado nas condições e nos processos que vinham se desenvolvendo havia algumas décadas e que culminaram nas duas revoluções. Estes processos de transformações profundas e frequentemente rápidas tiveram repercussões imediatas no sistema internacional e foram exportadas pelos europeus para toda a parte, mesmo que só vingssem lenta e parcialmente. É essa a razão por que o processo global foi designado com o nome de europeização, ocidentalização ou, enfim, com o termo mais abrangente e menos etnocêntrico de Modernização” (BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINI, Gianfranco. *Dicionário de política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. p. 768).

mudança ocorrer a partir do fenômeno conhecido como “Iluminismo”, mas o mais adequado seria dizer que com esse nome se pode denominar um conjunto de ideias, comportamentos e comunicações que catalisaram mudanças já em movimento³⁴.

Correndo o risco de deixar para trás questões importantes para o desenrolar desta análise, torna-se necessário trazer o foco para a ideia de tripartição de poderes, comumente atribuída a Montesquieu³⁵. Por mais que o jurídico e o político fizessem parte constitutiva da sociedade, sua relação só passou a ser designada por certa “separação funcional” desde a adoção da ideia ora apresentada. Não se quer com isso afastar todo o aspecto político no ato de julgar³⁶, mas mais descrever, ao menos em um plano ideal, como dever-se-ia ocorrer a relação entre “sistemas” distintos.

Para facilitar a presente análise, importante destacar o pensamento de Niklas Luhmann. Para o referido autor, há quatro formas diversas de se categorizar o processo de diferenciação da sociedade, quais sejam, a segmentária, aquela segundo a distinção centro/periferia, a estratificatória e a funcional, esta última típica da modernidade³⁷.

³⁴ “O termo Iluminismo indica um movimento de idéias que tem suas origens no século XVII (ou até talvez nos séculos anteriores, nomeadamente no século XV, segundo interpretação de alguns historiadores), mas que se desenvolve especialmente no século XVIII, denominado por isso o “século das luzes”. Esse movimento visa estimular a luta da razão contra a autoridade, isto é, a luta da “luz” contra as “trevas”. Daí o nome de Iluminismo, tradução da palavra alemã *Aufklärung*, que significa aclaração, esclarecimento, iluminação. O Iluminismo é, então, uma filosofia militante de crítica da tradição cultural e institucional; seu programa é a difusão do uso da razão para dirigir o progresso da vida em todos os aspectos” (BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINI, Gianfranco. *Dicionário de política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1., 1998. p. 605).

³⁵ Apesar de Aristóteles – em *A política* - e Locke – em *Two Treatises of Government* – terem anteriormente abordado o tema, é apenas com Montesquieu, em *L'esprit des Lois*, que se percebe a sistematização nos moldes mais próximos do que se encontra contemporaneamente (CUNHA JR., Dirley da. *Curso de direito constitucional*. Salvador: Jus Podium, 2008. p. 496).

³⁶ Para mais detalhes sobre os efeitos políticos do julgar, cf. GARAPON, Antoine. *Del giudicare: saggio sul rituale giudiziario*. Trad. Daniela Bifulco. Milano: Raffaello Cortina Editore, 2007 e GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Trad. Maria Luiza de Carvalho. 2. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

³⁷ LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Rafeale. *Teoria della società*. Milano: Franco Angeli, 2003. p. 255/6.

Explicando melhor o que quer dizer por “diferenciação” o autor aduz:

[...] *Con le relazioni sistema-a-sistema (come, per esempio, quelle tra famiglia e scuola) il sistema comprende solo frammenti del mondo o della società. Proprio questa frammentarietà, però, permette di osservare, rispettivamente, l'altro sistema come un sistema-in-un-proprio-ambiente e permette così di ricostruire il mondo o la società dalla prospettiva dell'osservazione di osservazioni (osservazione di secondo ordine). [...]*³⁸

Ou seja, os sistemas política e direito (*Recht*) estariam diferenciados funcionalmente, o que significa que o direito assimilaria apenas certo fragmento do mundo (filtrados por meio de sua “lente de análise”, seu código binário direito/não-direito); entretanto seria justamente tal perspectiva que propiciaria a realização de uma “observação de segunda ordem”, em outras palavras, permitiria que o direito, longe de não relevar o que ocorre no sistema “política”, observaria como ele observa o mundo, observação aquela também operada por meio de seu código binário direito/não-direito (*Recht/Unrecht*)³⁹.

Não se está aqui a defender que Luhmann esteja elaborando uma analítica do direito anacrônica, apenas que ele tenha fornecido uma gramática relevante para que seja possível explicar melhor até mesmo as relações novecentistas entre o direito e a política, respeitando, por

³⁸ “Com as relações sistema a sistema (como, por exemplo, aquelas entre família e escola), o sistema inclui apenas fragmentos do mundo ou da sociedade. Precisamente essa fragmentação, no entanto, permite observar, respectivamente, o outro sistema como um sistema-no-ambiente-de-um-ambiente e, assim, permite reconstruir o mundo ou a sociedade na perspectiva da observação das observações (observação de segunda ordem).” (LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*. Milano: Franco Angeli, 2003. p. 251).

³⁹ Não se desconsidera toda crítica ao pensamento luhmanniano, como por exemplo sua perigosa retirada do humano de sua análise da sociedade, todavia não se pode abrir mão do instrumental fornecido pelo autor, contanto que sempre com a devida atenção para se evitar qualquer tipo de legitimação de elementos violadores à conquista história dos direitos humanos. Particularmente não se crê que tenha sido o propósito do autor alemão, em que pese haver certa razão nas críticas a ele apontadas. Para um resumo de tais críticas ver IZUZQUIZA, Ignacio. *La sociedad sin hombres*: Niklas Luhmann o la teoría como escándalo. Barcelona: Anthropos, 1990; para uma versão mais garantista de sua teoria, ver LUHMANN, Niklas. *I diritti fondamentali come istituzione*. Bari: Dedalo, 2002.

óbvio, as configurações sistêmicas de um momento embrionário de diferenciação funcional.

Assim, com a relação funcionando em um certo “equilíbrio” seria possível institucionalizar um poder tão potente, como o jurídico, mas também extremamente limitado, se comparado aos demais, visto que o(a) juiz(a) nada mais seria do que a “boca-da-lei”⁴⁰. Em sua matriz ideal o(a) juiz(a) seria apenas um “aplicador”, que teria a (simples) tarefa de adequar a norma abstrata e genérica ao caso concreto, chancelando situações do cotidiano para que delas adviessem efeitos jurídicos.

Para Cunha Jr., Montesquieu descrevia uma concepção mecanicista da função jurisdicional, com juízes praticamente inanimados, “que não podem moderar, com juízos de equidade, nem a força nem o rigor da lei, atribuição que só cabia ao legislativo (...)”⁴¹.

Entretanto, tal perspectiva não conseguia ilidir por completo qualquer espaço de escape judicial sob pena de se regressar a um indesejável sistema de prova tarifada, ao menos no que se diz respeito à atividade probatória. Assim, ainda que em uma concepção mecanicista, ao(à) juiz(a) fora atribuído o poder de decidir livremente sobre a prova produzida, contanto que fundamentasse sua decisão estritamente com base na lei, o que, para época, não produziria nenhum abalo à atividade meramente reprodutora do(a) juiz(a).

Nessa senda, o agir judicial principal, o veredicto, momento apoteótico do processo, traduzir-se-ia por um processo dúplice: primeiramente o magistrado analisaria as provas, valorando-as de forma livre, porém, por outro lado, precisa esclarecer as razões pelas quais valorara-a de determinada maneira. Em segundo lugar deveria aplicar a esta verdade a(s) norma(s) adequada(s) à situação, perfazendo um processo de sub-sunção ainda hoje assim ensinados nas faculdades de direito.

Ocorre que a atividade judicante nunca fora a de um mero aplicador, ainda que esta pudesse ter sido a perspectiva em alguma quadra da história:

⁴⁰ CUNHA JR., Dirley. *Curso de direito constitucional*. Salvador: Jus Podium, 2008. p.497/8

⁴¹ CUNHA JR., Dirley. *Curso de direito constitucional*. Salvador: Jus Podium, 2008. p.497

[...] no caso do juiz, essa mediação discursiva se dá não como mera *descrição* asséptica do que já existe à margem da atividade do operador; ao contrário, dá-se como processo de *construção* do fato suposto, construção à qual o juiz contribui ativamente, desde dentro. E nela está presente toda a carga de subjetivismo que acompanha qualquer atividade interpretativa.⁴²

Não há “mera aplicação” justamente em função das próprias características inerentes à norma jurídica, de abstração e generalidade⁴³, ou seja, que impedem que se trate de um processo dual – da norma para o fato – e se torne um no mínimo trifásico – da norma geral para a do caso para o fato. Nesta etapa intermediária o(a) juiz(a) se despe por completo de seu papel de aplicador e se torna verdadeiro criador do direito, momento no qual se encontrará mais vulnerável a constrangimentos ambientais, como será melhor explicado mais adiante.

2.2 O JULGAR: ATO CRIATIVO POR EXCELÊNCIA

Ainda que o processo decisório judicial seja muitas vezes descrito como um ato de “subsunção” do fato à norma, a bem da verdade o processo não é de mera inclusão de uma premissa menor em outra maior. Direito é linguagem e duas das principais características normativas são sua generalidade e abstração, mas ainda que nos deparássemos com uma construção linguística simples, dispondo que “todas as casas precisam ser pintadas de azul”, por exemplo, o(a) juiz(a) precisaria, no caso concreto, definir se naquele caso se está tratando de uma casa, se a cor aplicada é de fato azul e até mesmo se o procedimento utilizado se enquadra como uma pintura.

Ou seja, por mais que o(a) juiz(a) seja (também) um intérprete da norma, sua atividade vai muito além disso. Seu processo de interpretação não se presta tão somente à elucidação do sentido; não é como um crítico

⁴² IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Valoração da prova e sentença penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 71/2.

⁴³ BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Bauru, SP: EDIPRO, 2a ed. revista, 200. 3p. 180-183.

literário. Sua interpretação é o meio pelo qual se busca a legitimidade para afetar situações concretas da vida em sociedade.

Assim, caso, no exemplo dado, o(a) juiz(a) entenda que um trailer é uma casa e que a tinta verde-água que a recobre não é azul, uma consequência advirá disso: alguém, crendo quase que cegamente na legitimidade do magistrado para ordenar ações, terá de pintar o trailer em questão da cor entendida pelo Judiciário como azul, ainda que para isso precise do auxílio de força policial.

Em suma, a atividade judicial implica em modificações do mundo da vida, ela não é meramente interpretativa, nem aplicativa, ela é criativa. Assim, entender que o(a) juiz(a) é servo da lei ou que o Judiciário precisa de menos controle institucional, visto que o(a) juiz(a) está adstrito ao dito pelo legislador é, atualmente, pecar por ingenuidade ou ignorância.

O(a) juiz(a) cria, ou seja, vale-se de poder mais intenso do que aquele originalmente suposto e a partir daí é necessário extrair duas conclusões: os mecanismos de controle instituídos são insuficientes para impedir abusos do seu poder e seu agir não pode ser mecanizado, tratado roboticamente como se construísse produtos em uma linha de montagem.

Em cada momento de sua vida profissional, o jurista tem de lidar com palavras, frases e textos. A linguagem não é, para ele, apenas um meio utilizado acriticamente no entendimento de objectos exteriores à linguagem. Ela própria é um objecto central de seu trabalho – ele entende leis, descreve situações de facto, subsume casos a normas, resumidamente, ele ocupa-se de certos produtos da linguagem (leis, regras, dogmáticas) e procura a correspondência com outros textos (situações de facto, casos). Ele não tem somente, como outras pessoas, que estabelecer a ponte entre o objecto e a linguagem (como sucede na produção de situações de facto), tendo também, e sobretudo, que constituir a relação entre textos diferentes, dos quais uns, <<proposições de dever-ser>> normativas e dogmáticas, são mais abstractos, outros, as <<descrições>> apresentadas nos casos e nos factos, são mais concretos.⁴⁴

⁴⁴ KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. (Org.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Trad. Marcos Keel (Capítulos. 1-5 e 9) e Manuel Seca de Oliveira (Capítulos 6-8 e 10-15). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

A atividade judicial é essencialmente criadora. “[...] Quando produzimos um enunciado [...] é porque já nos movemos antes compreensivamente nesta estrutura mündica, chamada significância”. O intérprete se vale do texto normativo apenas como ponto de partida para, então, perlaborar sua atividade construtiva sobre fatos linguisticamente reconstruídos.

Ninguém soube melhor retratar tal fenômeno que Franz Kafka em seu famoso texto “Diante da lei”. Nele, um homem busca incessantemente adentrar a porta que dá para a Lei, mas um poderoso guarda (todavia não o mais poderoso que ele poderia vir a encontrar caso de fato entrasse) o impedia. Após muito esforço e paciência, já no fim da vida, o homem pergunta:

– Todos se esforçam por chegar à Lei – diz o homem –; como é possível então que durante tantos anos ninguém mais do que eu pretendesse entrar?

O guarda compreende que o homem está para morrer, e para seus desfalecentes sentidos percebam suas palavras, diz-lhe junto ao ouvido com voz atoadora:

– Ninguém podia pretender isso, porque esta entrada era somente para ti. Agora vou fechá-la.⁴⁵

Jungindo sutileza e potência, Kafka conduz o leitor a uma percepção incontornável: a norma (ou lei, como chama na passagem) é feita exclusivamente caso a caso, o que não significa “casuismo”, mas modulação linguística. Se o texto é a matéria prima do construtor – o(a) juiz(a) – ele precisa de um “fixador” de seu novo molde, papel este a ser desempenhado pelo poder.

Não se pode ignorar que todas as formas de expressão linguísticas surgem em contextos institucionais, o que faz com que certas possibilidades discursivas sejam favorecidas em detrimento de outras. Aqui é importante explicitar a denúncia de Warat, que sempre buscou ressaltar a presença dos fatores extrassistemáticos na produção do sentido das normas jurídicas⁴⁶.

⁴⁵ KAFKA, Franz. *A colônia penal*. São Paulo: Livraria Exposição do Livro, 1965.

⁴⁶ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito I: interpretação das Leis – temas para uma Reformulação*. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 1995.

Na senda do que Crespo de Almeida elaborou, utiliza-se aqui as relações apresentadas por Deleuze e Guattari entre poder e linguagem para uma exposição mais completa do processo de criação do direito. Para os referidos autores, o poder subjaz toda a linguagem. “A função-linguagem é transmissão de palavras de ordem, e as palavras de ordem remetem aos agenciamentos, como estes remetem às transformações incorpóreas que constituem as variáveis da função”⁴⁷.

Valendo-se do léxico deleuze-guattariano, é possível afirmar que o julgar implica em, pelo menos, dois processos: um de desterritorialização, no qual o sentido do fato em julgamento é arrebatado e posto em um território nômade, vagando à deriva, porém sem muito aguardar, pois logo em sequência é tomado por um processo de reterritorialização, operado por um agenciamento que atravessa o sujeito-juiz.

Warat complementa a análise, ao trazer à equação o plano extradiscursivo dos enunciados e conceitos jurídicos, assim o direito não se manifestaria sem atravessar o nevoeiro de múltiplas mediações que operam sobre o social.

O que se percebe, então, é que o ofício do(a) juiz(a), bem diferente da visão iluminista, exige “juízos muito mais complexos, que envolvem não somente a escolha da regra, mas também a sua interpretação e, ainda, a verificação da harmonia de seu conteúdo com os preceitos maiores da lei fundamental”⁴⁸, só de ponto de partida.

Ao cabo o que temos é um verdadeiro circuito normativo no qual cada evento em julgamento se submete, ou seja, as generalizações e padronizações restam confinadas em certas estruturas do fluxo, mas são afetadas nesse processo por um sem número de fatores – inclusive de cariz político-econômico – que fazem com que cada julgamento seja uno e tão somente.

Em assim sendo, a cada caso o(a) juiz(a) deveria dedicar a exata quantidade de tempo necessária para apreender suas idiossincrasias,

⁴⁷ SANTOS, Ismael Andrade. Linguagem e poder: contribuições de Deleuze e Fairclough *Griot*: Revista de Filosofia, vol. 10, núm. 2, pp. 84-105, 2014, disponível em < <https://www.redalyc.org/journal/5766/576664779005/html>>, acesso em 11 de dezembro de 2023.

⁴⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 72.

valorar quais seriam dignas de algum “ajuste normativo” em comparação ao texto original da norma, inserir o caso em um microcosmo relacional, buscando antever efeitos políticos de seu julgar, para, somente então, dar seu veredicto.

A questão é que, no afã de se assegurar alguma “duração razoável do processo”, o Conselho Nacional de Justiça tem promovido uma política de metas de produtividade, as quais enrijecem o processo criativo do(a) juiz(a), situando os casos e toda a sua singularidade a uma “linha de montagem” que, em nome da produtividade, afeta a qualidade do bem julgar.

3. O CNJ E O CONTROLE DA PRODUTIVIDADE DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

3.1 A MOROSIDADE PROCESSUAL E A BUSCA POR SOLUÇÕES

Um dos temas mais importantes nas ciências sociais é referente à confiança depositada pelos cidadãos nas instituições da sociedade democrática moderna. Ao longo do processo civilizatório⁴⁹ e das novas demandas econômicas, foi estimulada uma nova forma punitiva que foi capaz de substituir o espetáculo dos suplícios pelo confinamento dos sujeitos em instituições disciplinares⁵⁰.

Nesse processo de criação e desenvolvimento de um Estado Democrático de Direito, na tentativa de controlar populações, racionalidades e subjetivações tomaram conta do imaginário coletivo sob a forma de direitos e garantias individuais – direito à vida, à liberdade, à segurança e ao acesso à justiça, p. ex. – a serem resguardadas por toda estrutura organizacional do Estado.

No decorrer desse percurso foi demandado requisitos institucionais, dentre os quais o monopólio da violência estatal, estabelecido pela célebre fórmula de Max Weber na qual “no interior de um território, o Estado moderno é justamente a comunidade política pela qual expropria

⁴⁹ ELIAS, N. *O processo civilizador: formação do estado e civilização*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1993. v. 2.

⁵⁰ FOUCAULT, M. *Vigiar e punir: o nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramalhe. Petrópolis: Vozes, 2014.

dos particulares o direito de recorrer à violência como forma de resolução de conflitos”⁵¹.

Dentro dessa formulação estatal, a confiança nas instituições identifica-se com a legitimidade e a legalidade, isto é, “um sistema cuja funcionalidade e operações garantem previsibilidade de ações e resolução de conflitos segundo regras reconhecidas como legítimas”⁵².

Assim, o Estado assumiu para si o poder e o dever de solucionar conflitos, assumindo uma obrigação por meio de um dos seus Poderes – Poder Judiciário – de decidir conforme as regras e os princípios jurídicos a todo aquele que provoque sua intervenção. No âmbito criminal não foi diferente, configurou-se um sistema de justiça criminal com o monopólio do *jus puniendi*, fundado em uma racionalização do direito penal capaz de individualizar a responsabilidade dos crimes e suas devidas sanções após um processo penal que deve garantir todas as garantias ao acusado⁵³.

No Brasil, desde a sua concepção, o atual Código de Processo Penal tem como desiderato primordial a diminuição da criminalidade mediante o aprimoramento da eficiência e vigor da intervenção repressiva exercida pelo Estado-Juiz. Tais finalidades suscitam a percepção do processo penal como um mero instrumento, frequentemente considerado um obstáculo à eficácia da ação repressiva estatal e um gerador de impunidade, no que concerne ao direito punitivo do Estado⁵⁴.

⁵¹ WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Brasília: Universidade de Brasília, 1999, p. 525.

⁵² ADORNO, Sérgio; PASINATO, Wânia. A justiça no tempo, o tempo da justiça, pp. 131-155. *Tempo Social, revista de sociologia da USP*, v. 19, n. 2, p. 134.

⁵³ ADORNO, Sérgio; PASINATO, Wânia. A justiça no tempo, o tempo da justiça, pp. 131-155. *Tempo Social, revista de sociologia da USP*, v. 19, n. 2, p. 135.

⁵⁴ Conforme sustentado por Casara, observa-se a persistência de um mito nos regimes autoritários, no qual o processo penal é concebido como um instrumento destinado à segurança pública e/ou pacificação social. A partir dessa concepção mitológica, os atores jurídicos passam a priorizar critérios de eficiência, desenvolvendo a crença de que as formas processuais devem ser respeitadas apenas na medida em que contribuam para a eficácia punitiva. Tal perspectiva conduz à percepção das garantias processuais como obstáculos à eficácia repressiva. (CASARA, Rubens R. R. *Mitologia Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 194-195).

Com efeito, no senso comum – e no senso comum teórico dos juristas⁵⁵ – uma instituição judiciária eficiente, e consequentemente que esbanje confiança aos cidadãos, é uma que consiga ser célere⁵⁶ e que não pareça levar à impunidade quem é acusado de um crime. Dessa forma, surge a ideia de um sistema de justiça criminal brasileiro frágil, no qual a morosidade dos trâmites processuais é apontada como um dos principais problemas no que se refere ao acesso à justiça e, consequentemente, emerge como uma das principais origens para a deterioração da credibilidade perante a sociedade⁵⁷.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e o giro proporcionado por ela em relação ao acesso à justiça e à judicialização da política, o judiciário saiu do seu papel de coadjuvante que tinha na época do regime militar⁵⁸ para um papel de protagonista nas decisões “que antes pertenciam às relações privadas ou políticas entre os diversos grupos sociais”⁵⁹.

Esse papel central dentro do Estado Democrático de Direito logo após a abertura democrática proporcionada pela Constituição de 1988 fez com que a área de atuação do Poder Judiciário expandisse, o acarretou no fenômeno chamado *judicialização da política*⁶⁰, que colaborou com o

⁵⁵ WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito*. Tomo I. Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995, p. 13.

⁵⁶ A Fundação Getúlio Vargas (FGV) realiza desde 2009 uma pesquisa sobre o nível de confiança da população no Poder Judiciário. Os dados desde 2009 avaliam mal o Poder Judiciário em sua prestação de serviço público e o quesito que recebe pior avaliação entre os entrevistados é a morosidade da Justiça cf. <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/6618>.

⁵⁷ VARGAS, Joana Domingues et al. Tempo da Justiça: metodologia de tratamento do tempo e da morosidade processual na Justiça Criminal. In: *Segurança, Justiça e Cidadania*. Brasília: Secretaria Nacional de Segurança Pública, Ministério da Justiça, 2010, p. 45-72.

⁵⁸ RECONDO, Felipe. *Tanques e togas: o STF durante a ditadura*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

⁵⁹ NUNES JR., Amandino Teixeira. A Constituição de 1988 e a judicialização da política no Brasil, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 45 n. 178, abr./jun. 2008, p. 161.

⁶⁰ “Os principais componentes que estão presentes no conceito de judicialização da política podem ser assim expostos: (i) a presença de um novo ativismo judicial, com o surgimento de novas questões aptas a serem dirimidas pelos juízes e tribunais; (ii) o interesse dos políticos e administradores em adotar: (a) métodos e procedimentos típicos do processo judicial; (b) parâmetros

acúmulo de processos e a sensação de morosidade no trâmite processual. Cumulado a isso, na mesma época a “sociedade brasileira vem conhecendo crescimento das taxas de violência, nas suas mais distintas modalidades: crime comum, violência fatal conectada com o crime organizado, graves violações de direitos humanos” etc.⁶¹. –, que potencializado pelo discurso da *criminologia midiática* fez com que a sensação de insegurança no imaginário coletivo aumentasse significativamente.

Foi dentro desse contexto que em 1992 o Deputado Federal Hélio Bicudo do Partido dos Trabalhadores (PT) apresentou a Proposta de Emenda à Constituição nº 96 (PEC/96) com o objetivo de reformar o judiciário. O ambiente político, social e econômico que envolveu a discussão dessa PEC apontou para uma crítica generalizada à chamada morosidade da justiça e do Poder Judiciário⁶².

Após treze anos de tramitação e amplo debate nas duas casas do Congresso Nacional foi aprovada a Emenda Constitucional nº 45 (EC 45/2004). Foram diversas as mudanças proporcionadas por ela, na tentativa de “modernizar” o judiciário com a criação, inclusive, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que vinha com a função de fiscalizar os membros do Poder Judiciário e dar diretrizes aos processos judiciais e administrativos.

Importante salientar que foi a primeira vez que se alterou o artigo 5º da Constituição, que trata dos direitos e garantias fundamentais, acrescentando mais um inciso – inciso LXVIII – asseverando que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”⁶³.

jurisprudenciais – ditados pelo Judiciário – nas suas deliberações.” (NUNES Jr., Amandino Teixeira. A Constituição de 1988 e a judicialização da política no Brasil, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 45 n. 178, abr./jun. 2008, p. 160).

⁶¹ ADORNO, Sérgio; PASINATO, Wânia. A justiça no tempo, o tempo da justiça, pp. 131-155. *Tempo Social, revista de sociologia da USP*, v. 19, n. 2, p. 136.

⁶² ANDRADE, Fábio Martins de. Reforma do Poder Judiciário: Aspectos gerais, o sistema de controle de constitucionalidade e a regulamentação da súmula vinculante, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 43 n. 171 jul./set. 2006, p. 178.

⁶³ A Exposição de Motivos/MJ nº 204, de 15 de dezembro de 2004 propõe a formalização de um “Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais Rápido e

Diante disso, a reforma do judiciário que a EC 45/2004 trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro teve como principal função acabar com a “morosidade da justiça”, o que pode ser observado tanto na redação do inciso LXVIII quanto nas funções do CNJ de prezar pela “eficiência da Justiça”, o que podemos traduzir como um fim célere dos processos, independente das consequências que vierem, isto é, os fins (arquivar o processo o mais rápido possível) justificam os meios (a forma com que é feito esse arquivamento), típico de uma racionalidade neoliberal fundada no eficientismo.

Ocorre que a nova política implantada, diante da impossibilidade evidente de controle firme sobre a qualidade das decisões (fruto da independência judicial e livre convicção), provoca modificações no aspecto temporal que invariavelmente reverberam em outras dimensões do sistema jurídico, resultando, ao cabo, em uma maior porosidade para que influxos autoritários presentes desde sempre possam escoar com maior volume para as práticas judiciais, como se espera melhor explicar adiante.

3.2 A INSTITUIÇÃO DA POLÍTICA DE METAS COMO MEDIDA DE IMPLICAÇÕES AUTORITÁRIAS.

Quando se fala em “autoritarismo” é premente delimitar o máximo possível esta categoria de análise. Trata-se, em uma primeira olhadela, de termo fluido, maleável aos interesses do portador; um substantivo abstrato que faz valer sua predicação, podendo ser associado a todo tipo de ato que não apeteça ao observador.

Entretanto, o próprio exercício de delimitação pode se revelar uma atividade enviesada, manipulada a critério do utente. Assim, a melhor forma para se tracejar a presente categoria seria apelar para uma interdisciplinaridade forte, que possa propiciar o máximo de olhares sobrepostos sobre o objeto etéreo, fazendo com que, ao cabo, ele ganhe alguma (mínima) materialidade.

Christiano Falk Fragoso, em sua tese de doutorado, dedicara-se a pesquisar as intersecções entre o autoritarismo e o sistema penal.

Republicano”, construído pela participação ativa e empenho dos três Poderes.

Ele aborda aquele como sendo um elemento policontextual, comumente empregado em ao menos quatro contextos diferentes: como abuso de autoridade, como uma determinada estrutura de regime político, como ideologia política e sua vertente psicológico-social⁶⁴.

Os dois primeiros contextos em nada agregariam à análise ora realizada, no terceiro, ideológico, o autor aponta três características principais: fundar-se “em alguma concepção anti-igualitária dos homens, considerar a ordem e a segurança como bens supremos e valorizar o exercício do poder em detrimento dos direitos humanos e das liberdades individuais”⁶⁵. Na senda da visão de Mário Stoppino, ao contribuir para o Dicionário de política de Norberto Bobbio, Fragoso ressalta que uma das características apontadas seria certa exaltação do que seriam virtudes de uma personalidade autoritária⁶⁶, conceito de evidente cariz psicológico.

Aqui, adentra-se em terreno pantanoso, no qual um enfrentamento do conceito de “ideologia” se faz necessário. Dados os estreitos limites deste artigo, será utilizada como marco a análise de Slavoj Zizek, na introdução de sua obra “Um mapa da ideologia”. Assim, a inquietação inicial é a de que não há uma definição precisa para o que seja “Ideologia”; seu conceito é tão abrangente que pode envolver “desde uma atitude contemplativa que desconhece sua dependência em relação à realidade social, quanto um conjunto de crenças voltado para a ação; do meio essencial no qual os indivíduos vivenciam suas relações com uma estrutura social até ideias falsas que fornecem a legitimação para um poder dominante”⁶⁷.

Zizek dedica então o restante de sua análise a enfrentar e desconstruir certas concepções clássicas de ideologia, buscando situar seu pensamento em um entrelugar que se distinga de uma visão de que tudo

⁶⁴ FRAGOSO, Christiano Falk. *Autoritarismo e sistema penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 64/5.

⁶⁵ FRAGOSO, Christiano Falk. *Autoritarismo e sistema penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 84.

⁶⁶ FRAGOSO, Christiano Falk. *Autoritarismo e sistema penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 65. STOPPINO, BOBBIO, 94.

⁶⁷ ZIZEK, Slavoj (org.). *Um mapa da ideologia*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996. p. 9.

é ideológico, no sentido de uma espécie de ilusão que encobre o real, mas que também escape ao paradoxo da crítica ideológica à ideologia⁶⁸.

É apenas por meio do conceito derridiano de “espectro” que Zizek identifica sua linha de fuga, por meio da qual a ideologia (é) atravessa(da) (pel)a psicanálise lacaniana. Assim, o que se vivencia como “realidade” não implicaria em um acesso imediato à “própria coisa”, mas seria um acesso intermediado por símbolos (“constituído e estruturado por mecanismos simbólicos”⁶⁹). Ocorre que tal processo seria sempre falho, insuficiente, incapaz de abarcar a realidade por completo, o que implicaria em restolhos não simbolizados que insistiriam em reaparecer sob a forma de espectros, estes dão “[...] corpo àquilo que escapa à realidade (simbolicamente estruturada)”⁷⁰.

Dessa maneira é possível situar o registro autoritário da sociedade brasileira como objeto de um recalçamento primário, que insiste em regressar sob a forma de aparições espectrais. Nessa senda, é importante esboçar a fluida relação entre “ideologia” e “psicanálise”. Por mais que seja possível separar cartesianamente ambas desde uma perspectiva abstrata, a realidade as apresenta enfileiradas em uma certa linha de continuidade.

O que se aponta, sociologicamente falando, como ideologia, não se trata de fenômeno desconexo, autônomo, marginal, que se originaria *ex nihilo* a partir da presença de fatores absolutamente estranhos a ele; trata-se da manifestação social de uma característica individual recalçada que insiste em reaparecer escamoteada em práticas do cotidiano.

Sob essa perspectiva, diferir o autoritarismo social e a personalidade autoritária só faria sentido desde um ponto de vista meramente teórico, por amor ao didatismo, talvez. Entretanto, a título de categoria prática de análise, tratam-se de elementos conexos.

É assim que, ao se dar um salto necessário ao campo do processo penal, encontram-se diversos autores elaborando trabalhos analíticos se

⁶⁸ ZIZEK, Slavoj (org.). *Um mapa da ideologia*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996. p. 10 e ss.

⁶⁹ ZIZEK, Slavoj (org.). *Um mapa da ideologia*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996. p. 16.

⁷⁰ ZIZEK, Slavoj (org.). *Um mapa da ideologia*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996. p. 16.

valendo da categoria “mentalidade inquisitória”⁷¹, atribuindo, por meio do método historiográfico, certas permanências inquisitoriais na praxe forense contemporânea; o que se está a fazer, em última análise, é detectar justamente esse espectro insistindo em reaparecer⁷².

No que tange ao campo processual penal, é fundamental salientar que não é possível uma análise que se valha dessa lente de análise antes da Idade Moderna. É apenas com o liberalismo e a promessa de se colocar limites aos excessos do Poder Público que se torna viável se perscrutar acerca de bolsões autoritários ainda pulsantes nos modelos processuais penais contemporâneos.

Importante ainda destacar que a própria forma de se instituir um processo penal moderno se vale de certo uso de uma autoridade inextrincável, cujo transbordar é que se torna objeto de preocupação. No entanto, como se trata de processo muitas vezes demasiadamente lento, tal decantação poderá ser tardiamente percebida, pois ocorre de forma gradual por meio de sutis desbotamentos.

Assim, quando o Conselho Nacional de Justiça institui um programa de metas, com a legítima preocupação de efetivar a EC 45/2004,

⁷¹ Por todos, cf. Jacinto Coutinho, Leonardo de Paula, Marco Aurélio da Silveira, Ricardo Gloeckner, Augusto Jobim do Amaral, Caio do Prado e tantos outros – todas as suas contribuições podem ser encontradas na coletânea intitulada “Mentalidade inquisitória e processo penal brasileiro”, editada pela Empório do Direito.

⁷² “Dentre tais campos, o processo penal é inegavelmente um dos locais onde a mentalidade inquisitória produz seus principais efeitos deletérios, razão pela qual precisa ser debatida e superada; é necessário assim, que haja uma verdadeira transição para uma mentalidade de cunho acusatório, o que pressupõe uma reforma global do sistema processual pátrio” (PRADO, Caio Fernando Ponczek. Processo penal e mentalidade inquisitória: das vozes do pretérito que ecoam no presente. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; DE PAULA, Leonardo Costa; SILVEIRA, Marco Aurélio da (org). *Mentalidade inquisitória e processo pena no Brasil: diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália*, vol. 2. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 250). Em que pese concordarmos com o diagnóstico acerca da mentalidade inquisitória, discordamos que sua superação se dê por meio de reformas, ainda que globais, pois se trata de verdadeiro elemento enraizado no registro psicossocial. O que se pode e se deve fazer no campo de processo penal é criar rédeas que dificultem a sua manifestação no agir judicial, o que, entretanto, poderá fazer com que ela sempre busque escoar por caminhos ainda não mapeados.

imprimindo maior velocidade ao fluxo processual penal, aquele não pausa em território neutro, ele é atravessado por certos coágulos de autoritarismo precedentes que, em última análise, terá o condão de propiciar um processo de degeneração da velocidade idealizada para a pressa antigarantista.

A proposição do CNJ se restringe ao fim, deixando a cargo do Judiciário o meio, até por não poder interferir em sua independência e liberdade organizacional. Logo, ao se propor uma maior velocidade de trabalho, este objetivo pode ser buscado de diversas maneiras, como a própria ampliação do número de varas, de servidores, magistrados, etc. Porém o que se percebe é a tentativa de imprimir ritmo mais acelerado dentro das mesmas condições laborais que antecederam a instituição das metas mencionadas. Em termos marxianos se trataria de uma maior exploração da mais valia de todos os trabalhadores relacionados ao serviço em questão, exigindo que trabalhem mais sem a devida ampliação proporcional dos soldos⁷³.

Ou seja, prima-se uma aceleração da produção – ainda que de serviços – tal qual em uma fábrica que objetiva a ampliação do fornecimento dos seus produtos, entretanto a aceleração do fornecimento de serviços sem o fornecimento das respectivas condições para que ele possa preservar sua qualidade tende sempre ao decréscimo desta.

Não se pode olvidar que “boas práticas” estão sendo constantemente aplicadas para facilitar o ritmo mais acelerado do fluxo contemporaneamente, porém uma análise um pouco mais detida revelará que se trata da padronização de rotinas e adoção de modelos cujo uso traz um patente custo democrático.

⁷³ No mesmo sentido, Marcellino Júnior aduz: “Tudo na sociedade de consumo gira com muita, muita rapidez. E com a jurisdição, segundo os adeptos desta nova fé global, as coisas não poderiam ser diferentes. Querem que os processos, as decisões judiciais, enfim, que a função judicante submeta-se a sistemas mecanizados de operacionalização de modo a fazer movimentar a rede de informações e respostas pleiteadas” (MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. O modelo mítico do ‘estado eficiente’ e a denegação judicial: a capacidade de resistência através do ato de julgar. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 30 quadrimestre de 2008, p. 453).

Cada caso levado ao Judiciário é rico em particularidades, ao ponto de torná-lo único. Claro que a “transposição para os autos” dos fatos da realidade pode resultar, ao cabo, em uma série aparentemente homogênea de casos, sobretudo se se restringir aos “easy cases”; todavia, até mesmo esse processo de tradução é afetado pela racionalidade eficientista neoliberal.

Para que esse processo aqui chamado de “transposição” seja devidamente realizado é premente, no âmbito criminal, que haja uma devida investigação prévia, seguida de uma denúncia que contenha os fatos circunstanciadamente, de uma decisão judicial que analise se é caso ou não de recebimento confrontando o conteúdo da denúncia com os elementos de informação carreados, de uma instrução judicial calcada no devido processo penal, observando inclusive a tipicidade processual dos meios de prova, de debates exaustivos sobre os elementos exurgidos e finalizados por uma sentença que se digne a analisar detidamente todas as teses apresentadas; porém, a aceleração do ritmo de trabalho acarreta em uma perda substancial em cada uma dessas etapas.

Poder-se-ia, em última análise, entender que há uma “distribuição equitativa de danos” sob a égide do império da velocidade, todavia é justamente rememorando a principal função do processo penal que se percebe que não. O ato de punir é de matriz eminentemente política, o direito não vem punir, mas racionalizar e legitimar a decisão acerca da punição. Assim, qualquer encurtamento de fluxo tende sempre a precipitar o processo de legitimação, o que é substancialmente agravado pelos bolsões de autoritarismo em nossa sociedade.

Assim, uma série de investigações criminais empobrecidas, por exemplo, que poderia resultar na perda das condições adequadas do oferecimento do direito de ação penal e conseqüente diminuição de processos, acaba acarretando efeito contrário: diminui-se o nível de exigência para que uma denúncia seja recebida, resultando em um maior número de processos com acusações frágeis e réus indevidamente imputados.

O que se percebe do exposto é que há um ajuste forte entre a racionalidade neoliberal apresentada no início deste artigo e os pontos de tracejamento do autoritarismo enquanto categoria de análise. Ao atravessar a prática judiciária, imprimindo nela a lógica da produção fabril, um trabalho que nasce artesanal por excelência se enquadra em uma produção em série que planifica todas as diferenças.

Pensar o processo como uma mediatriz entre determinadas finalidades, sejam elas metafísicas (justiça, equidade) ou econômicas (reduzir custos, aumentar a eficiência na resolução dos conflitos sociais), será conceder-lhe uma instrumentalidade, sempre ingovernável ou incontrollável. E a razão é bastante simples: se os direitos fundamentais consistem em mandado de proteção, eles não estão sujeitos a curvas métricas de funcionalidade⁷⁴.

Ainda que se possa argumentar sobre a finalidade louvável de redução de custos – tal qual sói acontecer no *marketing* costumeiramente apresentado pelos tribunais pátrios –, o que se vê, em última análise, é uma tentativa de submeter determinados atos processuais à razão neoliberal. Quais atos seriam então selecionados para essa dismorfia? Ora, todos aqueles que operam como “redutores de velocidade”, obrigando o juiz ou juíza a uma análise mais pormenorizada, impedindo que possam usar de modelos padronizados previamente constituídos.

Assim, um contraditório efetivo, que possibilite a parte contrária a sustentar e apresentar contraprovas, o manejo de recursos ou ações de impugnação e até mesmo efeitos da presunção de inocência, como a necessidade da acusação se alcançar um rigoroso standard probatório, são sacrificados, visto que “obstruem a pauta” e “abarrota as estantes (hoje virtuais) do Judiciário”.

Logo, o sacrifício paira inevitavelmente por sobre as garantias, que costumam demandar do tempo um ritmo próprio para seu devido desempenho, fazendo com que se tenha ao cabo um processo penal marcado com a nódoa da pressa antigarantista. O próprio regime de nulidades, importante barreira contra excessos inquisitórios, esvai-se; o processo se torna amorfo, pois compreende sua rigidez como um obstáculo à eficiência⁷⁵.

⁷⁴ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*, v. 1. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2018. p. 165

⁷⁵ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*, v. 1. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2018. p. 134; 162/3

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo verificar se a política de metas, com o fito de efetivar a duração razoável do processo tratada na EC n. 45/2004 pode resultar, ao cabo, em certo grau de degenerescência democrática e consequente porosidade à colonização pelo espectro do autoritarismo. A pergunta-problema que guiou este estudo foi: há efeitos deletérios para além da perda da qualidade da motivação das decisões com a adoção da lógica eficientista pelo juiz penal?

Tratou-se de pesquisa exploratória, estritamente bibliográfica, de cariz interdisciplinar, na qual os autores buscaram proporcionar um diálogo envolvendo matrizes jurídicas, políticas, sociológicas e filosóficas.

Partindo da categoria “razão neoliberal”, de paternidade foucaultiana, mas melhor desenvolvida por outros autores, como Dardot e Laval, tentou-se analisar suas implicações na praxe forense, especificamente do processo penal.

Para tal, fora necessário demonstrar o deslizamento que existe entre a concepção moderna da prestação jurisdicional desenvolvida no curso do século XIX e sua atualização. Assim, de um juiz boca-da-lei, hoje se reconhece seu papel protagonista na criação e aplicação da norma ao caso concreto, logo uma atividade que demanda uma temporalidade própria para resultados qualificados.

Em seguida, passou-se a tratar o programa de metas do CNJ como uma consequência dessa razão neoliberal, analisando, a partir dessa perspectiva, suas implicações em um sistema jurídico erigido em uma sociedade marcada por bolsões de autoritarismos estruturais.

Nessa senda, fora imprescindível tratar da categoria “autoritarismo”, visando dar maior concretude a um termo tão maleável que poderia ser utilizado como escape para descrições mais fugidias.

Ao cabo, conclui-se que a incitação ao aumento da produtividade, filha da razão neoliberal, sem se proporcionarem as condições adequadas para a manutenção ou até mesmo melhoria da qualidade dos serviços, acarreta, invariavelmente, em decréscimo de qualidade dos serviços prestados.

Por outro lado, apesar da perda de qualidade aludida poder, em tese, significar igualmente em mais ou menos processos sem o devido

lastro, em mais ou menos condenações sem o devido lastro, é justamente no cruzamento com os bolsões de autoritarismo nunca dissipados em solo tupiniquim que a balança pende para um afrouxamento da rigidez necessária para ocorrer qualquer intervenção estatal, desde uma acusação formal até a imposição de pena.

Assim, no que tange à pergunta-problema norteadora deste estudo, percebeu-se, especificamente no que tange à qualidade da motivação das decisões judiciais, uma grave implicação às bases iluministas do modelo do livre convencimento motivado, reconfigurando-o para que se opera a partir de modelos pouco ou quase nada individualizados. A “praticidade” do uso de modelos inadaptados, aqui, contribui sempre para práticas inquisitoriais, visto que mais afinadas com a velocidade, em detrimento de garantias que ontologicamente demandam tempo de maturação e espaço privilegiado nas decisões judiciais, sobretudo para que essas possam funcionar devidamente como “prestação de contas” à população e objeto de apelo pela(s) parte(s) irresignada.

REFERÊNCIAS

- ABATH, Manuela. Julgando a liberdade em linha de montagem: uma observação etnográfica dos julgamentos dos habeas corpus nas sessões das câmaras criminais do TJPE. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 116/2015, p. 207-238, set. – out., 2015.
- ADORNO, Sérgio; PASINATO, Wânia. A justiça no tempo, o tempo da justiça, pp. 131-155. *Tempo Social, revista de sociologia da USP*, v. 19, n. 2.
- ALMEIDA, Silvio Luiz de. Necropolítica e Neoliberalismo. *Caderno CRH*, Salvador, v. 34, p. 1-10, 2021.
- ALMEIDA, Leonardo Monteiro Crespo de. A Selvagem Criação do Direito – Um Diálogo Imaginário entre Luis Alberto Warat e Deleuze/ Guattari sobre a Semiótica Jurídica. *Seqüência* (Florianópolis), n. 83, p. 96-121, dez. 2019.
- ANDRADE, Daniel Pereira. O que é neoliberalismo? A renovação do debate nas ciências sociais, *Revista Sociedade e Estado – Volume 34, Número 1, Janeiro/ Abril 2019*.
- ANDRADE, Daniel Pereira. Neoliberalismo e Guerra ao Inimigo Interno: da Nova República à virada autoritária no Brasil. *Caderno CRH*, Salvador, v. 34, p. 1-34, 2021.

ANDRADE, Daniel Pereira; CORTÊS, Mariana; ALMEIDA, Silvio. Neoliberalismo autoritário no Brasil. *Caderno CRH*, Salvador, v. 34, p. 1-26, 2021.

ANDRADE, Fábio Martins de. Reforma do Poder Judiciário: Aspectos gerais, o sistema de controle de constitucionalidade e a regulamentação da súmula vinculante, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 43 n. 171 jul./set. 2006.

BALLESTEROS, Paula Karina Rodriguez. *Conselho Nacional de Justiça e gerencialismo penal no Brasil o poder punitivo sob a lógica da administração da justiça*. Brasília: UNB, 2019. 249 f. Tese (Doutorado Direito, Estado e Constituição) Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília, Linha de pesquisa: Sociedade, Conflito e Movimentos Sociais, UNB, 2019.

BECKER G. S. Crime and punishment: an economic approach. *Journal of Political Economy*, v. 76, p. 169 - 217, 1968.

BLYTH, Mark. *Austeridade: a história de uma ideia perigosa*. Trad. José Antônio Freitas e Silva. São Paulo: Autonomia Literária, 2017.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Bauru, SP: EDIPRO, 2a ed. revista, 2003.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINI, Gianfranco. *Dicionário de política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1., 1998.

BROWN, Wendy. *Nas ruínas do neoliberalismo: a ascensão da política antidemocrática no ocidente*. Trad. Mario A. Marino e Eduardo Altheman C. Santos. São Paulo: Editora Filosófica Politeia, 2019.

CASARA, Rubens R. R. *Mitologia Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASARA, Rubens. *Contra a Miséria Neoliberal: racionalidade, normatividade e imaginário*. São Paulo: Autonomia Literaria, 2021.

CHAMAYOU, Grégoire. *A Sociedade Ingovernável: uma genealogia do liberalismo autoritário*. Trad. Letícia Mei. São Paulo: Ubu Editora, 2020.

CHOMSKY, Noam (2006). *O lucro ou as pessoas? Neoliberalismo e a ordem global*. 5.ed. Trad. Pedro Jorgensen Jr. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

CUNHA JR., Dirley. *Curso de direito constitucional*. Salvador: Jus Podium, 2008.

DARDOT, Pierre [et. al.]. *A escolha da guerra civil: uma outra história do neoliberalismo*. Trad. Márcia Pereira Cunha. São Paulo: Elefante, 2021.

DARDOT, Pierre; LAVAL Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. Trad. Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Felix. *Mil platôs: capitalismo e esquizofrenia 2*, vol. 2. Trad. Ana Lúcia de Oliveira e Lúcia Cláudia Leão. São Paulo: Ed. 34, 1995.

ELIAS, N. *O processo civilizador: formação do estado e civilização*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1993. v. 2.

FOUCAULT, M. *Vigiar e punir: o nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Editora Vozes, 2014.

FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. Trad. Maria Ermanita Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FOUCAULT, M. Gerir os Ilegalismos [1975]. In: POLDROIT, R. *Michel Foucault: Entrevistas*. Trad. Vera Portocarrero e Gilda Gomes Carneiro. São Paulo: Edições Graal, 2006.

FRAGOSO, Christiano Falk. *Autoritarismo e sistema penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

GARAPON, Antoine. *Del giudicare: saggio sul rituale giudiziario*. Trad. Daniela Bifulco. Milano: Raffaello Cortina Editore, 2007.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Trad. Maria Luiza de Carvalho. 2. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GARAPON, Antoine. Um novo modelo de justiça: eficiência, atores racionais, segurança. Tradução: Jânia Maria Lopes Saldanha. *Revista Espirit*, [S.l.], n. 349, nov. 2008.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*, v. 1. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2018.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Neoliberalismo, a Contrarrevolução Permanente: Um Estado forte para uma economia livre*. São Paulo. Tirant lo Blanch, 2023

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

HAFT, Fritjof. Direito e linguagem. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. (org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Função Calouste Gulbenkian, 2002.

HAN, Byung-Chul. *Psicopolítica: o neoliberalismo e as novas técnicas de poder*. Tradução de Maurício Liesen. Belo Horizonte: Editora Ayiné, 2018.

HARVEY, David. *O neoliberalismo: história e implicações*. Trad. Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 2008.

HAYEK, Friederick. *Direito, Legislação e Liberdade*. Uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. Trad. Ana Maria Copovilla. São Paulo: Visão, 1985.

HAYEK, F. A. *Extracts from an Interview with Friedrich Von Hayek* (Jornal El Mercurio, Chile, 1981). Disponível em <https://puntevistaeconomico.com/2016/12/21/extracts-from-an-interview-with-friedrich-von-hayek-el-mercurio-chile-1981/>. Acesso em 12.jan.2023.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Valoração da prova e sentença penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

IZUZQUIZA, Ignacio. *La sociedad sin hombres: Niklas Luhmann o la teoría como escândalo*. Barcelona: Anthropolos, 1990.

KAFKA, Franz. *A colônia penal*. Editora Livraria Exposição do livro. São Paulo. 1965.

KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. (Org.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Trad. Marcos Keel (Capítulos. 1-5 e 9) e Manuel Seca de Oliveira (Capítulos 6-8 e 10-15). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

LAVAL, Christian. *Foucault, Bourdieu e a questão neoliberal*. Trad. Márcia Pereira Cunha e Nilton Ken Ota. São Paulo: Elefante, 2020.

LUHMANN, Niklas. *I diritti fondamentali come istituzione*. Bari: Dedalo, 2002.

LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Rafeale. *Teoria della società*. Milano: Franco Angeli, 2003.

MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. O modelo mítico do ‘estado eficiente’ e a denegação judicial: a capacidade de resistência através do ato de julgar. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 30 quadrimestre de 2008

MBEMBE, Achille. *Necropolítica*. 3. ed. São Paulo: n-1 edições, 2018.

MELO, Marcos Eugênio Vieira. *Cultura da oralidade como técnica de efetivação do procedimento em contraditório e superação da tradição inquisitória*. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Porto Alegre, 2019.

MOURA, Marcelo Oliveira de; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. O neoliberalismo “eficientista” e as transformações da jurisdição. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, vol. 13, n. 1, p. 177-195, Jan.-Abr. 2017.

NUNES Jr., Amandino Teixeira. A Constituição de 1988 e a judicialização da política no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 45 n. 178, abr./jun. 2008.

POZZEBON, Fabrício. A crise do conhecimento moderno e a motivação das decisões judiciais como garantia fundamental. GAUER, Ruth Maria Chittó (Coord.). *Sistema penal e violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PRADO, Caio Fernando Ponczek. Processo penal e mentalidade inquisitória: das vozes do pretérito que ecoam no presente. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; DE PAULA, Leonardo Costa; SILVEIRA, Marco Aurélio da (org). *Mentalidade inquisitória e processo pena no Brasil: diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália*, vol. 2. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

RECONDO, Felipe. *Tanques e togas: o STF durante a ditadura*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

REINHOUDT, Jurgen; AUDIER, Serge. *The Walter Lippmann Colloquium: the birth of neo liberalism*. London: Palgrave Macmillan, 2018.

SAFATLE, Vladimir; SILVA JÚNIOR, Nelson da; DUNKER, Christian. (Orgs). *Neoliberalismo como gestão do sofrimento psíquico*. Belo Horizonte: Autêntica, 2020.

SANTOS, Ismael Andrade. Linguagem e poder: contribuições de Deleuze e Fairclough Griot: *Revista de Filosofia*, vol. 10, núm. 2, pp. 84-105, 2014, disponível em < <https://www.redalyc.org/journal/5766/576664779005/html>>

STRECK, Lenio. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

VARGAS, Joana Domingues et al. Tempo da Justiça: metodologia de tratamento do tempo e da morosidade processual na Justiça Criminal. In: *Segurança, Justiça e Cidadania*. Brasília: Secretaria Nacional de Segurança Pública, Ministério da Justiça, 2010.

WACQUANT, L. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito I: interpretação das Leis – temas para uma Reformulação*. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 1995.

WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, s/a.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; SLOKAR, Alejandro; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*, vol. 1. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2003, p. 43.

ZIZEK, Slavoj (org.). *Um mapa da ideologia*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

Authorship information

Marcos Eugênio Vieira Melo. Doutorando em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), com bolsa CAPES. Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), com bolsa CAPES. Pós-graduado em Processo Penal pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) e Faculdade de Direito de Coimbra. Professor da Faculdade Delmiro Gouveia (FDG) e Faculdade Raimundo Marinho Maceió (FRM). marcos.evmelo@gmail.com

André Rocha Sampaio. Doutor em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), com bolsa CAPES. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Professor do Centro Universitário Tiradentes (UNIT/AL). Coordenador do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Processo Penal. Advogado. andrerochasampaio@gmail.com

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

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

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

- *Marcos Eugênio Vieira Melo:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *André Rocha Sampaio:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.

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

Editorial process dates

(<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 04/06/2023
- Desk review and plagiarism check: 20/07/2023
- Review 1: 23/08/2023
- Review 2: 24/08/2023
- Review 3: 28/08/2023
- Transfer to V10N1: 25/09/2023
- Preliminary editorial decision: 26/11/2023
- Correction round return 1: 06/12/2023
- Preliminary editorial decision 2: 08/12/2023
- Correction round return 2: 12/12/2023
- Final editorial decision: 13/12/2023

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Reviewers: 3

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

MELO, Marcos Eugênio V.; SAMPAIO, André R. Intersecções entre o Eficientismo Processual Penal e o Neoliberalismo. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 10, n. 1, e873, jan./abr. 2024. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v10i1.873>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.

**Ensino e pesquisa
científica em processo penal**

*Teaching and scientific
research in criminal procedure law*

La enseñanza del Derecho Procesal Penal desde el constructivismo antiformalista

The teaching of criminal procedural law from anti-formalist constructivism

Juan Sebastian Alejandro Perilla Granados¹

Universidad Tecnológica de Bolívar, Cartagena, Colombia

js.perilla117@gmail.com

 <https://orcid.org/0000-0001-5283-7601>

RESUMEN: El constructivismo antiformalista es un enfoque jurídico-educativo que surge de la conjugación de diferentes propuestas teóricas gestadas en el norte global y acogidas en la realidad latinoamericana. A través de tres premisas fundamentales para su aplicación, se espera que el Derecho Procesal Penal pueda enseñarse vinculando los preconceptos de quienes aprenden, para que a partir de un proceso de validación sea posible construir interpretaciones auténticas con sentido de utilidad práctica. Para ello, se propone la implementación de pruebas de desempeño que contengan problemas sin respuestas exactas, aportando a que cada estudiante tenga la posibilidad de fortalecer el desarrollo de competencias desde y para la realidad profesional del ejercicio del Derecho.

PALABRAS CLAVE: antiformalismo; constructivismo; innovación pedagógica; educación legal; pruebas de desempeño.

ABSTRACT: *Anti-formalist constructivism is a legal-educational approach that arises from the combination of different theoretical proposals developed in the global north and accepted in the Latin American reality. Through three fundamental premises for its application, it is expected that criminal procedural*

¹ Doctor en Derecho (PHD), Magíster en Educación y en Derecho. Abogado de la Universidad de los Andes. Investigador senior reconocido por el Ministerio de Innovación, Ciencia y Tecnología de Colombia. Profesor invitado en la Facultad de Derecho de la Universidad Tecnológica de Bolívar (Cartagena).

law can be taught linking the preconceptions of those who learn, so that from a validation process it is possible to build authentic interpretations with a sense of practical utility. For this, the implementation of performance tests that contain problems without exact answers is proposed, contributing to each student having the possibility of strengthening the development of competences from and for the professional reality of the practice of law.

KEYWORDS: *anti-formalism; constructivism; pedagogical innovation; legal education; performance tests.*

CONTENIDO: Introducción; 1. El constructivismo antiformalista como enfoque educativo disruptivo; 1.1. El antiformalismo iusteórico como elemento del constructivismo antiformalista; 1.2. El constructivismo educativo como elemento del constructivismo antiformalista; 1.3. La nueva teoría del constructivismo antiformalista desde el *misreading*; 2. Estrategias pedagógicas coherentes con el constructivismo antiformalista desde y para el Derecho Procesal Penal; Conclusiones; Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

Los procesos de formación al interior de las Facultades de Derecho se han caracterizado por estar fundamentados en la iusteoría del formalismo, según la cual el Derecho es entendido como un conjunto de normas con aspiración de completitud. Por lo mismo, los educadores adscritos a este enfoque jurídico tienden a transmitir una serie de información para luego exigir a los estudiantes que la repitan; si consideran que el Derecho es un entramado de normas rigurosamente diseñado, les compete a los operadores jurídicos repetirlo según las exigencias del legislador tradicional. De ahí que la máxima fuente del Derecho resulta ser la ley y se exige la realización de interpretaciones miméticas en torno a ella. Estas interpretaciones adoptan estrategias exegéticas, sistemáticas, teleológicas y hasta históricas en torno a la perspectiva limitada del legislador tradicional.

Lo problemático de esta situación es que en las Facultades de Derecho se espera que los estudiantes no solo aprendan información teórica, sino que desarrollen competencias para aplicar los conocimientos

en contextos con sentido de utilidad; aprender miméticamente la ley puede ser valioso, pero insuficiente para el ejercicio profesional del Derecho. Y esto cobra mayor relevancia al tratarse del Derecho Procesal Penal, pues no basta con aprender teóricamente cómo funcionan las etapas de un proceso, sino que se requiere una preparación para poder hacerlo en la práctica; existe una enorme brecha entre la teoría formalista que encierra la ley exegética en torno al proceso penal y las dinámicas concretas que se gestan al interior de la práctica profesional. De ahí que en la Facultad de Derecho se debe asegurar aprender desde y para la práctica de un abogado.

De esta forma, se han planteado alternativas iusteóricas para no solamente enseñar sino también aprender el Derecho. Una de estas alternativas al formalismo es precisamente el antiformalismo, el cual contempla que el Derecho no tiene las respuestas a todas las situaciones que se dan en la práctica profesional. Por el contrario, la ley como fuente del Derecho es un marco en el cual se deben gestionar interpretaciones auténticas desde y para la realidad que se pretende impactar; si se esperara que la ley solucione todas las situaciones cotidianas, la cotidianidad se quedaría esperando indefinidamente por resolver sus más particularidades exigencias. Por lo tanto, la naturaleza abierta del Derecho exige gestión del conflicto de forma aplicada, las cuales demuestren que los operadores jurídicos interpretaron la realidad de cada contexto más allá de la literalidad del texto escrito.

Y es en ese punto en el cual aparece el enfoque educativo del constructivismo antiformalista, el cual consiste en gestionar los conflictos que el conglomerado social plantea al Derecho desde interpretaciones auténticas que asumen a la ley como un mero marco de actuación; la ley no contiene la respuesta definitiva, sino la orientación para que cada operador jurídico construya una solución de manera aplicada. Se trata de un disruptivo enfoque que trasciende los procesos de repetición normativa, para abordar el análisis de situaciones reales concretas que exigen trabajos cognitivos complejos de quienes aprenden y enseñan Derecho. En este sentido, la pregunta de investigación que pretende responder este artículo es: ¿cómo implementar el enfoque educativo del constructivismo antiformalista en las clases de Derecho Procesal Penal ofertadas actualmente por las Facultades de Derecho de los contextos latinoamericanos?

Frente a esta pregunta de investigación se formula una hipótesis según la cual los procesos de enseñanza y aprendizaje de las clases de Derecho Procesal Penal deben acoger tres etapas fundamentales: primero, la activación de preconceptos de los participantes en el proceso formativo a partir de pruebas de desempeño lo más auténticas posibles; segundo, la validación de las propuestas de gestión del conflicto generadas desde los preconceptos de los actores educativos desde un criterio social enmarcado en la ley; y tercero, la generación de sentido de utilidad de los conocimientos validados, no solo desde una perspectiva personal sino desde la perspectiva que pretende impactar la formación jurídica. Se plantea así una hipótesis que trasciende los modelos formalistas de enseñanza, la cual será validada a partir de los objetivos general y específicos que se proceden a formular.

En este sentido, el objetivo general de investigación que busca alcanzar esta investigación es determinar la manera de implementar el enfoque educativo del constructivismo antiformalista en las clases de Derecho Procesal Penal ofertadas actualmente por las Facultades de Derecho de los contextos latinoamericanos. Para desarrollar cada uno de los elementos contenidos en el objetivo general, se formulan los siguientes objetivos específicos que cumplen las veces de estructura argumentativa del artículo: primero, delimitar conceptualmente el enfoque educativo del constructivismo antiformalista desde la realidad actual latinoamericana; y segundo, plantear estrategias pedagógicas coherentes con el constructivismo antiformalista aplicables al Derecho procesal penal que actualmente se enseña en las Facultades de Derecho latinoamericanas. Para el desarrollo de estos elementos metodológicos se adopta un enfoque de investigación hermenéutico crítico, fundado en métodos cualitativos fundados en la revisión documental como estrategia de recolección de información.

1. EL CONSTRUCTIVISMO ANTIFORMALISTA COMO ENFOQUE EDUCATIVO DISRUPTIVO

El contexto académico latinoamericano, y su consecuente cultura jurídica, es consecuencia de un proceso de conjugación regional con énfasis transnacional. Esto se justifica al considerar que las dinámicas de los sistemas jurídicos latinoamericanos han sido influenciadas por

las escuelas gestadas mayoritariamente en el norte global, lo cual hace referencia al conocimiento occidental proveniente de la academia europea y estadounidense. Este fenómeno es conocido como trasplante jurídico, en virtud del cual los conocimientos concebidos en un sitio de producción son llevados a un sitio de recepción²; el norte global se ubicaría en calidad de sitio de producción y los países latinoamericanos estarían llamados a ser sitios de recepción. Se pretendía de esta forma que los sitios de recepción reprodujeran las dinámicas de los sitios de producción, para ser una extensión de ellos.

Estos trasplantes giran en torno a diversos alcances del conocimiento, uno de los cuales es el jurídico. En Latinoamérica se trasplantaron las escuelas del naturalismo, positivismo, realismo, utilitarismo, funcionalismo, entre otras. Por lo mismo, es común escuchar en las Facultades de Derecho la enseñanza de estas formas de interpretar y aplicar el Derecho, las cuales provienen de diferentes países no siempre uniformes entre ellos. Lo interesante del asunto es que, para enseñar todas estas escuelas y conocimientos jurídicos, también se han hecho trasplantes de teorías educativas³; se han acogido enfoques tradicionales, experienciales, actitudinales, de estructura de las disciplinas, entre otros. Por lo mismo, las Facultades de Derecho terminan siendo un contexto en el cual se enseñan multiplicidad de Escuelas del Derecho gestadas en contextos extranjeros a través de una amplia diversidad de enfoques educativos también trasplantados.

Lo particular de esta confluencia de Escuelas del Derecho y enfoques educativos es que la pretendida extensión del sitio de producción es difícil de materializar, dado que el sitio de recepción interpreta todas estas propuestas teóricas desde su propia realidad contextual. En otras palabras, el sitio de recepción tendrá su propia teoría, la cual es construida

² Algunos trabajos de investigación recientes se han referido a los trasplantes como un fenómeno teórico transnacional, en el cual se presentan necesariamente transformaciones hermenéuticas mediadas por información extratextual. Sobre el particular es posible consultar: BONILLA, Daniel. *Teoría del Derecho y trasplantes jurídicos*, Bogotá: Universidad de los Andes, 2009.

³ Al respecto de la consolidación de teorías educativas como consecuencia de trasplantes en Latinoamérica y, en particular, en la realidad colombiana, se recomienda consultar: MONTOYA, Juny. *El campo de los estudios curriculares del Derecho*, Bogotá: Universidad de los Andes, 2016.

desde la influencia trasnacional y las condiciones contextuales desde las cuales se interprete. Así, los sitios de recepción toman diferentes aportes de las teorías originales, descartan algunos otros y al final crean una propuesta que desde su propia realidad parece tener coherencia⁴. No se debe descartar que para los sitios de producción esta nueva teoría es ajena a los parámetros de normalidad de la formulación académica original, por lo cual podrá ser tachada como un *misreading*. Pero eso no evita que para el sitio receptor es una nueva y muy plausible teoría.

Es en ese fenómeno de interpretación trasnacional que se ha consolidado el constructivismo antiformalista como una teoría gestada en sitios de recepción latinoamericanos, en la cual se conjugan aportes de diversas escuelas del Derecho con lineamientos educativos sobre los procesos de enseñanza y aprendizaje⁵. Esto implica que se trata de una teoría específica de cómo enseñar y aprender Derecho, pues no habla solamente de la teoría en educación aplicable a cualquier disciplina, sino que se lleva al abordaje concreto de conocimientos jurídicos; los conocimientos jurídicos incluyen contenidos, habilidades e incluso actitudes. Se trata de una apuesta disruptiva, por lo que, para entender este nuevo enfoque jurídico-educativo, se procesa a analizar a continuación, y por separado, el alcance del antiformalismo y del constructivismo desde sus formulaciones originales, evidenciando cuáles son las derivaciones teóricas de las que trata el objeto de estudio actual.

1.1 EL ANTIFORMALISMO IUSTEÓRICO COMO ELEMENTO DEL CONSTRUCTIVISMO ANTIFORMALISTA

Cada sistema jurídico se adscribe a un enfoque sobre cómo crear, interpretar y aplicar el Derecho, lo cual tiende a ser una información

⁴ Sobre los procesos de creación teórica a partir de las lecturas lejanas a los parámetros iniciales de creación académica se recomienda consultar como canon bibliográfico a: BLOOM, Harold. *A map of misreading*, Oxford: Oxford University Press, 1995.

⁵ Téngase como una primera aproximación al constructivismo antiformalista desde la conceptualización pedagógica y la materialización jurídica en el contexto latinoamericano esta fuente: PERILLA, Juan. *Constructivismo antiformalista: conceptualización pedagógica y materialización jurídica*, Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2017.

inconscientemente incluida en las normas de mayor jerarquía. Estos enfoques son denominados como Teorías del Derecho o iusteorías, los cuales no solamente se constituyen en un imperativo de obligatoria observancia sino en un eje articulador de la cultura jurídica de determinado contexto⁶. En el caso latinoamericano estas iusteorías se encuentran mayoritariamente en las constituciones, también denominadas normas de normas, y se pueden encontrar a través de la interpretación de por lo menos tres premisas: primera, el alcance del Derecho en relación con los sucesos del conglomerado social; segunda, el rol de la ley para responder a las exigencias sociales; y tercera, la interpretación que están llamados a hacer los operadores jurídicos de las fuentes del Derecho.

En relación con estas tres premisas, el antiformalismo se opone directamente al formalismo, por lo cual se analizarán conjuntamente. Tradicionalmente el formalismo ha considerado al respecto de la primera premisa que el Derecho tiene un alcance de completitud frente a lo que sucede en la sociedad, sugiriendo que todo lo que acontece alrededor del ser humano tiene una respuesta en la ley válidamente aprobada. Se trata de un asunto positivista, que reconoce que la validez de la ley es suficiente para aplicarse en la realidad y responder a las exigencias puntuales de la misma⁷. El antiformalismo no rechaza la importancia de la ley, pero sí plantea que no está en la capacidad de resolver todos los debates que se presentan desde la realidad humana; la ley apenas es un marco de orientación que no llega a prever desde su literalidad todas las variables de lo que sucede en torno a las relaciones sociales.

Es de esta manera como el antiformalismo acoge la escuela del positivismo al aceptar que la ley válidamente aprobada es un marco de actuación, pero que al interior de ese marco aplica la escuela del realismo al considerar variables concretas de lo que el ser humano desarrolla desde

⁶ Para profundizar sobre la relación de las iusteorías latinoamericanas con la cultura jurídica tómese por canon académico esta obra: LÓPEZ, Diego. *Teoría impura del Derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá: Legis, 2004.

⁷ Para profundizar en el debate positivista se recomienda consultar: MARQUISIO, Ricardo. Argumentos positivistas en la era postpositivista. *Revista de Derecho*, Montevideo, n. 19, p. 49-75, 2019. <https://doi.org/10.22235/rd.v0i19.1733>.

su cotidianidad. Esto implica que el antiformalismo complementa al formalismo, en la medida en que le da una naturaleza abierta al Derecho positivista y reconoce que en su interior hay vacíos que requieren de respuestas más allá de lo que el legislador tradicional ha realizado⁸. Desde una visión más tradicional del Derecho, se trata de una afrenta directa a lo que se considera como normas jurídicas formales. Sin embargo, para el formalismo debería ser una posibilidad para asegurar una inmersión del sistema jurídico en la realidad.

Esto toma especial relevancia al considerar que el Derecho pretende ir más allá de la abstracción de una norma escrita y responder a exigencias concretas que se le hacen desde la realidad que pretende regular; cualquiera que sea el área del derecho de la cual se trate, se espera que la norma tenga impactos concretos sobre sujetos ubicados en contextos particulares. Entre estas áreas del Derecho se encuentra la del Procesal Penal, la cual pretende tomar decisiones sobre actuaciones realizadas por sujetos concretos en relación con otros sujetos ubicados en contextos muy específicos. Por lo mismo, cada situación que se analiza

⁸ La naturaleza abierta del Derecho es un alcance hermenéutico que busca cuestionar que los Sistemas Jurídicos tienen la posibilidad de responder a todas las exigencias que la realidad plantea a las normas escritas. Siendo así, desde el antiformalismo se considera que las normas jurídicas son en sí mismas un marco regulatorio, pero que no pretenden agotar por completo la reglamentación de todo aquello que suceda en la realidad. Ese marco funciona para ubicar lineamientos de actuación de los operadores jurídicos, pero en ningún caso para pretender que la literalidad de las normas existentes tienen la vocación de tener respuestas exactas; la realidad es mucho más dinámica que el Derecho escrito, por lo cual se debe considerar que hay límites en esa relación en particular. Para superar esos límites es que el antiformalismo contempla como necesario que los operadores jurídicos realicen interpretaciones auténticas en ese marco normativo, para lo cual no solamente repetir la norma escrita sino crear posibilidades de respuesta para la especificidad de la realidad cotidiana. En consecuencia, considerar una naturaleza abierta para el Derecho lleva a reconocer que existen lagunas en los Sistemas Jurídicos y que se requieren un rol activo de los operadores jurídicos para superarlas. Algunos debates recientes sobre lagunas jurídicas se encuentran en el análisis de un caso específico en contextos latinoamericanos concretos que se sistematiza aquí: CASTRO, Jesús. Pluralidad y lagunas jurídicas en ecoleyes relacionadas con áreas naturales protegidas de competencia estatal en México. *Región y sociedad*, Hermosillo, v. 30, n. 72, 2018. <https://doi.org/10.22198/rys.2018.72.a897>.

es muy diferente entre sí, pues las condiciones contextuales y personales llevan a aportar elementos fácticos que impiden unificar las respuestas del derecho desde el formalismo. Por lo mismo, surge el imperativo de trascender una comprensión estática de la realidad, para que los operadores jurídicos entiendan al Derecho desde y para una realidad que exige de la teoría antiformalista.

En este sentido, para la teoría antiformalista la ley creada por el legislador tradicional es insuficiente para responder a la realidad; como parte de la segunda premisa se le da a la ley un rol complementario y no principal en relación con el contexto. Esto significa que la ley deja atrás la visión formalista según la cual el protagonismo para la solución de los casos está en ella, para comprender que la ley debe ser complementada por otras fuentes del Derecho como la jurisprudencia, la doctrina, la costumbre y hasta los mismos contratos⁹. Es en este punto en el cual surge uno de los planteamientos más cuestionados del antiformalismo y consiste en asegurar que todos los sujetos están en la posibilidad de crear Derecho; desde la realidad en la cual cada sujeto se encuentra puede crear normas jurídicas, las cuales son diferentes a la ley. No se debe considerar que el Derecho es sinónimo de ley, pues el Derecho es un conjunto de normas y una de tantas es la ley.

Es en este punto en el cual confluyen dos Escuelas del Derecho: el naturalismo y el funcionalismo. El naturalismo ha sugerido desde sus inicios la existencia de derechos inherentes al hombre y que tendieron a legitimar la labor de creación normativa del legislador tradicional; el legislador ostentaba una legitimidad superior para crear leyes obligatorias¹⁰.

⁹ Las múltiples fuentes tienden a ser analizadas desde contextos específicos, uno de los cuales se puede encontrar en: BUSTOS, Michel. El soft law como fuente del Derecho Administrativo colombiano. *Prolegómenos*, Bogotá, v. 22, n. 44, p. 35-48, 2019. <https://doi.org/10.18359/prole.3432>.

¹⁰ Debe advertirse que en el marco de las Escuelas del Derecho, el positivismo ha tenido diferentes derivaciones a medida que ha sido objeto de estudio por contextos académicos. En este caso se adopta la versión más uniforme del asunto, según la cual el positivismo jurídico otorga un lugar preferente a la ley con relación a las otras fuentes del Derecho, al tiempo que considera que el ordenamiento jurídico responde a un conjunto unificado y coherentemente pleno. Sobre el particular se recomienda consultar a: GUAMAN, Klever. El positivismo y el positivismo jurídico. *Universidad y Sociedad*, Cienfuegos, v. 12, n. 4, p. 265-269, 2020.

El formalismo no rechaza esta legitimación naturalista desde la inherencia de derechos del ser humano, sino que la complementa con la importancia de permitir a los sujetos crear disposiciones de obligatorio cumplimiento desde su propia realidad; se trata de disposiciones que funcionen para ellos desde sus condiciones personales, sociales, económicas, etc. Un ejemplo de ello son los acuerdos, en los cuales la ley establece unos contenidos mínimos que han de ser acatados, pero el contenido contextual es acordado por los sujetos intervinientes.

Llevándolo al campo del Derecho Procesal Penal se pueden entender las dos primeras premisas del antiformalismo de manera aplicada, considerando que existen actuaciones del ser humano que en ocasiones no son previstas concretamente por el legislador tradicional y es menester que otros sujetos, como los jueces o las mismas partes del proceso, complementen desde diversas fuentes del Derecho. Un ejemplo concreto son los preacuerdos que genera un vinculado procesal con el ente acusador¹¹, a saber: la ley dispone que determina conducta tiene una sanción penal concreta, pero también permite que en determinadas ocasiones se hagan negociaciones para inaplicar la sanción a cambio de un fin superior. Lo interesante del asunto es que la ley solo establece los lineamientos generales para hacer el acuerdo, pero el contenido concreto dependerá de los actores directamente involucrados.

Este protagonismo de los actores jurídicos en el Derecho Procesal Penal, y en el Derecho en general, establece un alcance hermenéutico concreto al debate sobre la discrecionalidad. Aunque se ha tendido a afirmar que las interpretaciones auténticas de los operadores jurídicos limitan la seguridad jurídica, el antiformalismo en sí mismo no es contrario a este fin esperable del Derecho. En realidad, tanto el formalismo como el antiformalismo confluyen en afirmar que las normas escritas son para ser respetadas, de lo contrario no tendría justificación la existencia de estas. Sin embargo, el antiformalismo no se limita solo a la norma escrita, pues cuando se configura un vacío en relación con la realidad se espera que el operador jurídico en efecto adelante interpretaciones discrecionales

¹¹ En caso de requerir profundizar disciplinalmente en el tema de preacuerdos mencionado, se recomienda consultar: PEÑA, Jhon. Los preacuerdos: legalidad, ficción legal y reducción de la pena. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, v. 40, n. 108, 2019.

enmarcadas en las normas escritas existentes a manera de marco. La discrecionalidad no admite que se desconozca la norma escrita, sino que se le dé un alcance concreto para una realidad que exige respuestas concretas del Derecho.

Es en ese punto en el cual los actores jurídicos deben materializar la tercera premisa del antiformalismo y que se refiere a la interpretación. El antiformalismo exige utilizar diferentes herramientas hermenéuticas para llegar a una solución aplicable a la práctica profesional concreta, alejándose del formalismo que exigía apegarse lo más posible a la voluntad del legislador tradicional. Esto se evidencia en que a lo largo del tiempo se ha enseñado la necesidad de interpretar de manera exegética, teleológica, sistemática o histórica, los cuales giran en torno a quien creó la ley escrita¹²; la exégesis busca seguir literalmente lo que el legislador hizo, la teleológica pretende encontrar el fin pretendido al escribir la ley, la sistemática sugiere buscar respuestas en otra ley análoga y la histórica entender las condiciones que rodeaban al legislador.

La confluencia de estas interpretaciones en torno al legislador tradicional es entendida como interpretación mimética, la cual busca imitar el comportamiento del legislador tradicional o incluso pensar como él. A esta estrategia el antiformalismo vincula el utilitarismo, haciendo un llamado para que el Derecho sea más que la ley y llegue a impactar de manera directa la realidad¹³; el sentido de utilidad se alcanza en la medida en que la interpretación jurídica no solo gira en torno al legislador tradicional, sino que acoge la relevancia del contexto para el cual se dirige. Es en este punto en el cual surge la interpretación auténtica, en la cual se le permite al operador jurídico que se aleje de las pretensiones del

¹² A continuación se puede consultar una investigación que describe estos tipos de investigación de forma aplicada: RODRIGUEZ, Manuel. La interpretación de las normas jurídicas como problema constitucional. *Dikaion*, Chía, v. 27, n. 2, p. 175-204, 2018. <https://doi.org/10.5294/dika.2018.27.2.1>.

¹³ Desde los cánones teóricos del utilitarismo se ha planteado que los sistemas de gobierno preestablecidos limitan a los individuos desde sus capacidades y libertades, pues ignoran las dinámicas cambiantes que en la sociedad se presentan desde alcances transdisciplinarios. Sobre el particular se puede consultar la obra de: MURILLO, Felipe. El Utilitarismo Clásico de Jeremy Bentham. *Prax. filos.*, Cali, n. 55, p. 169-188, 2022. <https://doi.org/10.25100/pfilosofica.v0i55.12360>.

legislador y llegue a conjugar las normas jurídicas con las necesidades, intereses y exigencias concretas del caso que pretende solucionar.

Siguiendo con el ejemplo antes enunciado, la interpretación auténtica también se evidencia en los casos de acuerdos entre el ente acusador y los vinculados al proceso penal. La ley solamente contempla causales que permiten la generación de estos acuerdos para inaplicar total o parcialmente la pena, pero el análisis de si lo acordado cumple un fin superior para el Derecho depende exclusivamente de los actores involucrados¹⁴. El vinculado procesal, por ejemplo, puede otorgar una información que para él es plenamente relevante en torno a la aplicación de la pena según lo dice la ley, pero dependerá del análisis que realice el ente acusador e incluso el juez sobre el particular y desde el contexto en el cual se ubiquen. Esto se aleja de la interpretación en torno a la voluntad del legislador y permite tomar decisiones desde las exigencias puntuales que esa realidad procesal conlleva.

En últimas, debe considerarse que se trata de un llamado que se tiende a realizar desde los nuevos paradigmas constitucionales de garantía de derechos y que desde una perspectiva tradicional han llegado a ser desconocidos en campos como el Derecho Procesal Penal. Comprender el Derecho desde situaciones concretas que trascienden la aparente perfección de la norma escrita, lleva a comprender desde la realidad a cada uno de los sujetos desde sus contextos; se tiene la posibilidad de superar la brecha entre el Derecho con aspiración de perfección y las necesidades, intereses y exigencias del conglomerado social. Por lo mismo, no basta con entender desde una perspectiva única y limitada al ejercicio del derecho, sino que desde la autenticidad de cada situación se pueden vincular alcances diversos según lo exijan los derechos constitucionales desde y para la realidad.

Es en este sentido que el antiformalismo como Teoría del Derecho conjuga aportes de diferentes escuelas para proponer un alcance particular desde la realidad latinoamericana, pues sin descartar el positivismo acoge el realismo para indicar que la ley es un marco que no agota todas

¹⁴ Sobre el tema se puede consultar: CORES, Carlos. La interpretación del Derecho como vocación. *Rev. Derecho*, Montevideo, n. 19, p. 157-180, 2019. <https://doi.org/10.22235/rd.v0i19.1776>.

las variables de las relaciones humanas. Por lo mismo, la legitimación naturalista del legislador tradicional es complementado por la creación funcionalista del Derecho por parte de diferentes operadores jurídicos, llevando en últimas a que las interpretaciones no giren únicamente en torno a quien hizo la ley, sino que consideren variables relevantes del contexto para el cual se dirigen. Se presenta un asunto disruptivo de creación, interpretación y aplicación del Derecho, en torno a la cual se exige un enfoque educativo igualmente disruptivo para enseñarlo. Y es en esta lógica de disrupción que se procede a analizar el constructivismo en relación con el antiformalismo.

1.2 EL CONSTRUCTIVISMO EDUCATIVO COMO ELEMENTO DEL CONSTRUCTIVISMO ANTIFORMALISTA

Se evidenció hasta este punto que el antiformalismo representa un reto teórico para la interacción con el Derecho, lo cual tiende a ser interpretado generalmente desde la práctica profesional. Sin embargo, es fundamental considerar que para que la práctica profesional materialice el antiformalismo se requieren abogados formados desde enfoques educativos coherentes con el reto que se plantea. Y es cuando las Facultades de Derecho encuentran la exigencia de reflexionar en torno a la manera como están formando a los futuros abogados; se requiere alineación entre lo que se hará en el ejercicio profesional y la manera como se forman a esos profesionales¹⁵. De nada serviría un diseño constitucional antiformalista si los operadores jurídicos se ubican en un formalismo incoherente, que limite la posibilidad de materializarlo plenamente desde y para la práctica.

Siendo así, y al igual que las Escuelas del Derecho, a lo largo del tiempo y en diferentes lugares se han consolidado múltiples enfoques educativos. No hay ninguno mejor que otro, pero sí unos más coherentes con los objetivos que se pretenden alcanzar. Si el objetivo que persigue el antiformalismo es construir interpretaciones auténticas con la mediación de

¹⁵ Al respecto ver: PERILLA, Juan. Los niveles de conocimiento para el diseño curricular de las Facultades de Derecho. *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, Santiago, v. 10, n. 1, p. 71-90, 2023. <https://doi.org/10.5354/0719-5885.2023.69799>

múltiples fuentes del Derecho que se enmarquen en las leyes válidamente creadas por el legislador, es fundamental encontrar un enfoque que se refiera simultáneamente a los contenidos jurídicos, a las habilidades para aplicarlos y a las actitudes necesarias. Cuando se conjugan contenidos, habilidades y actitudes se está en presencia de competencias, por lo cual el resultado de aprendizaje pretendido por el antiformalismo se relaciona con el aprendizaje basado en competencias.

Pero estas competencias no se desarrollan sin las condiciones curriculares y pedagógicas adecuadas, pues si se aplica solo el enfoque tradicional se desarrollarán solamente los contenidos, el enfoque experiencial se limitará a las habilidades y el actitudinal a las actitudes, generando aportes insuficientes a la materialización de las pretensiones educativas que se persiguen desde el antiformalismo. Se requiere, al igual que en el trasplante iusteórico, generar una construcción educativa desde diferentes aportes académicos y es cuando surge el constructivismo como propuesta ecléctica al acoger diferentes enfoques en sí mismo¹⁶. Así, se trata de un enfoque educativo que también puede ser delimitado desde tres premisas fundamentales: primera, la vinculación de los preconcepciones de los estudiantes en el proceso formativo; segunda, la validación contextual de esos preconcepciones con múltiples fuentes de información; y la tercera, el sentido de utilidad para realidades concretas desde y para las cuales se estructura el proceso formativo.

Al respecto de la primera premisa, el constructivismo contempla que los estudiantes no son recipientes vacíos que han de ser llenados por un profesor sabio; pensar en que la educación consiste en transmitir información es una de las principales características del enfoque educativo tradicional al cual se opone el constructivismo¹⁷. Por el contrario, se

¹⁶ Sobre la conceptualización del constructivismo educativo consultar: ARAYA, Sandra; URRUTIA, Mabel. Aplicación de un modelo educativo constructivista basado en evidencia empírica de la neurociencia y sus implicancias en la práctica docente. *Inf. tecnol.*, La Serena, v. 33, n. 4, p. 73-84, 2022. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-07642022000400073>

¹⁷ La siguiente obra representa un conjunto de investigaciones desde contextos educativos concretos, las cuales evidencian ejemplos de cómo trascender la idea según la cual los estudiantes de Derecho son recipientes vacíos que han de ser llenados, a saber: MARTÍNEZ, Javier. *Aprendizaje a través del debate jurídico*. Pamplona: Aranzadi, 2022.

entiende que al respecto de los asuntos abordados en el proceso de formación quienes aprenden tienen preconcepciones o ideas previas, las cuales pueden ser construcciones personales, sociales, familiares, etc. No se descarta la posibilidad que en esas ideas previas puedan existir prejuicios, ideas infundadas e incluso conocimientos alejados de los parámetros de normalidad de aquello que se debate¹⁸. Pero la preocupación no es que los estudiantes tengan esas ideas previas cuestionables, sino que lo relevante es que no se terminen el proceso de formación con las mismas ideas en su mente.

Es común encontrar estas ideas previas en los estudiantes de Derecho en general y en los de Derecho Procesal Penal en particular, dado que son asuntos abordados por diferentes fuentes más allá de lo que sucede en el salón de clase; pensar que el Derecho penal es un asunto ajeno a los estudiantes es tan utópico como descontextualizado de la realidad. Una persona se puede acercar a estos conocimientos desde medios de comunicación, comentarios entre colegas, interpretaciones personales, entre otros asuntos propios de asuntos presentes en la agenda contextual. Por lo tanto, lo importante es que al iniciar el proceso de formación se tenga la destreza para que los estudiantes hagan evidentes estos preconcepciones, sin temor a equivocarse y permitiendo que se genere conciencia sobre los constructos cognitivos de cada cual¹⁹.

A partir de la exteriorización de tales constructos el proceso de formación se enriquece, pues es cuando la segunda premisa exige validarlos. Una persona puede estar convencida del preconcepción que tiene sobre un asunto en particular, pero llegará a fortalecer sus ideas, ajustarlas o modificarlas en la medida en que se tenga la posibilidad de

¹⁸ Sobre los preconcepciones en el constructivismo se reconoce el rol activo del docente como un guía, para que el protagonismo sea asumido por el estudiante que requiere orientación especializada desde el alcance disciplinar y el rigor pedagógico. Sobre el tema se puede considerar esta investigación: MARTÍNEZ, Felipe. Aprendizaje, enseñanza, conocimiento, tres acepciones del constructivismo. Implicaciones para la docencia. *Perfiles educativos*, Ciudad de México, v. 43, n. 174, p. 170-185, 2021. <https://doi.org/10.22201/iisue.24486167e.2021.174.60208>.

¹⁹ TENA, Isaac. La renovación de los métodos docentes del Derecho tras la reforma de la universidad europea. *Derecho Privado*, Bogotá, n. 40, p. 515-544, 2021. <https://doi.org/10.18601/01234366.n40.18>

aceptar o rechazar la confiabilidad de esos conocimientos²⁰. La validación puede hacerse de forma individual o grupal, para dotar de rigor a las ideas según los materiales que sean seleccionados en el proceso de formación; la confiabilidad de las fuentes se alcanza a través de procesos de investigación académicos, procesos de creación normativa desde la realidad jurídica e incluso de debate con expertos en la materia. El material para validar los preconceptos deberá ser seleccionado reflexivamente, analizando el aporte que tenga para alcanzar los resultados de aprendizaje pretendidos.

Por estas razones, la validación individual puede materializarse con la lectura de materiales bibliográficos, documentos normativos o materiales análogos; de la lectura contextualizada de esta información se tendrá la posibilidad de fortalecer el constructo cognitivo. Al tiempo que la validación social se hace con la participación de los demás actores del proceso de formación, que no se limita a los estudiantes, sino que incluye al profesor²¹. En la enseñanza del Derecho Procesal Penal, los preconceptos en torno a este asunto se pueden dar con materiales especializados, normas jurídicas en general o actividades en clase que aporten decididamente a apropiarse las competencias antes mencionadas; el diseñador del currículo no puede extraer los preconceptos para tener un cúmulo de información dispersa en el proceso de formación, sino que debe tener responsabilidad al momento de gestionarla con propósitos claramente definidos.

Y esos propósitos claramente definidos son los que aportan a la tercera premisa del constructivismo: el sentido de utilidad. Los actores del contexto educativo deben poder entender con claridad para qué se exigen determinados desempeños en el proceso de formación; en ocasiones las Facultades de Derecho proponen actividades interesantes y hasta divertidas, pero que al final no tienen un sentido claro en torno a lo que se quiere alcanzar²². Por lo mismo, la propuesta curricular y

²⁰ MIRANDA, Yanedis. Aprendizaje significativo desde la praxis educativa constructivista. *Koinonía*, Santa Ana, v. 7, n. 13, p. 72-84, 2022. <https://doi.org/10.35381/r.k.v7i13.1643>

²¹ ARELLANO, Pablo. La construcción del rol docente desde una mirada renovadora de la lectura y la escritura. *Pedagogía y Saberes*, Bogotá, n. 51, p. 23-32, 2019.

²² Formular los resultados de aprendizaje contribuye a producir valor en la formación de los egresados con la vocación de generar impactos. Así lo

pedagógica debe tener alineación entre lo que se pretende alcanzar y la manera de alcanzarlo. En el caso del Derecho Procesal Penal, las actividades educativas deben aportar a desarrollar competencias propias de la práctica profesional desde la conjugación de contenidos, habilidades y actitudes; se trata de una de las mayores exigencias muchas veces invisibilizada.

Ahora bien, ese sentido de utilidad no puede ser resultado de una percepción personal de un solo actor, pues se exige la confluencia de diferentes intereses, necesidades y exigencias. Como mínimo se esperaría que para determinar para qué se enseña, por qué se enseña, cómo se enseña y qué se enseña, se vinculen quienes aprenden, quienes enseñan, el medio educativo, los expertos disciplinares y los expertos curriculares²³. Se trata de un proceso de validación que permite mediar diferentes perspectivas, pues lo que para uno puede ser útil no lo es para otro. Por lo tanto, llegar a puntos de encuentro permite el máximo aprovechamiento de la experiencia educativa que se genere al interior de la Facultad de Derecho; de ahí que el constructivismo exija una corresponsabilidad en la materialización de los diseños curriculares y pedagógicos.

Se evidencia en este sentido que entre múltiples enfoques educativos, el constructivismo constituye un enfoque en el que confluyen contenidos, habilidades y actitudes. Esta confluencia da lugar a un desarrollo de competencias coherente con los postulados del antiformalismo, en virtud del cual se deben identificar los preconceptos de quienes aprenden, para validarlos de manera individual o grupal, siempre dotando de utilidad al proceso formativo. La determinación de esta utilidad debe realizarse de tal forma que se consideren intereses, necesidades y exigencias de múltiples actores de proceso de formación, aportando a la corresponsabilidad en el proceso de enseñanza y aprendizaje. A partir de este punto resulta relevante determinar cómo

considera esta investigación: FONTALVO, Tomás. Resultados de aprendizaje y mecanismos de evaluación en los programas académicos de educación superior en Colombia. *Formación Universitaria*, La Serena, v. 15, n. 1, p. 105-114, 2022. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-50062022000100105>

²³ PONCE, Genoveva. La teoría y la praxis curricular: resignificaciones desde la práctica docente. *RCUISRAEL*, Quito, v. 5, n. 2, p. 51-59, 2018. <https://doi.org/10.35290/rcui.v5n2.2018.90>.

es que de la conjugación del constructivismo con el antiformalismo es que surge un enfoque educativo propio para las Facultades de Derecho.

1.3 LA NUEVA TEORÍA DEL CONSTRUCTIVISMO ANTIFORMALISTA DESDE EL MISREADING

Tanto el formalismo como Teoría del Derecho como el constructivismo como teoría educativa se explican desde tres premisas fundamentales, las cuales confluyen en puntos comunes cuando se analizan conjuntamente. Esto es lo que permite conjugar las tres premisas para construir la teoría jurídico-educativa del constructivismo antiformalista, a saber: el constructivismo antiformalista en su primera premisa se referirá a que el conocimiento jurídico previamente existente es un marco que requiere derivaciones cognitivas según cada contexto. En consecuencia, la segunda premisa planteará que, las derivaciones cognitivas requieren de la validación del conocimiento jurídico existente desde múltiples fuentes con relevancia para las Facultades de Derecho. Y por último, la tercera premisa implicará que una vez validado el conocimiento se lleguen a interpretaciones auténticas que guarden coherencia no solo con la teoría legal sino con las exigencias que desde la práctica se plantean.

En desarrollo de la primera premisa se debe considerar que, cuando se inicia un proceso de formación, existen múltiples conocimientos en torno al asunto que pretende ser tratado. Algunos de estos conocimientos provienen de los actores del proceso formativo como preconceptos y otros provienen de fuentes jurídicamente relevantes, entre las cuales se encuentra la ley. Así, los procesos educativos no inician de la nada, sino que tienen grandes cantidades de información que debe ser considerada como punto de partida. El reto se encuentra en generar consciencia de toda esa información, que no necesariamente es rigurosa, actualizada o pertinente, para que haya un marco a partir del cual sea posible construir; tener conocimientos de algún tipo para trabajar a partir de ellos, es mucho más valioso que negar su existencia para construir sobre bases no necesariamente sólidas.

Lo importante es que para que en efecto los conocimientos previos sean un marco a partir del cual se debe construir y no la respuesta final de lo que se va a aprender, se requieren materiales pedagógicos sin respuestas

exactas. El diseño de la experiencia formativa debe asegurar encontrar problemas, proyectos o retos coherentes con la práctica profesional que requieran conjugar contenidos, habilidades y actitudes, más allá de solo leer el código desde una perspectiva exegética. Se trata de una transformación de gran parte de las prácticas educativas de las Facultades de Derecho, para lo cual el material pedagógico no solo debe atender a los problemas que desde la teoría académica se identifican, sino que deben materializar gran parte de las limitaciones que desde la práctica profesional cotidiana se evidencian al Derecho formalmente considerado.

Si se carece de respuestas exactas que puedan ser resueltas con ejercicios formalistas que terminen en una interpretación mimética, los actores del proceso educativo se verán enfrentados a vacíos o lagunas que han de ser llenados con sus criterios auténticos. Y para esto las prácticas al interior del aula necesariamente deberán transformarse, pues el proceso de enseñanza deja de ser transmitir información para memorizarla y luego repetirla en un examen; dejará de ser necesario que los estudiantes respondan cuestionarios de forma individual y sin poder consultar nada más que sus conocimientos memorizados. Por el contrario, los estudiantes tendrán la posibilidad de acudir a múltiples fuentes para construir sus respuestas, algunas de las cuales deberán ser previamente seleccionadas por el diseñador del currículo sin que contengan una respuesta que debe ser construida por quienes aprenden con la orientación de quien enseña.

Es de anotar que esa construcción de soluciones puede contemplar un trabajo personal, pero debe llegar a una realización social, dado que quienes aprenden deben entenderse como una fuente más que requiere validación con pares. Si se aprende desde materiales pedagógicos que representan en sí mismos problemas sin solución exacta, los conocimientos previos serán un marco para iniciar la derivación de propuestas cognitivas. Estas propuestas cognitivas evidenciarán las fortalezas y limitaciones de los preconceptos, pues se mediará una validación individual y social. Razón por la cual el resultado final que se alcance será la ponderación de diferentes fuentes, tomando de ellas lo directamente aplicable y generando sentido de utilidad desde y para la realidad que pretende impactarse.

Esa utilidad es el punto de encuentro por excelencia del antiformalismo con el constructivismo, pues la interpretación auténtica de la iusteoría busca impactar realidades concretas de forma coherente con

la utilidad pretendida por el constructivismo. Por lo mismo, los actores del proceso formativo deberán ser conscientes del para qué de su aprendizaje, cuestionando la información meramente declarativa para llegar a darle aplicabilidad en situaciones específicas; la enseñanza del Derecho, y el Derecho mismo, cobran vida desde el aprendizaje situado, dejando de ser un asunto de interpretaciones que giran en torno al legislador tradicional. El Derecho aplicado desde las Facultades en las cuales se estudia permite la preparación para lo que es la práctica profesional auténtica, en la cual el constructivismo antiformalista tendrá la exigencia de generar impactos situados en realidades que trascienden la formalidad de la ley escrita.

Se plantea de esta forma una posibilidad curricular y pedagógica para que el antiformalismo se apropie desde la educación jurídica, pues el Derecho deja de ser visto como un entramado de normas perfectas para dotarlo de una naturaleza abierta desde los preconceptos. Esta naturaleza abierta exige poner a prueba los conocimientos previos en situaciones sin respuestas exactas, sino permitiendo encontrar las fortalezas y los límites de lo existente. Esas fortalezas se potenciarán y los límites se podrán llegar a superar a partir de un proceso de validación que necesariamente tiene un alcance social, pues es ahí cuando se adquiere sentido de utilidad no solo formal sino real. El Derecho lleva a materializarse desde y para los contextos en los cuales se aplica profesionalmente, preparando a quienes aprenden a afrontar las exigencias propias de la práctica una vez graduados.

Ahora bien, construir este enfoque educativo conjugando elementos de la teoría jurídica con propuestas sobre la enseñanza y el aprendizaje tiende a ser catalogado como una lectura fuera de los parámetros de normalidad académica, entre otras razones porque desde los sitios de producción en los cuales se consolidaron estos planteamientos académicos no se identificaron los lazos de conexión entre estas dos ciencias sociales. Esto implicaría que desde la formulación original de las teorías objeto de análisis, la propuesta que se encuentra a continuación sería tachada como una mala lectura, *misreading*. Y sin lugar a dudas, no habría forma de contradecirlo desde el criterio centralizado en la producción del conocimiento. Sin embargo, lo que para el sitio de producción puede ser una lectura lejana a los parámetros de normalidad, para el sitio de recepción ubicado en la periferia bien puede ser una nueva teoría con vocación de ser aplicada.

Lo valioso del mencionado *misreading* es que supera la falsa dicotomía entre los sitios de producción que, supuestamente, están llamados a crear conocimiento para unos sitios de recepción que solamente los aceptan; se trata de una idea que no solo ubica un protagonismo injustificado de ciertos contextos históricamente validados, sino que también desdibuja la posibilidad creativa de realidades como la latinoamericana. En este sentido, cuando se lee una teoría extranjera desde cualquier contexto, se aporta a ella información extratextual y metatextual de quien está interpretando, generando un nuevo alcance a la formulación original. Esta originalidad permite la generación de adaptaciones que en últimas llevan a que la derivación teórica alcanzada pueda ser un alcance auténtico de la teoría inicial. Por lo tanto, tanto quien escribe la teoría por primera vez como quien la reescribe luego de interpretarla podrán ser considerados autores auténticos, según las exigencias contextuales en las cuales se encuentran inmersos.

En consecuencia, el constructivismo antiformalista es una teoría proveniente de una lectura audaz, la cual no pretende aceptación desde los sitios de producción centralizados sino aplicación práctica para los contextos en los cuales se dirige. Y es en ese punto en el cual los contextos latinoamericanos pueden evaluar su utilidad, al tiempo que hacer los ajustes que consideren desde su propia realidad. Si no se hicieran ajustes contextuales a la propuesta teórica que acá se plantea, se configuraría nada menos que una contradicción sustancial; el constructivismo antiformalista no tiene vocación de perfección, sino un marco orientador que puede ser complementado por interpretaciones auténticas provenientes de los más diversos contextos. Algunas de estas posibles interpretaciones se plantean en el capítulo siguiente, tomando como referente enunciativo al Derecho Procesal Penal como asignatura propia de los planes de estudio que agrupan las Facultades de Derecho.

2. ESTRATEGIAS PEDAGÓGICAS COHERENTES CON EL CONSTRUCTIVISMO ANTIFORMALISTA DESDE Y PARA EL DERECHO PROCESAL PENAL

El constructivismo antiformalista es un enfoque jurídico-educativo con vocación de ser aplicado en diferentes áreas del Derecho, procurando la inclusión de ajustes contextuales según las necesidades, intereses

y necesidades de los actores de cada realidad educativa. Una de estas realidades la constituye el área del Derecho Procesal Penal, la cual no solamente exige la comprensión de contenidos sustanciales propios del Derecho Penal General y Especial, sino que también se espera su materialización práctica en contextos generalmente judiciales. Se trata entonces de un área del Derecho con un alto nivel de complejidad, donde los conocimientos declarativos se deben relacionar con los procedimentales para que a partir de la justificación de lo que se aprende pueda darse sentido de utilidad desde y para la práctica profesional a la cual se enfrentarán los egresados de las Facultades de Derecho.

Para estos efectos, el Derecho Procesal Penal requiere de la selección de materiales pedagógicos que representen posibilidades de discusión sin respuestas exactas. Para ello se vuelve imperativo analizar situaciones concretas en los procesos de formación, las cuales deben ser problemas más no casos²⁴. En educación jurídica se ha planteado que los casos jurídicamente relevantes tienen una respuesta exacta, mientras que los problemas tienen múltiples respuestas posibles y que generalmente necesitan ser construidas por los intervinientes. Siendo así, para la enseñanza del Derecho Procesal Penal se deberán construir situaciones problemáticas que contengan sucesos con múltiples variables hermenéuticas, las cuales puedan ser discutidas socialmente para encontrar soluciones con sentido de utilidad.

Los problemas tienen sucesos con vacíos o lagunas que deben ser llenados no solo con contenidos, sino con una actitud mediada por habilidades que desde la experiencia sugieran soluciones. No es descartable que en la experiencia pedagógica pueda permitirse la inclusión de nuevos sucesos, con o sin pruebas, a medida que avance el proceso. Incluso se podrían considerar diferentes supuestos de hecho cuya certeza se dé desde el análisis que adelante cada grupo de estudiantes²⁵. Esta amplitud en la formulación de los problemas debe tener un límite, el cual no es

²⁴ Sobre el uso de casos y problemas consultar: GIL, Rosario. El uso del aprendizaje basado en problemas en la enseñanza universitaria. *RMIE*, Ciudad de México, v. 23, n. 76, p. 73-93, 2018.

²⁵ Sobre los grupos de estudiantes en estrategias constructivistas se puede consultar esta investigación que plantea retos para su implementación: GONZÁLEZ, Daniel. Problem-based learning para la enseñanza universitaria de

nada menos que el resultado de aprendizaje que se desea alcanzar; si en la clase de Derecho Procesal Penal se requiere analizar, por ejemplo, el rol del ente acusador en una audiencia determinada no será necesario incluir materiales centrados en otros actores del proceso o en otras audiencias. Tal delimitación dependerá en gran medida de la experiencia del profesor y su rigor en la construcción del material.

Para asegurar una óptima construcción de estos materiales, se debe entender que los problemas deben ser presentados a manera de pruebas de desempeño²⁶. Las pruebas de desempeño corresponden a elementos análogos a lo que se realizará en el ejercicio profesional, por lo cual podrán ser entendidos como expedientes judiciales, demandas, memoriales, sentencias, entre otros documentos plenamente coherentes con el resultado de aprendizaje. Una vez entregados estos materiales a los estudiantes se les debe asignar un rol específico, pues la instrucción de aquello que deben hacer es fundamental para asegurar un desempeño enmarcado en lo esperado por el diseño curricular; no se pueden entregar documentos esperando a ver qué sucede, sino que se debe orientar para qué son los materiales pedagógicos. Esto no implica sugerir una respuesta, sino orientar el sentido de utilidad que se dará a la experiencia de formación. Sobre el particular debe tenerse en cuenta que las pruebas de desempeño pueden ser de tres tipos, a saber:

Pruebas de desempeño artificiales: son diseñadas generalmente por profesores desde su propia imaginación, vinculando en documentos generalmente narrativos una situación que requiere de una solución; los documentos pueden incluir textos, videos, grabaciones, etc. Los profesores narran una serie de sucesos en los cuales están intencionalmente incluidos los conocimientos que deben ser abordados por los estudiantes, con relaciones lógicas y coherentes; el profesor hace evidentes acontecimientos a partir de los cuales se debe atender a una solución generalmente predeterminada. No tienen anexos documentales o testimoniales, sino solamente la narración de lo que sucedió en formatos académicos más

la Filosofía Medieval. *Folios*, Bogotá, n. 54, p. 215-230, 2021. <https://doi.org/10.17227/folios.54-11907>

²⁶ Sobre evaluación a través de pruebas de desempeño consultar: ASIU, Libia. Evaluación formativa en la práctica pedagógica: una revisión bibliográfica. *Conrado*, Cienfuegos, v. 17, n. 78, p. 134-139, 2021.

que profesionales. Esto hace que haya un riesgo importante para que se configuren casos con respuestas exactas, por lo cual se deberán dejar variables enunciadas con diferencias en su posibilidad de interpretación.

Pruebas de desempeño simuladas: las cuales también provienen de la imaginación de quien las diseña, pero en un formato muy similar a lo que se encontrará en el ejercicio de abogado. Así, quien diseña el material tiene la posibilidad de hacerlo en formatos como demandas, memoriales, documentos institucionales, etc. Tiene un mayor nivel de exigencia, dado que no basta solo con narrar en un documento, sino que se deben construir los soportes de lo que pretende ser narrado. Así, rara vez se tiene un documento de narración, pues que los estudiantes a analizan diferentes soportes documentales o testimoniales a partir de los cuales deberían entender qué fue lo que sucedió. Funcionan para estos efectos los expedientes, que incluyen demandas o denuncias, junto a sus respectivas pruebas.

Pruebas de desempeño auténticas: las cuales no son construidas desde la imaginación, sino que corresponden a problemas reales, vinculando documentos propios del ejercicio profesional. Para estos efectos, quien diseña la experiencia formativa tiene la posibilidad de seleccionar un expediente real, por ejemplo, para que los estudiantes trabajen sobre él. Es importante que el profesor resguarde la información sensible de quienes se encuentran involucrados en el proceso, pero aprovechando lo que sucedió; no es necesario que se sepa quién es el involucrado, pero sí todos los sucesos jurídicamente relevantes en torno a los acontecimientos.

La adopción de estas pruebas de desempeño permite materializar el constructivismo antiformalista en la enseñanza y el aprendizaje del Derecho Procesal Penal, siempre que se cuente con una estructura metodológica pertinente. Esta estructura metodológica, aplicable para las tres pruebas de desempeño, debe considerar en un primer momento que se debe contar con una narración de sucesos, donde uno de ellos corresponde a lo denominado material gatillo²⁷. Este material es el que contiene el problema jurídico central de la situación, así la narración

²⁷ MORALES, María. Diseño y validación de un caso de enseñanza electrónico sobre pensamiento crítico. *Apertura*, Guadalajara, v. 13, n. 2, p. 88-105, 2021. <https://doi.org/10.32870/ap.v13n2.2037>.

empieza con información contextual de la situación descrita y termina con un suceso que reviste gran importancia para iniciar el análisis. Una vez formulado ese material gatillo es que se formula una instrucción de desempeño lo más clara posible, de tal manera que se direcciona la manera en que se propone el análisis del problema. Así, por ejemplo, se puede plantear una situación que narre las condiciones de unos sujetos, hasta que se configure un homicidio. El homicidio sería el material gatillo, a partir del cual se puede formular una instrucción como, por ejemplo, redactar una denuncia para presentar a la autoridad competente.

Este desempeño pretendido debe tener un nivel de dificultad tal que, por ejemplo, no haya plena claridad de quién es el autor del homicidio, puedan existir coautorías o incluso la necesidad de presentar la denuncia frente a personas indeterminadas. La instrucción no debe llegar a orientar sobre el contenido de la denuncia, pues esto deberá ser un análisis personal de quienes aprenden y exigirá el desarrollo de las competencias que conllevan contenidos, habilidades y actitudes²⁸. Una vez formulado el material gatillo junto con la instrucción, es menester analizar cómo implementarla en el aula de clase, para lo cual se recomienda que se realice una lectura inicial con la presencia de todos los integrantes del proceso educativo en las modalidades presenciales.

El análisis en conjunto del material pedagógico permite aclarar sucesos por parte del docente, determinar con claridad cuáles son las ambigüedades que deben solucionar los estudiantes y aclarar las instrucciones²⁹. En caso en que se trate de una modalidad virtual, la lectura de la actividad podrá hacerse individualmente y se recomienda generar medios para solucionar todas las dudas posibles que no den la respuesta final, sino que orienten el trabajo según lo antes mencionado³⁰.

²⁸ Sobre competencias docentes para el aprendizaje activo consultar: ENRI-QUEZ, Ruperto. La Efectividad del Aprendizaje Activo en la Práctica Docente. *EduSol*, Guantánamo, v. 21, n. 74, p. 102-111, 2021.

²⁹ Sobre el tema consultar: DURAN, Verónica. El aprendizaje activo y el desarrollo de habilidades cognitivas. *FEM*, Barcelona, v. 24, n. 6, p. 283-290, 2021. <https://dx.doi.org/10.33588/fem.246.1153>

³⁰ En torno a la enseñanza por medios no presenciales se recomienda consultar los hallazgos de investigación disponibles en este libro: PICÓ, Joan. *La enseñanza del Derecho en tiempos de crisis: retos docentes del Derecho Procesal*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2021.

En cualquier caso, para estas pruebas de desempeño es fundamental que haya una socialización del problema y se eviten variables innecesarias o que lleven a temas distantes al resultado de aprendizaje. Es en este momento en el cual se pueden presentar los preconceptos por parte de los estudiantes, determinando con claridad qué saben acerca del problema y en qué deben profundizar.

De ahí proviene la validación individual y social, para lo cual se puede solicitar al estudiante que proyecte posibles soluciones a la instrucción. Estas soluciones las podrá socializar con compañeros para identificar fortalezas y posibilidades de mejora de cada aporte. El rol del profesor en este caso es fundamental, pues debe estar atento que la validación acoja conocimientos pertinentes para lo que pretende³¹. En caso en que se incluyan conocimientos que no sean del todo coherentes, se podrá sugerir revisar otros materiales para validar o generar preguntas orientadoras; el profesor debe evitar evidenciar un error de forma directa, para no otorgar la respuesta definitiva. Sin embargo, no puede dejar pasar falencias en la validación, pues él mismo es parte de ese proceso.

No es descartable que para el proceso de validación se asignen roles a los intervinientes en el proceso de formación, donde algunos estudiantes pueden ostentar el rol de defensa, otros de acusadores o jueces; el profesor puede acoger uno de estos roles, desde el cual tendrá la posibilidad de hacer las validaciones que considere pertinentes. Con fundamento en estos roles, se debe construir un resultado final que además de respetar las normas jurídicas aplicables, también aporte a materializar el sentido de utilidad de lo pretendido. Si se está en presencia de un curso de Derecho Procesal Penal, no basta con hacer un análisis teórico sobre el deber ser de esta área del Derecho sino asegurar una utilidad práctica de los conocimientos en torno a una solución de fondo y pertinente para el problema que se analiza.

La duración de estas estrategias pedagógicas dependerá de la dificultad del problema, para lo cual se sugieren validaciones previas con

³¹ Se reitera que el docente debe facilitar el proceso de aprendizaje, asumiendo la responsabilidad para que el estudiante pueda alcanzar los resultados esperados para su formación. Sobre el tema se puede ver: DÍAZ, Antonio. La responsabilidad del estudiante en un modelo pedagógico constructivista. *Salud, Barranquilla*, v. 27, n. 1, p. 135-146, 2021.

la participación de todos los actores del proceso de formación. Y aunque parece una tarea exigente, se permitirá que los estudiantes asuman el protagonismo del proceso formativo, para que los profesores se constituyan en una guía y la sociedad sea la beneficiaria final del proceso educativo. Se trata de una propuesta inicial para que se fortalezca la generación de sentido de utilidad desde y para la práctica profesional, donde la educación sea un proceso motivante para estudiantes, profesores y administrativos, al tiempo que con sentido lógico del para qué se asegure la real consecución de resultados de aprendizajes tan disruptivos como llegar a conjugar una teoría jurídica con una teoría educativa para las Facultades de Derecho que actualmente forman a los futuros abogados del contexto latinoamericano.

CONCLUSIONES

El contexto jurídico latinoamericano se ha consolidado como un sitio de recepción de diferentes teorías producidas en el norte global, incluyendo el contexto de Europa y Estados Unidos. Esta recepción se realiza a través de un proceso de trasplante de la teoría tomada desde su sitio original, siendo acogida en la periferia de la generación del conocimiento. Aunque en principio este proceso esperaría una extensión del diseño original, en realidad se presenta una lectura lejana a los parámetros de normalidad en los cuales se gestó originalmente cada teoría y lleva a que los sitios de producción tachen al resultado del trasplante como una mala lectura (*misreading*). Pero, aunque pueda ser una mala lectura desde la perspectiva extranjera, para el contexto local puede ser entendida como una nueva teoría capaz de lograr aplicación contextual.

Una de las Teorías del Derecho construidas desde el norte global es el antiformalismo, la cual conjuga elementos de diferentes Escuelas del Derecho para comprender que los sistemas jurídicos tienen una naturaleza abierta. Esta naturaleza abierta reconoce la existencia de lagunas, las cuales provienen de realidades específicas que no son directamente atendidas por la ley tradicional. En consecuencia, es necesario conjugar múltiples fuentes para subsanar los vacíos que el legislador tradicional dejó con su tarea, lo cual incluye jurisprudencia, doctrina y hasta acuerdos privados. Es por esta razón que los operadores jurídicos están en la capacidad de crear Derecho desde su propia realidad, caso en el cual se configuran las

interpretaciones auténticas. Estas interpretaciones acogen el marco legal como punto de partida, a partir del cual responden a las exigencias de cada contexto al formular respuestas a casos específicos.

Se trata de una teoría disruptiva que coexiste en diferentes contextos latinoamericanos, aunque en muchas ocasiones de forma inconsciente. Es por ello que las Facultades de Derecho deben preparar a sus estudiantes para afrontar un ejercicio profesional adscrito a esta iusteoría y para lograrlo se requiere un enfoque educativo igualmente disruptivo. Dentro de los diferentes enfoques educativos, el constructivismo se ubica como una propuesta ecléctica que desarrolla competencias desde contenidos, habilidades y actitudes. Para alcanzar el desarrollo de estas competencias se asegura en un primer momento la identificación de los preconceptos de los participantes, los cuales se validarán individual y socialmente para dotar finalmente de sentido de utilidad al proceso de formación. La enseñanza y el aprendizaje requiere entonces para qué claros, con la corresponsabilidad de diferentes actores del contexto educativo.

Es a partir de estas premisas que se puede formular el enfoque jurídico-educativo del constructivismo antiformalista, el cual reconoce en un primer lugar la importancia de aprender tomando como marco la información jurídica existente. Esta información jurídica encontrará sus fortalezas y límites desde materiales pedagógicos concretos, los cuales plantean debates lejanos a la formulación de respuestas exactas; la educación jurídica trasciende la enseñanza fundada en la memoria para privilegiar la aplicación práctica. En este sentido, para construir soluciones se requiere acudir a múltiples fuentes como un proceso de validación, en los cuales resulta de especial importancia la participación activa de los estudiantes y los profesores. Con esa validación se pueden afianzar conocimientos y estrategias, de cara a construir una respuesta auténtica que responda de fondo a las exigencias contextuales del material pedagógico propuesto.

Para construir ese material pedagógico existen diferentes posibilidades, que dependerán en gran medida del área del conocimiento de la cual se trate. En el caso concreto del Derecho Procesal Penal se sugiere acoger como parte de ese material situaciones sin respuestas exactas, las cuales son denominadas problemas; mientras que los casos tienen respuestas únicas, los problemas tienen múltiples posibilidades de solución.

Estos problemas pueden estructurarse desde pruebas de desempeño, que responden a tres categorías: artificiales, simuladas y auténticas. Las pruebas de desempeño artificiales son creadas por la imaginación del diseñador, sin vincular documentos propios del ejercicio profesional. Por su parte, las simuladas también provienen de un ejercicio imaginativo, pero vinculando documentos análogos a la práctica profesional. Y las auténticas son situaciones reales con documentos y testimonios igualmente reales.

Lo importante es que, para garantizar el constructivismo antiformalista a través de cualquiera de estas pruebas, se cuente en un primer momento con un material gatillo y corresponde a aquel suceso a partir del cual se identifica el problema jurídico. Este material gatillo deberá estar acompañado de una instrucción clara, en la cual se describan desempeños concretos a alcanzar sin sugerir la respuesta o solución al problema. El análisis inicial de la situación deberá hacerse en conjunto, pero en caso de no ser posible se deberán generar los medios suficientes para aclarar dudas referentes a la formulación. Una vez comprendidos los sucesos, cada participante podrá evidenciar sus preconcepciones en clase o a través de la proyección de una posible solución, luego de lo cual se requerirá una validación individual con materiales académicos adicionales o social con la participación de otros actores como estudiantes o profesores.

Para fortalecer el proceso de validación se podrán asignar roles a los participantes, siempre proyectando el sentido de utilidad. Este sentido de utilidad requiere de una interpretación auténtica que acoja los lineamientos del marco normativo y responda a las exigencias del contexto específico en el cual se gesta la situación problemática. Con este proceso se aporta significativamente a que el Derecho Procesal Penal no sea un conjunto de conocimientos teóricos que son formalmente transmitidos al estudiante, sino que cobran vida desde tres premisas jurídico-educativas relacionadas entre sí. La formulación de estas tres premisas desarrolla los objetivos de investigación planteados y permiten aceptar la hipótesis del presente artículo de investigación. Se plantea de esta forma un disruptivo enfoque jurídico-educativo, que más allá de ser una interpretación audaz representa un reto para ser acogido según las particularidades de cada una de las realidades desde y para la cual se pretenda aplicar.

De ahí que se trata de un punto de partida formulado desde el Derecho Procesal Penal, pero que se puede aplicar en futuras

investigaciones a otras áreas del conocimiento jurídico. Esto se justifica al considerar que el Derecho latinoamericano responde al debate iusteórico entre la dicotomía entre el formalismo y el antiformalismo, por lo cual los postulados del constructivismo antiformalista pueden materializarse de manera generalizada en diferentes campos del conocimiento. Pese a esta versatilidad en la propuesta pedagógica para ser ajustada, sí es imperativo que cualquier adopción pedagógica y curricular cuente con un proceso reflexivo de forma previa, concomitante y posterior; la innovación en la educación jurídica ha de materializar plena responsabilidad en el proceso de manera transversal por los actores del contexto educativo. Por lo mismo, todas las áreas del derecho contextualizado en Latinoamérica tendrán la posibilidad de generar adopciones y adaptaciones reflexivas de la propuesta. Ahí es donde el constructivismo antiformalista asegura pleno sentido de utilidad.

BIBLIOGRAFÍA

ARELLANO, Pablo. La construcción del rol docente desde una mirada renovadora de la lectura y la escritura. *Pedagogía y Saberes*, Bogotá, n. 51, p. 23-32, 2019. <https://doi.org/10.17227/pys.num51-10236>

ASIU, Libia. Evaluación formativa en la práctica pedagógica: una revisión bibliográfica. *Conrado*, Cienfuegos, v. 17, n. 78, p. 134-139, 2021. https://doi.org/10.37811/cl_rcm.v7i3.6289

BLOOM, Harold. *A map of misreading*, Oxford: Oxford University Press, 1995.

BONILLA, Daniel. *Teoría del Derecho y trasplantes jurídicos*, Bogotá: Universidad de los Andes, 2009.

BUSTOS, Michel. El soft law como fuente del Derecho administrativo colombiano. *Prolegómenos*, Bogotá, v. 22, n. 44, p. 35-48, 2019. <https://doi.org/10.18359/prole.3432>

CASTRO, Jesús. Pluralidad y lagunas jurídicas en ecoleyes relacionadas con áreas naturales protegidas de competencia estatal en México. *Región y sociedad*, Hermosillo, v. 30, n. 72, 2018. <https://doi.org/10.22198/rys.2018.72.a897>.

CORES, Carlos. La interpretación del Derecho como vocación. *Rev. Derecho*, Montevideo, n. 19, p. 157-180, 2019. <https://doi.org/10.22235/rd.v0i19.1776>.

DÍAZ, Antonio. La responsabilidad del estudiante en un modelo pedagógico constructivista. *Salud*, Barranquilla, v. 27, n. 1, p. 135-146, 2021.

DURAN, Verónica. El aprendizaje activo y el desarrollo de habilidades cognitivas. *FEM*, Barcelona, v. 24, n. 6, p. 283-290, 2021. <https://dx.doi.org/10.33588/fem.246.1153>

ENRIQUEZ, Ruperto. La Efectividad del Aprendizaje Activo en la Práctica Docente. *EduSol*, Guantánamo, v. 21, n. 74, p. 102-111, 2021.

FONTALVO, Tomás. Resultados de aprendizaje y mecanismos de evaluación en los programas académicos de educación superior en Colombia. *Formación Universitaria*, La Serena, v. 15, n. 1, p. 105-114, 2022. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-50062022000100105>

GIL, Rosario. El uso del aprendizaje basado en problemas en la enseñanza universitaria. *RMIE*, Ciudad de México, v. 23, n. 76, p. 73-93, 2018.

GONZÁLEZ, Daniel. Problem-based learning para la enseñanza universitaria de la Filosofía Medieval. *Folios*, Bogotá, n. 54, p. 215-230, 2021. <https://doi.org/10.17227/folios.54-11907>

GUAMAN, Klever. El positivismo y el positivismo jurídico. *Universidad y Sociedad*, Cienfuegos, v. 12, n. 4, p. 265-269, 2020.

LÓPEZ, Diego. *Teoría impura del Derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá: Legis, 2004.

MARQUISIO, Ricardo. Argumentos positivistas en la era postpositivista. *Revista de Derecho*, Montevideo, n. 19, p. 49-75, 2019. <https://doi.org/10.22235/rd.v0i19.1733>.

MARTÍNEZ, Felipe. Aprendizaje, enseñanza, conocimiento, tres acepciones del constructivismo. Implicaciones para la docencia. *Perfiles educativos*, Ciudad de México, v. 43, n. 174, p. 170-185, 2021. <https://doi.org/10.22201/iisue.24486167e.2021.174.60208>.

MARTÍNEZ, Javier. *Aprendizaje a través del debate jurídico*. Pamplona: Aranzadi, 2022.

MIRANDA, Yanedis. Aprendizaje significativo desde la praxis educativa constructivista. *Koinonía*, Santa Ana, v. 7, n. 13, p. 72-84, 2022. <https://doi.org/10.35381/r.k.v7i13.1643>

MONTOYA, Juny. *El campo de los estudios curriculares del Derecho*, Bogotá: Universidad de los Andes, 2016.

MORALES, María. Diseño y validación de un caso de enseñanza electrónico sobre pensamiento crítico. *Apertura*, Guadalajara, v. 13, n. 2, p. 88-105, 2021. <https://doi.org/10.32870/ap.v13n2.2037>.

MURILLO, Felipe. El Utilitarismo Clásico de Jeremy Bentham. *Prax. filos.*, Cali, n. 55, p. 169-188, 2022. <https://doi.org/10.25100/pfilosofica.v0i55.12360>.

PEÑA, Jhon. Los preacuerdos: legalidad, ficción legal y reducción de la pena. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, v. 40, n. 108, 2019.

PERILLA, Juan. *Constructivismo antiformalista: conceptualización pedagógica y materialización jurídica*, Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2017.

PERILLA, Juan. Los niveles de conocimiento para el diseño curricular de las Facultades de Derecho. *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, Santiago, v. 10, n. 1, p. 71-90, 2023. <https://doi.org/10.5354/0719-5885.2023.69799>

PICÓ, Joan. *La enseñanza del Derecho el tiempos de crisis: retos docentes del Derecho Procesal*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2021.

PONCE, Genoveva. La teoría y la praxis curricular: resignificaciones desde la práctica docente. *RCUISRAEL*, Quito, v. 5, n. 2, p. 51-59, 2018. <https://doi.org/10.35290/rcui.v5n2.2018.90>.

RODRIGUEZ, Manuel. La interpretación de las normas jurídicas como problema constitucional. *Dikaion*, Chía, v. 27, n. 2, p. 175-204, 2018. <https://doi.org/10.5294/dika.2018.27.2.1>.

TENA, Isaac. La renovación de los métodos docentes del Derecho tras la reforma de la universidad europea. *Derecho Privado*, Bogotá, n. 40, p. 515-544, 2021. <https://doi.org/10.18601/01234366.n40.18>

Authorship information

Juan Sebastian Alejandro Perilla Granados. Doctor en Derecho (PHD), Magíster en Educación y en Derecho. Abogado de la Universidad de los Andes. Investigador senior reconocido por el Ministerio de Innovación, Ciencia y Tecnología de Colombia. Profesor invitado en la Facultad de Derecho de la Universidad Tecnológica de Bolívar (Cartagena). js.perilla117@gmail.com

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

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

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

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

Editorial process dates (<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 04/08/2023
- Desk review and plagiarism check: 20/08/2023
- Review 1: 26/09/2023
- Review 2: 10/12/2023
- Preliminary editorial decision: 03/02/2024
- Correction round return: 14/02/2024
- Final editorial decision: 17/02/2024

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Assistant-editor: 1 (MBB)
- Reviewers: 2

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

PERILLA GRANADOS, Juan Sebastian Alejandro. La enseñanza del Derecho Procesal Penal desde el constructivismo antiformalista. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 10, n. 1, e899, jan./abr. 2024. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v10i1.899>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.