



Revista  
Brasileira de  
**Direito**  
**Processual**  
**Penal**

Volume 4 - Nº 02 - mai./ago. 2018

ISSN 2525-510X

<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i2>

***Dossiê "Sistemas Processuais Penais e Imparcialidade Judicial"***



IBRASPP

## EXPEDIENTE / MASTHEAD

---

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

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

Prof. Dr. Vinicius Gomes de Vasconcellos (Universidade Federal do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ; Centro Universitário FIEO – São Paulo/SP)

### EDITORES-ASSOCIADOS / ASSOCIATE-EDITORS

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

Prof. Dra. Bruna Capparelli (*Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna/IT)

Prof. Me. Caíque Ribeiro Galícia (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS Porto Alegre/RS); Faculdade Campo Grande e Faculdade Mato Grosso do Sul – Campo Grande/MS)

Prof. Dra. Lorena Bachmaier Winter (Universidad Complutense de Madrid – Madrid/ESP)

### EDITORES-ASSISTENTES / ASSISTANT-EDITORS

Prof. Me. Armando Dias Ramos (Universidade Autônoma de Lisboa – Lisboa/PT)

Prof. Dra. Érica Babini Machado (Universidade Católica de Pernambuco – Recife/PE)

Prof. Me. Maria João Carvalho Vaz (Universidade de Coimbra – Coimbra/PT)

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

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

### CONSELHO EDITORIAL / EDITORIAL BOARD

Prof. Dra. Claudia Cesari, Università degli Studi di Macerata, Itália

Prof. Dr. Francesco Caprioli, Università degli Studi di Torino, Itália

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

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

Adriana Ferreira Serafim de Oliveira (Universidade Estadual Paulista – Rio Claro/SP)  
Américo Bedê Freire Júnior (Faculdade de Direito de Vitória - Vitória/ES)  
Ana Cláudia Carvalho Salgueiro (Universidade de Coimbra/Portugal)  
Ana Cristina Gomes (Universidad de Salamanca/Espanha)  
Antonio Martínez Santos (Universidad Francisco de Vitoria - Madrid/Espanha)  
Bruno Tadeu Buonicore (Universidade de Frankfurt/Alemanha)  
Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo Gomes (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - Belo Horizonte/MG)  
Débora Carvalho Fioratto (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - Belo Horizonte/MG)  
Décio Franco David (Universidade Federal do Paraná - Curitiba/PR)  
Denis Andrade Sampaio (Faculdade de Direito de Lisboa/Portugal)

Denise Hammerschmidt (Faculdade Curitibana - Curitiba/PR)

Diogo Malan (Universidade Federal do Rio de Janeiro e Universidade Estadual do Rio de Janeiro - Rio de Janeiro/RJ)

Dyellber Oliveira Araújo (Universidade de Coimbra/Portugal)

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

Fauzi Hassan Choukr (Ministério Público do Estado de São Paulo - São Paulo/SP)

Fernanda Ravazzano Lopes Baqueiro (Universidade Católica do Salvador - Salvador/BA)

Fernanda Regina Vilares (Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas - GVLaw - São Paulo/SP)

Flavia Siqueira (Universidade Federal de Minas Gerais - Belo Horizonte/MG)

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

Flávio da Silva Andrade (Universidade Federal de Minas Gerais - Belo Horizonte/MG)

Francisco França Júnior (Universidade de Coimbra/Portugal)

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

Gustavo Barbosa de Mesquita Batista (Universidade Federal da Paraíba - João Pessoa/PB)

Gustavo Noronha de Ávila (Universidade Estadual de Maringá - Maringá/PR)

Humberto Soares de Souza Santos (Universidade Estadual do Rio de Janeiro - Rio de Janeiro/RJ)

Israel Domingos Jorio (Faculdade de Direito de Vitória - Vitória/ES)

Jéssica Raquel Sponchiado (Universidade de São Paulo - São Paulo/SP)

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

Luiza Borges Terra (Universidad Pablo de Olavide/Espanha)

Luiza Nivea Dias Pessoa (Universidade de Coimbra/Portugal)

Marcella Alves Mascarenhas Nardelli (Universidade Estadual do Rio de Janeiro - Rio de Janeiro/RJ)

Marcello Daniele (Università degli Studi di Padova/Itália)

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

Marcelo Xavier de Freitas Crespo (Faculdade de Direito de Sorocaba - Sorocaba/SP)

Márcio Ricardo Ferreira (Universidade de Salamanca/Espanha)

Michele Caianiello (*Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna/Itália)

Michelle Gironda Cabrera (Pontifícia Universidade Católica do Paraná - Curitiba/PR)

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

Pedro Rocha Amorim (Universidade de Coimbra/Portugal)

Rodrigo Grazinoli Garrido (Universidade Federal do Rio de Janeiro e Universidade Católica de Petrópolis – RJ)

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

Soraia da Rosa Mendes (Universidade Federal de Goiás – Goiânia/GO)

Thadeu Augimeri de Goes Lima (Universidade de São Paulo - São Paulo/SP)

Tomás Grings Machado (Universidade do Vale do Rio dos Sinos – São Leopoldo/RS)

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

Ana Beltrán Montoliu (Universidad Jaime I de Castellón – Espanha)

Antonio Henrique Graciano Suxberger (Centro Universitário de Brasília – Brasília/DF)

Fábio Agne Fayet (Faculdade da Serra Gaúcha – Caxias do Sul/RS)

Giulio Illuminati (*Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna/Itália)

Heloisa Estellita (Fundação Getúlio Vargas – São Paulo/SP)

Heloisa Rodrigues Lino de Carvalho (Universidad de Morón – Argentina)

Paloma Marita Cavol Klee (Universidade de Coimbra – Coimbra/Portugal)

Raphael Jorge de Castilho Barilli (Universidade Federal do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ)

Renato Stanzola Vieira (Universidade de São Paulo – São Paulo/SP)

Roberta Eggert Poll (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Porto Alegre/RS)

Stefano Ruggeri (Università degli Studi di Messina/Itália)

Valtan Timbó Martins Mendes Furtado (Centro Universitário de Brasília – Brasília/DF)

Vinícius Wildner Zambiasi (Universidade de Coimbra – Coimbra/Portugal)



# Sumário

## **483 Editorial**

- 485 Editorial: Instrumentos e práticas de suporte para a realização dos objetivos de Ciência aberta – Por uma revisão de dados no Direito Processual Penal

*Editorial: Instruments and support practices for the achievement of Open Science goals – For a review of data in Criminal Procedural Law*

**Bruna Capparelli**

## **499 Dossiê: Sistemas Processuais Penais e Imparcialidade Judicial**

***Dossier: Criminal Procedure Systems and Judicial Impartiality***

- 501 Editorial dossier “Sistemas procesales penales e imparcialidad del juez”: Imparcialidad y prueba en el proceso penal – reflexiones sobre la iniciativa probatoria del juez

*Editorial dossier “Criminal Procedure Systems and Judicial Impartiality”: Impartiality and evidence in criminal procedure – consequences to judge’s evidence power*

**Lorena Bachmaier Winter**

- 533 Modello processuale accusatorio e sovraccarico del sistema giudiziario

*“Accusatorial” model of procedure and overload of the judicial system*

**Giulio Illuminati**

- 559 Equality of arms, impartiality of the judiciary and the role of the parties in the pre-trial inquiry: the perspective of Italian criminal justice

*Paridade de armas, imparcialidade do Judiciário e o papel das partes na investigação preliminar: a perspectiva da justiça criminal italiana*

**Stefano Ruggeri**

- 605 Imparcialidad judicial y actividad probatoria en la Corte Penal Internacional

*Judicial Impartiality and Evidence at the International Criminal Court*

**Ana Beltrán Montoliu**

- 645 Ânimo persecutório do magistrado: a quebra do dever de imparcialidade e sucessivas decisões contrárias ao direito à prova defensiva

*Persecutory of the judge: breach of the duty of impartiality and successive decisions contrary to the right to defensive evidence*

**Fábio Agne Fayet**

**Roberta Eggert Poll**

- 669 A centralidade do juízo oral no Sistema Acusatório: uma visão estratégica acerca do caso penal

*The oral trial centrality in the Accusatory System: a strategic view of criminal case*

**Raphael Jorge de Castilho Barilli**

## **707 Fundamentos de Direito Processual Penal** ***Fundamentals of Criminal Procedure***

- 709 A flexibilização da legalidade no Supremo Tribunal Federal: o caso da execução da condenação sujeita a apelos extremos

*Flexibility of legality in the Supreme Court's case-law: enforcing criminal sentences pending judgement before high courts*

**Helois Estellita**

- 731 Fundamento central do direito à não autoincriminação

*Central foundation of the right against self-incrimination*

**Helois Rodrigues Lino de Carvalho**

- 767 O que vem depois dos “legal transplants”? Uma análise do processo penal brasileiro atual à luz de direito comparado

*What comes after the “legal transplants”? An analysis of the current Brazilian criminal procedure in light of comparative law*

**Renato Stanzola Vieira**

**807** *Teoria da Prova Penal*  
*Criminal Evidence Theory*

- 809 Investigação criminal genética – banco de perfis genéticos, fornecimento compulsório de amostra biológica e prazo de armazenamento de dados

*DNA criminal investigation – DNA database, mandatory DNA collection and time limit for data retention*

**Antonio Henrique Graciano Suxberger**  
**Valtan Timbó Martins Mendes Furtado**

**843** *Processo Penal Internacional e Cooperação Jurídica*  
*International Criminal Procedure and International Cooperation*

- 845 A (possibilidade de) não execução do mandado de detenção europeu fundamentada no tratamento ou pena cruel ou degradante

*The (possibility of) not execution of European arrest warrant based on cruel or degrading treatment or penalty*

**Vinicius Wildner Zambiasi**  
**Paloma Marita Cavol Klee**

**887** *Crítica Científica*  
*Scientific critic (reader's letter)*

- 889 Crítica científica de “Investigação criminal genética – banco de perfis genéticos, fornecimento compulsório de amostra biológica e prazo de armazenamento de dados” - Apontamentos sobre a inconstitucionalidade da Lei 12.654/2012

*Scientific criticism of “DNA criminal investigation – DNA database, mandatory DNA collection and time limit for data retention” - Notes on the unconstitutionality of Law 12.654/2012*

**Rodrigo Grazinoli Garrido**



## **Editorial**



# Editorial: Instrumentos e práticas de suporte para a realização dos objetivos de Ciência aberta – Por uma revisão de dados no Direito Processual Penal

*Editorial: Instruments and support practices for the achievement of Open Science goals – For a review of data in Criminal Procedural Law*

**Bruna Capparelli<sup>1</sup>**

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna / Itália

bruna.capparelli2@unibo.it

 <http://orcid.org/0000-0003-1249-2658>

---

**RESUMO:** O presente editorial indaga sobre a aplicabilidade do *open peer review* aos dados das pesquisas de Direito processual penal. Em primeiro lugar, entende-se identificar os pontos de força e fraqueza do processo de revisão e validação dos *dataset*. Em segundo lugar, se evidenciará as práticas que facilitam a transparência do processo, a difusão dos dados, a sua confiabilidade e reuso. Para alcançar tais objetivos, sustentar-se-á que é necessário adotar uma metodologia sobre a qual basear os critérios de escolha da comunidade científica de referência, individualizar as tipologias de atores e as relativas modalidades de análise, no momento em que a construção de um contexto colaborativo e participativo constitui o primeiro passo para delimitar uma comunidade representativa do Processo penal e de suas diferentes técnicas de pesquisa.

**PALAVRAS-CHAVE:** editorial; ciência aberta; Direito Processual Penal; Revisão de dados.

**ABSTRACT:** *This article discusses the applicability of open peer review to criminal investigation data. First, it means identifying the strengths and weaknesses of*

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito Processual Penal na *Alma Mater Studiorum – Università di Bologna* e em Ciências Criminais pela PUCRS (em regime de cotutela). *Associate editor* da RBDPP.

*the dataset review and validation process. Second, there will be evidence of practices that facilitate process transparency, data diffusion, reliability and reuse. To achieve these objectives, it will be argued that it is necessary to adopt a methodology on which to base the selection criteria of the scientific community of reference, to identify the types of actors and the relative modalities of analysis, at the moment when the construction of a collaborative and participative context is the first step to delimit a community representative of the criminal process and its different research techniques.*

**KEYWORDS:** *editorial; open science; Criminal Procedural Law; Review of data.*

---

O compartilhamento dos dados na pesquisa é enfatizado pelo termo de Ciência aberta, onde encontra, se possível, ainda maior relevância ao lado de muitos outros componentes (*open access publishing, open notebook, open peer review, citizen science*, etc.) que sustentam e caracterizam uma visão da ciência baseada nos princípios de transparência, colaboração e integridade da pesquisa.

Simplificando, o primeiro constitui uma premissa da qual nascem os outros princípios de Merton e é estreitamente coligado com os pedidos de acesso aberto de todos os produtos da pesquisa. O segundo, aplicado ao contexto da validação dos dados, é relacionado com o *peer review*, instrumento que certifica a validade do método e dos resultados.

Partindo da premissa de que os dados representam a primeira significativa peça na construção do processo de pesquisa e que o seu compartilhamento é um pressuposto para o progresso do conhecimento, é lícito questionar-se sobre o que significa tornar os dados acessíveis com base nas mudanças tecnológicas no sistema da comunicação científica. Para Lawrence<sup>2</sup> a publicação de dados constitui uma prática de “tornar os dados o quanto mais possível permanentemente disponíveis na internet”<sup>3</sup> e contemporaneamente submete-los a um processo de criação de metadados e de *peer review*<sup>4</sup> para garantir qualidade, transparência e reprodutibilidade.

<sup>2</sup> LAWRENCE, Bryan, *Citation and Peer Review of Data: Moving Towards Formal Data Publication*, 2011, p. 6 s.

<sup>3</sup> (tradução livre).

<sup>4</sup> MAYERNIK, Matthew S. et al., *Peer Review of Datasets: When, Why, and How*. *Bulletin of the American Meteorological Society*, 2015, p. 11 s.

Atualmente as principais fontes de publicação de dados<sup>5</sup> são os *data repository*<sup>6</sup> e os *data journal*<sup>7</sup>. Ambos definem os dados de pesquisa com a finalidade de torna-los reutilizáveis e aplicam formas específicas de avaliação que miram a verificar a sua confiabilidade. Quando se instaura um estreito vínculo entre *repository* e *data journal*, se cria um círculo virtuoso<sup>8</sup>. De fato, tal vínculo representa um importante incentivo para os pesquisadores para tornar disponíveis os próprios dados: o *data journal* fornece uma clara atribuição do trabalho dando crédito ao autor(s) e à (s) instituição(ões), submete o artigo ao processo de *peer review* aplicando determinadas políticas editoriais e critérios de confiabilidade. Além disso, e talvez a mais importante consequência, os *data journal* se inserem nos principais canais de comunicação científica e, assim como os outros tipos de publicações, é acessível, reutilizável e potencialmente citável. Desta forma se assegura a prioridade e o reconhecimento do produtor de dados reforçando sua reputação. Os *data repository* e os *data journal*, que ativam de forma coordenada um processo de verificação da qualidade dos dados, substanciam o princípio de integridade na pesquisa porque a torna reproduzível e/ou replicável. São estes os elementos funcionais à visão do sistema de ciência de Merton.

Mas o que se entende por qualidade do dado?

---

<sup>5</sup> Neste editorial, com o termo “publicação de dados” subentende-se sempre um processo de validação assim como definido por Lawrence.

<sup>6</sup> Utiliza-se o termo “*data repository*” no presente estudo em sua concepção mais ampla e compreensível dos *repository* institucionais, os *repository* disciplinares, os *data centre* e as infraestruturas da pesquisa a nível internacional.

<sup>7</sup> O editorial se concentra em particular sobre os *data journal* denominados puros, porque publicam somente *data paper* (CANDELA, Leonardo et al., *Data Journals: A Survey. Journal of the Association for Information Science and Technology*, 2015, p. 23 s.). Os *data paper* descrevem um *dataset*, fornecendo detalhes sobre sua colheita, elaboração, calibração, etc., sem a necessidade de novas análises ou conclusões inovadoras (CALLAGHAN, Sarah et al., *Processes and Procedures for Data Publication: A Case Study in the Geosciences. International Journal of Digital Curation*, 2013, p. 6 s.). Não são levados em consideração todas as outras tipologias precursoras dos *data journal*.

<sup>8</sup> CALLAGHAN, Sarah et al., *Guidelines on Recommending Data Repositories as Partners in Publishing Research Data. International Journal of Digital Curation*, 2014, p. 12.

O *RIN report* (2008) associa a qualidade ao conceito de “*fit for purpose*”, ou seja, a correspondência entre o dado e a finalidade pela qual foi recolhido, e, portanto, a congruência entre os dados e os resultados obtidos (seja positivos ou negativos) que definem o método da pesquisa. A esse princípio de caráter metodológico se adiciona o requisito de fornecer uma descrição apropriada do dado para permitir o controle e a validação por parte de outros pesquisadores.

O outro requisito é ligado a todos aqueles elementos que deveriam tornar o dado idealmente recuperável, acessível e reutilizável, envolvendo desta forma os aspectos técnicos de criação e conservação do dado. Wang e Strong<sup>9</sup> especificam que a qualidade do dado é determinada pelo “*fitness for use by data consumers*”, atribuindo, portanto, um papel determinante a quem os utiliza. Discute-se que a validação dos dados da pesquisa constitui um mecanismo complexo, repetido em diferentes fases do processo de publicação e que envolve especialidades e competências específicas, também envolvidos em um diálogo aberto que contribui ao avanço do conhecimento.

As reflexões trazidas neste editorial fazem parte de uma intensa análise preliminar em matéria de *Opening up new methods, indicators and tools for peer review, dissemination of research results e impact measurement*. Portanto, após ter apresentado alguns entre os principais aspectos do debate sobre validação dos dados, o presente editorial fornece uma breve descrição de elementos que devem servir como guia para a comunidade científica para testar a aplicabilidade da *peer review* aos dados da pesquisa no Direito processual penal.

A avaliação dos dados corresponde, em grande parte, ao processo de validação repetido durante o inteiro ciclo da pesquisa. Inicia já na fase da proposta, com a definição de um *data management plan* que guia o pesquisador na colheita e administra os dados segundo critérios de qualidade. Aplica-se a um *set* coerente de resultados, obtidos por meio da elaboração dos dados recolhidos, no momento da submissão segundo critérios e procedimentos estabelecidos por quem assume a tarefa de publicar os resultados da pesquisa.

---

<sup>9</sup> WANG, Richard; STRONG, Diane, *Journal of Management Information Systems*, vol. 12, n. 4, Spring, 1996, p. 5-33.

Enfim, é atuada pelos membros da comunidade científica que possuem acesso ao *dataset* e o reutilizam para produzir outros resultados. O ponto crucial é, portanto, representado pela publicação do dado que implica uma avaliação sobre a qualidade, diferente respeito ao caso do compartilhamento de dados na pesquisa, por exemplo em páginas web não submetidas a um processo de avaliação e aprimoramento por controle por pares. Tal avaliação constitui um valor a mais para o potencial utilizador (certifica a confiabilidade) e contemporaneamente dá crédito acadêmico ao(s) autor(es) e/ou instituição que os produziu. Por esta razão a publicação é relacionada não somente com o *peer review* (tradicional e/ou aberta), mas também com a citabilidade do *dataset*, porque esta também constitui uma atribuição de mérito (positiva ou negativa) pelos pares. Delineia-se, portanto, dois momentos essenciais de avaliação:

(1) aquela feita na fase de pré-publicação pelos especialistas na conservação e gestão do dado e do domínio;

(2) e uma atuada na fase pós-publicação pela comunidade de referência através das citações (porém no caso dos dados isto implica a adoção de um standard que ainda teria que ser definido), ou utilizando os instrumentos do *altmetrics*<sup>10</sup>.

Em geral, a maior parte dos estudiosos são concordes em afirmar que o processo de *peer review* de dados é mais complexo e articulado em relação àquele dos artigos científicos. Este requer um consenso ainda não alcançado, se não a nível de específicas comunidades, dos quais aspectos do dado devem ser objeto de avaliação<sup>11</sup>. A isto adiciona-se a complexidade ligada às diferentes tipologias de dados, criados e recolhidos, nos diferentes setores, pra finalidades diversas, com diferentes métodos, instrumentos e técnicas. Além disso, o dado é por si mesmo dinâmico, continuamente atualizável e modificável durante a pesquisa. Entram em jogo, portanto, aspectos ligados à identificação do *dataset* como produto da pesquisa estável, complexo e permanente<sup>12</sup> que deveriam ser facilmente recupe-

---

<sup>10</sup> Ver: <<https://www.altmetric.com/>>, acesso: agosto 2017.

<sup>11</sup> KRATZ, John Ernest; STRASSER, Carly, Researcher Perspectives on Publication and Peer Review of Data. *PLoS ONE*, 2015, p. 35 s.

<sup>12</sup> CALLAGHAN, Sarah et. al., Making Data a First Class Scientific Output: Data Citation and Publication by NERC's Environmental Data Centres. *International Journal of Digital Curation*, 2012, p. 11 s.; MAYERNIK, Matthew S. et al.,

ráveis para ser em seguida reutilizados e reproduzidos. A possibilidade de reproduzir e/ou replicar os resultados de uma pesquisa, a partir dos dados recolhidos, representa de fato o fundamento do método científico sobre o qual se baseia o progresso da ciência. Isto consentiria de subir nas costas, se não de um gigante, de um corpo de resultados sobre os quais construir novos conhecimentos<sup>13</sup>.

Como dito acima, se está delineando um modelo ideal de publicação representado pela estreita colaboração entre *trusted data repository* e *data journal*.

Os *repository* certificados (*trusted*) são aqueles que desenvolvem claras políticas de gestão dos resultados da pesquisa, asseguram e conservam a longo prazo os dados, permitem o acesso ao *dataset*, implementam procedimentos de controle de qualidade, desenvolvem instrumentos de pesquisa para recuperá-los e fornecem estatísticas de uso<sup>14</sup>. Os *data journal*, por sua vez, de acordo com as próprias políticas editoriais, fornecem dois tipos de linhas-guia:

- (1) para o produtor/autor de dados;
- (2) para revisores.

As primeiras deveriam guiar o produtor/autor na descrição do *dataset* em termos de metodologia e protocolo utilizado para recolher e elaborar os dados; as segundas deveriam indicar aos revisores os critérios a partir dos quais avaliar o *data paper*.

Em tal contexto o *data journal*, considerado como tipologia de publicação que promove o reuso e a citação, serve como ponte entre o *dataset* acessível em um *data repository* certificado e o artigo científico tradicional, em quanto fornece uma documentação detalhada

---

Peer Review of Datasets: When, Why, and How. *Bulletin of the American Meteorological Society*, 2015, p. 11 s.

<sup>13</sup> CALLAGHAN, Sarah et. al., Making Data a First Class Scientific Output: Data Citation and Publication by NERC's Environmental Data Centres. *International Journal of Digital Curation*, 2012, p. 17 s.; MAYERNIK, Matthew S. et al., Peer Review of Datasets: When, Why, and How. *Bulletin of the American Meteorological Society*, 2015, p. 11 s.

<sup>14</sup> CALLAGHAN, Sarah et al., Guidelines on Recommending Data Repositories as Partners in Publishing Research Data. *International Journal of Digital Curation*, 2014, p. 23 s.

da metodologia e do processo de colheita dos dados reenviando ao *set* originário (através de DOI bidirecionais e/ou link persistentes). Ademais, pode-se até mesmo referir ao artigo tradicional que, por outro lado, se focaliza na interpretação dos resultados. A ligação bidirecional entre *repository* e *data journal* facilita a identificação e a recuperação do *dataset* que é acessível pelo *repository* em termos de licença e formato. Note-se também que os requisitos de recuperação e acessibilidade representam as pré-condições necessárias para tornar o dado reutilizável, por esta razão os elementos que determinam tais requisitos no dado, e nos respectivos metadados, são também objeto de controle de qualidade e constituem o denominador comum da maior parte dos *repository* e *data journal*<sup>15</sup>.

Inumeráveis e diferentes são os aspectos do dado e dos metadados que necessitam de um controle de qualidade, quando entram em jogo os específicos setores do Direito processual penal, as metodologias e as técnicas para adquiri-los. São muitas as indicações teóricas<sup>16</sup>, assim como são inúmeros os estudos que analisam as práticas em uso e que indicam uma diversidade nas abordagens e nas práticas de controle de qualidade do *repository* que nas linhas guia para o revisor<sup>17</sup>. Provavelmente, isso depende do fato que alguns critérios de qualidade do dado (completeza, autenticidade, integridade, interoperabilidade, reutilizabilidade<sup>18</sup>) podem ser examinados através de um ponto de vista diferente que depende largamente do contexto no qual os dados são validados e das finalidades específicas de cada *stakeholder* envolvido no processo de publicação. Indica-se, por exemplo, o requisito da reutilizabilidade, que tradicionalmente é identificado como uma das qualidades fundamentais do dado.

---

<sup>15</sup> MAYERNIK, Matthew S. et al., Peer Review of Datasets: When, Why, and How. *Bulletin of the American Meteorological Society*, 2015, p. 11 s.

<sup>16</sup> LAWRENCE, Bryan, Citation and Peer Review of Data: Moving Towards Formal Data Publication, 2011, p. 6 s.; PARSONS, Mark A. et al., Data Citation and Peer Review. *Eos*, 2013, p. 297-298.

<sup>17</sup> CANDELA, Leonardo et al., Data Journals: A Survey. *Journal of the Association for Information Science and Technology*, 2015, p. 25 s.

<sup>18</sup> Cfr. <<https://www.force11.org/group/fairgroup/fairprinciples>>. Acesso: maio 2017.

Em geral, o reuso é visto segundo duas concepções que se referem a dois aspectos entre eles coligados:

(1) a qualidade dos metadados que facilita o reuso quando permite de reconstruir o processo de colheita e elaboração;

(2) possível impacto para a comunidade de referência.

Ambos estes aspectos são objetos de avaliação. Simplificando, o primeiro refere-se aos aspectos mais técnicos do dado, por outro lado, o segundo é relativo àqueles mais propriamente científicos<sup>19</sup>.

Todavia, o reuso ligado ao impacto permanece o ponto mais problemático a ser analisado *a priori*. Em geral, pode ser confirmado pelo próprio fato de ser citado uma vez que o dado é publicado e, assim como as outras formas de publicação, indicações sobre sua relevância podem ser medidas calculando o número de citações recebidas. Isso entra entre as principais métricas de avaliação em fase pós-publicação, dando reconhecimento e crédito a quem produziu os resultados da pesquisa.

Em suma, trata-se de uma ação de coordenação e suporte à pesquisa, finalizada a criação de um *network* e plataformas, com o auxílio de especialistas de biblioteconomia, tecnologias da informação e comunicação, editores, pesquisadores.

Três são os temas centrais para o desenvolvimento da ciência aberta: (1) *open peer-review*; (2) disseminação inovadora dos resultados da pesquisa; (3) instrumentos alternativos que medem o impacto da pesquisa.

Acredita-se que estes constituem um referencial sobre os quais analisar as transformações no sistema da comunicação científica, cuja finalidade é:

(a) identificar mecanismos, processos e instrumentos inovadores para o *peer review* aplicado a todos os resultados da pesquisa;

(b) explorar mecanismos de disseminação eficazes para o setor educativo;

(c) analisar um conjunto de novos indicadores para a avaliação do impacto dos resultados da pesquisa coligados aos canais de difusão.

---

<sup>19</sup> CALLAGHAN, Sarah et. al., Making Data a First Class Scientific Output: Data Citation and Publication by NERC's Environmental Data Centres. *International Journal of Digital Curation*, 2012, p. 9 s.

Geralmente, é difícil delimitar exatamente a área do Processo penal porque este inclui diferentes setores com autônomas tradições e que por sua vez influenciam a metodologia e as técnicas de pesquisa. A variedade dos dados das diferentes abordagens metodológicas e técnicas de investigações condicionam as modalidades de descrição do dado e dos metadados, assim como as práticas de difusão e reuso.

O *Digital Curation Centre*<sup>20</sup> (DCC) desenvolveu o *standard Data Documentation Initiative*<sup>21</sup> (DDI) para a descrição dos dados da pesquisa nas Ciências sociais, nas quais se insere o Direito Processual Penal, individuando um esquema de metadados e um dicionário que facilita o acesso, a citabilidade e a reutilização. Além disso, o DDI é inter-operável com outros esquemas de metadados bibliográficos quais o *Dublin Core*<sup>22</sup>, o *Marc*<sup>23</sup> e *Statistical Data and Metadata eXchange*<sup>24</sup> (SDMX). Todavia, a difusão do DDI ainda é limitada a um número restrito de *repository*.

Neste setor, uma porção consistente de dados é representada pelos dados oficiais (os *big data* governativos) produzidos com finalidades diferentes daquelas propriamente científicas. Os entes governativos e os Institutos de estatísticas nacionais, até mesmo em função das recentes normativas (na Itália, por exemplo, a lei sobre a transparência, nos USA ao *Freedom act*, no Renho Unido ao *Freedom of information act*), têm a obrigação de tornar públicos os dados produzidos. Tais entes seguem procedimentos homologados para a colheita e elaboração dos dados e fornecem normalmente uma documentação detalhada que descreve tanto os aspectos metodológicos quanto técnicos do *dataset* colocado à disposição. Trata-se frequentemente de investigações repetidas em intervalos regulares (tipicamente os censimentos), ou sobre temas específicos que tendem a revelar comportamentos da população em relação a um fenômeno. Os dados produzidos pelos Institutos de estatística

---

<sup>20</sup> *Digital Curation Centre*: <<http://www.dcc.ac.uk/>>. Acesso: fevereiro 2017.

<sup>21</sup> *Data Documentation Initiative*: <<http://www.dcc.ac.uk/resources/metadata-standards/ddi-data-documentation-initiative>>. Acesso: fevereiro 2017.

<sup>22</sup> *Dublin Core*: <<http://dublincore.org/>>. Acesso: janeiro 2017.

<sup>23</sup> *Marc standards*: <<https://www.loc.gov/marc/>>. Acesso: janeiro 2017.

<sup>24</sup> *Marc standards*: <<https://www.loc.gov/marc/11StatisticalDataandMetadataeXchange> <https://sdmx.org/>>. Acesso: janeiro 2017.

nacionais e internacionais estão entre as principais fontes utilizadas pelos pesquisadores sociais para produzir novas pesquisas. Fontes centralizadas de dados, como por exemplo o UK Data Archive<sup>25</sup>, fornecem acesso tanto a dados oficiais como àqueles produzidos para finalidades científicas e aplicam técnicas assimiláveis de validação que sustentam a confiabilidade do dado.

É possível afirmar que o modelo de publicação do dado nas ciências sociais permanece prevalentemente vinculado à difusão através dos *data repository* e/ou das tradicionais revistas científicas, algumas das quais requerem documentação suplementar para a descrição dos dados. Atualmente existe somente um único *data journal* no setor das ciências sociais: “*Research Data Journal (RDJ)*”<sup>26</sup>, criado pelo *Data Archiving and Network Services (DANS)*<sup>27</sup> em 2016 com a finalidade de aumentar a visibilidade dos dados depositados no arquivo e de fornecer uma documentação mais ampla e detalhada. A revista segue o modelo do *data journal* em quanto confere o DOI ao artigo e o conecta com o *dataset* depositado em um dos arquivos. O seu desenvolvimento recente permite atualmente uma análise comparativa com as experiências de outros setores disciplinares, mas constitui sem dúvidas um produto editorial interessante e que merece ser monitorado no futuro.

Os *repository* nas ciências sociais representam, portanto, as principais fontes de acesso aos dados. Consequentemente, a qualidade do dado é diretamente proporcional à qualidade do *repository*. Quanto mais o *repository* aplica políticas transparentes e adota procedimentos rigorosos no processo de cura e arquivamento dos dados, mais os dados publicados serão de alta qualidade científica e, portanto, confiáveis e reproduzíveis.

Essa relação é bem representada pela pirâmide dos dados no relatório da *Royal Society* (2012), onde o valor do dado cresce em relação às práticas com as quais os dados são administrados e conservados.

---

<sup>25</sup> UK Data Archive: <<http://www.data-archive.ac.uk/>>. Acesso: janeiro 2017.

<sup>26</sup> *Research Data Journal*: <<http://dansdatajournal.nl/ddj/>>. Acesso: dezembro 2016.

<sup>27</sup> *Data Archiving and Network Services*: <<https://dans.knaw.nl/en/>>. Acesso: dezembro 2016.

A pirâmide apresenta quatro níveis de tipologias de *data repository*, na base encontram-se as coleções individuais colocadas à disposição dos produtores de dados; no nível subsequente se encaixam os *repository* institucionais que gerem os dados das próprias pesquisas. Neste caso, considerado que com frequência os *repository* institucionais gerem diferentes tipologias de publicações, os procedimentos de validação são frequentemente heterogêneos. Nos planos altos da pirâmide estão os *data center* de âmbito nacional<sup>28</sup>, e o ápice é constituído pelas infraestruturas de pesquisa a nível internacional<sup>29</sup>.

Em conclusão, Carpenter afirma que o número dos *dataset* disponíveis aumentou em 400% de 2011 a 2015 e algumas investigações<sup>30</sup> parecem confirmar essa tendência. Isso ocorre especialmente quando os editores pedem o acesso ao dado antes da avaliação entre pares. Isto demonstra, como já afirmado por Merton, que é necessário que as normas individuais ou de comunidade encontrem uma correspondência com aquelas das instituições. Somente esta aliança permite consolidar boas práticas de compartilhamento de dados, que sejam universalmente reconhecidos como bem comum<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> Por exemplo o *Gesellschaft Sozialwissenschaftlicher Infrastruktureinrichtungen* (GESIS) <<https://www.gesis.org/en/home/>>. Acesso: janeiro 2017 e o *Swedish National Service* (SNS) <<https://snd.gu.se/en/>>. Acesso: janeiro 2017.

<sup>29</sup> A nível europeu ver: *Consortium of European Social Science Data Archives* (CESSDA Eric) <<https://www.cessda.eu/>>. Acesso: março 2017; a nível internacional: *Interuniversity Consortium for Political and Social Research* (ICPSR) <<https://www.icpsr.umich.edu/icpsrweb/>>. Acesso: março 2017. É interessante mencionar o projeto “*Data impact blog*” <<http://blog.ukdataservice.ac.uk/>>, acesso: abril 2017, que incentiva discussões nos blogs para intensificar os debates, compartilhar experiências, *best practice* e manter a comunidade científica atualizada sobre os problemas emergentes.

<sup>30</sup> REILLY, Susan et al., Report on Integration of Data and Publications, 2011, p. 33 s.; JENG, Wei et al., Toward a Conceptual Framework for Data Sharing Practices in Social Sciences: A Profile Approach. In the Proceedings of the ASIS, 2016, p. 21 s.

<sup>31</sup> FECHER, Benedikt et al., A Reputation Economy: How Individual Reward Considerations Trump Systemic Arguments for Open Access to Data. *Palgrave Communications*, Nature Publishing Group, 2017, p. 17051 s.; MERTON, Robert K., *The Sociology of Science: Theoretical and Empirical Investigations*. University of Chicago Press, 1973, p. 45 s.

A recente afirmação dos *data journal* caminha nesta direção, porque estes propõem um modelo de forte colaboração entre editores dos *data journal* e os gestores dos *data repository* acomodados pela intenção de tornar os dados válidos e acessíveis para a comunidade científica.

A criação de novos modelos de publicação cria um efeito sobre as diferentes componentes do sistema científico. Estes novos modelos são propostos e experimentados dentro de específicas comunidades científicas que, com base em suas práticas de pesquisa, se deram regras comum para o compartilhamento de dados desenvolvendo instrumentos como as plataformas, metadados, protocolos de validação, etc.

Acredita-se, portanto, que seja importante iniciar um debate com relação à área do Direito Processual Penal, que analise as problemáticas de validação do dado, privilegiando os aspectos que os tornam reproduzíveis e replicáveis (aspectos chave em uma visão de integridade da ciência fundamentada do princípio da “dúvida sistemática”) e que reflitam os critérios acima citados de Merton. Tal integridade encontra na citação uma ulterior forma de validação que, como sublinhado, subintende o reconhecimento do autor e a atribuição de prioridade, a qual representa uma verdadeira moeda da ciência.

Este editorial tem a finalidade de abrir a discussão sobre a aplicabilidade da revisão paritária aberta de dados da pesquisa produzidos nas Ciências Sociais, como é o Direito processual penal, considerando as transformações no atual cenário da pesquisa científica, cujos objetivos são:

(1) identificar mecanismos, processos e instrumentos inovadores para o *peer review* aplicada a todos os resultados da pesquisa;

(2) explorar os mecanismos da disseminação inovadora para o processo penal;

(3) analisar um conjunto de novos indicadores (*altmetric*) que avaliem o impacto dos resultados da pesquisa coligando-os aos canais para a difusão, com fim de construir o contexto global do compartilhamento dos dados, para poder identificar os critérios selecionados pela comunidade científica, em uma perspectiva ampla, que envolve a visão seja daqueles que fornecem os dados seja de quem utiliza os dados.

## **BIBLIOGRAFIA**

CALLAGHAN, Sarah et. al., Making Data a First Class Scientific Output: Data Citation and Publication by NERC's Environmental Data Centres. *International Journal of Digital Curation*, 2012, p. 11 s.

CALLAGHAN, Sarah et al., Processes and Procedures for Data Publication: A Case Study in the Geosciences. *International Journal of Digital Curation*, 2013, p. 6 s.

CALLAGHAN, Sarah et al., Guidelines on Recommending Data Repositories as Partners in Publishing Research Data. *International Journal of Digital Curation*, 2014, p. 23 s.

CANDELA, Leonardo et al., Data Journals: A Survey. *Journal of the Association for Information Science and Technology*, 2015, p. 23 s.

FECHER, Benedikt et al., A Reputation Economy: How Individual Reward Considerations Trump Systemic Arguments for Open Access to Data. *Palgrave Communications*, Nature Publishing Group, 2017, p. 17051 s.

JENG, Wei et al., Toward a Conceptual Framework for Data Sharing Practices in Social Sciences: A Profile Approach. In the *Proceedings of the ASIS*, 2016, p. 21 s.

KRATZ, John Ernest; STRASSER, Carly, Researcher Perspectives on Publication and Peer Review of Data. *PLoS ONE*, 2015, p. 35 s.

LAWRENCE, Bryan, Citation and Peer Review of Data: Moving Towards Formal Data Publication, 2011, p. 6 s.

MAYERNIK, Matthew S. et al., Peer Review of Datasets: When, Why, and How. *Bulletin of the American Meteorological Society*, 2015, p. 11 s.

MERTON, Robert K., Priorities in Scientific Discovery: A Chapter in the Sociology of Science. *American Sociological Review*, 1957, p. 22 s.

MERTON, Robert K., *The Sociology of Science: Theoretical and Empirical Investigations*. University of Chicago Press, 1973, p. 45 s.

PARSONS, Mark A. et al., Data Citation and Peer Review. *Eos*, 2013, p. 297-298.

REILLY, Susan et al., Report on Integration of Data and Publications, 2011, p. 33 s.

WANG, Richard; STRONG, Diane, *Journal of Management Information Systems*, vol. 12, n. 4, Spring, 1996, p. 5-33.

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

*Agradecimentos:* A autora agradece o prof. Vinicius Vasconcellos pela valiosa colaboração na revisão do texto do editorial.

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

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

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

### **COMO CITAR ESTE EDITORIAL:**

CAPPARELLI, Bruna. Editorial: Instrumentos e práticas de suporte para a realização dos objetivos de Ciência aberta – Por uma revisão de dados no Direito Processual Penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 2, p. 485-498, mai./ago. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i2.165>



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

**Dossiê:**  
**Sistemas Processuais**  
**Penais e Imparcialidade Judicial**

---

*Dossier:*  
*Criminal Procedure*  
*Systems and Judicial Impartiality*

---



# Editorial dossier “Sistemas procesales penales e imparcialidad del juez”: Imparcialidad y prueba en el proceso penal – reflexiones sobre la iniciativa probatoria del juez

*Editorial dossier “Criminal Procedure Systems and Judicial Impartiality”: Impartiality and evidence in criminal procedure – consequences to judge’s evidence power*

*Editorial dossiê “Sistemas processuais penais e imparcialidade judicial”: Imparcialidade e prova no processo penal – reflexos sobre a iniciativa probatória do juiz*

**Lorena Bachmaier Winter<sup>1</sup>**

Universidad Complutense de Madrid/Espanha

l.bachmaier@der.ucm.es

 <https://orcid.org/0000-0002-9212-3336>

---

**RESUMEN:** El presente trabajo pretende clarificar cuál es la relación entre el principio de imparcialidad y la intervención del juez en la práctica de la prueba. En otras palabras, si reconocer al juez determinadas facultades en la práctica de la prueba atenta contra la garantía de la imparcialidad. Se planteará si la garantía de la imparcialidad requiere la absoluta pasividad del juez en el desarrollo del debate contradictorio o si, por el contrario, se trata de una exigencia derivada de una determinada concepción del modelo contradictorio. Las respuestas que demos a estas cuestiones incidirán directamente en la valoración de la posición del juez en relación con la práctica de la prueba, si la misma ha de excluirse o limitarse o, por el contrario, no afectando al

---

<sup>1</sup> Professora Catedrática da Universidad Complutense de Madrid. Doutora em Direito pela Universidad Complutense de Madrid (Espanha) e doutora honoris causa pela Universidad San Pedro (Perú).

principio de imparcialidad, es una cuestión relacionada con los fines del proceso. Para ello analizará previamente el concepto de imparcialidad y sus diversas acepciones.

**PALABRAS CLAVE:** imparcialidad judicial; independencia; prueba; proceso penal; sistemas procesales; sistema acusatorio; modelo contradictorio; sistema adversarial.

**ABSTRACT:** *The aim of this paper is to clarify the relationship between the principle of impartiality and the role of the judge in the trial with regard to the evidence. In particular I will argue that recognizing certain powers to the judge to intervene in the cross-examination of witnesses or interrogating the defendant, does not necessarily undermine the fundamental right to an impartial judge. It will be analyzed if the principle of impartiality does per se justify a completely passive role of the trial judge, or rather a position of the judge as mere spectator is a requirement of a certain understanding of the adversarial model. To this end, I will first address the concept of impartiality and its various meanings.*

**KEYWORDS:** *judicial impartiality; judicial independence; criminal procedure; models of procedure; adversarial system; accusatorial system; right to confrontation.*

**RESUMO:** *O objetivo deste trabalho é esclarecer a relação entre o princípio da imparcialidade e o papel do juiz no julgamento no que diz respeito à prova. Em outras palavras, se reconhecer algumas faculdades ao julgador na produção probatória viola a garantia da imparcialidade. Se questionará se a garantia da imparcialidade requer a absoluta passividade do juiz no desenvolvimento do debate contraditório ou se, pelo contrário, se trata de uma exigência derivada de uma determinada concepção do modelo contraditório. As respostas que apresentaremos a tais questões incidirão diretamente na valoração da posição do julgado em relação à prática da prova, se ela deve ser excluída ou limitada, ou se não afeta a imparcialidade, o que é uma questão relacionada aos fins do processo. Para isso, se analisará previamente o conceito de imparcialidade e suas diversas definições.*

**PALAVRAS-CHAVE:** *imparcialidade judicial; independência; prova; processo penal; sistemas processuais; sistema acusatório; modelo contraditório; sistema adversarial.*

---

## I. INTRODUCCIÓN

Es difícil exagerar la importancia de la imparcialidad como principio integrante del concepto de justicia y, por tanto, de la función jurisdiccional. De hecho, la configuración de la entera estructura del proceso, como también la del propio estatuto jurídico de los jueces, está concebida para garantizar a los justiciables el derecho a un juicio imparcial. Las conductas o actuaciones que pueden suscitar dudas acerca de si el juez está en condiciones de llevar a cabo su función de manera objetiva y ateniéndose exclusivamente a la ley, son de muy diversa índole.

Una de las situaciones que genera mayor debate en cuanto a su incidencia en la imparcialidad judicial —o en la imagen de imparcialidad— es la que se refiere al rol del juez o tribunal en el debate contradictorio<sup>2</sup> y a su actuación en la práctica de la prueba<sup>3</sup>. Para valorar la imparcialidad de un juez concreto, el legislador actúa de un doble modo. Por un lado, identifica determinadas circunstancias, objetivamente determinadas, que considera causas de abstención o recusación del juez porque representan un riesgo para la imparcialidad o su apariencia. Por otro lado, regula el propio modelo y estructura del proceso penal de manera que prevea, evite, minimice o excluya que las funciones atribuidas al juez menoscaben su posición como tercero imparcial. El presente trabajo se centra en un concreto aspecto de este segundo modo de actuar del legislador.

---

<sup>2</sup> Sobre el sistema contradictorio vid. el interesante capítulo de G. Illuminati, “Modello processuale accusatorio e sovraccarico del sistema giudiziario”, en el cual el autor no sólo realiza un análisis conceptual de este sistema y sus diferencias con el sistema adversarial de los Estados Unidos, sino que además introduce una visión realista del funcionamiento del proceso penal contradictorio italiano.

<sup>3</sup> Vid., entre otros, J. PICÓ I JUNOY, “Reflexiones en torno a la cuestionada iniciativa probatoria del juzgador penal”, *Revista Justicia* 1-1996, pp. 158-159; J.A. DÍAZ CABIALE, *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*, Granada, 1996, p. 199 y ss. En la doctrina brasileña: M. ZILLI, *A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal*. São Paulo, 2003; V. VASCONCELLOS, O ‘Sistema Acusatório’ do Processo Penal Brasileiro: Apontamentos Acerca do Conteúdo da Acusatoriedade a partir de Decisões do Supremo Tribunal Federal. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 47, p. 181-204, jul./dez. 2015; J. COUTINHO, O papel do novo juiz no processo penal. In: J. COUTINHO (coord.). *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro, 2001.

Antes de entrar en materia, conviene recordar algo bien conocido pero no pocas veces soslayado en la práctica. La garantía de la imparcialidad no persigue cuestionar en cada caso la capacidad de jueces y magistrados para mantener un distanciamiento emocional de los asuntos que son llamados a decidir; ni tampoco poner en duda su sometimiento estricto a la ley y su voluntad de aplicar la ley en términos de igualdad. En otras palabras, no se trata, con las medidas de garantía de la imparcialidad, de hacer un juicio moral implícito sobre la persona del juez. Por ello, verificar la existencia de una causa que afecta a la imparcialidad judicial no equivale a una afirmación de parcialidad de un juez concreto, sino que implica simplemente constatar que quizás “puede temerse que sea *iudex suspectus*”<sup>4</sup>.

Como ya he indicado, la delimitación legal de las funciones del juez en el desarrollo del proceso debe tener por finalidad, entre otras, lograr que dichas funciones sean ejercidas con las máximas garantías de imparcialidad, y también que esa imparcialidad se vea reflejada externamente. Es decir, que el juez no sea parte en el propio enjuiciamiento y tampoco sea percibido como tal. A ello se encaminan precisamente el modelo acusatorio con dualidad de partes; la no iniciación del proceso por parte del juez (*nemo iudex sine actore*); o el derecho al juez no prevenido, que impide la coincidencia de la función de instruir o investigar y de juzgar en la misma persona, esto es, que quien instruye o investiga no asuma posteriormente las funciones de juzgar. Todo esto es bien conocido y, en la medida en que existe consenso en cuanto a su importancia para la configuración del proceso penal, no es necesario analizarlo aquí de nuevo.

Sí hay, en cambio, una cuestión concreta que sigue siendo controvertida, tanto por parte de la doctrina como de la jurisprudencia: la relativa a la intervención del juez penal en relación con la prueba. Lo que en sustancia se discute es si la imparcialidad requiere la absoluta pasividad del juez en el desarrollo del debate contradictorio; es decir, si su intervención en ese debate con el fin de aclarar los hechos, cuestionar la veracidad de las declaraciones o valorar la credibilidad de los testigos,

---

<sup>4</sup> Así la sentencia del Tribunal Supremo (STS) español de 21 de octubre de 1986 (RAJ 5714).

implica no sólo una quiebra de la concepción del modelo contradictorio sino también de la propia garantía de imparcialidad.

En torno a esta cuestión, precisamente, se ha elaborado el presente trabajo, que pretende clarificar si reconocer al juez determinados poderes de intervención en la práctica de la prueba atenta contra la garantía de la imparcialidad. ¿Puede el juez formular preguntas a los testigos o interrogar al acusado sin perder su imparcialidad? ¿Entrañaría tal actuación riesgos para la imparcialidad del tribunal o para su apariencia? ¿Puede quizás afirmarse que la defensa a ultranza de que el juez ha de mantener una actitud pasiva se basa en una cierta concepción del modelo acusatorio más que, en rigor, en la garantía de la imparcialidad? Las respuestas que demos a estas cuestiones incidirán directamente en cómo se configure la posición del juez en relación con la práctica de la prueba, y por tanto en qué medida ha de excluirse o limitarse su intervención en la misma durante el desarrollo del juicio oral.

Es bien conocido que, en materia de imparcialidad judicial, existe una abundante literatura jurídica, tanto desde la perspectiva procesal como del derecho constitucional y la filosofía del derecho. Naturalmente, sería innecesario, por reiterativo, abordar aquí el análisis del fundamento constitucional o de la relevancia de la imparcialidad para la función jurisdiccional. Pero es inevitable que, para responder a las cuestiones antes mencionadas, partamos de un concepto de imparcialidad relativamente perfilado. A ello dedicaré el siguiente epígrafe, que, aunque extenso, en realidad trata de sintetizar una temática de enorme complejidad<sup>5</sup>.

A continuación argumentaré que la intervención del juez en el debate contradictorio con objeto de clarificar los hechos aportados por las partes en el juicio oral, a mi entender, no tiene necesariamente que desterrarse por motivos basados en el derecho a un juez imparcial;

---

<sup>5</sup> En este trabajo me limito a abordar la imparcialidad que se exige a los jueces profesionales, siendo conscientes de que muchas de las afirmaciones pueden verse moduladas en relación con el tribunal del jurado formado por ciudadanos legos, en los que el sexo o la raza pueden, en determinadas circunstancias, ser invocados como causas de recusación de los miembros de alguno de los miembros. Acerca de la imparcialidad de los miembros del jurado, vid. en general, E. VALLINES GARCÍA, *Instrumentos para garantizar la imparcialidad e independencia de los jurados*, Cizur Menor, 2008, pp. 26 y ss.

y que tampoco la noción de un juez más “inquisitivo”, de por sí, incide negativamente en la imagen de imparcialidad. No abordaré el alcance del contradictorio en la fase de instrucción que será objeto de análisis en otro artículo del dossier.<sup>6</sup>

## II. LOS PERFILES ESENCIALES DE LA IMPARCIALIDAD

### 1. APROXIMACIÓN A UN CONCEPTO COMPLEJO: OBJETIVIDAD, NEUTRALIDAD, PARCIALIDAD E INDEPENDENCIA

La imparcialidad es un principio nuclear de la impartición de justicia, sin cuya existencia no puede hablarse propiamente de un proceso judicial<sup>7</sup>. Con razón afirma Goldschmidt que resulta extraño que no se la incluya siempre entre los principios fundamentales del proceso, pues “la justicia se basa en la imparcialidad de las personas que intervienen legalmente en la resolución de la causa”<sup>8</sup>.

Como recuerda Rawls, el núcleo del concepto mismo de justicia es la *fairness*, que implica imparcialidad o equidad, requiere la eliminación de distinciones arbitrarias y, por tanto, está estrechamente ligada a la igualdad<sup>9</sup>. Si esto es aplicable al concepto de imparcialidad en abstracto, también lo es al proceso, que será justo si es imparcial, y por tanto si satisface los principios que cada una de las partes podrían proponerse recíprocamente y aceptar mutuamente<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> Al respecto vid. el capítulo de S. RUGGERI, en este mismo volumen, “Equality of arms, impartiality of the judiciary and the role of the parties in the pre-trial inquiry: the perspective of the Italian criminal justice”. Aunque se centra en el proceso italiano y su evolución, el análisis de los principios tiene validez general.

<sup>7</sup> Entre otros, M. CAPPELLETTI, “Fundamental Guarantees of the parties in the civil proceedings (General Report) Cappelletti, en *Fundamental Guarantees* (con D. Tallon), Milano 1972, p. 664. En igual sentido S. COTTA, “L’istituzione giudiziaria tra diritto e politica”, *Riv. Diritto Civ.*, 1984-I, pp. 430 y ss.

<sup>8</sup> W. GOLDSCHMIDT, “La imparcialidad como principio básico del proceso”, *Rev. Dcho. Proc.*, 1950-2, pp. 186-187.

<sup>9</sup> J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Oxford 1999 (revised ed.), pp. 10 y ss.

<sup>10</sup> *Ibidem*, pp. 47 y ss.

Tan trascendente es esta “exigencia básica del proceso debido” que “sin juez imparcial no hay propiamente proceso jurisdiccional”<sup>11</sup>. La imparcialidad se considera inmanente al propio concepto de juez<sup>12</sup>, según lo refleja la máxima *nemo iudex in causa sua*. Expresivamente lo ha indicado el Tribunal Constitucional español al afirmar que “la nota de imparcialidad forma parte de la idea de juez en la tradición constitucional”<sup>13</sup>.

La imparcialidad aparece con frecuencia unida a la independencia en los instrumentos internacionales, en los cuales se alude al derecho a “un juez independiente e imparcial” (e-g- art. 6.1 CEDH). Independencia e imparcialidad son dos principios diferentes pero estrechamente vinculados y complementarios. La independencia judicial excluye toda subordinación o dependencia respecto de otros poderes del Estado, y también respecto de cualquier criterio distinto del que se establece en la ley<sup>14</sup>. Pero la independencia tiene en realidad carácter instrumental: no constituye un fin en sí mismo, sino que se justifica en la medida en que sirve a la realización del derecho y a la paz jurídica de forma imparcial<sup>15</sup>. Esta conexión intrínseca entre independencia judicial y realización del principio de legalidad aparece reiteradamente en la doctrina, tanto constitucionalista como procesalista<sup>16</sup>. Y, si no está garantizado

---

<sup>11</sup> Así, entre otras SSTC 60/1995, de 8 de mayo; 11/2000, de 17 de enero; y 151/2000, de 13 de junio. Vid., L. BACHMAIER, *Imparcialidad judicial y libertad de expresión de Jueces y Magistrados. Las Recusaciones de Magistrados del Tribunal Constitucional*, Cizur Menor, 2008, p. 19.

<sup>12</sup> R. JIMÉNEZ ASENSIO, *Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial*, Cizur Menor 2002, pág. 59.

<sup>13</sup> STC 162/1999, de 27 de septiembre.

<sup>14</sup> Así, por ejemplo, en los “Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura”, adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985.

<sup>15</sup> Así, por ejemplo, F. BAUR, *Justizaufsicht und richterliche Unabhängigkeit*, Tübingen 1954, p.17. Sobre esta conexión en relación con el TPI, vid. más adelante el trabajo de A.BELTRÁN MONTOLIU, “Imparcialidad judicial y actividad probatoria en la Corte Penal Internacional”.

<sup>16</sup> Entre otros vid., D. SIMON, *La independencia del Juez* (trad. de C. Ximénez-Carrillo), Barcelona 1985, p.10; J.L. REQUEJO PAGÉS, *Jurisdicción e independencia judicial*, Madrid 1989, p. 116; J. MONTERO AROCA, *Independencia*

el principio de legalidad, tampoco lo estará el de la imparcialidad y el de la igualdad ante la ley.

Por otro lado, hay una clara relación entre la imparcialidad y el derecho al juez legal o derecho al juez predeterminado por la ley<sup>17</sup>: la predeterminación legal del órgano judicial constituye una garantía de la independencia y de la imparcialidad judicial<sup>18</sup>.

Con frecuencia, la primera aproximación al concepto de imparcialidad se centra en la exigencia de que el juez no sea parte en el proceso, que sea un tercero ajeno a la disputa: un tercero que no sea parte en el conflicto y que ocupe una posición trascendente respecto de las partes<sup>19</sup>. Junto a ello se destaca que la imparcialidad exige que el juez en su decisión no tome partido a favor de ninguna de las partes. Es decir, que sea ajeno a los intereses de las partes: lo que la doctrina italiana ha denominado *terzietà o estraneità del giudice nei confronti degli interessi in causa*<sup>20</sup>, traducido como desinterés objetivo. Ello significa que no tenga relaciones con ninguna de las partes y que no realice actos que pongan

---

y responsabilidad del juez, Madrid 1990, p. 119; J.F. LÓPEZ AGUILAR, *La justicia y sus problemas en la Constitución: justicia, jueces y fiscales en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Madrid 1996, p.112 y ss.; I. VALLDECABRES ORTIZ, *La imparcialidad del Juez y medios de comunicación*, Valencia 2004, pp. 127 y ss.

<sup>17</sup> Vid. STEDH *Moiseyev v. Russia*, Appl. No. 62936/00, de 9 de octubre de 2008.

<sup>18</sup> El principio de predeterminación legal tiene su origen en el sistema penal de las monarquías absolutas, contra el sistema de delegaciones y avocaciones y como reivindicación de estabilidad de los jueces. Con la implantación de un sistema de división de poderes, la predeterminación legal adquiere significación como garantía de la independencia de los jueces. Vid. I. VALLDECABRES ORTIZ, *ob.cit.*, p. 140. Vid. también: G. BADARÓ, *Juiz Natural no Processo Penal*. São Paulo: RT, 2014.

<sup>19</sup> Así, por ejemplo, las SSTC 44/1985, 137/1994 y 60/1995. Vid. también, entre otros, J. MONTERO, *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Valencia 1999, pp. 186-187.

<sup>20</sup> Vid. P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, Padova 1954, p. 69. En el mismo sentido A. ARIAS DOMÍNGUEZ, *La abstención y la recusación de jueces y magistrados*, Madrid 1999, p. 29, “que sus intereses no concurren con ninguna de las partes antagonicas del conflicto”. J. MONTERO AROCA, *ob. ult. cit.*, p. 187, citando a Wach, señala que además de no ser parte, la imparcialidad implica que “el juez no sirve a la finalidad subjetiva de alguna de las partes en un proceso.”

de manifiesto una previa toma de posición respecto del asunto llamado a decidir.<sup>21</sup> Dicho de otro modo: una actitud de neutralidad.

La diversidad de acepciones y notas características que se atribuyen a la imparcialidad se refleja tanto en la doctrina como en la jurisprudencia<sup>22</sup>.

A título de ejemplo, y sin ánimo de exhaustividad, la imparcialidad se ha definido: como un requisito de idoneidad<sup>23</sup>; de legitimación del juez<sup>24</sup>; si concurre una causa de abstención o recusación, como un supuesto excepcional de falta de legitimación del juez<sup>25</sup>; como una cualidad inseparable a la idea de juez<sup>26</sup>; como una de las garantías más firmes de una decisión justa incluida dentro del derecho al proceso debido<sup>27</sup>; como una manifestación de la independencia judicial en el caso concreto<sup>28</sup>; como una actitud<sup>29</sup>; como un estado de ánimo según el cual el juez a la hora de juzgar deja al margen cualquier consideración subjetiva; como objetividad consistente en la vocación de ser fiel a la ley y a los valores del ordenamiento jurídico<sup>30</sup>; como neutralidad, desinterés, ajeneidad o como actitud de rectitud.

Si vamos a un contexto jurídico muy diferente, como es el norteamericano, observamos posiciones similares en materia de imparcialidad y neutralidad. Así, el *Model Code of Judicial Conduct* de la *American Bar Association* afirma que el término imparcialidad denota ausencia de

---

<sup>21</sup> Sobre esto, en la doctrina brasileña: A. MAYA, *Imparcialidade e Processo Penal da Prevenção*: da competência ao juiz das garantias. Rio de Janeiro, 2011.

<sup>22</sup> Vid. L. BACHMAIER, op. cit., pp. 20-21.

<sup>23</sup> F. CARNELUTTI, *Diritto e processo. Trattato del processo civile*, Napoli 1958, p. 74.

<sup>24</sup> F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, t. IV, Padova 1936, p. 183; V. GIMENO SENDRA, "Poder judicial, potestad jurisdiccional y legitimación de la actividad judicial", *Rev. Dcho. Proc.*, 1978, p. 336 y ss.; R. SERRA CRISTÓBAL, *La libertad ideológica del juez*, Valencia 2004, pp.27 y ss.

<sup>25</sup> C. FARANDA, *La capacità del giudice*, Milano 1958, pp. 42-43.

<sup>26</sup> P. CALAMANDREI, *Proceso y democracia*, Buenos Aires 1960, p. 60.

<sup>27</sup> I. ESPARZA LEIBAR, *El principio del proceso debido*, Barcelona 1995, p. 216.

<sup>28</sup> Así A. ARIAS DOMÍNGUEZ, *La abstención y la recusación de jueces y magistrados*, Madrid 1999, p. 42.

<sup>29</sup> J. L. REQUEJO PAGÉS, *Jurisdicción e independencia judicial*, Madrid 1989, p. 167.

<sup>30</sup> E. FAZZALARI, "La imparzialità del giudice", *Riv. Dir. Proc.*, 1972, p.195.

prejuicio a favor o en contra de una parte en particular o de una clase de partes, así como mantener una mente abierta respecto de las cuestiones que pueden llegar a serle planteadas al juez<sup>31</sup>.

Por lo que se refiere al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en numerosas sentencias se equipara la imparcialidad a objetividad y neutralidad, y se señalan como características esenciales la ausencia de prejuicios y de parcialidad<sup>32</sup>. La definición del TEDH es deliberadamente genérica y amplia, pero se concreta a través de los sistemas de control de la garantía en cada caso concreto. En todo caso, definir la imparcialidad como ausencia de parcialidad obliga a analizar qué significa la “parcialidad” en el contexto procesal.

Se entiende que existe parcialidad cuando el juez, en el desarrollo del proceso o en su decisión, favorece o tiende a favorecer a una de las partes sobre la base de argumentos ajenos al proceso y distintos de la aplicación del derecho objetivo, atentando así contra el principio de igualdad. Es decir, cuando toma partido por una de las partes por influencia de circunstancias subjetivas y ajenas al caso. Visto desde la perspectiva opuesta, la imparcialidad reclama que la decisión judicial se funde exclusivamente en las circunstancias objetivas del caso conforme a derecho, sin interferencias ajenas, sobre la base de las actuaciones realizadas en el proceso. Además, la imparcialidad excluye la existencia de una previa disposición de ánimo en el juez que le haga inclinarse a favorecer —o perjudicar— a una de las partes<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> *ABA Model Code of Judicial Conduct* 2007: “Impartial,” “impartiality,” and “impartially” mean absence of bias or prejudice in favor of, or against, particular parties or classes of parties, as well as maintenance of an open mind in considering issues that may come before a judge. See Canons 1, 2, and 4, and Rules 1.2, 2.2, 2.10, 2.11, 2.13, 3.1, 3.12, 3.13, 4.1, and 4.2. Accesible en: [https://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/judiciaethics/ABA\\_MCJC\\_approved.authcheckdam.pdf](https://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/judiciaethics/ABA_MCJC_approved.authcheckdam.pdf)

<sup>32</sup> Entre otras vid., *Piersack v. Belgium* de 1 de octubre de 1982; *Hauschildt v. Denmark*, de 24 de mayo de 1989; *Nortier v. Neatherlands*, de 24 de agosto de 1993; *Ferrantelli and Santangelo v. Italy*, de 7 de agosto de 1996; *Buscemi v. Italy*, de 16 de septiembre de 1999; *McGonnell v. United Kingdom*, de 8 de febrero de 2000; *Morel v. France*, de 6 de junio de 2000; *Ranson v. United Kingdom*, de 2 de septiembre de 2003 ; *Kyprianou v. Cyprus* de 27 de septiembre de 2004.

<sup>33</sup> Vid. J. RIEDEL, *Das Postulat der Unparteilichkeit des Richters*, Berlin 1980.

Son dos, por tanto, los elementos que, en principio, permiten identificar una actuación parcial<sup>34</sup>: 1) la influencia de elementos subjetivos y ajenos al caso en el desarrollo del proceso o en la decisión judicial; y 2) que, sobre la base de esos elementos, se confiera o tienda a conferir un trato desigual a las partes al margen del estricto sometimiento a la ley. Por otra parte, para diferenciar una actuación parcial de una mera infracción procesal que favorece a una de las partes, ha de atenderse a la actitud interna del juez, proclive a un tal trato de favor. En la práctica, para evitar difíciles averiguaciones, y una prueba aún más difícil, sobre el motivo que fue causa de la actuación procesal, lo determinante será cómo se perciba externamente tal actuación del juez.

De lo expuesto hasta ahora podríamos concluir que los tres elementos característicos de una actuación parcial son: el ánimo interno del juez, la incidencia de elementos ajenos al proceso, y la consecuencia de tender a favorecer a los intereses de alguna de las partes<sup>35</sup>.

Por lo demás, el hecho de que el juez sea consciente o no de su tendencia o predisposición a favorecer a una de las partes no es decisivo para que se aprecie una actuación parcial<sup>36</sup>.

## 2. IMPARCIALIDAD OBJETIVA, IMAGEN DE IMPARCIALIDAD Y ESTRUCTURA DEL PROCESO

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde la sentencia *Piersack*<sup>37</sup>, y asumiendo una clasificación existente en la jurisprudencia de los tribunales del Reino Unido (análoga a la distinción entre *actual bias*

---

<sup>34</sup> Vid. L. BACHMAIER, op. cit., p. 23.

<sup>35</sup> Así J. RIEDEL, ob. cit. p. 20; R. JIMÉNEZ ASENSIO, *Imparcialidad judicial y derecho al Juez imparcial*, cit., p. 71.

<sup>36</sup> Así sucede, por ejemplo, cuando existen prejuicios de los cuales el propio juez no es consciente, pero que constituyen una posición o convicción interna que, al margen de los elementos objetivos del caso, le hacen tender a beneficiar o perjudicar a una de las partes. Vid. C. STEMMLER, *Befangenheit im Richteramt. Eine systematische Darstellung der Ausschließungs- und Ablehnungsgründe unter Berücksichtigung des gesetzlichen Richters als materielles Prinzip*, Tübingen 1975, pp. 99 y ss.

<sup>37</sup> *Piersack v. Belgium*, de 1 de octubre de 1982.

y *apparent bias*<sup>38</sup>), se ha referido a la imparcialidad subjetiva y objetiva. Para el Tribunal de Estrasburgo, la aproximación subjetiva a la imparcialidad se centraría en la conducta del juez en el caso concreto, con el fin de determinar si tiene un prejuicio real, averiguar sus convicciones personales, y analizar su actitud personal frente al asunto<sup>39</sup>.

Frente a esta dimensión subjetiva, el control de la dimensión objetiva de la imparcialidad tomaría en cuenta no tanto los posibles prejuicios del juez, sino las circunstancias del caso, con el fin de analizar si ofrecen garantías suficientes para excluir legítimas sospechas de parcialidad<sup>40</sup>. El análisis de la dimensión objetiva no cuestiona la actitud del juez ni su integridad, sino que se centra en determinar si un concreto juez por razón de sus funciones, su situación, o sus relaciones o intereses respecto de las partes o del objeto del proceso, puede generar dudas objetivas acerca de la imparcialidad.

A este respecto, es importante no olvidar que la propia estructura del proceso es la garantía básica de la imparcialidad. Su configuración legal ha de posibilitar que la imparcialidad sea efectiva, que no permita que una de las partes se vea favorecida frente a la otra, que el debate sea justo<sup>41</sup>. Cuando no sucede así, la igualdad podría verse comprometida (aunque ello no constituya de suyo y necesariamente una actuación parcial). Asimismo, basta con que las circunstancias externas o la propia estructura del proceso generen un riesgo objetivo para cuestionar la existencia real de imparcialidad, pues no sólo es importante evitar que algún juez sea parcial, sino también que el ciudadano pueda confiar en que la justicia se aplicará en su caso de manera imparcial.

Se advierte así que la valoración objetiva de los hechos que pueden menoscabar la imparcialidad judicial está en estrecha relación con la

<sup>38</sup> Vid. G. SLAPPER and D. KELLY, *Sourcebook on the English Legal System*, London 2001, pp. 564-565.

<sup>39</sup> Entre otras, vid., *Hauschildt v. Denmark*, de 2 de mayo de 1989, *Thoman v. Switzerland*, de 10 de junio de 1996, *Ferrantelli and Santangelo v. Italy*, de 7 de agosto de 1996. Vid. también M. KUIJER, *The Blindfold of Lady Justice. Judicial Independence and Impartiality in Light of the Requirements of Article 6 ECHR*, Leiden 2004, pp. 303-306; K. REID, *A practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, London, 2008, p.130.

<sup>40</sup> Entre otras, *De Cubber v. Belgium*, de 26 de octubre. Vid. K. REID, ob.cit., p.130.

<sup>41</sup> Vid. STC 151/2000, de 13 de junio.

idea de que la apariencia de imparcialidad es necesaria para la confianza del ciudadano en la justicia; y que, por ello, la imagen de imparcialidad judicial debe protegerse como un valor esencial de la propia sociedad. Es lo que transmite la máxima inglesa de que no sólo es importante que se haga justicia sino que se vea esa justicia<sup>42</sup>. En la misma dirección, el TEDH ha sostenido reiteradas veces que las apariencias son relevantes, porque está en juego la confianza que, en una sociedad democrática, los ciudadanos deben tener en sus tribunales de justicia<sup>43</sup>. La imparcialidad está directamente conectada con la imagen del poder judicial como institución y es esencial para la legitimidad de la justicia en general y del Estado en particular<sup>44</sup>.

Pese a todo, lo cierto es que, la diferenciación entre las dimensiones subjetiva y objetiva no tiene demasiada relevancia práctica: la garantía de la imparcialidad opera de ordinario sobre causas que se ya han sido objetivadas, bien por la ley o por la jurisprudencia, presumiendo que inciden —o pueden incidir— en el ánimo o actitud del juzgador.

Todo lo anterior podría llevar a la conclusión de que lo importante, en relación con el desarrollo de la función jurisdiccional, es la

---

<sup>42</sup> *R. v. Sussex Justices ex p McCarthy*: “it is of fundamental importance that justice must not only be done but should manifestly and undoubtedly be seen to be done”. La distinción entre el aspecto subjetivo y objetivo de la imparcialidad, también fue asumida por el Tribunal Constitucional español, pero dándole un significado diferente, al distinguir entre las causas que afectan a las relaciones con las partes —dimensión subjetiva— y las que afectan a las relaciones con el objeto del proceso —dimensión objetiva—. La diversa acepción asumida por el Tribunal Constitucional y el TEDH, lejos de contribuir a clarificar la noción de imparcialidad ha sido fuente de confusiones o malentendidos. R. JIMÉNEZ ASENSIO, *Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial*, cit., p. 198.

<sup>43</sup> En numerosas sentencias del TEDH se repite —casi siempre de manera literal— la misma afirmación: “(...) even appearances may be of certain importance. What is at stake is the confidence which the courts in a democratic society must inspire in the public”.

<sup>44</sup> Vid. el Informe 18(2015) del Consejo Consultivo de Jueces Europeos del Consejo de Europa “La posición del poder judicial y su relación con los demás poderes del Estado en una democracia moderna” de 16 de octubre de 2015, accesible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Temas/Relaciones-internacionales/Relaciones-internacionales-institucionales/Europa/Consejo-Consultivo-de-Jueces-Europeos>

apariencia de imparcialidad; y que lo mismo debería predicarse respecto a la estructura del proceso y los poderes de actuación del juez<sup>45</sup>. A mi modo de ver, no cabe duda de que, para garantizar una decisión basada en justicia, lo que importa es la imparcialidad real y no su mera apariencia. Pero, como ya he señalado antes, normalmente esa garantía puede llevarse a cabo de manera preventiva sólo centrándose en las apariencias, es decir, mediante la presunción de que ciertos hechos pueden ser considerados *a priori* como factores de riesgo para la imparcialidad. No olvidemos que la imparcialidad es característica que ha de tutelarse respecto de la propia administración de justicia en el conjunto de sus instituciones, y no sólo respecto de la actuación —y actitud— de un juez ante un caso concreto. La confianza en la justicia es decisiva para la seguridad de todo el ordenamiento jurídico, y por ello la imparcialidad judicial adquiere un significado trascendental para el conjunto del sistema institucional<sup>46</sup>.

### 3. LOS FACTORES SUBJETIVO-PERSONALES DEL JUEZ Y LA DIFERENCIA CON LA QUIEBRA DE LA IMPARCIALIDAD

Antes he definido la actuación imparcial como aquella en la que el desarrollo del proceso y la decisión judicial se basan en la estricta aplicación de la ley, sin que incidan elementos subjetivos ajenos al objeto del proceso a favor o en contra de una de las partes. Esa definición, sin embargo, requiere ser matizada, pues toda sentencia judicial, en la medida en que es la expresión de un quehacer humano, está influida por elementos subjetivos y en ella se refleja de manera más o menos intensa la personalidad del juez<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> En este sentido el Magistrado De Meyer en su voto particular en el caso *Padovani v. Italy*, de 26 de febrero de 1993, ha llegado a expresar en relación con la imparcialidad judicial que quizás se estaba dando más importancia a las apariencias que a la propia realidad.

<sup>46</sup> Así, R. JIMÉNEZ ASENSIO, ob.cit., p. 72. Imparcialidad en este contexto institucional se refiere a la neutralidad que los jueces —y por tanto la institución que representan— deben mantener frente a los demás poderes del Estado, puesto que esa falta de neutralidad minaría la requerida confianza de la sociedad en el poder judicial

<sup>47</sup> L. BACHMAIER, op. cit., p. 31. Así también R. JIMÉNEZ ASENSIO, ob. cit., p. 89.

Toda aplicación de la ley requiere una labor de interpretación y valoración, que se manifiesta con más intensidad en supuestos de lagunas legales, de aplicación de normas generales, o ante normas que expresamente confieren al juez un margen de decisión discrecional<sup>48</sup>. Las normas deliberadamente abiertas confieren flexibilidad a las leyes en una sociedad cambiante y permiten que el juez adapte la regulación a las circunstancias concretas en cada situación y momento. A medida que la ley deja mayor margen de discrecionalidad, pierde objetividad y se relativiza con un elemento subjetivo que podría ir en detrimento de la neutralidad judicial, así como en el distanciamiento del juez del caso concreto y de las partes del proceso<sup>49</sup>. En otras palabras, mientras más amplio es el ámbito de discrecionalidad judicial, mayor es el riesgo de que en la decisión del juez influyan elementos externos a favor o en contra de alguna de las partes.

El elemento valorativo también está presente en el desarrollo del proceso, por lo que en todo juicio jurisdiccional influyen factores individuales y sociales de diversa índole que, en conjunción con lo dispuesto en la ley, conformarán la decisión judicial<sup>50</sup>. Como dijo en su día Carnelutti citando a Capograssi, garantizar una objetividad total sólo sería posible si el juez estuviera “assente”, en el sentido de que no tuviera conocimientos de ningún tipo que provocaran una predisposición<sup>51</sup>; en la medida en que uno está “presente”, toma conocimiento de los hechos, se involucra en ellos e irremediabilmente tiende a participar a favor o en contra de una de las partes<sup>52</sup>.

---

<sup>48</sup> En igual sentido M. KUIJER, ob.cit., p. 315.

<sup>49</sup> Así K.A. BETTERMANN, “Vom Sinn und von den Grenzen der richterlichen Unabhängigkeit”, en *Die Unabhängigkeit des Richters*, Köln, 1969, p. 53.

<sup>50</sup> O. BACHOF, *Grundgesetz und Richtermacht*, Tübingen 1959, p. 35; R. WAS-SERMANN, *Die richterliche Gewalt. Macht und Verantwortung des Richters in der modernen Gesellschaft*, Heidelberg 1985, pp. 159 y ss.

<sup>51</sup> F. CARNELUTTI, ob. cit., pp. 75-76: “Un nostro grande filosofo del diritto diceva che il giudice, rispetto a ciò che gli si chiede di giudicare, deve essere, in principio, *assente*, volendo dire non tanto che non ne sa quanto che non ne deve sapere nulla, una *tabula rasa*.”

<sup>52</sup> *Idem.*, “Il vero è che nessuno di noi può assistere ai fatti altri, che vuol poi dire mescolarsi alla vita degli altri, senza proteggersi o, almeno, se vogliamo trovare un verbo più discreto, senza sbilanciarsi.”

Es en efecto mucho más realista partir de que todo juez es un ser humano con sus convicciones, sentimientos y creencias, y que no puede operar como una suerte de máquina de administrar justicia desprovista de emociones y que, por tanto, no existe un pronunciamiento judicial que sea objetivo en términos absolutos. El ordenamiento jurídico parte de la realidad de que la personalidad del juez está marcada por múltiples factores, por más distanciamiento emocional que mantenga con el asunto que es llamado a decidir, y no obstante la ausencia de un interés concreto en el resultado del proceso. Son los denominados elementos estructurales de la personalidad, también llamados elementos subjetivo-personales o condicionamientos sociales e ideológicos.

La proximidad entre estos elementos subjetivo-personales y la parcialidad es evidente. Los elementos estructurales de la personalidad del juez no pueden considerarse como elementos ajenos a las circunstancias del proceso y por tanto su presencia no puede calificarse como contraria a la garantía de la imparcialidad<sup>53</sup>. Están implícitos en la propia función jurisdiccional y el juez no puede prescindir de los mismos al elaborar su juicio. La función de aplicar el derecho, la elección de la norma aplicable, y la interpretación jurídica conllevan un margen de discrecionalidad, que en muchos casos no sólo está admitida y prevista legalmente, sino que resulta necesaria. En ese margen de elección, que es consustancial al desarrollo de la función jurisdiccional, inevitablemente inciden las propias concepciones de la persona del juez, y el hecho de que su elección perjudique a una de las partes no significa que esa opción sea una decisión parcial<sup>54</sup>.

La existencia de un interés general en la materia a decidir es uno de los elementos que pueden configurar la estructura subjetivo-personal del juez, sus simpatías y antipatías o su tendencia a favorecer o perjudicar la posición de una de las partes. Por ejemplo, aquellos casos en que el juez

---

<sup>53</sup> J. RIEDEL, ob. cit., pp. 31 y ss.

<sup>54</sup> J. RAWLS, *Justicia como equidad*, Madrid 1999, pp. 62-63, quien en relación con el juez moral afirma que ha de “de considerar las cuestiones con mente abierta y, en consecuencia, aunque pueda tener ya formada una opinión sobre un problema, estar siempre dispuesto a reconsiderarla a la luz de ulteriores pruebas y razones”; y que ha de conocer sus propias preferencias emocionales, intelectuales y morales, para tenerlas en cuenta a la hora de valorar los pros y contras de cualquier cuestión sin desconocer “las influencias que el prejuicio y la predisposición ejercen incluso en sus más sinceros esfuerzos por anularlas”.

en su condición de ciudadano particular se encuentre en una posición semejante a la que ocupa una de las partes. Esa proximidad con su propia experiencia personal puede producir que el juez se interese más por el asunto concreto y que, como consecuencia de su propia percepción y sistema de valores, vea con más simpatía una posición que la contraria.

### III. EL JUEZ COMO TERCERO NO PARTE Y LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA

Como ya he señalado, en el postulado de la imparcialidad encontramos una concreción del principio de igualdad, de igualdad de los ciudadanos ante el Juez y de igualdad en la aplicación del derecho. La imparcialidad constituye, por tanto, una manifestación concreta del principio constitucional de igualdad<sup>55</sup>. La ausencia de parcialidad implica que los justiciables reciban por parte del Juez un trato de igualdad, no en un mero sentido formal, sino también en un sentido material; que a ambas partes les sea aplicada la ley en igualdad de condiciones y que el Juez no realice distinciones en función de situaciones o datos no contemplados en la ley, para lo cual el proceso debe articularse de tal forma que se minimicen los riesgos de posible influencia de elementos externos que aparten al Juez de la aplicación del derecho sin influencias externas contrarias a la igualdad.

La exigencia básica para garantizar la imparcialidad es la de que el Juez no sea parte: *nemo iudex in causa sua*. El concepto de imparcialidad aparece inescindiblemente vinculado a la exigencia de que el Juez no sea parte en el proceso. No ser Juez en la propia causa es un principio irrenunciable del proceso y, como señalan los ingleses, “*the maxim that no man is to be judge in his own cause should be held sacred*”<sup>56</sup>.

Pero, ¿qué se entiende por “no ser parte”? La exigencia de “no ser parte” como premisa de la imparcialidad, se utiliza en un sentido estricto o formal, pero también en un sentido amplio, como tercero totalmente ajeno a los sujetos y a la disputa que ha de resolver<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> Vid. J. RIEDEL, ob. cit., pp. 14 y ss.

<sup>56</sup> S.H. BAILEY, J. CHING, M. GUNN y D. ORMEROD, *Smith, Bailey & Gunn on the Modern English System*, London, 2002, p. 281.

<sup>57</sup> Así, las SSTC 299/1994, de 14 de noviembre; 154/2001, de 2 de julio; o 38/2003, de 27 de febrero, entre otras aluden a la exigencia de que el Juez sea un tercero ajeno a las partes y al objeto.

No ser parte, en este plano amplio, coincide con la exigencia moral de que el Juez “no tome parte” a favor o en contra de ninguno de los sujetos del proceso. Jurídicamente esa rectitud moral pretende preservarse mediante un distanciamiento emocional del Juez, para lo cual se requiere como premisa básica, pero no única, que el Juez ocupe la posición de tercero en el proceso. La expresión “no ser parte” en este sentido amplio implica en primer lugar no ser parte en sentido formal, y en segundo lugar, no estar condicionado subjetivamente en la emisión del juicio jurisdiccional. Pero, como puso de relieve Carnelutti<sup>58</sup>, un Juez como persona humana “un uomo che non sia parte non esiste”. La reflexión de este autor parte de reconocer que la “res iudicanda” más que un juicio sobre una “cosa” implica “iudicare un altro uomo”, por lo que el Juez es imposible que deje de ser parte en sentido lato, pues es un hombre al igual que las partes del proceso.

En las definiciones de la imparcialidad suele encontrarse la referencia a dos condiciones, a la de no ser parte y a la de mantener una actitud objetiva. En ese contexto, la exigencia de “no ser parte” se refiere a la posición que el Juez debe ocupar en el proceso, de tal manera que no coincida con la de las partes<sup>59</sup>. Pero, ¿intervenir en la práctica de la prueba le convierte en parte?

## 1. FACULTADES PROBATORIAS DEL TRIBUNAL E IMPARCIALIDAD

Una vez definido el concepto y las garantías de imparcialidad en el proceso penal, es necesario plantearse si la misma exige que el juez se mantenga absolutamente pasivo ante el debate contradictorio o si, por el contrario, su intervención más o menos activa en la práctica de la prueba en el juicio oral, es incompatible con la garantía de la imparcialidad<sup>60</sup>.

<sup>58</sup> F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, cit., pp. 73-75.

<sup>59</sup> En igual sentido, R. JIMÉNEZ ASENSIO, “Imparcialidad es una posición orgánica o estructural de un Juez”, p. 71; A. ARIAS DOMÍNGUEZ, *La abstención y recusación de Jueces y Magistrados*, cit., p. 30 es “no ser formalmente parte”.

<sup>60</sup> El análisis de la imparcialidad judicial y la práctica de la prueba en el proceso ante el Tribunal Penal Internacional, es objeto del trabajo de A. BELTRÁN MONOTOLIÚ en este mismo volumen.

Al hablar de iniciativa probatoria del juez, es necesario diferenciar entre intervenciones de muy distinta intensidad<sup>61</sup>, desde la posibilidad de ordenar de oficio pruebas no solicitadas por las partes, a la formulación de preguntas a los testigos, o la intervención más leve de sugerir a las partes que aporten determinada prueba. Si bien introducir en el proceso penal pruebas no solicitadas por las partes podría resultar en algunos supuestos discutible desde el punto de vista de la garantía de la imparcialidad, en particular, si el órgano juzgador llevara a cabo una búsqueda de esos elementos de prueba, permitir que el tribunal intervenga en las pruebas personales mediante preguntas a los testigos, peritos o al acusado, sin duda, no tiene la misma repercusión. Es en relación con este tipo de “poderes probatorios” de menor intensidad, respecto de los cuales me voy a pronunciar<sup>62</sup>.

A su vez ha de distinguirse entre el proceso penal de corte más adversarial<sup>63</sup>, como es el proceso penal federal de los Estados Unidos de Norteamérica (USA), de los procesos de corte continental europeo. El sistema adversarial, que se caracteriza porque el proceso es cuestión de partes, la posición pasiva del juez como mero espectador del debate se ha considerado tradicionalmente como un presupuesto esencial del mismo. Siendo un pro-

---

<sup>61</sup> Vid., por ejemplo, J. FERRER BELTRÁN, “Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso”, Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, núm. 36 (2017), pp. 88-108, pp. 97-104.

<sup>62</sup> Conviene precisar que muchos de los estudios realizados sobre la búsqueda de la verdad y los poderes probatorios del juez se centran en el proceso civil, como por ejemplo X. ABEL LLUCH, *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, Barcelona 2005; J. PICÓ i JUNOY, *El juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata non secundum conscientiam y su repercusión actual*, Barcelona 2007; J. FERRER BELTRÁN, *Prueba y verdad en el Derecho*, Barcelona 2005; o el clásico M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici: nozioni generali*, Milano, 1992. Pero las conclusiones y afirmaciones que se realizan al discutir el principio dispositivo y el principio de aportación de parte en ese ámbito no son trasladables sin más al proceso penal, que, al margen de cómo se configuren los poderes de cada una de las partes en concreto, tiene en todo caso un marcado carácter inquisitivo –debido al más acentuado interés público presente en la aplicación del derecho penal–, sin poder prescindir en el mismo de la búsqueda de la verdad.

<sup>63</sup> Sigo aquí el concepto de *adversary* que sigue M. DAMASKA, *Evidence Law Adrift*, New Haven, 1997, p. 74: “a system of adjudication in which procedural action is controlled by the parties and the adjudicator remains essentially passive”, siguiendo a su vez la definición contenida en la Encyclopedia of Crime and Justice.

ceso dominado por la actuación de las partes y estando dividido el proceso en dos casos –el de la acusación y el de la defensa–, una intervención por parte del juez en la aportación de la prueba, podría interpretarse como un apoyo a favor de la parte que se viera beneficiada por esa prueba<sup>64</sup>; parece claro que la intervención del juez en el interrogatorio de testigos tiene un impacto muy diferente en un sistema donde los testigos no son testigos “de las partes”, sino de la causa. La posible percepción de parcialidad por parte del juez cuando se interroga a un testigo tiende claramente a diluirse en un sistema el cual los testigos no están vinculados a ninguna de las partes. Aunque, obviamente, si la intervención es indistinta y unas veces apoya a una parte y otras veces a la otra, ya no se vería necesariamente como una inclinación de la balanza en contra de la imparcialidad.

Atribuir a las partes el control sobre la prueba no es una consecuencia del principio de imparcialidad, sino que deriva de la concepción y fines que se atribuyen al proceso penal<sup>65</sup>. Ello no obstante, aunque el sistema de los USA haya optado por un proceso *party-driven* y orientado fundamentalmente a la resolución de un conflicto, la ley confiere al juez la potestad de intervenir en la *cross-examination*, así como ejercer cierta iniciativa probatoria, llamando de oficio a alguno de los testigos que considere relevante para determinar los hechos<sup>66</sup>. Es cierto que, en la práctica, esa facultad conviene que sea ejercida con moderación, pues de lo contrario podría verse afectada su posición neutral en el debate contradictorio, y por tanto en la imagen de imparcialidad que deben ofrecer en todo caso. Intervenir de manera decisiva en la práctica de la

<sup>64</sup> Vid., M. DAMASKA, *Evidence Law Adrift*, cit., p. 82.

<sup>65</sup> M. DAMASKA, *The faces of justice and state authority. A comparative approach to legal process*, New Haven 1986, pp. 5 y ss.

<sup>66</sup> Así se dispone en las *US Federal Rules of Evidence. Rule 614. “Court’s Calling or Examining a Witness. (a) Calling. The court may call a witness on its own or at a party’s request. Each party is entitled to cross-examine the witness. (b) Examining. The court may examine a witness regardless of who calls the witness. (c) Objections. A party may object to the court’s calling or examining a witness either at that time or at the next opportunity when the jury is not present.”* Si bien esta intervención está prevista, también es cierto que el juez sólo debe hacer uso de ella de forma limitada y excepcional, vid., por ejemplo, H.H. HOBGOOD, “When should a trial judge intervene to question a witness?”, 3 *Campbell Law Rev.* (1981), pp. 69-76.

prueba, no sólo sería contrario al modelo adversarial, sino que también podría interpretarse en ciertos casos como una inclinación a favor de la posición de una de las partes.

Por el contrario en el proceso de corte continental europeo, al estar más orientado al esclarecimiento de unos hechos y la determinación de la responsabilidad penal de los autores, el caso no se divide en dos, sino que persigue un fin único: buscar en la medida de lo posible la verdad de lo sucedido<sup>67</sup>. Lo decisivo es averiguar los hechos y para ello no es tan importante quién aporta las pruebas, siempre que se respete el marco de licitud y el derecho de defensa<sup>68</sup>.

---

<sup>67</sup> No es este el lugar para analizar las complejas cuestiones filosóficas acerca del concepto de verdad. Asumiendo que la verdad como tal no es un fin alcanzable en el proceso pena, toda la estructura del proceso penal debe fomentar una aproximación a la realidad histórica de los hechos, siempre dentro del marco del respeto de los derechos fundamentales de los individuos. A mi juicio, un proceso que merezca denominarse justo debe perseguir acercarse lo más posible a la verdad de los hechos. Sobre este tema, vid. *in extenso*, N. GUZMÁN, *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, Buenos Aires, 2006, en donde analiza en profundidad las diversas concepciones de la verdad, los límites del proceso y, también el contradictorio como método para el conocimiento de esa verdad, en particular pp. 148 y ss. En la doctrina brasileña: G. BADARÓ. *Ónus da prova no processo penal*. São Paulo, 2003. En crítica a la busca de la verdad: A. LOPES JR. *Direito Processual Penal*. 9ª ed. São Paulo, 2012.

<sup>68</sup> No significa lo anterior que el modelo adversarial prescindiera de la verdad, sino que cada uno de los modelos elige un camino diferente para llegar a ella: investigación oficial exhaustiva de todos los hechos por parte del estado o a través de una activa investigación de cada una de las partes, aportando los hechos y medios de prueba que fundamentan su posición. En la obtención y aportación de la prueba es donde quizás se plasmen con mayor claridad las diferencias entre el modelo adversarial y el históricamente denominado modelo inquisitivo. Acerca de los diferentes modelos procesales, en particular, adversarial frente a inquisitivo, me remito a los diversos trabajos recogidos en L. BACHMAIER WINTER (ed.), *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Madrid 2008. Vid. también, entre otros, M. LANGER, “In the Beginning was Fortescue: On the Intellectual Origins of the Adversarial and Inquisitorial Systems and Common and Civil Law in Comparative Criminal Procedure” en B. Ackerman, K. Ambos y H. Sikiric (eds.), *Visions of Justice, Liber Amicorum Mirjan Damaska*, Berlin 2016, pp. 273-299, p. 277 y ss. M. DAMASKA, “Truth in Adjudication”, (1998) 49 *Hasting Law Journal*, p. 289 y ss. En la doctrina brasileña: V. VASCONCELLOS. *Sistemas Processuais Penais: as contribuições das visões histórica e de direito comparado para o desvelamento da essência acusatória*. *Revista de Estudos Criminais*, v. 58, p. 127-152, 2015; M. SAAD; D.

Por último, debe diferenciarse entre los procesos con jurado de aquellos que se desarrollan ante un tribunal formado por jueces profesionales. En el primero, no sólo debe preservarse la imagen de imparcialidad, sino que debe realizarse un esfuerzo adicional para que la posición del juez no se perciba como una suerte de guía para la formación de la convicción acerca de los hechos en las personas que forman parte del jurado. La posible “contaminación” del jurado proveniente del ámbito de las propias actuaciones judiciales –y no de elementos exteriores–, se denominan contaminaciones extrínsecas procesales. Tanto las indebidas sugerencias por parte del ministerio público, como la introducción en el juicio de prueba inadmisibles, son considerados elementos que pueden incidir en la imparcialidad de los jurados y por tanto, deben ser evitadas.

Es cierto que una actuación excesivamente inquisitiva por parte del juez frente al acusado o a alguno de los testigos, podría influir en la percepción del debate por parte del jurado y, por tanto, podría incrementar el riesgo de que se vea afectada su objetividad. Ello justificaría que el juez en ese tipo de procesos se mantenga más pasivo en el desarrollo del debate contradictorio y en la práctica de la prueba. Ahora bien, si la intervención del juez se limita a formular alguna pregunta para esclarecer los hechos o clarificar las respuestas ofrecidas por los sujetos interrogados, esa intervención no parece que debiera interpretarse como un riesgo para la imparcialidad del jurado.

En este sentido es interesante constatar como Vallines, al argumentar sobre la contaminación extrínseca procesal y extraprocesal, no menciona en ningún momento la posible afectación de la imparcialidad de los miembros del jurado por la actividad probatoria llevada a cabo por el tribunal enjuiciador<sup>69</sup>.

Los argumentos que se han esgrimido para rechazar cualquier intervención por parte del juez en la prueba en los procesos con jurado, no serían válidos en aquellos procesos que se celebran ante un tribunal formado exclusivamente por jueces profesionales. Sin embargo, se ha argumentado que aunque no actúe el jurado, la intervención por parte del

---

MALAN. Origens históricas dos sistemas acusatório e inquisitivo. *Revista dos Tribunais*, v. 842, p. 413-435, 2005.

<sup>69</sup> E. VALLINES GARCÍA, ob.cit., pp. 28-36.

juez en la actividad probatoria, implica favorecer la posición de una de las partes en contra de la otra y ello rompe la necesaria neutralidad que debe mantenerse en el debate contradictorio. Lógicamente si el proceso se define como un conflicto entre partes, como una contienda entre adversarios, cualquier intromisión supone apoyar a una parte en detrimento de su oponente. ¿Pero significa esto que se ve afectada la garantía de la imparcialidad judicial? ¿Pierde por ello el juez su condición de tercero ajeno al proceso? ¿Surgen por ello dudas razonables de que no juzgará los hechos sometido exclusivamente a la ley sin influencias indebidas?

## 2. LA INTERVENCIÓN EN LA PRUEBA NO DETERMINA UNA ACTUACIÓN PARCIAL

A la vista de cómo se ha definido el concepto de parcialidad más arriba –incidencia de elementos subjetivos ajenos a la ley y el proceso a favor de una de las partes en la decisión judicial–, no parece que pueda concluirse que una posición más activa del juez en el interrogatorio de los testigos e incluso que llamara a declarar a alguno que figura en los autos, incida en la imparcialidad. Si repasamos las diferentes definiciones de la imparcialidad, con esa actuación el juez no se convierte en parte, no abandona su posición trascendente, no denota necesariamente interés en el resultado del proceso, no expresa un estado de ánimo ni se deja llevar por emociones ajenas a la aplicación del derecho, ni por ello deja de ser ajeno a la disputa o conflicto que se dirime en el proceso penal. Además, tampoco veo cómo perjudicaría esa intervención del juez cuando completa el interrogatorio, aclara respuestas o llama a algún testigo a la *fairness* del proceso. Sólo una artificial compartimentación del hecho histórico en dos relatos enfrentados es lo que lleva a interpretar que la intervención del juez en el esclarecimiento de los hechos –únicos, no la versiones de los mismos que cada parte presenta–, supone perder su imparcialidad.

Por ello, a mi juicio el argumento de la imparcialidad judicial no exige relegar al tribunal a una posición de mudo espectador en el desarrollo de un proceso penal sin jurado. Es la concepción del proceso como un trasunto entre partes la que lleva a limitar los poderes del juez, pero no porque así lo exija el principio de imparcialidad.

Una vez afirmado esto, es preciso matizar que, obviamente, si esa intervención denota un prejuicio previamente establecido a favor o en contra de una de las partes, o deja vislumbrar una anticipación del fallo, en ese caso, sin duda, podemos hablar de una quiebra de la garantía de la imparcialidad. Ahora bien, esa quiebra de la imparcialidad no se produciría tanto por la intervención en la prueba al formular alguna pregunta al testigo o al interrogar al acusado, sino por el tono, el contenido o la intensidad de esa actuación en la práctica de la prueba.

Al respecto es interesante citar la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2016<sup>70</sup>, en la que se afirma que la imparcialidad del juez no se ve afectada cuando hace un uso razonable y moderado de las posibilidades de introducir preguntas en el interrogatorio de testigos para obtener aclaraciones de sus testimonios. Afirma el Tribunal Supremo que al considerar si el tribunal de primera instancia ha excedido sus poderes, se deben tener en cuenta los siguientes elementos: la complejidad del caso, la naturaleza y la forma de las preguntas formuladas por el juez. En esa ocasión, sin embargo, el Tribunal Supremo, concluyó que formular 78 preguntas dirigidas al acusado con el fin de establecer su culpabilidad, implicaba ir mucho más allá de la mera complementación del interrogatorio de las partes, convirtiéndose en un juez inquisidor, contraviniendo así el principio contradictorio<sup>71</sup>.

Por tanto, que el juez intervenga en la práctica de la prueba no afecta necesariamente a la imparcialidad judicial, no es incompatible con su rol de árbitro ante el enfrentamiento de dos partes en el debate contradictorio. Pero, dependiendo de cómo articule esa intervención, de la intensidad de la misma y del modo en que se exprese al desarrollarla, sí puede verse afectada la imparcialidad y la imagen de imparcialidad.

Además, que no se trata de una intervención contraria *per se* a la imparcialidad, queda patente en el hecho de que no sólo en el proceso penal federal de los USA admita esa intervención por parte del juez en

---

<sup>70</sup> STS (Sala Penal) 922/2016, de 10 de marzo de 2016.

<sup>71</sup> Los riesgos de esa persecución frente al acusado por parte del tribunal enjuiciador son puestos de relieve en el trabajo de F. Agnet Fayet, r. eggert poll, “Ânimo persecutório do magistrado: a quebra do dever de imparcialidade e sucessivas decisões contrárias ao direito à prova defensiva”, en este mismo volumen.

el contra-interrogatorio de los testigos, sino que también está admitida en el proceso más acusatorio en el ámbito del derecho continental europeo, que es el proceso penal italiano. En este último, se considera que la intervención del juez en la prueba no altera el contradictorio ni, por tanto, incide necesariamente en la imparcialidad. El *Codice de Procedura Penale* contempla que el juez pueda formular directamente preguntas a los testigos con el fin de clarificar o completar su testimonio, pero también para explorar determinados aspectos no previamente formulados<sup>72</sup>. Tal facultad podrá ejercitarla el juez una vez que las partes hayan concluido con el contrainterrogatorio, y siempre que a las partes se les confiera la oportunidad de repreguntar al testigo después de haber respondido a las preguntas del juez.<sup>73</sup>

En el ordenamiento jurídico español, el art. 708 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, prevé también esa intervención del tribunal *ex officio* en el interrogatorio de los testigos, lo cual nunca se ha cuestionado desde la vertiente de la imparcialidad<sup>74</sup>.

Por tanto, parece bastante obvio que, si incluso en los sistemas de corte más adversarial en los que la iniciativa probatoria recae de manera casi exclusiva en las partes, se admite cierta iniciativa probatoria del tribunal, es porque ello no afecta al principio de imparcialidad. Sólo si el modo de interrogar denotara una anticipación del fallo, entonces se apreciaría esa quiebra de la imparcialidad. Y sólo si la intervención fuera excesivamente incisiva a favor de la posición de una de las partes, podría considerarse que afecta al principio de igualdad de armas.

En conclusión, que el tribunal formule preguntas a los testigos, a los peritos o a los abogados o incluso, que solicitara a las partes que aportaran alguna prueba que considera apropiada para poder esclarecer

---

<sup>72</sup> Así G. ILLUMINATI, “El sistema acusatorio en Italia”, en L. Bachmaier Winter (ed.) *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Madrid 2008, pp.135-160, p. 157.

<sup>73</sup> *Ibidem*.

<sup>74</sup> Para los modelos procesales en Latinoamérica, vid. el trabajo de R. J. de Castilho Barilli, “A centralidade do juízo oral no Sistema Acusatório: uma visão estratégica acerca do caso penal” en este mismo volumen, en el cual el autor destaca cómo las reformas procesales en Latinoamérica se han encaminado hacia un proceso presidido por la oralidad como respuesta frente a los excesos del proceso de corte inquisitivo anterior.

los hechos, no atenta *per se* contra la imparcialidad judicial.<sup>75</sup> Si un ordenamiento jurídico opta por limitar esa intervención y atribuir al juez un papel de mudo espectador, la razón no ha de encontrarse en la garantía de la imparcialidad.

### 3. INTERVENCIÓN EN LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA E IMAGEN DE IMPARCIALIDAD

Resta por plantearse si el hecho de otorgar mayores facultades al tribunal en la iniciativa probatoria y en el desarrollo del contradictorio –no siendo incompatible con la imparcialidad– ¿puede sin embargo afectar a la imagen de imparcialidad del juez y de la justicia?

La respuesta aquí, al igual que en el punto anterior, no es sencilla: dependerá de cómo se desarrolle esa intervención. Si la actuación del juez en la búsqueda de la verdad mantiene la equidistancia y formula sus preguntas de forma neutral, la imagen de imparcialidad no sólo no tendría porqué verse perjudicada, sino que incluso, ese comportamiento podría incrementar la confianza de las partes en la justicia: mediante su intervención activa en la prueba, las partes apreciarían no sólo la profesionalidad del juez, sino también su interés en el acierto del fallo.

Pero, nuevamente, si mediante su conducta – en la prueba como en cualquier otro ámbito – el juez denota un prejuicio frente al acusado, entonces queda afectada la imparcialidad.

## IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

En este trabajo he intentado reflejar los argumentos que mostrarían que una limitada iniciativa probatoria por parte del tribunal en el

---

<sup>75</sup> En la doctrina brasileña: A. GRINOVER. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro, 2000; M. ZILLI. *A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal*. São Paulo, 2003. Con visión distinta: J. COUTINHO. *Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro*. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, n. 01, p. 26-51, 2001; G. PRADO. *Sistema Acusatório*. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 4ª ed. Rio de Janeiro, 2006; A. LOPES JR. *Direito Processual Penal*. 9ª ed. São Paulo, 2012.

desarrollo del juicio oral sin jurado, no es incompatible con el principio de imparcialidad judicial. En los procesos con jurado, la intervención del juez sí puede tener una repercusión mayor en la formación de la convicción por parte del jurado y por tanto incidir en su percepción objetiva del debate contradictorio. Por ello en ese tipo de procesos penales, la intervención del juez en la práctica de la prueba debe, si no eliminarse, sí limitarse al máximo.

Dicho lo anterior, el alcance y la intensidad de la intervención del juez en la práctica de la prueba se verá modulada por el modelo de proceso que se haya adoptado en cada ordenamiento jurídico. Mientras que los sistemas acusatorios más estrictos optan por limitar o minimizar esa intervención, para así dar protagonismo a las partes en la conformación del debate contradictorio, en los sistemas de corte mixto o acusatorio menos estricto, en los que el tribunal asume un papel más central en la búsqueda de la verdad y en los que la responsabilidad del estado en el esclarecimiento de los hechos sigue desempeñando un papel central –como sería el caso del sistema alemán<sup>76</sup>, la intervención del tribunal enjuiciador en el interrogatorio a los sujetos de prueba, tiende a ser más amplio e incisivo. Se admite que el juez adopte una posición más inquisitiva, en el sentido, de posición más activa en el juicio oral de cara a esclarecer los hechos. Pero, la intensidad de esa actuación no necesariamente tiene una correlación con la imparcialidad del tribunal: más facultades de intervención en la prueba no significa automáticamente menos imparcialidad.

Ahora bien, si la pregunta es si, al conferir mayores poderes de intervención pueden surgir más situaciones en las que el juez llegue a transgredir los límites de su función o a mostrar sus prejuicios, la respuesta es clara: a más oportunidades de intervenir también más oportunidades de que mediante esa intervención pueda verse afectada la imagen de imparcialidad. Pero, ese no es un motivo suficiente para relegar al tribunal a una posición de mudo espectador. Sería como afirmar que el sujeto que

---

<sup>76</sup> Vid. el art. 244 de la *Strafprozessordnung*, en el que se regula la práctica de la prueba en el juicio oral: “(2) Das Gericht hat zur Erforschung der Wahrheit die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, die für die Entscheidung von Bedeutung sind.”

más habla más se equivoca, y por ello condenar al silencio a todo sujeto, en este caso, a todo juez.

A partir de ahí, y clarificado que el principio de imparcialidad no es un argumento determinante para eliminar cualquier intervención del juez en la práctica de la prueba en el juicio oral, esa intervención vendrá determinada por el tipo de modelo de proceso adoptado. Sin duda, un proceso puramente adversarial, en el que las pruebas se aportan para defender una concreta posición de parte y no son concebidas como pruebas del caso en general, la intervención del juez en la práctica de la prueba se percibirá como a favor o en contra de esa parte.

Dicho esto, queda en manos del legislador configurar el proceso penal, otorgando al juez más o menos poderes, al margen de que ambos modelos se ajustan a la garantía de la imparcialidad. En esa elección incidirán muchos factores de tipo cultural, legal, político, histórico, económico, etc. y el fin que se considere ha de desempeñar el proceso penal en esa sociedad – más próximo al fin de resolución de conflictos, de control social o de instrumento para implementar una determinada política criminal. Pero ese es otro debate, que si bien está estrechamente vinculado al tema que aquí he abordado, obviamente excede del objetivo que me he propuesto aquí.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABEL LLUCH, X., *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, Barcelona 2005.

ARIAS DOMÍNGUEZ, A., *La abstención y la recusación de jueces y magistrados*, Madrid 1999.

BADARÓ, G. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo, 2003.

BADARÓ, G. *Juiz Natural no Processo Penal*. São Paulo, 2014.

BACHMAIER WINTER, L. (ed.), *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Madrid 2008.

BACHMAIER WINTER, L. *Imparcialidad Judicial y Libertad de Expresión de Jueces y Magistrados. Las recusaciones de Magistrados del Tribunal Constitucional*, Cizur Menor 2008.

BACHOF, O., *Grundgesetz und Richtermacht*, Tübingen 1959.

BAILEY, S.H., CHING, J., GUNN, M., y ORMEROD, D., *Smith, Bailey & Gunn on the Modern English System*, London 2002.

BAUR, F., *Justizaufsicht und richterliche Unabhängigkeit*, Tübingen 1954.

BETTERMANN, K.A., “Vom Sinn und von den Grenzen der richterlichen Unabhängigkeit”, en *Die Unabhängigkeit des Richters*, Köln 1969, p. 53.

CALAMANDREI, P., *Processo e democrazia*, Padova 1954.

CALAMANDREI, P., *Proceso y democracia*, Buenos Aires 1960.

CAPPELLETTI, M., “Fundamental Guarantees of the parties in the civil proceedings (General Report) Cappelletti, en *Fundamental Guarantes* (con D. Tallon), Milano 1972.

CARNELUTTI, F., *Diritto e processo. Trattato del processo civile*, Napoli 1958.

CARNELUTTI, F., *Sistema di diritto processuale civile*, t. IV, Padova 1936.

COTTA, S., “L’istituzione giudiziaria tra diritto e politica”, *Riv. Diritto Civ.*, 1984-I, p. 430.

COUTINHO, J. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, n. 01, p. 26-51, 2001.

COUTINHO, J. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Miranda (coord.). *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro, 2001.

DAMASKA, M., *The faces of justice and state authority. A comparative approach to legal process*, New Haven 1986.

DAMASKA, M., *Evidence Law Adrift*, New Haven 1997.

DAMASKA, M., “Truth in Adjudication”, (1998) 49 *Hasting Law Journal*, p. 289.

DÍAZ CABIALE, J.A., *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*, Granada, 1996.

ESPARZA LEIBAR, I., *El principio del proceso debido*, Barcelona 1995.

FARANDA, C., *La capacità del giudice*, Milano 1958.

FAZZALARI, E., “La imparzialità del giudice”, *Riv. Dir. Proc.*, 1972.

FERRER BELTRÁN, J., *Prueba y verdad en el Derecho*, Barcelona 2005.

FERRER BELTRÁN, J., “Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 36 (2017), pp. 88-108.

GIMENO SENDRA, V., “Poder judicial, potestad jurisdiccional y legitimación de la actividad judicial”, *Rev. Dcho. Proc.*, 1978, p. 336.

GOLDSCHMIDT, W., “La imparcialidad como principio básico del proceso”, *Rev. Dcho. Proc.*, 1950-2, pp. 186-187.

GRINOVER, A. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro, 2000.

GUZMÁN, N., *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, Buenos Aires 2006.

HOBGOOD, H.H., “When should a trial judge intervene to question a witness?”, *3 Campbell Law Rev.* (1981), pp. 69-76.

ILLUMINATI, G., “El sistema acusatorio en Italia”, en L. Bachmaier Winter (ed.) *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Madrid 2008, pp.135-160.

JIMÉNEZ ASENSIO, R., *Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial*, Cizur Menor, 2002.

KUIJER, M., *The Blindfold of Lady Justice. Judicial Independence and Impartiality in Light of the Requirements of Article 6 ECHR*, Leiden 2004.

LANGER, M. “In the Beginning was Fortescue: On the Intellectual Origins of the Adversarial and Inquisitorial Systems and Common and Civil Law in Comparative Criminal Procedure” en B. Ackerman, K. Ambos y H. Sikiric (eds.), *Visions of Justice, Liber Amicorum Mirjan Damaska*, Berlin 2016, pp. 273-299.

LOPES JR., A. *Direito Processual Penal*. 9ª ed. São Paulo, 2012.

LÓPEZ AGUILAR, J.F., *La justicia y sus problemas en la Constitución: justicia, jueces y fiscales en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Madrid 1996.

MAYA, A. M. *Imparcialidade e Processo Penal da Prevenção: da competência ao juiz das garantias*. Rio de Janeiro, 2011.

MONTERO AROCA, J., *Independencia y responsabilidad del juez*, Madrid 1990.

MONTERO, J., *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Valencia 1999.

PICÓ i JUNOY, J., “Reflexiones en torno a la cuestionada iniciativa probatoria del juzgador penal”, *Revista Justicia* 1-1996.

PICÓ i JUNOY, J., *El juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata non secundum conscientiam y su repercusión actual*, Barcelona 2007.

PRADO, G. *Sistema Acusatório*. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 4ª ed. Rio de Janeiro, 2006.

RAWLS, J., *A Theory of Justice*, Oxford 1999.

REID, K., *A practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, London 2008.

REQUEJO PAGÉS, J. L., *Jurisdicción e independencia judicial*, Madrid 1989.

RIEDEL, J., *Das Postulat der Unparteilichkeit des Richters*, Berlin 1980.

SAAD, M.; MALAN, D. Origens históricas dos sistemas acusatório e inquisitivo. *Revista dos Tribunais*, v. 842, p. 413-435, 2005.

SERRA CRISTÓBAL, R., *La libertad ideológica del juez*, Valencia 2004.

SIMON, D., *La independencia del Juez* (trad. de C. Ximénez-Carrillo), Barcelona 1985.

SLAPPER G./ KELLY, D., *Sourcebook on the English Legal System*, London 2001.

STEMMLER, C., *Befangenheit im Richteramt. Eine systematische Darstellung der Ausschließungs- und Ablehnungsgründe unter Berücksichtigung des gesetzlichen Richters als materielles Prinzip*, Tübingen 1975.

TARUFFO, M., *La prova dei fatti giuridici: nozioni generali*, Milano 1992.

VALLDECABRES ORTIZ I., *La imparcialidad del Juez y medios de comunicación*, Valencia 2004.

VALLINES GARCÍA, E., *Instrumentos para garantizar la imparcialidad e independencia de los jurados*, Cizur Menor, 2008.

VASCONCELLOS, V. Sistemas Processuais Penais: as contribuições das visões histórica e de direito comparado para o desvelamento da essência acusatória. *Revista de Estudos Criminais*, v. 58, p. 127-152, 2015.

VASCONCELLOS, V. O 'Sistema Acusatório' do Processo Penal Brasileiro: Apontamentos Acerca do Conteúdo da Acusatoriedade a partir de Decisões do Supremo Tribunal Federal. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 47, p. 181-204, jul./dez. 2015. <http://dx.doi.org/10.17808/des.47.604>

VIVES ANTÓN, T.S., *Comentarios a la Ley de medidas urgentes de reforma procesal. La reforma del proceso penal*, Valencia 1992.

WASSERMANN, R., *Die richterliche Gewalt. Macht und Verantwortung des Richters in der modernen Gesellschaft*, Heidelberg 1985.

ZILLI, M. *A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal*. São Paulo, 2003.

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

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

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

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

### COMO CITAR ESTE EDITORIAL:

BACHMAIER WINTER, Lorena. Editorial dossier “Sistemas procesales penales e imparcialidad del juez”: Imparcialidad y prueba en el proceso penal – reflexiones sobre la iniciativa probatoria del juez. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 2, p. 501-532, mai./ago. 2018.  
<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i2.169>



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

# Modello processuale accusatorio e sovraccarico del sistema giudiziario

*“Accusatorial” model of procedure and overload of the judicial system*

*Modelo processual acusatório e sobrecarga do sistema judicial*

**Giulio Illuminati<sup>1</sup>**

LUISS “Guido Carli” Roma / Italia

giulio.illuminati@unibo.it

 <https://orcid.org/0000-0002-6067-2859>

---

**ABSTRACT:** Lo scritto analizza i diversi modelli processuali penali, dedicando particolare attenzione alla crisi del sistema giudiziario italiano.

**PAROLE-CHIAVE:** sistema accusatorio; sistema inquisitorio; sistema misto; processo *adversary*; processo penale italiano.

**ABSTRACT:** *The essay analyzes the different models of criminal procedure, devoting particular attention to the crisis of the Italian judicial system.*

**KEYWORDS:** *accusatorial system; inquisitorial system; mixed system; adversary proceeding; Italian criminal process.*

**RESUMO:** *Este artigo analisa os diferentes modelos de processo penal, dedicando especial atenção à crise do sistema judicial italiano.*

**PALAVRAS-CHAVE:** *sistema acusatório; sistema inquisitório; sistema misto; processo adversarial; processo penal italiano.*

**SOMMARIO:** 1. Il sistema accusatorio come tipo ideale. – 2. Il valore storico della definizione – 3. Il sistema accusatorio dal punto di vista dogmatico. – 4. Il cosiddetto sistema misto. – 5. Caratteri comuni del diritto processuale penale moderno. – 6. Il processo accusatorio in Italia. –

---

<sup>1</sup> Già ordinario nell’*Alma Mater Studiorum* – Università di Bologna / Italia. Professore di Diritto processuale penale – LUISS “Guido Carli” Roma / Italia.

7. Processo accusatorio e processo *adversary*. – 8. L'eccessiva durata del processo penale italiano: crisi del modello accusatorio. – 9. Alternative al processo penale per un recupero dell'efficienza del sistema. – 10. Conclusione.

---

**1. Il sistema accusatorio come tipo ideale.** - Anche se è largamente utilizzato per identificare un determinato modello processuale, il concetto di sistema accusatorio - come quello, ad esso contrapposto, di sistema inquisitorio - viene spesso definito in maniera molto diversa dagli studiosi. La distinzione finisce perciò col soffrire di una certa perdita di senso, tanto che talvolta viene considerata di puro interesse storico. Ciò dipende dal fatto che si tratta di concetti astratti, che rimandano alla elaborazione teorica di due sistemi ipotetici, ricavati, mediante generalizzazione, a partire da alcuni caratteri tipici degli ordinamenti processuali reali. Non è dunque in questione l'analisi e l'inquadramento sistematico di un fenomeno normativo, da studiare secondo i consueti strumenti dell'ermeneutica giuridica, quanto piuttosto la definizione di una scala di valori ideologicamente orientata. Infatti i lineamenti del sistema accusatorio si identificano solo per contrapposizione a quelli del sistema inquisitorio, e viceversa: l'uno e l'altro, dunque, rappresentano tipi ideali, collocati agli estremi di una linea continua all'interno della quale possono combinarsi secondo modalità differenti, in relazione a numerose variabili. In concreto, dunque, esistono sistemi processuali solo tendenzialmente definibili come accusatori o inquisitori, nessuno di essi essendo perfettamente corrispondente al tipo, nella forma cosiddetta "pura".

Dal punto di vista empirico, dunque, l'appartenenza di un determinato sistema processuale all'una o all'altra categoria è determinata da un esame comparativo, il cui risultato dipende da quegli aspetti specifici di volta in volta considerati essenziali all'integrazione del modello. Di solito viene aprioristicamente individuata una serie di principi generali che rappresentano la sintesi del sistema di riferimento, dai quali si deducono le conseguenze necessarie sul piano normativo. Tale ricostruzione tuttavia si basa su proposizioni valutative, dalle quali è delineato un "dover essere" del processo secondo orientamenti che sono determinati dal punto di vista soggettivo adottato.

Pur con le cautele imposte dalla relatività della distinzione, è tuttavia necessario sottolineare che a ciascuno dei due modelli corrisponde dal punto di vista tecnico una diversa struttura, alla quale occorre fare riferimento se si vuole che abbia senso una classificazione che può ancora essere considerata utile come criterio di giudizio. A tale scopo tuttavia è necessario stabilire preliminarmente in che modo vanno isolati i caratteri che consentano di riconoscere un sistema come accusatorio o inquisitorio: quei caratteri, cioè, in assenza dei quali si dovrà escludere che un certo processo possa essere qualificato come appartenente al tipo.

**2. Il valore storico della definizione.** - La distinzione tra sistema accusatorio e sistema inquisitorio ha contemporaneamente un significato storico e un significato teorico-dogmatico, che non si implicano necessariamente a vicenda<sup>2</sup>. In altre parole, può accadere che alcuni tratti distintivi riscontrabili nei sistemi processuali classificati come accusatori o inquisitori, che si sono effettivamente succeduti nel tempo, non siano da considerare essenziali all'integrazione del modello teorico; oppure che non siano attualmente più significativi, perché ormai patrimonio comune degli ordinamenti moderni.

L'approccio storico, comunque, torna utile perché consente non solo di identificare le ascendenze dell'alternativa considerata, ma anche di comprendere appieno il significato dei parametri di riferimento della contrapposizione. La ricostruzione dogmatica, invece, anche se necessariamente convenzionale e quindi, come si è detto, sempre in certa misura opinabile, richiede la creazione di una struttura concettuale tecnicamente corretta, completa e logicamente coerente, rispetto alla quale l'accento viene posto principalmente sulle modalità di accertamento della responsabilità penale, e in particolare sui criteri di ammissione e acquisizione della prova.

Effettivamente si assiste, nel corso dei secoli, ad un avvicendamento dei due diversi sistemi. E' diventato quasi un luogo comune il riferimento al processo penale romano del periodo repubblicano come paradigma del sistema accusatorio e a quello imperiale classico per l'inquisitorio. La

---

<sup>2</sup> L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 8ª ed., Bari, 2004, p. 574 s.

contrapposizione, forse eccessivamente schematica, ha dovuto in parte la sua fortuna alle ideologie politiche volte alla promozione dei diritti individuali (che sono alla base delle moderne democrazie liberali), tendenti a mitizzare l'antica repubblica romana intesa come palladio delle libertà, contro la teoria dello stato assoluto di origine divina, simbolicamente rappresentato dal sopravvenire del principato. Tuttavia le informazioni pratiche che si possono ricavare da questa ricostruzione sono abbastanza modeste, soprattutto perché ogni paragone con il processo penale dell'età moderna resta in buona misura artificioso, mentre la ricerca di simmetrie appare alquanto forzata, essendo spesso dipesa, in passato, dalle strumentalizzazioni polemiche dei giuristi riformatori.

A ben considerare, la caratteristica saliente del diritto romano arcaico era l'incerta distinzione tra interesse privato e interesse pubblico alla giustizia penale, confusione ben rappresentata dalla originaria legittimazione della vendetta personale<sup>3</sup>. Ma anche con l'affermarsi della giurisdizione come funzione esclusiva dello Stato<sup>4</sup> l'accusa rimaneva comunque riservata all'iniziativa privata: della parte offesa, ovvero di qualunque cittadino, in rappresentanza della società, quando fossero coinvolti direttamente interessi pubblici. Si comprende così come carattere tipico del processo accusatorio, sotto questo profilo, fosse tradizionalmente considerata la presenza, se non il monopolio, dell'accusa privata. Per contrasto, il processo inquisitorio si caratterizzerebbe come fondato sull'iniziativa dei funzionari pubblici: secondo il sistema - prevalente al tempo dell'impero - dell'azione penale esercitata anche d'ufficio da un magistrato delegato del principe, incaricato di scoprire i delitti e di trovarne le prove<sup>5</sup>.

Un simile criterio di discriminazione fu effettivamente valido lungo tutto il medio evo, quando le due forme convivevano, fino al definitivo affermarsi della procedura inquisitoria<sup>6</sup>. Attualmente, però,

---

<sup>3</sup> Per gli approfondimenti v. G. Pugliese, *Processo privato e processo pubblico*, in *Riv. dir. proc.*, 1948, p. 72 s.; P. Fiorelli, *Accusa e sistema accusatorio (diritto romano e intermedio)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 330-331.

<sup>4</sup> L. Ferrajoli, *op. cit.*, p. 576.

<sup>5</sup> P. Fiorelli, *op. cit.*, p. 332.

<sup>6</sup> P. Fiorelli, *op. cit.*, p. 333.

non sembra più significativo. La pubblicità dell'accusa è ormai un tratto ineliminabile di ogni ordinamento evoluto: anche là dove esiste la possibilità - prevalentemente residuale - di un'azione penale privata, il suo ruolo rimane in pratica del tutto marginale.

Neppure sembra risolutiva la versione aggiornata dello stesso criterio, con la quale si dà rilievo alla presenza di un apposito organo dell'accusa separato dal giudice. Se il cumulo delle funzioni denota inequivocabilmente un processo di tipo inquisitorio, poiché l'azione penale è esercitata dallo stesso soggetto destinato a valutare le prove e a decidere, è però vero che le due figure oggi risultano quasi ovunque formalmente distinte, salvo sporadiche eccezioni.

Ciò che veramente si può far risalire all'impero romano, per il tramite del diritto canonico medievale, è la tradizione burocratica, che ha contribuito alla progressiva burocratizzazione anche della funzione giurisdizionale. Si tratta di un'eredità culturale, fatta propria dagli Stati assoluti e perciò predominante nell'Europa continentale, che ancora produce i suoi effetti. Nemmeno la rivoluzione francese riuscì a sovvertirla in modo durevole: questa è probabilmente una delle ragioni che possono spiegare il sostanziale insuccesso, all'epoca, delle riforme processuali in senso accusatorio, imperniate viceversa su una larga partecipazione dei cittadini agli organi giudiziari e quindi sul cosiddetto giudizio dei pari.

**3. Il sistema accusatorio dal punto di vista dogmatico.** - Nell'accezione moderna, più significativa dal punto di vista dogmatico, la dicotomia si riferisce essenzialmente al metodo dell'accertamento giudiziale. La sua origine si può far risalire alle teorizzazioni dei *philosophes* illuministi, con il ripudio, in seguito alla rivoluzione francese, del processo inquisitorio dell'*ancien régime*. Il processo inquisitorio continentale, con le sue le tecniche scientificamente elaborate e il complesso armamentario delle prove legali, aveva infatti trovato la più importante sistemazione normativa nell'*Ordonnance* francese del 1670<sup>7</sup>. Si deve notare che viceversa nel *common law* inglese l'inquisizione – sebbene introdotta nel XV secolo dalla monarchia assoluta – era rimasta marginale e non era mai riuscita ad attecchire stabilmente, a vantaggio del processo davanti alla giuria

---

<sup>7</sup> *Ordonnance criminelle du mois d'août 1670* (26 agosto 1670).

popolare: e proprio al sistema processuale inglese, anche se culturalmente meno evoluto (e certo all'epoca non assistito dalle garanzie che oggi conosciamo)<sup>8</sup>, facevano riferimento i riformatori, anche sopravvalutandolo rispetto alla sua reale natura.

L'inquisizione consisteva in una partita a due tra l'accusato e il giudice-accusatore, senza una vera dialettica e perciò fortemente squilibrata a sfavore dell'imputato, che ne finiva inevitabilmente schiacciato<sup>9</sup>. L'inquisitore iniziava l'indagine segretamente e d'ufficio (o su denuncia anche anonima); i testimoni venivano sentiti in segreto senza alcuna partecipazione della difesa; l'imputato, senza poter conoscere con precisione l'addebito, né le prove a carico, veniva interrogato sotto giuramento ed eventualmente sottoposto a tortura per ottenerne la confessione, prova legale per eccellenza; testimonianze e interrogatorio erano documentati minuziosamente in verbali, che alla chiusura dell'inchiesta venivano trasmessi con tutti gli atti del processo al tribunale perché in base ad essi pronunciasse la sentenza.

Viceversa, il processo accusatorio anglosassone si svolgeva in un dibattito pubblico, senza interrogatorio dell'imputato, con l'assunzione orale delle testimonianze, sottoposte alla valutazione immediata dalla giuria per l'emissione del verdetto<sup>10</sup>. Emergono così, per contrapposizione, i caratteri essenziali del sistema, ancora d'attualità nonostante i termini di riferimento siano oggi cambiati: pubblicità, oralità-immediatezza (che implica la percezione diretta della prova), contraddittorio: nonché, come logico corollario, libero convincimento del giudice.

Secondo l'opinione prevalente<sup>11</sup>, dunque, inquisitorio si può definire il metodo che esclude la dialettica tra accusa e difesa, per cui l'indagine, svolta unilateralmente dal magistrato, procede in modo analitico, potenzialmente senza limiti, e l'acquisizione delle prove è scritta e

<sup>8</sup> L. Radzinovicz, *A History of English Criminal Law and its Administration from 1750*, I, London, 1948, p. 3 s.

<sup>9</sup> Per una efficace sintesi v. F. Cordero, *Procedura penale*, 9<sup>a</sup> ed., Milano 2012, p. 21-38.

<sup>10</sup> V. sul punto M. Ploscowe, *The development of present-day criminal procedures in Europe and America*, in 18 *Harv. L. Rev.*, 1935, p. 453 s., 459-60.

<sup>11</sup> Si veda, per tutti, la classificazione di G. Conso, *Accusa e sistema accusatorio (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, I, Milano 1958, p. 336.

segreta; accusatorio, quello basato sul contraddittorio delle parti, sul tema proposto dall'accusa, davanti ad un giudice non destinato alla ricerca delle prove, nella tendenziale unità di tempo rappresentata dal dibattimento orale e pubblico.

Come s'è accennato, sono individuabili ulteriori connotazioni, ma solo come aspetti eventuali che costituiscono un'eredità storica, ovvero come conseguenze favorite naturalmente dalla scelta metodologica: così, ad esempio, la presenza della giuria, ovvero l'esame incrociato dei testimoni gestito direttamente dalle parti. Si annovera di solito tra i caratteri distintivi anche il regime della libertà personale dell'imputato, poiché viene considerata tipica del sistema inquisitorio la carcerazione preventiva: l'assunto è sostenibile solo in quanto la misura sia considerata strumentale all'indagine segreta e all'interrogatorio come fonte di prova: sotto altri profili, invece, la coercizione personale non sembra sostanzialmente condizionata – a parte i presupposti specifici e le modalità, che possono variare – dalla natura accusatoria o inquisitoria del processo.

Dalle grandi linee escono con sufficiente determinatezza due modelli culturali. Al fondo si può tuttora leggere un diverso modo di intendere i rapporti tra il cittadino e l'autorità dello Stato: tanto che non è sbagliata, per quanto schematica, la ricorrente affermazione secondo cui il processo accusatorio sarebbe tendenzialmente espressione dei regimi democratici, quello inquisitorio dei regimi autoritari<sup>12</sup>.

**4. Il cosiddetto sistema misto.** - Sistema “misto” viene definito quello adottato dagli ordinamenti processuali dell'Europa continentale a partire dal *code d'instruction criminelle* napoleonico del 1808. Tuttavia, ove si prescindia dal valore convenzionale consacrato dall'uso, la formula appare priva di un significato autonomo, anzi, finisce con l'impedire un'esatta classificazione. Non è possibile infatti determinare i caratteri distintivi del processo misto come tale, senza rinviare alle peculiarità dei singoli casi. Se è vero, come si è osservato, che col nome di sistema accusatorio e di sistema inquisitorio si designano due tipi ideali contrapposti, qualunque scostamento dal tipo dà luogo ad un processo misto, indipendentemente dal modo in cui gli elementi dei due sistemi sono combinati.

---

<sup>12</sup> Vedi ad esempio L. Lucchini, *Elementi di procedura penale*, Firenze, 1895, p. 19.

Secondo l'opinione tramandata, il cosiddetto processo misto sarebbe un'opportuna mediazione tra l'accusatorio e l'inquisitorio, con lo scopo di contemperare le esigenze di difesa della società e la tutela dei diritti individuali, messe in pericolo, rispettivamente, dall'adesione all'uno o all'altro sistema. La struttura dialettica del primo viene perciò inserita su un'indagine compiuta con i metodi del secondo. Il risultato è un processo in due fasi: il giudizio, pubblico e orale, si svolge in contraddittorio sul tema prefissato dopo un'istruzione scritta e segreta, condotta dal magistrato, senza la partecipazione della difesa, con pieni poteri di accertamento in ogni direzione.

Lo sdoppiamento così realizzato, nel tentativo di conciliare modelli opposti, finisce col mancare di coerenza sistematica: ed in effetti questo tipo di critica venne subito formulata, insieme all'addebito di sommare i difetti, e non i vantaggi, dei due sistemi<sup>13</sup>. Tuttavia - anche senza accedere all'opinione di chi ritiene questo processo un *tertium genus*, né accusatorio, né inquisitorio (né "misto")<sup>14</sup> - la soluzione non è priva di tratti originali, e sarebbe un errore negarle una precisa identità. Tutto dipende, comunque, dal modo in cui sono disciplinati i rapporti tra la fase dell'istruzione e quella del giudizio: la fisionomia del processo cambia completamente a seconda che le risultanze istruttorie abbiano valore determinante, ovvero le prove valutabili ai fini della decisione possano essere acquisite solo nel contraddittorio dibattimentale.

Da questo punto di vista, il sistema francese e i suoi derivati (come l'italiano prima della riforma) sono fondamentalmente da considerare un'evoluzione, con i dovuti aggiornamenti, del vecchio processo inquisitorio. Infatti, dopo le prime esperienze della legislazione rivoluzionaria, intesa a trasformare in modo radicale il precedente ordinamento con l'adozione di schemi accusatori, la fase del dibattimento andò progressivamente perdendo peso a vantaggio dell'istruzione - più consona alle esigenze del mutato clima politico - fino a ridursi a mero controllo estrinseco delle conclusioni già raggiunte dal giudice istruttore, se non addirittura ad un'inutile messa in scena.

<sup>13</sup> G. Carmignani, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, Pisa, 1832, IV, 46 s.

<sup>14</sup> G. Foschini, *Sistema del diritto processuale penale*, I, Milano, 1965, 226 s.

Il progressivo potenziamento, in epoca più recente, dei diritti della difesa è valso ad attenuare gli aspetti più marcatamente autoritari di un simile assetto processuale; ma la struttura tendenzialmente inquisitoria è destinata a sopravvivere immutata finché il contraddittorio continua ad essere escluso dai principali atti di acquisizione probatoria compiuti dal magistrato nell'istruzione e i verbali che li documentano sono utilizzabili nel giudizio, risultando il più delle volte decisivi per il suo esito.

**5. Caratteri comuni del diritto processuale penale moderno** - Negli ultimi decenni, tuttavia, la distanza tra i due modelli contrapposti si è in parte ridotta, almeno per quanto concerne gli aspetti più evidenti. Ciò è dovuto soprattutto alla necessità di dare attuazione alle garanzie del giusto processo prescritte dalle carte costituzionali o dalle convenzioni internazionali sui diritti dell'uomo. Si può osservare come nelle fonti di questo livello ad essere affermati siano i tradizionali diritti della persona di origine illuministica: la coesistenza di tali direttive con un sistema inquisitorio nel senso tradizionale del termine sarebbe inconcepibile, mentre al contrario risultano valorizzati alcuni degli aspetti caratteristici del sistema accusatorio. Resta però il fatto che non è riconoscibile un'opzione precisa a favore dell'uno o dell'altro sistema, dato che le norme in questione appaiono il più delle volte formulate in maniera volutamente generica, aperta ad un'interpretazione adeguatrice, proprio per consentire la loro applicazione a prescindere dal contesto ordinamentale nel quale sono destinate ad operare.

Si può dunque affermare che taluni principi fondamentali, come la pubblicità delle udienze, l'esposizione delle ragioni in contraddittorio, l'inviolabilità della difesa, l'imparzialità del giudice, la presunzione d'innocenza dell'accusato, debbano darsi per acquisiti, se non altro come criteri direttivi tendenziali, nelle società democratiche, in ogni tipo di processo, anche se ciò non implica necessariamente l'adesione ad un modello ideale accusatorio. Interessante, sotto questo profilo, l'esperienza della Corte penale internazionale<sup>15</sup> - che vuole fungere da esempio universale di giustizia amministrata nel pieno rispetto dei diritti della persona - nel

---

<sup>15</sup> K. Ambos, *International criminal procedure: "adversarial", "inquisitorial" or mixed?*, in *Int'l. Crim. L. Rev.*, 2003, p. 1 s.

cui ordinamento si tende a conciliare l'oralità e il contraddittorio dibattimentale fra le parti con i poteri discrezionali del giudice nella provvista del materiale probatorio da utilizzare<sup>16</sup>.

Come criterio globale di comprensione della realtà, dunque, l'alternativa di cui ci occupiamo non sembra più di per sé sola sufficiente. Altre chiavi di lettura possono essere impiegate quando l'analisi del processo riguarda particolarmente il grado di attuazione delle garanzie fondamentali. Ciò nondimeno, non si può affermare che il modello processuale prescelto sia indifferente rispetto all'obiettivo di tutelare i diritti dell'accusato. Di fatto esso determina gli strumenti utilizzabili, e perciò il livello di effettività della tutela. Così, per fare qualche esempio, appartiene alla logica inquisitoria riconoscere il diritto di difesa come controllo *a posteriori*, mediante il regime delle nullità e il favore per le impugnazioni, a quella accusatoria permettere al difensore il massimo di partecipazione agli atti del processo, con la possibilità di controllarne immediatamente la correttezza; alla prima, perseguire una decisione imparziale assegnando anche alla pubblica accusa una funzione quasi-giudiziale, alla seconda, assicurare l'imparzialità accentuando la separazione di ruoli tra il giudice e le parti.

**6. Il processo accusatorio in Italia.** - La delega al governo per la riforma del codice di procedura penale italiano (l. 16 febbraio 1987, n. 81), risultato di una più che ventennale elaborazione, segna il passaggio radicale dal sistema misto di stampo inquisitorio al sistema accusatorio: tale scelta è esplicitamente enunciata nella premessa all'art. 2, il quale è dedicato ai principi e criteri direttivi. Da questi si desume che carattere essenziale del sistema è considerato il principio secondo cui la prova va formata davanti al giudice del giudizio nel contraddittorio delle parti. Ne segue la distinzione tra la fase delle indagini e quella del dibattimento, poiché le informazioni raccolte nelle indagini preliminari non sono idonee ad essere utilizzate per la decisione finale: essa può legittimamente fondarsi soltanto sulle prove formate nella pubblica udienza rispettando il principio di oralità-immediatezza.

---

<sup>16</sup> Per ulteriori approfondimenti v. M. Caianiello, *Disclosure before the ICC. The emergence of a new form of policies implementation system in international criminal justice?*, in *Int'l Crim. L. Rev.*, 2010, p. 23 s.

Secondo questa prospettiva, le indagini preliminari sono attribuite al pubblico ministero, con l'ausilio della polizia giudiziaria, ma solo per decidere sull'esercizio dell'azione penale e la preparazione dell'accusa per il giudizio: i verbali delle dichiarazioni acquisite a questi fini non sono di regola leggibili nel dibattimento, se non per contestare la credibilità del dichiarante nel corso dell'esame. Una delle innovazioni più significative è il cosiddetto "doppio fascicolo", mirante ad evitare che le risultanze documentate delle indagini possano condizionare il convincimento del giudice. Al giudice vengono trasmessi, con il "fascicolo per il dibattimento", soltanto quei pochi atti che gli è consentito conoscere, vale a dire principalmente gli atti irripetibili, le prove non rinviabili acquisite anticipatamente in contraddittorio, i documenti utili per il giudizio sulla personalità dell'imputato, oltre agli atti riguardanti la corretta insaturazione del giudizio. Gli altri atti di indagine restano nel "fascicolo del pubblico ministero", che è conosciuto solo dalle parti, e possono essere trasferiti nel fascicolo per il dibattimento e utilizzati per la decisione solo in casi eccezionali, ad esempio se il testimone è stato minacciato o subornato, o se l'esame sia divenuto impossibile, o se c'è l'accordo delle parti<sup>17</sup>.

In sintesi, si può affermare che il processo accusatorio elaborato dal codice di procedura penale si basa sulla separazione delle funzioni e sulla separazione delle fasi. La funzione del giudice che deve decidere il merito deve essere separata da quella degli organi di investigazione, dal momento che il compito di ricercare e introdurre le prove non può essere attribuito allo stesso soggetto destinato a valutarle, che rischia altrimenti di perdere la necessaria equidistanza dalle parti. La separazione della fase delle indagini da quella del giudizio serve ad assicurare l'effettiva attuazione del contraddittorio, privilegiando inoltre il contatto diretto del giudice con la prova rispetto all'utilizzazione dei verbali di atti compiuti fuori dal dibattimento. Lo strumento prescelto per la formazione della prova in ottemperanza ai suddetti criteri è l'esame diretto ed incrociato dei testimoni che sono presentati dalle parti, con attribuzione al giudice di poteri solo residuali di interloquire nell'esame, ovvero, in caso di assoluta necessità, di supplire all'inerzia delle parti ammettendo prove d'ufficio.

---

<sup>17</sup> Per un'esposizione più dettagliata degli aspetti specifici e delle vicende successive della riforma del processo penale si rinvia a G. Illuminati, *op. cit.*, p. 148 s.

**7. Processo accusatorio e processo adversary.** - Il processo penale *adversary* di stampo anglo-americano è stato da sempre considerato il paradigma tipico del sistema accusatorio, ed effettivamente ha rappresentato il modello al quale sotto molti profili anche il legislatore italiano si è ispirato. Esso presenta tuttavia numerose peculiarità, che spesso non sono suscettibili di essere trapiantate in un ordinamento diverso, o che non risulterebbero compatibili con i suoi principi generali informativi o con le norme costituzionali.

L'aspetto più caratteristico è il potere delle parti di disporre non solo delle prove da presentare in giudizio, ma anche dell'oggetto stesso del procedimento.

La passività del giudice, come corrispettivo dell'iniziativa riservata alle parti, è considerata essenziale (anche se in teoria alcuni poteri d'ufficio gli sarebbero riconosciuti). Il giudice ha solo il ruolo di garantire il rispetto delle regole ed è perciò considerato un semplice arbitro della contesa: anche perché non è gravato della funzione di accertare i fatti, spettante esclusivamente alla giuria. Il processo penale è infatti concepito come strumento di composizione dei conflitti, concezione estranea agli ordinamenti dell'Europa continentale, che attribuiscono alla giustizia penale la funzione di realizzare le scelte di politica criminale dello Stato<sup>18</sup>.

Stando alla definizione che ne abbiamo dato in precedenza, comunque, questi aspetti specifici non sembrano essenziali per l'integrazione del modello accusatorio. Non si può cioè affermare una coincidenza fra sistema accusatorio e *adversary system*.

Il processo accusatorio italiano, in particolare, si discosta sensibilmente da quello tipico dei paesi di lingua inglese.

Una differenza significativa è rappresentata dall'assenza della giuria popolare. Il giudizio si svolge per lo più davanti a giudici professionali: e anche quando – per i reati più gravi – è prevista la partecipazione di giudici popolari, è istituito un collegio misto, la corte d'assise, composto da due giudici togati e sei laici, che decidono insieme, a maggioranza, tutte le questioni di fatto e di diritto. Anche le regole di ammissione e di esclusione della prova cambiano di conseguenza: non

<sup>18</sup> In argomento cfr. M.R. Damaška, *Evidence Law Adrift*, New Haven-London, 1997, trad. it., *Il diritto delle prove alla deriva*, Bologna, 2003, p. 113 s.

esiste la prevalenza assoluta della prova orale su quella documentale, e non occorre tutelare preventivamente una giuria inesperta di diritto dalla suggestione delle prove invalide o di quelle la cui inaffidabilità può superarne il valore probatorio. Inoltre la motivazione, doverosa per la sentenza del tribunale o della corte d'assise e assente nel verdetto della giuria, consente di verificare l'osservanza da parte del giudice dei divieti di utilizzazione e dunque non impone di escludere materialmente la prova inutilizzabile.

A livello costituzionale, poi, assume un rilievo determinante l'obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.), che richiede un costante controllo del giudice sull'iniziativa del pubblico ministero. La responsabilità dell'attuazione del principio di legalità, con l'applicazione della sanzione penale, risulta pertanto condivisa tra il pubblico ministero e il giudice, che non è vincolato dalle richieste dell'accusa: il giudice può condannare anche se il pubblico ministero chiede l'assoluzione, può applicare una pena superiore a quella richiesta, può modificare il titolo del reato indicato nell'imputazione. Viceversa, nel processo *adversary*, il *prosecutor* ha il controllo esclusivo sull'azione penale e può astenersi dall'esercitarla, esercitarla per un reato minore o diverso da quello risultante dalle indagini, e anche lasciarla cadere nel corso del processo.

Questa dinamica si riflette anche sui procedimenti speciali basati sull'accordo delle parti, destinati ad evitare il dibattimento. Nell'ordinamento italiano, che pure ha introdotto l'applicazione della pena su richiesta delle parti (insieme ad altre forme consensuali di semplificazione come il giudizio abbreviato), l'obbligatorietà dell'azione penale impedisce una vera e propria transazione sull'accusa: ciò comporta in ogni caso una valutazione di merito da parte del giudice ed un controllo sui contenuti dell'accordo tra le parti, in relazione al principio di legalità. Occorre sottolineare che nemmeno questo modo alternativo di procedere, con rinuncia al giudizio in contraddittorio, va considerato un aspetto essenziale per caratterizzare il sistema in senso accusatorio, sebbene sia impiegato con la massima larghezza negli ordinamenti inglese e americano. Si può anzi affermare che si tratta di una soluzione di tipo inquisitorio<sup>19</sup>, anche se legittimata dal consenso dell'imputato.

---

<sup>19</sup> A. Nappi, *Guida al codice di procedura penale*, 10<sup>a</sup> ed., Milano, 2007, p. 13 s.

**8. L'eccessiva durata del processo penale italiano: crisi del modello accusatorio.** - Com'è noto, il processo accusatorio è molto dispendioso in termini di tempo e risorse necessarie per il suo corretto svolgimento. Se tutte le prove vanno acquisite oralmente davanti al giudice con la tecnica dell'esame diretto e incrociato ad opera delle parti, e - corrispondentemente - le dichiarazioni raccolte dal pubblico ministero e dalla polizia nel corso delle indagini (non importa quanto lunghe e complesse) debbono essere tutte ripetute in dibattimento, perché di regola non se ne può tener conto, è evidente che risulta possibile celebrare e concludere definitivamente soltanto un numero limitato di processi, con la conseguenza che il carico degli uffici giudiziari inevitabilmente tende ad aumentare, restando in buona parte impossibile da smaltire in tempi brevi. Ciò comporta, in Italia, un'eccessiva durata del giudizio dibattimentale, che deve perciò necessariamente svolgersi nell'arco di numerose udienze, il più delle volte molto distanziate fra loro.

La sproporzione tra il numero di processi in attesa di essere celebrati e le capacità che il sistema ha di gestirli impone ritardi non solo nell'effettiva durata dei dibattimenti, ma anche nel tempo necessario per la loro instaurazione, ad indagini ormai concluse, quando è il momento di iscriverli nel ruolo di udienza del tribunale. Se a questo si aggiungono i tempi dei due gradi di impugnazione, l'accesso ai quali è consentito praticamente senza limiti, e che soffrono dei medesimi problemi di sovraccarico, non c'è da stupirsi se per arrivare ad una sentenza definitiva bisogna attendere un termine tutt'altro che ragionevole, a dispetto del principio solennemente enunciato dall'art 111 della Costituzione italiana, oltre che dalle Carte internazionali dei diritti umani.

Al riguardo, non si può fare a meno di considerare che nel sistema inglese e in quello degli Stati Uniti il numero di casi che vengono effettivamente trattati davanti alla giuria, seguendo le regole ordinarie del processo *adversary*, non supera il dieci per cento del totale, dato che tutti gli altri si concludono per lo più con un'ammissione di colpevolezza dell'imputato, spesso negoziata con l'accusa. Solo così è possibile assicurare l'efficienza complessiva della giustizia penale.

Nelle giurisdizioni degli Stati Uniti la celerità del processo risulta formalmente garantita - in caso di violazione del diritto costituzionale allo *speedy trial* (VI emendamento) - dal drastico rimedio del *dismissal*,

equivalente all'archiviazione dell'accusa ma preclusivo della possibilità di una successiva riapertura del procedimento. Senza entrare nei dettagli, si può ricordare che nella giurisdizione federale e in quelle statali la durata media di un processo, fino alla sentenza di primo grado, si aggira sui sei-sette mesi<sup>20</sup>, e non è considerata ragionevole, salvo motivi particolari, una durata superiore ad un anno. Occorre aggiungere che la sentenza non è appellabile nel merito, essendo proponibili solo questioni di diritto, e che l'accesso ad un ulteriore grado di impugnazione non è garantito in ogni caso, perché il ricorso è soggetto ad una valutazione preliminare della corte adita, che può decidere di non ammetterlo se non ritiene opportuno occuparsene. Ciò riduce sensibilmente i tempi complessivi e disincentiva impugnazioni meramente dilatorie.

Si deve tenere presente che è la struttura stessa del processo accusatorio, in quanto basato sul principio di oralità e immediatezza nell'assunzione delle prove, a suggerire la celebrazione del processo in tempi stretti, così da garantire la reperibilità dei testimoni e soprattutto l'affidabilità del loro ricordo, dando al tempo stesso alle parti la possibilità di verificare tramite l'esame incrociato la correttezza della percezione dei fatti e della loro rappresentazione. Una testimonianza resa a molta distanza dall'evento difficilmente potrà descriverne gli elementi rilevanti in maniera puntuale e oggettiva, e si limiterà a rievocare la ricostruzione mentale che si è venuta a fissare nella memoria del testimone col passare del tempo.

Il processo con giuria, poi, impone in maniera ancor più evidente la massima concentrazione del giudizio, mal conciliandosi con lunghi rinvii delle udienze, posto che la decisione si basa su quanto visto e udito direttamente dai giurati e dunque su quello che ricordano dell'intero dibattimento. La concentrazione è perciò anche interesse delle parti, che devono riuscire a sintetizzare al massimo la presentazione delle prove, in modo da colpire efficacemente l'attenzione della giuria.

Va però anche considerato che il modello *adversary* si basa essenzialmente sul confronto fra le parti contrapposte, inteso come metodo più

---

<sup>20</sup> V. Fanchiotti, *The right to a speedy trial nell'esperienza nordamericana*, in AA. VV., *La ragionevole durata del processo. Garanzie ed efficienza della giustizia penale*, a cura di R.E. Kostoris, Torino, 2005, p. 13 s.

efficace per accertare i fatti e non lasciare aspetti inesplorati. Ne deriva un accentuato livello di conflittualità tra accusa e difesa, che inevitabilmente favorisce gli imputati più forti e meglio assistiti. La discriminazione tra abbienti e non abbienti si può riscontrare in tutti gli ordinamenti processuali ed è in buona misura ineliminabile: nei sistemi di cui stiamo parlando, tuttavia, diventa un ulteriore potente strumento di semplificazione e di accelerazione. Dal momento che solo pochi imputati possono permettersi di sostenere gli elevatissimi costi di un processo con giuria, assumendosi inoltre il rischio di una condanna molto più pesante, il ricorso al *plea bargaining*, con la conseguente ammissione di colpevolezza che esclude il giudizio, è frequentissimo, e ciò anche a prescindere dalla effettiva fondatezza dell'accusa.

Anche il sistema di assistenza giudiziaria ai non abbienti porta per forza di cose a privilegiare la celerità, poiché le risorse sono naturalmente limitate e i difensori hanno interesse ad una semplice e rapida conclusione dei processi. Si tratta infatti di pubblici funzionari che devono massimizzare le risorse disponibili, come negli Stati Uniti dove esiste la figura del *public defender*, ovvero di avvocati privati pagati dallo Stato, come in Inghilterra, che hanno la necessità di portare avanti molte difese in breve tempo per guadagnare a sufficienza<sup>21</sup>. In ogni caso, poi, rimane fuori dall'assistenza un'ampia fascia della popolazione, titolare di un reddito che non consente l'accesso alla difesa fornita dallo Stato, ma che tuttavia non ha i mezzi per pagare le spese e gli onorari di un avvocato per il giudizio.

Sotto il profilo dell'equità, la pratica del *plea bargaining* è da tempo, per evidenti motivi, criticata dagli studiosi<sup>22</sup>. Occorre domandarsi se si tratti di una contropartita adeguata rispetto alla necessità di assicurare l'efficienza complessiva del sistema giudiziario, e se sia socialmente accettabile una così marcata discriminazione.

<sup>21</sup> D. Nelken, *La durata del processo penale in prospettiva empirica: riforme giuridiche e contesti sociali*, in AA.VV., *La ragionevole durata*, cit., p. 28.

<sup>22</sup> V. ad esempio J. H. Langbein, *Torture and plea bargaining*, in 46 *Univ. Chicago L. Rev.*, 1978-79, p. 3 s. Per un'analisi critica in chiave comparatistica, v. R. Van Cleave, *An offer you can't refuse? Punishment without trial in Italy and the United States: the search for truth and an efficient criminal justice system*, in 11 *Emory Int'l L. Rev.*, 1997, p. 419 s.

Non si può nascondere, comunque, che le disuguaglianze determinate dalle condizioni economiche hanno conseguenze altrettanto pesanti nei sistemi in cui la giustizia è lenta e inefficiente e il numero dei processi da celebrare è eccessivamente alto. L'imputato ricco o potente, tecnicamente ben attrezzato, ha la possibilità di sfruttare numerose opportunità per ostacolare lo svolgimento del processo e rallentarlo, traendo il massimo vantaggio dal malfunzionamento delle strutture e dai ritardi fisiologici o patologici, fino ad arrivare non di rado ad assicurarsi una sostanziale impunità a causa dell'estinzione del reato.

**9. Alternative al processo penale per un recupero dell'efficienza del sistema.** - Come si è già detto, il principio di legalità, espresso nella Costituzione italiana come obbligo per il pubblico ministero di esercitare l'azione penale, differenzia in maniera netta il nostro processo accusatorio da quello *adversary* dei paesi di *common law*, che si caratterizza per la discrezionalità del *prosecutor*, il quale può non formulare l'accusa, ritrattarla e anche deciderne autonomamente la qualificazione giuridica. Ciò naturalmente comporta la possibilità di selezionare i casi da sottoporre a processo e di commisurare il carico di lavoro alle effettive possibilità dell'ufficio, anche in ragione delle scelte di politica criminale.

Non si può nemmeno affermare, però, che l'azione penale discrezionale sia un carattere essenziale del modello accusatorio, anche se indubbiamente è in grado di assicurare una maggiore efficienza, considerati anche i già segnalati costi di questo tipo di processo in termini di tempo e di risorse necessarie. L'obbligatorietà dell'azione penale ha, almeno in linea di principio, la funzione di evitare disparità di trattamento fra i cittadini, e al tempo stesso tutela l'indipendenza del pubblico ministero da interferenze del potere esecutivo o di altri poteri. La sua centralità come strumento per l'attuazione della legalità nel campo penale è stata espressamente proclamata dalla Corte costituzionale italiana<sup>23</sup>. D'altra parte un organo dell'accusa al quale sia affidato il compito di decidere discrezionalmente quali reati perseguire e quali trascurare dovrebbe necessariamente risponderne politicamente: o direttamente ai cittadini quale ufficio elettivo, secondo il sistema statunitense, ovvero, come

---

<sup>23</sup> Corte cost. 15 febbraio 1991, n. 88.

avviene in molti altri paesi, al governo, a sua volta responsabile verso gli elettori. Verrebbe meno perciò l'indipendenza del pubblico ministero che caratterizza l'ordinamento italiano.

In un sistema ad azione penale obbligatoria risalta in maniera particolarmente evidente la sproporzione tra le risorse disponibili e quelle che sarebbero necessarie. Il problema non è peculiarmente italiano, ma in Italia è aggravato dalla qualità e dalla quantità molto bassa degli investimenti in materia di giustizia. Senza entrare nei dettagli, non sembra però verosimile prevedere un'inversione di tendenza, soprattutto in tempi di crisi economica: occorre pertanto verificare come sia possibile, agendo sul momento introduttivo del processo, razionalizzarne il funzionamento, in osservanza del principio della durata ragionevole.

Anche a prescindere dalle ragioni che suggeriscono di salvaguardare il principio di obbligatorietà, non è però detto che la discrezionalità dell'azione penale sia di per sé la soluzione. Il ricorso a criteri di opportunità non produce necessariamente un aumento di efficienza del sistema, perché in pratica, quali che siano le scelte operate, non si può pensare che ciò comporterebbe un'automatica riduzione della domanda di giustizia, destinata a restare in larga parte inevasa. Un sistema basato esclusivamente sulla produttività, in termini di rapporto costi-benefici – per quanto questo dato sia importante – conduce anche ad esiti consapevolmente iniqui.

Si deve allora cercare di riequilibrare la proporzione tra i casi in cui si rende necessario ricorrere al processo penale e la capacità di risposta del sistema. Soluzioni miracolose o di breve periodo non ne esistono: è la giustizia penale nel suo insieme che va ripensata.

Da tempo la dottrina più attenta evidenziava la necessità di procedere ad un'ampia depenalizzazione e all'aumento del numero dei reati perseguibili a querela di parte; nonché, contemporaneamente, alla diminuzione delle ipotesi di sanzione privativa della libertà personale, per la cui applicazione la tutela giurisdizionale è imprescindibile. L'osservazione può sembrare scontata, ma ci sono sempre stati ostacoli ideologici o pratici ad affrontare il problema in maniera radicale. E' noto a tutti che nel diritto italiano c'è un eccesso di penalizzazione, e che spesso la sanzione penale viene introdotta, a prescindere dalla sua concreta effettività, quando si vuole mandare un segnale all'opinione pubblica,

anche per ragioni di propaganda politica. Esiste un numero smisurato di fattispecie incriminatrici che dovrebbero essere del tutto cancellate, o quanto meno affrontate con sanzioni non penali o con semplici obblighi di risarcimento o riparazione, evitando il ricorso ad una macchina così pesante e complessa - proprio perché destinata a garantire i diritti fondamentali - qual è il processo penale. Altrimenti si attiva una procedura ad alto tasso di garanzia anche per questioni di rilevanza minima, per le quali, il più delle volte, non si arriva nemmeno all'esecuzione di una condanna, col risultato che assai spesso il processo penale ha esclusivamente un'efficacia stigmatizzante.

In questa direzione ha di recente cominciato ad avviarsi il legislatore, con i decreti legislativi n. 7 e 8 del 15 gennaio 2016<sup>24</sup>, che hanno depenalizzato numerose fattispecie ormai obsolete o inutili e alcune categorie di illeciti minori. I reati depenalizzati prevedono ora solo sanzioni amministrative, oppure una riparazione pecuniaria in sede civile, che si aggiunge al risarcimento dei danni. Da ultimo, poi, con il d.lgs. 10 aprile 2018, n. 36<sup>25</sup>, sono stati aumentati i casi di procedibilità a querela di parte, consentendo fra l'altro di applicare, quando la querela sia proposta, la nuova causa di estinzione del reato per condotte riparatorie, operante senza il consenso della persona offesa, di cui all'art. 162-ter c.p., inserito dalla stessa legge n. 103 del 2017.

Sarebbe inoltre indispensabile introdurre nell'esercizio dell'azione penale criteri di discrezionalità controllata, che come tali, secondo l'opinione più diffusa, non entrano necessariamente in conflitto col principio di obbligatorietà<sup>26</sup>, se ragionevoli e adeguatamente tipizzati. Non c'è dubbio che dietro l'obbligatorietà dell'azione penale si celi attualmente una discrezionalità di fatto, dato che gli uffici del pubblico ministero sono

---

<sup>24</sup> In attuazione della delega contenuta nella l. 28 aprile 2014, n. 67.

<sup>25</sup> In attuazione della delega contenuta nella l. 23 giugno 2017, n.103.

<sup>26</sup> In questo senso v. già M. Chiavario, *Ancora sull'azione penale obbligatoria: il principio e la realtà*, in Id., *L'azione penale tra diritto e politica*, Padova, 1995, p. 131. Più di recente v., anche per ulteriori indicazioni, A. Ciavola, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Torino, 2010, p. 95 s. La stessa Corte costituzionale, nella citata sentenza n. 88 del 1991, aveva escluso che l'obbligatorietà dell'azione penale significhi consequenzialità automatica tra notizia di reato e processo.

comunque tenuti ad operare delle scelte di priorità nella trattazione delle notizie di reato, non essendo materialmente possibile gestirle tutte allo stesso modo. Quello che si dovrebbe pretendere è che queste scelte siano trasparenti e prevedibili.

Il modo migliore per assicurarlo sarebbe la predeterminazione legale dei presupposti in presenza dei quali, anche quando esistono elementi idonei a sostenere l'accusa, il pubblico ministero possa astenersi dall'agire, previa supervisione del giudice destinata a verificarne la corretta applicazione nel caso concreto<sup>27</sup>. Si dovrebbe cioè trovare un contemperamento fra opportunità e doverosità dell'azione: e la risposta penale può anche essere diversificata, senza violare le garanzie fondamentali, a seconda che si tratti di piccola o di grande criminalità<sup>28</sup>.

In una simile prospettiva, persegue l'obiettivo di alleggerire il carico giudiziario la nuova disciplina del proscioglimento per «particolare tenuità del fatto»<sup>29</sup>, anche se da taluno criticata in rapporto ai principi tradizionali del diritto penale sostanziale<sup>30</sup>. L'art. 131-bis c.p. prevede

<sup>27</sup> D. Vicoli, *Scelte del pubblico ministero nella trattazione delle notizie di reato e art. 112 Cost.: un tentativo di razionalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 251 s.

<sup>28</sup> A. Ciavola, *op. cit.*, p. 101 s.

<sup>29</sup> Artt. 1-5 d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28, approvato in attuazione della direttiva di legge delega contenuta nella già citata legge n. 67 del 2014. Il Governo era invitato a «escludere la punibilità di condotte sanzionate con la sola pena pecuniaria o con pene detentive non superiori nel massimo a cinque anni, quando risulti la particolare tenuità dell'offesa e la non abitualità del comportamento, senza pregiudizio per l'esercizio dell'azione civile per il risarcimento del danno e adeguando la relativa normativa processuale penale» (art. 1 comma 1 lett. m).

<sup>30</sup> Le premesse concettuali della novella risultano tuttavia largamente condivise. Il proscioglimento – che presuppone la sussistenza di un fatto tipico di reato, di modesta portata lesiva ma non totalmente inoffensivo (C.F. Grosso, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 517) – risponde a due fondamentali esigenze di rango costituzionale: il principio di proporzionalità dell'intervento repressivo penale, che vieta, in ossequio al canone dell'*ultima ratio*, di sanzionare penalmente condotte che appaiano immeritevoli di pena nel caso specifico, ed anzi rende la declaratoria di tenuità del fatto una vera e propria «necessità di giustizia» in considerazione della «ormai acquisita consapevolezza dogmatica dei limiti della tipicità penale» (così F. Palazzo, *Nel dedalo delle riforme prossime e venturose*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, p. 1706 s.); nonché l'esigenza di alleggerire il carico giudiziario e di restituire effettività al principio di obbligatorietà dell'azione penale (C.F. Grosso, *op. loc. cit.*).

che se il reato è punito con pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni l'offesa può, a determinate condizioni, essere ritenuta non punibile. La non punibilità può essere dichiarata anche in sede di archiviazione della notizia di reato, su richiesta del pubblico ministero (art. 411 c.p.p.), o con una sentenza di proscioglimento predibattimentale (art. 469 comma 1-*bis* c.p.p.). In ogni caso i provvedimenti che dichiarano la non punibilità vengono iscritti nel casellario giudiziale e, se si tratta di sentenza pronunciata nel dibattimento, essa fa stato - quanto all'accertamento del fatto, della sua illiceità e della responsabilità dell'imputato - nel processo civile o amministrativo di danno promosso contro il prosciolto.

**10. Conclusioni.** - La scelta accusatoria del codice del 1988, da molti inizialmente osteggiata, è ormai da considerare irreversibile, anche se non ha portato ai risultati sperati quanto alla funzionalità del processo, non riuscendo ad assicurarne la ragionevole durata. Ciò si ripercuote, come appare evidente, sulla effettiva realizzazione del modello, che per attuare l'oralità-immediatezza esige la concentrazione del dibattimento. I lunghi rinvii delle udienze tradiscono lo spirito del sistema accusatorio, dal momento che il giudice finisce col dover valutare non tanto le prove percepite direttamente, quanto piuttosto il verbale dibattimentale che le documenta. Tuttavia un ritorno al vecchio sistema è impensabile, poiché non porterebbe alcun giovamento e rappresenterebbe solo un regresso in termini di garanzie.

Un altro dato ormai acquisito, e si può dire universalmente riconosciuto, è la necessità che siano contemplati percorsi differenziati, non solo all'interno del processo, mediante la deviazione sui riti alternativi, ma anche verso l'esterno, con una vera e propria "deprocessualizzazione" che consenta epiloghi di altro genere.

I procedimenti speciali come l'applicazione della pena su richiesta delle parti e il giudizio abbreviato, fortemente incentivati dopo la riforma del codice, contribuiscono ad alleggerire il carico dei dibattimenti penali, ma in misura non comparabile a quanto avviene nei sistemi inglese e degli Stati Uniti, dal momento che statisticamente non superano il trenta per cento del totale.

Fra gli interventi destinati ad evitare la celebrazione del dibattimento va ora annoverato anche l'istituto della sospensione del

procedimento con messa alla prova<sup>31</sup>, già sperimentato nel processo minorile ed introdotto in quello ordinario dalla sopra citata legge n. 67 del 2014. Per i reati puniti con pena detentiva non superiore nel massimo a quattro anni, è applicabile, su richiesta dell'imputato, un programma di trattamento a fini di risocializzazione, il cui esito positivo estingue il reato (artt. 168-bis-168-quater c.p.). La sua attivazione già nella fase delle indagini preliminari consente una notevole economia processuale, evitando di regola l'esercizio dell'azione penale e la celebrazione del giudizio. La semplificazione si risolve pertanto in una procedura di tipo prevalentemente burocratico-amministrativo, sebbene formalmente giurisdizionale. La fuga dal processo per i reati meno gravi - che comunque statisticamente sono la maggioranza - si giustifica in nome dell'efficienza complessiva del sistema: ma non è detto che la sospensione con messa alla prova sia necessariamente appetibile dall'imputato, dal momento che per la medesima fascia di reati esistono soluzioni alternative che possono in concreto rivelarsi anche più vantaggiose.

Occorre pertanto spingersi oltre nella razionalizzazione del sistema, agendo sui presupposti e sulle modalità di esercizio dell'azione penale. La razionalizzazione è solo un passo avanti verso l'efficienza, ma non è certamente il passo risolutivo. Tuttavia se a ciò si accompagnano altri interventi, di carattere strutturale, e soprattutto la massimizzazione delle risorse disponibili – non tanto e non solo l'aumento, pure necessario, quanto una loro migliore allocazione – le ricadute positive, almeno nel medio periodo, potrebbero manifestarsi anche nei giudizi più complessi e per i reati più gravi, recuperando l'impostazione originaria del processo accusatorio.

## BIBLIOGRAFIA

K. AMBOS, *International criminal procedure: "adversarial", "inquisitorial" or mixed?*, in *Int'l. Crim. L. Rev.*, 2003, p. 1 s. <https://doi.org/10.1163/156753603767877084>

<sup>31</sup> In argomento, e sui dubbi di illegittimità costituzionale per contrasto con la presunzione d'innocenza, v. R. Orlandi, *Procedimenti speciali*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di G. Conso, V. Grevi, M. Bargis, 6.<sup>a</sup> ed., Cedam, Padova, 2014, p. 746 s.; C. Cesari, sub art. 464-bis, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. Conso e G. Illuminati, 2.<sup>a</sup> ed., Cedam, Padova, 2015, p. 2124.

- M. CAIANIELLO, *Disclosure before the ICC. The emergence of a new form of policies implementation system in international criminal justice?*, in Int'l Crim. L. Rev., 2010, p. 23 s. <https://doi.org/10.1163/157181209x12584562670776>
- G. CARMIGNANI, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, Pisa, 1832, IV, 46 s.
- C. CESARI, sub art. 464-bis, in Commentario breve al codice di procedura penale, a cura di G. Conso e G. Illuminati, 2.<sup>a</sup> ed., Cedam, Padova, 2015, p. 2124.
- M. CHIAVARIO, *Ancora sull'azione penale obbligatoria: il principio e la realtà*, in Id., *L'azione penale tra diritto e politica*, Padova, 1995, p. 131.
- A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Torino, 2010, p. 95 s.
- G. CONSO, *Accusa e sistema accusatorio* (diritto processuale penale), in Enc. dir., I, Milano 1958, p. 336.
- F. CORDERO, *Procedura penale*, 9a ed., Milano 2012, p. 21-38.
- M.R. DAMAŠKA, *Evidence Law Adrift, New Haven-London*, 1997, trad. it., *Il diritto delle prove alla deriva*, Bologna, 2003, p. 113 s.
- V., FANCHIOTTI, *The right to a speedy trial nell'esperienza nordamericana*, in AA.VV., *La ragionevole durata del processo. Garanzie ed efficienza della giustizia penale*, a cura di R.E. Kostoris, Torino, 2005, p. 13 s.
- L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 8a ed., Bari, 2004, p. 574 s.
- P. FIORELLI, *Accusa e sistema accusatorio* (diritto romano e intermedio), in Enc. dir., I, Milano, 1958, p. 330-331.
- G. FOSCHINI, *Sistema del diritto processuale penale*, I, Milano, 1965, 226 s.
- C. F. GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in Dir. pen. proc., 2015, p. 517.
- G. ILLUMINATI, *El sistema acusatorio en Italia*, in AA.VV., *Proceso penal y sistemas acusatorios*, a cura di L. Bachmaier Winter, Madrid, 2008, p. 135 s.
- J. H. LANGBEIN, *Torture and plea bargaining*, in 46 Univ. Chicago L. Rev., 1978-79, p. 3 s. <https://doi.org/10.2307/1599287>
- L. LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, Firenze, 1895, p. 19.
- A., NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, 10a ed., Milano, 2007, p. 13 s.
- D. NELKEN, *La durata del processo penale in prospettiva empirica: riforme giuridiche e contesti sociali*, in AA.VV., *La ragionevole durata del processo. Garanzie ed efficienza della giustizia penale*, a cura di R.E. Kostoris, Torino, 2005, p. 28.

R. ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in Compendio di procedura penale, a cura di G. Conso, V. Grevi, M. Bargis, 6.<sup>a</sup> ed., Cedam, Padova, 2014, p. 746 s.

F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme prossime e venture*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2014, p. 1706 s.

M. PLOSCOWE, *The development of present-day criminal procedures in Europe and America*, in 18 Harv. L. Rev., 1935, p. 453 s., 459-60. <https://doi.org/10.2307/1332766>

G. PUGLIESE, *Processo privato e processo pubblico*, in Riv. dir. proc., 1948, p. 72 s.

L. RADZINOVICZ, *A History of English Criminal Law and its Administration from 1750*, I, London, 1948, p. 3 s.

R. VAN CLEAVE, *An offer you can't refuse? Punishment without trial in Italy and the United States: the search for truth and an efficient criminal justice system*, in 11 Emory Int'l L. Rev., 1997, p. 419 s.

D. VICOLI, *Scelte del pubblico ministero nella trattazione delle notizie di reato e art. 112 Cost: un tentativo di razionalizzazione*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2003, p. 251 s.

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

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

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

*Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality):* este artigo é uma versão revisada e ampliada do trabalho publicado em: G. Illuminati, *El sistema acusatorio en Italia*, in AA.VV., *Proceso penal y sistemas acusatorios*, a cura di L. Bachmaier Winter, Madrid, 2008, p. 135 s.; o autor assegura que não há plágio de terceiros.

### Dados do processo editorial

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

- Recebido em: 24/04/2018
- Retorno rodada de correções: 26/05/2018
- *Autor convidado*

<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies> - custom-1

### Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editoras-associadas: 2 (LBW e BC)

### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

ILLUMINATI, Giulio. Modelo processuale accusatorio e sovraccarico del sistema giudiziario. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 2, p. 533-557, mai./ago. 2018.  
<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i2.164>



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



# Equality of arms, impartiality of the judiciary and the role of the parties in the pre-trial inquiry: the perspective of Italian criminal justice

*Paridade de armas, imparcialidade do Judiciário e o papel das partes na investigação preliminar: a perspectiva da justiça criminal italiana*

**Stefano Ruggeri<sup>1</sup>**

Università degli Studi di Messina/Itália

steruggeri@unime.it

 <https://orcid.org/0000-0003-2684-3340>

---

**ABSTRACT:** The analysis of the prosecutorial inquiry in Italian criminal proceedings displays a complex scenario. In spite of the progressive enhancement of participatory rights of private parties, the overwhelming role of the investigative authorities does not set the necessary conditions for effective equality of arms, while largely frustrating the tasks of the judiciary. To a great extent, the maintenance of several decision-making and coercive powers of the public prosecutor still largely reflect the old conception of an independent body of justice. Even though the individuals involved in the prosecutorial inquiry are ensured participation in a number of police and prosecutorial investigations, legal assistance often lacks effectiveness, and the possibilities of defence lawyers conducting autonomous investigations are scant and only achieve a formal level of *par condicio*. Certainly, this set-up cannot be justified in a human rights-oriented model of criminal justice. *De lege ferenda*, the enhancement of the tasks of competent judge for the pre-trial inquiry, who under Italian law is not an investigative magistrate but is called upon to ensure the proper fulfilment of procedural safeguards, appears to constitute today the best alternative to one-sided investigations and the dominant role of the investigative authorities.

---

<sup>1</sup> Professor associado de direito processual penal italiano e justiça penal europeia na Universidade de Messina/Itália. Doutor em Direito pela Scuola Superiore Sant'Anna de Pisa/Itália.

**KEY-WORDS:** Equality of arms; judicial impartiality; pre-trial inquiry; Italian criminal justice.

**RESUMO:** A análise da investigação pelo Ministério Público no processo penal italiano apresenta um cenário complexo. Apesar do aumento progressivo dos direitos de participação das partes, o papel imenso das autoridades investigativas não determina as condições para a efetividade da paridade de armas, e também prejudica amplamente as tarefas do julgador. Em grande medida, a conservação de vários poderes decisórios e coercitivos do Ministério Público ainda refletem a antiga concepção de um independente membro de Justiça. Ainda que os indivíduos envolvidos na investigação ministerial possam participar em alguns atos policiais e do Ministério Público, a defesa técnica em muitas vezes carece de efetividade, e as possibilidades de investigações autônomas por advogados de defesa são limitadas e somente determinam uma igualdade em nível formal. Certamente, esse cenário não pode ser justificado em um modelo de justiça criminal orientado por direitos humanos. De lege ferenda, o aumento das tarefas do juiz competente para a investigação preliminar, que sistema italiano de justiça penal não é um juiz instrutor, mas um juiz de garantias, mostra-se atualmente como a melhor alternativa em relação a investigações unilaterais e o papel dominante de autoridades investigativas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Paridade de armas; imparcialidade judicial; investigação preliminar; justiça criminal italiana.

---

## 1. INTRODUCTION

Italian criminal justice has long been characterised by the strong tendency to bring forward the ascertainment of facts prior to the trial phase. Under the 1930 code of criminal procedure (the so-called ‘Rocco code’), fact-finding was largely based on the information gathered by the competent bodies for the pre-trial stages. In particular, the intermediate stage (*istruzione*), headed either by an investigating magistrate or the public prosecutor,<sup>2</sup> primarily aimed at the collection of evidence for the

<sup>2</sup> Investigative judges headed a formal inquiry (*istruzione formale*), whereas prosecutors an interim one (*istruzione sommaria*).

purposes of the trial decisions.<sup>3</sup> This set-up had considerable repercussions on a number of fundamental rights of the individuals involved in criminal proceedings. Not only had private parties very limited room in the prosecutorial inquiries and the evidence-gathering activities conducted by the investigative magistrate, but furthermore the accused was normally remanded into custody after the institution of *istruzione*, being therefore deprived of the right to take part in criminal proceedings as a free person.<sup>4</sup> The inevitable imbalance between the defendant and the competent authority for evidence gathering at the pre-trial stages was further aggravated in the trial, on two main grounds. Firstly, the trial judges could make full use of the information collected by investigative bodies and law enforcement authorities. Secondly, the defence could only give indirect contribution to the taking of oral evidence in open court, since depending on the types of the proceedings, witnesses were examined by either the president of the trial court or by a district court judge (*pretore*).<sup>5</sup>

Since the beginning of the 1960s, legal scholarship strongly criticised this criminal justice system, particularly the prosecutorial inquiry, which, though initially conceived as an exception to the ordinary judicial inquiry, soon gained ground in practice. There was little doubt that this set-up turned out to frustrate both the possibility of impartial fact-finding and the accused's right to be heard by an independent body.<sup>6</sup> Constitutional case-law also played an important role in the enhancement of defence rights in the pre-trial phases. However, this model was long tolerated on several grounds, mainly because the public prosecutor, forming part of the judiciary, is under Italian law an independent body of justice (*organo*

---

<sup>3</sup> Siracusano. *Istruzione del processo penale*, pp. 166 ff.

<sup>4</sup> The inclusion of the rules on both arrest and remand detention into the systematic structure of the 1930 code at the beginning of the Book concerned with the intermediate phase was clearly in line with the typically inquisitorial appreciation of pre-trial custody as the most appropriate means of forcefully achieving the collaboration (if not the confession) of the defendant, who was also viewed as an instrument for the success of the criminal inquiries rather than a right holder. Cf. Marzaduri. *Misure cautelari personali*, p. 61.

<sup>5</sup> Art. 440 of the 1930 code.

<sup>6</sup> For strong criticisms see, in particular, Cordero. *Ideologie del processo penale*, pp. 3 ff.

*di giustizia*).<sup>7</sup> Yet it was difficult to understand how fact-finding could be deemed truly independent, if the same authority that charged defendants with a criminal offence and remanded them into custody was also empowered to collect incriminating evidence against them. Similar concerns could be raised in relation to the *istruzione* headed by the investigative magistrate, who not only had considerable coercive powers, but could also autonomously initiate a criminal prosecution in cases of rejection of the prosecutor's request for discontinuance of the proceedings.

It took more than two more decades, however, before Italian lawmakers reformed this legislative set-up. The strong adversarial inspiration of the 1988 codification<sup>8</sup> (the so-called 'Vassalli code') led the Italian legislature to depart from the previous model of pre-trial inquiries. The public prosecutorial office was deprived of some coercive powers, as pre-trial detention and further restrictions on freedom could only be ordered by a judge. Moreover, both the police and the prosecutor could no longer gather evidence with a view to a guilty verdict. Thus, pursuant to a new general exclusionary rule, the trial judges were precluded access to the information collected in the pre-trial stages, which was not to be included into the trial file but into the prosecutorial file that was not at the disposal of the decision-makers.<sup>9</sup> Along with the reduction of the law enforcement and evidence-gathering powers of the prosecutorial authority, the 1988 code abolished the old investigative magistrate, replaced through a new judicial body, namely a competent judge for the pre-trial inquiry (*giudice per le indagini preliminari*). Unlike the investigative magistrate, this judge was intended to be an independent authority with the main task of ensuring respect for procedural safeguards in the pre-trial stages, without any power to indict the accused and to gather evidence on his own.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> See Art. 73 of Royal Decree 12/1941 (statute on the organisation of the judiciary). Critical remarks on this concept were formulated by Chiavario. Il pubblico ministero organo di giustizia?, pp. 714 ff.

<sup>8</sup> Article 2(1) of the Delegation Law for the new code of criminal procedure (Law 81/1987) contained an explicit reference to the requirement that the drafters of the new codification fulfil the principles of an adversarial model of criminal justice.

<sup>9</sup> See Arts. 431 and 433 CCP.

<sup>10</sup> On this new judge see the comprehensive analysis of Ruggieri. *La giurisdizione di garanzia nelle indagini preliminari*.

A look at the developments that have taken place over almost three decades, however, reveals the enormous difficulties that both Italian courts and the lawmakers encountered to avoid a dangerous return to the mixed system of inquisitorial tradition, while fulfilling the new challenges posed by the case-law of the Strasbourg Court of human rights,<sup>11</sup> as well as by EU law. This study examines the milestones in the evolution of Italian criminal justice over recent years. While highlighting the steps forward made by the current codification, I shall also analyse the shortcomings of the original model of a prosecutorial inquiry headed by an impartial body of justice, as well as the subsequent developments that occurred in both legislation and case-law, which have deeply altered the trade-offs of the prosecutorial investigation. To this end, I shall firstly examine a preliminary issue, namely whether and to what extent the *par condicio* principle and the right to be tried before an independent tribunal apply to pre-trial phases in criminal proceedings.

## **2. THE GUARANTEE OF AN IMPARTIAL JUDGE, THE PRINCIPLE OF CONTRADICTOIRE AND THE EQUALITY OF ARMS IN THE PRE-TRIAL INQUIRY UNDER THE EUROPEAN CONVENTION AND IN THE CONSTITUTIONAL MODEL OF A FAIR TRIAL**

Whereas international human rights law and the constitutional law of several European countries generally acknowledge the right to be tried before an independent and impartial court in criminal matters, the principle of equality of arms is not widely recognised with specific regard to criminal proceedings. The Pact of San José is quite unique among other international human rights charters, in that it expressly grants the person charged with a criminal offence a set of minimum due process safeguards “with full equality”.<sup>12</sup> The European Convention on Human Rights, instead,

---

<sup>11</sup> The aforementioned Article 2(1) of Law 81/1987 also required the drafters of the new code to comply with the provisions set forth by the international conventions ratified by Italy, regarding the rights of the individuals involved in criminal proceedings, a requirement that explicitly aimed at orienting the current codification towards the standards of protection acknowledged by the European Convention and further developed by Strasbourg case-law.

<sup>12</sup> Art. 8(2) ACHR.

does not explicitly enshrine the principle of *par condicio* in criminal matters. There is little doubt, however, that the fundamental guarantee of equal treatment is of the utmost relevance in the model of a fair trial under the Rome Convention. The case-law of the Strasbourg Court has confirmed this assumption on various occasions by recognising that “the right to an adversarial process, as required by Article 6 of the Convention, means that both the prosecution and to the defense must be given the opportunity to have knowledge of and comment on the observations filed and the evidence adduced by the other party”.<sup>13</sup> On close examination, this conclusion does not contradict the spirit of the Convention, which, although not enabling prosecutors to claim state-related interests before the Strasbourg institutions,<sup>14</sup> does not ensure defendants the right to be heard fairly but to an overall fair hearing. In more recent times, European case-law has further developed a wide-ranging understanding of criminal proceedings. By departing from the accused-centred view of criminal trials, the Strasbourg judges have increasingly called for complex balances among conflicting interests, which are not only concerned with the public prosecutor and the private parties, but also with other individuals involved in criminal proceedings without being party to them, such as vulnerable witnesses, undercover agents, and so on.

The link between the principle of equality of arms and the right to be adjudicated by an impartial court, however, cannot be interpreted in such terms that this fundamental guarantee should only be fulfilled in the court proceedings. A relevant question, therefore, is whether and to what extent international human rights law also requires compliance with *par condicio* in the pre-trial inquiry. The examination of the delicate field of the right to confrontation with the accuser displays a significant difference in the approaches followed by the Strasbourg Court and domestic law. Without a doubt, the enshrinement of the general right to a public hearing by the European Convention entails that the trial provides the best conditions for the parties contributing to the

---

<sup>13</sup> ECtHR, *Fodale v. Italy*, judgment of 1 June 2006, Appl. No. 70148/01, § 42. In this sense see already ECtHR, *Laukkanen and Manninen v. Finland*, judgment of 3 February 2004, Appl. No. 50230/99, § 34.

<sup>14</sup> In this sense cf. Trechsel. *Human rights in criminal proceedings*, p. 90.

gathering of incriminating evidence.<sup>15</sup> Strasbourg case-law, however, has never emphasised this approach to the extent that it deemed the trial confrontation to be the only solution compatible with the Convention. As was stressed in *Asch v. Austria*,<sup>16</sup> confrontation in open court can be an undesirable result. For instance, in cases of serious organised crime, the prompt out-of-court collection of evidence by prosecutorial witnesses or co-defendants is usually of the utmost importance both for a clear reconstruction of complex situations and in order to avoid undue risks for the person examined. The Strasbourg judges have not explicitly clarified whether the Convention acknowledges the right to confrontation in the pre-trial phase. Yet the positive answer was implicit in *Imbrioscia v. Switzerland*, in which they ruled out a violation of the right to confrontation because neither the lawyer nor the defendant had asked to be present at the police questioning of a witness.<sup>17</sup> Moreover, the Court's usual focus on the requirement that defendants be given a proper opportunity of confrontation at a later stage of the proceedings reveals a flexible approach, which does not make confrontation in a public trial a mandatory solution, provided, however, that the accused was granted an effective opportunity of confrontation.<sup>18</sup>

The Italian Constitution of 1947 did not provide an explicit acknowledgment of *par condicio* in court proceedings in general. Yet, along with the general principle of equal treatment of Article 3 of the Constitution, there was little doubt that the need for a fair balance of the rights and powers of the parties – particularly in the sensitive field of criminal proceedings, characterised in Italy by the prevailing role of the public prosecution office – was a necessary condition for the proper fulfilment of a number of constitutional safeguards, starting with the fundamental right to a defence and the presumption of innocence. Constitutional Amendment Law 2/1999, while enacting into the Constitution a set of

---

<sup>15</sup> *Ibid.*, pp. 305 f.

<sup>16</sup> ECtHR, *Asch v. Austria*, judgment of 26 April 1991, Appl. No. 12398/86.

<sup>17</sup> ECtHR, *Imbrioscia v. Switzerland*, judgment of 24 November 1993, Appl. No. 13972/88. In the sense underlined in the text cf. Trechsel, *Human rights in criminal proceedings*, p. 309.

<sup>18</sup> ECtHR, *Barberá, Messegueé and Jabardo v. Spain*, judgment of 6 December 1988, Appl. No. 10590/83.

fair trial rights acknowledged by the European Convention, enshrined three basic features of all court proceedings, namely the right to be involved in judicial proceedings, the right to an impartial judge and the principle of equality of arms. A systematic examination of Article 111(2) of the Constitution surely excludes the possibility of interpreting these fundamental safeguards as unconnected from each other. It is hard to understand how the parties could be fairly heard in criminal proceedings without an independent and impartial judicial oversight that ensured full equality of arms. The need for systematic interpretation also deemphasized the need for a structuralist approach to the principle of *contradictoire*,<sup>19</sup> which is strictly linked with the other constitutional rules regarding the fair trial rights of the accused.<sup>20</sup> The effective exercise of the right to participate in criminal proceedings, in particular, requires defendants to be given proper information on the charges filed against them and to have enough time to prepare their defence.<sup>21</sup> Furthermore, the accused's right to be confronted with incriminating witnesses<sup>22</sup> lies at the core of the requirement of the parties' involvement in evidence-gathering and the principles of a fair fact-finding, to the point that defendants cannot be convicted on the basis of the statements given by individuals who voluntarily avoided any confrontation with the accused.<sup>23</sup>

As far as the right to confrontation is concerned, moreover, it is worth observing that Italian constitutional law departs from Strasbourg case-law by recognising the right to examine or have examined incriminating witnesses 'before a judge'. This provision, however, cannot be read in the sense that only confrontation in open court would be lawful for the purposes of decision-making, as Italian law provides a number of cases

---

<sup>19</sup> Marzaduri. Commento all'art. 1 legge costituzionale 2/1999, p. 767.

<sup>20</sup> The term 'accused' (*accusato*) is traditionally extraneous to Italian criminal procedural law, which usually relates to the person formally charged with a criminal offence as 'defendant' (*imputato*). Over recent years, however, the rising influence of international human rights law and EU law has led to the gradual spread of this new concept in Italian law. This poses unprecedented problems of compatibility with the national terminology, which in turn entails substantial implications on the scope of application of fundamental guarantees.

<sup>21</sup> Art. 111(3) Const.

<sup>22</sup> *Ibid.*

<sup>23</sup> Art. 111(4) Const.

in which the trial decision can (also) be based on evidence taken out of court. Thus, along with specific exceptions that can be justified in light of constitutional-law derogations from the principle of *contradictoire*,<sup>24</sup> the Vassalli code allows the reading out of statements rendered by the accused in the pre-trial stages to the public prosecutor or the police acting upon delegation, statements that, even if inconsistent with the evidence given at trial, can be used against the defendant.<sup>25</sup> On close examination, it is more than doubtful that such solutions are fully in line with the constitutional model of a fair trial. At any rate, the possibility of using evidence gathered by the investigative authorities out of court poses the delicate question of which safeguards are due to the person examined in light of the principle of equality of arms in the pre-trial stages, a question that does not only concern the questioning of suspects but also the prosecutorial or police hearing of other individuals, such as the victim, co-accused, vulnerable witnesses, and so on.

Certainly, the complex structure of criminal proceedings makes it by definition impossible for the public prosecution office and the private parties to be placed on an equal footing. Great differences exist between the public prosecutor and the defence. Even though prosecutors hold a number of rights in the manner of private parties, they can never have a private interest in fact-finding. Moreover, that the public prosecutor is called upon to carry out exhaustive investigations, collecting evidence both against and in favour of the suspect,<sup>26</sup> still justifies the maintenance of coercive and decision-making powers which lie with the judiciary. This in turn poses the need to re-balance the relationship with private parties, particularly in the pre-trial inquiry.

It was surely not the intention of the drafters of the 1999 constitutional reform to disrupt this set-up by imposing a perfect equality of arms. Yet the enactment of the *par condicio* principle and the right to *contradictoire* in the same general provision on the essential requirements of *all* fair trials calls for a stronger relationship between these two fundamental guarantees than in the past. The achievement of a real equality of

---

<sup>24</sup> Art. 111(5) Const.

<sup>25</sup> Art. 503(5) CCP.

<sup>26</sup> Arts. 326 and 358 CCP.

arms does not only enable effective *contradictoire* among the parties, but should also require the enhancement of an independent oversight and the role of the judiciary in the pre-trial stages.<sup>27</sup> This confirms that under Italian constitutional law too, the scope of the *par condicio* principle and the right to *contradictoire* cannot be circumscribed to court proceedings. One might argue that the principle of equality of arms should be recognized in an indirect manner in the preliminary phase, in that denial of defence rights would negatively affect the effective exercise of the right to *contradictoire* on an equal position at a later stage of the proceedings.<sup>28</sup> Yet this explication would leave the defence unprotected in the prosecutorial and police inquiry, in which the imbalance between the law enforcement authorities and private parties reaches its highest tension.

The examination of the developments that have occurred over almost twenty years since the 1999 constitutional fair trial reform highlights the difficulties that the Italian criminal justice had to face to fulfil the constitutional principle of equality of arms and the right to an independent and impartial judge. In the following paragraphs, I shall examine the fragmentary evolution of Italian law, which not only reveals the inability of Italian legislation to depart from a somewhat paternalistic understanding of defence rights in the pre-trial inquiry, but also the inconsistencies that still characterise the role of the competent judge for procedural safeguards in this delicate phase.

### **3. THE INITIATION OF THE PRE-TRIAL INQUIRY, INFORMATION RIGHTS AND THE NEED FOR INDEPENDENT OVERSIGHT OF THE PROSECUTORIAL INVESTIGATIONS**

The initiation of the pre-trial inquiry poses a number of difficult challenges from the viewpoint of a balanced distribution of powers. Notwithstanding that Italian procedural law, differently from that of other countries (*e.g.*, Brazil), structures the preliminary investigations as a prosecutorial inquiry, the preliminary investigation has never lain

---

<sup>27</sup> Marzaduri. Commento all'art. 1 legge costituzionale 2/1999, pp. 768 f.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 769.

with the responsibility of the sole public prosecutor. To be sure, the 1988 code conceived of a centralised model of pre-trial inquiry, which started with the registration of *notitia criminis* by the competent prosecutor and allowed the police to investigate only by delegation, after prosecutors took over the leadership of the case.<sup>29</sup> Nevertheless, under the original rules, the police could already gather *notitiae criminis* at their own initiative,<sup>30</sup> and both the prosecutor and the police were empowered to conduct all the necessary investigations to enable the former to decide whether or not to indict defendants before the competent court.<sup>31</sup> This centralised model of pre-trial inquiry, however, soon imploded on itself. A few years after the code's enactment, the 1992 antimafia legislative reform allowed the police to carry out autonomous investigations,<sup>32</sup> which significantly altered the overall features of the pre-trial phase, enabling the police to conduct parallel inquiries to those headed by the competent prosecutor.

Despite these radical changes, the responsibility for the institution of the pre-trial inquiry is still generally in the hands of the public prosecutorial office,<sup>33</sup> which raises several problems particularly in light of the European Convention and EU law. A first problem concerns the absence of a clear statutory deadline for the registration of *notitia criminis*, as Italian law only 'requires the public prosecutor to note the case 'immediately'. Although there is no independent oversight, eventual delays can, however, not jeopardise the person under investigation who, despite not having assumed the formal status of a 'suspect', cannot be questioned without the safeguards due to suspects.<sup>34</sup> Yet the prosecutorial initiative of noting the alleged offence entails a number of relevant implications, starting with the information rights of the individuals concerned. To be sure, the annotation of the case does not in itself constitute a 'charge' in

---

<sup>29</sup> Art. 348(1) CCP (1988 version).

<sup>30</sup> Art. 330.

<sup>31</sup> Art. 326 CCP.

<sup>32</sup> Law Decree 306/1992, converted into Law 356/1992.

<sup>33</sup> A significant exception is foreseen in the proceedings with fall within the competence of the justices of the peace, in which the pre-trial inquiry, as a general rule, lies with the responsibility of the police. See Arts 11 et seqq. of Legislative Decree 274/2000.

<sup>34</sup> Art. 63(2) CCP.

the terms of the European Convention, which requires the defendant to be informed (and to be kept informed) of the ‘accusation’.<sup>35</sup> Since the obligation to register the alleged offence fulfils the need to establish the time of formal initiation of criminal proceedings, the prosecutorial duty of annotation arises even if evidence against one or more individuals has not yet been collected.<sup>36</sup> Moreover, it is apparent that, if the institution of a criminal inquiry entailed the duty of the competent authorities to immediately inform the individuals that might be involved in the criminal law action, this would frustrate the goals of the ongoing investigations. Therefore, the rules of Article 335 CCP, which do not require prosecutors starting a criminal investigation to provide information at their own initiative, are exempt from criticism. The need for information, however, arises when enough evidence is collected against one or more individuals, who must therefore be charged with a criminal offence<sup>37</sup> by taking on the formal status of ‘suspects’.<sup>38</sup>

The 1988 code provided for a radical solution in this regard, excluding any information until the defendant was brought to court.<sup>39</sup> It is more than doubtful whether this harsh solution could be deemed in line with the constitutional-law right to an effective defence.<sup>40</sup> It took several years, however, before Law 332/1995 acknowledged the right of both suspects and victims to receive information on the prosecutorial charge and its eventual modifications. Yet this legislative reform had considerable shortcomings, which raised several human rights concerns about the consistency of the new regulation with both constitutional law and the European Convention. Thus, the system introduced in 1995, which is largely still in force, does not require prosecutors to grant information *ex officio*, but only enables the individuals concerned to request information to the competent prosecutorial office.<sup>41</sup> Furthermore, the public

---

<sup>35</sup> Art. 6(3)(a) ECHR.

<sup>36</sup> Art. 335(1) CCP.

<sup>37</sup> Marzaduri. Commento all’art. 1 legge costituzionale 2/1999, p. 782.

<sup>38</sup> Art. 335(2) CCP.

<sup>39</sup> Art. 335(3) CCP (1988 version).

<sup>40</sup> Art. 24 Const.

<sup>41</sup> Art. 335(3) CCP.

prosecutor could also deny information if this might jeopardise the ongoing inquiry for a period no longer than three months.<sup>42</sup> This is a very questionable solution, not only because the competent prosecutor can withhold the sought information on the ground of vague investigative needs, but also because the prosecutorial decision cannot be challenged before an independent authority.

The most difficult problem, however, is the choice of the legal classification of the offence, which also lies solely with the prosecutor noting the case. Without a doubt, the establishment of *nomen juris* is not a formal decision, but entails a number of delicate human rights implications. In particular, the 1995 legislative reform permitted the exclusion of information in cases of certain serious offences listed in Article 407(2)(a) CCP (kidnapping with the purpose of extortion, mafia-typed organised crime, terrorism, etc.).<sup>43</sup> This solution, which is still in force despite the recent legislative implementation of Directive 2012/13/EU on information rights in criminal proceedings,<sup>44</sup> provides a highly problematic *presumptio juris et de jure*. Thus, it is debatable that the abstract seriousness of the offence always entails risks for the ongoing investigation.<sup>45</sup> Furthermore, it is clear that restrictions on the right to information cannot be justified in relation to the victim and the suspect in the same terms, as granting information to the victim does not entail similar risks to the ongoing inquiry.<sup>46</sup>

Moreover, the choice of *nomen juris* can have relevant consequences on the use of several investigative measures that seriously interfere with fundamental rights. Under Italian law, for example, wiretaps can only be ordered in relation to specific offences (*Katalogtaten*),<sup>47</sup> as classified by the competent prosecutor while noting the case. Further implications, moreover, derive from the prosecutor's initial decision in the remand

---

<sup>42</sup> Art. 335(3-*bis*) CCP.

<sup>43</sup> Art. 335(3) CCP.

<sup>44</sup> Legislative Decree 101/2014.

<sup>45</sup> Marzaduri. Commento all'art. 1 legge costituzionale 2/1999, p. 779 fn. 110.

<sup>46</sup> A recent legislative reform, however, ensured to the victim the right to request information on the ongoing inquiry the latest six months after lodging a complaint. See Art. 335(3-*ter*) CCP, enacted by Law 103/2017.

<sup>47</sup> Art. 266 CCP.

proceedings and the procedures regarding other restrictions on freedom of the individuals charged with some serious offences (especially mafia-type crimes). Thus, the Vassalli code, departing from the general understanding of pre-trial detention as *extrema ratio*, allows defendants to be remanded in custody solely on the basis of a suspicion of guilt.<sup>48</sup> This set-up in turn exonerates both the prosecutor to demonstrate and the competent judge to ascertain the existence of specific risks for the ongoing procedure (risk of absconding, or tampering with evidence, or committing new serious crimes). In other words, this solution not

---

<sup>48</sup> This controversial regulation was introduced by the aforementioned 1992 antimafia reform with regard to mafia-related crimes (mafia-type association, crimes committed using the typical conditions of mafia-type association and crimes of mafia abetting). Over more than two decades, the original rules have been amended several times. In 2009, a legislative reform carried out by Law-Decree 11/2009, converted into Law 38/2009, extended the scope of Article 275(3) CCP to the area of sexual offences and other serious crimes. This reform was largely countered by the Constitutional Court, which further narrowed the application of this exceptional mechanism. Ultimately, following the approach of constitutional case-law, Law 47/2015 distinguished the special rules on remand detention according to two groups of serious crimes. In case of the offences under Articles 270, 270-*bis* and 416-*bis* of the penal code (subversive association, criminal association aimed at national and international terrorism and at subverting democratic order, and mafia-related criminal association), pre-trial detention is to be applied if suspicion of guilt arises, unless it is proven that no risk exists to the ongoing inquiry. In relation to other serious crimes (murder, sexual crimes, etc.), the same mechanism applies, with the difference, however, that alternatives to custody can also be applied in case of attenuated risks to the proceedings.

At first glance, it appears that Italian law provides for proper balance among conflicting interests, allowing for the application of remand detention on the basis of a rebuttable presumption of dangerousness of defendants charged with these crimes. However, the code exonerates the judicial authority from assessing the real existence of any concrete risk to the ongoing inquiry. Thus, as a rule, the defendant must produce evidence in rebuttal. Furthermore, the possibility of overturning the presumption of dangerousness depends on very exigent proof on the part of the defence. That the assessment of suspicion of guilt provides the sole justification of remand detention raises serious human rights concerns especially in the cases of mafia-related criminal association and of sexual crimes, in which one can observe the widespread tendency of proving *fumus delicti* on the basis of dangerous inferences and presumptions. On the fact-finding in the field of mafia-typed crimes see the comprehensive analysis of Maggio. *Prova e valutazione giudiziale dei comportamenti mafiosi*, pp. 491 ff.

only facilitates the *onus probandi* of the competent prosecutor, but also weakens the requirements of fact-finding, with evident repercussions on the right to freedom.

In sum, the prosecutor's unchallengeable choice of the legal classification of the alleged offence, without any independent oversight, can have a considerable influence on the decision-making powers of the competent judge. It is true that in the field of pre-trial coercive measures, Italian courts widely accept the possibility of the competent court for judicial review (*riesame*) changing the *nomen juris* chosen by the public prosecutor.<sup>49</sup> Yet judicial review presupposes the appeal of the interested party, and the application of restrictions on freedom is purely accidental. *De lege ferenda*, the competent judge for the pre-trial inquiry should be able to scrutinise the appropriateness of the legal classification of the offence by the competent prosecutor; a good solution might be to require a judicial review of *nomen juris* at certain intervals. Of course, even such solutions would remain rather useless, if the competent judge were still precluded access to the prosecutorial file. The logic of non-inquiry, or limited inquiry, does not seem to be compatible with the need to ensure full protection of procedural safeguards in the investigative phase. There is no valid justification for withholding relevant information from the judicial authority, which should instead be given full knowledge of the evidence collected by the investigative authorities, regardless of whether or not access to the materials of the case is allowed to the defence.

## **4. INTERFERENCE WITH FUNDAMENTAL RIGHTS, PROSECUTORIAL POWERS AND THE ROLE OF THE JUDICIARY IN THE PRE-TRIAL STAGES**

### **4.1. PREMISE**

A highly problematic topic from the viewpoint of the present discussion concerns the use of coercive measures for the purposes of evidence-gathering in the pre-trial stages. The dynamics of the ordering of intrusive investigations, in particular, constitute a clear example of the

---

<sup>49</sup> Negri. *Fumus commissi delicti*, p. 61.

persistent inability of Italian legislation to provide a model of pre-trial inquiry that can fully satisfy the constitutional-law requirement of equality of arms throughout criminal proceedings. For the sake of clarity, I shall focus on three main issues, namely *a*) the increasing decision-making powers of the prosecutorial authority in ordering intrusive investigations, *b*) the role of the judiciary in the collection of usable evidence in open court, and finally *c*) participatory safeguards and the impartiality of the competent judge in the field of pre-trial detention and further restrictions on freedom.

#### **4.2. THE INCREASING DECISION-MAKING POWERS OF THE PUBLIC PROSECUTORIAL OFFICE IN ORDERING COERCIVE MEASURES**

Concerning the first issue, we have observed that the 1988 codification not only abolished the investigative magistrate but also drastically reduced the evidence-gathering tasks of public prosecutors, in that the information gathered by the investigative bodies, as a rule, could no longer be used in open court. The in-depth reforms carried out by the Vassalli code, however, did not suffice to eradicate all the coercive powers of prosecutorial authority, which under Italian law, as noted, still forms part of the judiciary. To a certain extent, it might be argued that the new criminal justice system, despite its strong adversarial approach, strengthened the pre-trial inquiry in comparison to the fascist codification, while maintaining some important decision-making powers on the part of the public prosecutorial office. There was a number of relevant examples. As a 'judicial authority', the public prosecutorial office was empowered to order physical inspections<sup>50</sup> and home searches<sup>51</sup> in the preliminary phase, and also in the exceptional cases in which the police could conduct searches without previous judicial authorisation, confirmation ought to be requested to the prosecutor.<sup>52</sup> The competences of the prosecutorial authority were extended even to the area of free and secret (tele)communication, notwithstanding that Italian constitutional

---

<sup>50</sup> Art. 244(2) CCP.

<sup>51</sup> Art. 247(2-3) CCP.

<sup>52</sup> Art. 352(4) CCP.

law only allows restrictions on this fundamental right after judicial authorisation.<sup>53</sup> Thus the 1988 code, while generally conditioning wiretaps on judicial authorisation,<sup>54</sup> had already enabled the public prosecutor to order the interception of telecommunications in urgent cases, provided, however, that the competent judge validate the prosecutorial order.<sup>55</sup>

The years ahead not only led to the strengthening of the law enforcement and investigative powers of the police during the pre-trial inquiry, but also of the decision-making powers of the prosecutorial authority. The developments that have taken place in recent years confirm how deep the traditional understanding of the public prosecutorial office as an independent body of justice is still embedded in Italian criminal procedural law. A clear example was provided by Law 85/2009, through which Italy adhered to the 2005 Prüm Convention aimed at strengthening cross-border cooperation particularly in combating terrorism, cross-border crime and illegal migration. This legislation introduced new provisions with a view to establishing the conditions of taking specific forms of expert evidence requiring delicate medical checks, such as the sampling of hair or mucosa from the oral cavity for the purposes of DNA examination.<sup>56</sup> The same legislative reform, moreover, laid down further rules aimed at governing the compulsory taking of biological samples in the pre-trial inquiry. Here also, as a general principle, judicial authorisation by the competent judge for the pre-trial inquiry is necessary in the absence of the consent of the interested person.<sup>57</sup> Nevertheless, in urgent cases the competent prosecutor can order such medical surveys, which are, however, subject to subsequent judicial validation within short time-limits.<sup>58</sup> The most worrisome case, furthermore, is where the police need such intrusive investigations during their autonomous inquiries for the purposes of the identity check of the suspect or other individuals who do not consent to the coercive sampling. In this case, the police cannot

---

<sup>53</sup> Art. 15(2) Const.

<sup>54</sup> Art. 267(1) CCP-Italy.

<sup>55</sup> Art. 267(2) CCP-Italy

<sup>56</sup> Art. 224-bis CCP.

<sup>57</sup> Art. 359-bis(1) CCP.

<sup>58</sup> Art. 359-bis(2) CCP.

proceed without the authorisation of the public prosecutorial office,<sup>59</sup> which here is therefore the competent body for ordering investigations that can severely affect the fundamental rights of the person subject to the expert examination.

More recently, we have witnessed a further enhancement of the prosecutorial decision-making powers in the field of interception of telecommunications. It has been noted that the 1988 code had already empowered the competent prosecutor to order wiretaps in urgent cases, provided that the competent judge for the pre-trial inquiry could validate the prosecutorial decree within short time-limits. Remarkably, the requirement of judicial validation is a necessary condition not only for continuing the ongoing interception but also for the admissibility of the information gathered.<sup>60</sup> At the end of 2017, moreover, a wide-ranging legislative reform on interception of telecommunication<sup>61</sup> enacted into the rules on wiretaps unprecedented provisions aimed at governing the use of modern eavesdropping devices, such as Trojan horses, to intercept private conversations among present people.<sup>62</sup> It is noteworthy that in the proceedings for a number of serious crimes (criminal organisation, drug trafficking, etc.), prosecutors are also competent for ordering such intrusive forms of interception of communication in urgent cases, on condition that surveillance is validated by the judicial authority.<sup>63</sup>

#### **4.3. IN CAMERA PROCEDURES, RIGHT TO CONFRONTATION AND THE ROLE OF THE COMPETENT JUDGE FOR THE PRE-TRIAL INQUIRY IN THE GATHERING OF EVIDENCE FOR THE PURPOSES OF THE TRIAL DECISIONS**

Further imbalances can be observed in the field of the collection of evidence for the purposes of the trial decisions. In this regard also, the 1988 code, while dropping both the prosecutorial evidence-gathering and

---

<sup>59</sup> Art. 349(2-bis) CCP.

<sup>60</sup> *Ibid.*

<sup>61</sup> Legislative Decree 2016/2017. For in-depth analysis of this reform see among others Giostra; Orlandi (coord.). *Nuove norme in tema di intercettazioni*.

<sup>62</sup> Art. 267(1) CCP-Italy.

<sup>63</sup> Art. 267(2-bis) CCP-Italy.

the inquiry of an investigating judge, introduced a new judicial procedure *in camera*, aimed at taking evidence in the pre-trial phase with a view to the decision on the merits of the case. This procedure, called '*incidente probatorio*', was mainly concerned with urgent evidence, that is, evidence that could not possibly be collected in open court.<sup>64</sup> Furthermore, *incidente probatorio* did not necessarily pursue the aim of ensuring prosecutorial evidence, but also helped compensate suspects for the prevailing role of the public prosecutor at the pre-trial stage by granting them a powerful tool with a view to ensuring in advance useful information, which was to be inserted into the trial file.<sup>65</sup> This aim was of the utmost importance at that time, mostly because of the lack of specific rules governing the carrying out of defence's investigations. The existence of multiple goals pursued by this mechanism was confirmed by the fact that the Vassalli code enabled both the prosecutor and the suspect (either personally or by means of his lawyer) to request judicial intervention.

At first glance, this procedure constituted a virtuous example of equal treatment of the parties in the new prosecutorial inquiry on several grounds. The code not only ensured the taking of evidence before an independent body – i.e., the competent judge for the pre-trial inquiry – but also required the application in *incidente probatorio* of the same rules governing the trial evidence-gathering.<sup>66</sup> This in turn enhanced the suspect's right to confrontation, since, as a matter of principle, the taking of evidence could not be extended to issues concerned with individuals whose lawyers were not present<sup>67</sup> and at trial, the information obtained, as a rule, could not be used against individuals not represented in court.<sup>68</sup>

These expectations, however, were largely frustrated. The restoration of rather inquisitorial practices by the 1992 antimafia legislation, while jeopardising the distinction between the prosecutorial and

---

<sup>64</sup> It should be acknowledged, however, that the 1988 rules already provided for an important case of evidence-gathering unconnected from urgent reasons. Pursuant to Article 392(2) CCP, complex expert evidence should, as a rule, be taken in the pre-trial stage to avoid excessive congestion of the trial phase.

<sup>65</sup> Art. 431(1)(e) CCP.

<sup>66</sup> Art. 401(5) CCP.

<sup>67</sup> Art. 401(6) CCP.

<sup>68</sup> Art. 403 CCP.

the trial file, strengthened the evidence-gathering powers of the public prosecutorial office in the pre-trial phase, which drastically reduced the prosecutor's interest in activating the court procedure of *incidente probatorio*. Moreover, though the 1999 constitutional fair trial reform paved the way for the establishment of *par condicio* also in the preliminary investigation, the lawmakers, by way of implementing the new constitutional-law principles, did not enhance this judicial procedure, but preferred to compensate for the overwhelming role of the public prosecutor by introducing a new set of investigative measures that the lawyers of private parties can carry out autonomously.<sup>69</sup>

On close examination, this procedure *in camera* has always ensured the impartiality of the judiciary and the fundamental right to confrontation to a somewhat formalistic extent. The first difficulties arise for the competent judge for the preliminary inquiry, since in the current criminal justice system, as noted, the taking of evidence at the pre-trial stages for the purposes of the trial decisions no longer falls within the ordinary tasks of the judicial authority. It is true that here the competent judge is not called upon to take evidence at his own initiative, but the judicial oversight of the gathering of evidence requested by the parties also constitutes a demanding challenge for the *giudice per le indagini preliminari*, who is normally kept in dark of the investigative strategy of the police and the prosecutorial authority. Indeed, though the code proclaims that *incidente probatorio* is governed by the same rules applicable to the trial evidence-gathering, it is difficult to imagine how a judge unaware of the prosecutorial strategy can truly check the exhaustiveness of questioning of witnesses or co-accused, and therefore, the need for additional questions, as allowed in all trial hearings.<sup>70</sup>

Moreover, it is questionable whether this procedure allows for private parties to have a fair opportunity to be involved in the gathering of incriminating evidence. Again, notwithstanding the formal extension of the rules applicable to the trial evidence-gathering, there are considerable differences from the way evidence is collected in open court. The main point of difference concerns the lack of information on the results of the

---

<sup>69</sup> Art. 391-*bis* et seqq. CCP.

<sup>70</sup> Art. 506 CCP.

prosecutorial and police investigations. Whereas at trial the parties are granted previous information on the oral evidence to be gathered, in the prosecutorial inquiry the defence normally has no access to the information obtained by the investigative bodies. The 1988 code did nothing to ensure information to the suspects involved in *incidente probatorio*. The problem arose a few years later, as the Constitutional Court pointed out the need for the public prosecutor to disclose previous statements given by the persons to be examined either at either the police or the prosecutor's office no later than the day of the court hearing.<sup>71</sup> It was clearly a compromise solution, which left almost no time to prepare effective defence. Italian legislature, however, intervened only in 1996,<sup>72</sup> requiring disclosure from the prosecutors at the latest two days before the oral hearing.<sup>73</sup> Although this solution marked an important step forward, its scope of application was restricted solely to the case in which oral evidence was to be taken and even in this case, the defence could only access the previous statements of the person to be examined, which was a rather accidental situation.

It is worth observing that these developments occurred in the aforementioned period of return to inquisitorial practices following the 1992 legislation, which dropped some of the main innovations brought about by the 1988 code to avoid the unconditional use of out-of-court evidence. To compensate for the strengthening of hearsay evidence, both constitutional case-law and the legislature introduced some important innovations, which contributed to the enhancement of *incidente probatorio*. In 1994, the Constitutional Court extended the scope of *incidente probatorio* to the intermediate phase,<sup>74</sup> which in turn altered the general dynamics of evidence-gathering in the pre-trial stages: thus, in the intermediate phase, unlike in the pre-trial inquiry, the accused has full access to the prosecutorial file. Three years later, Italian legislature uncoupled an important case of *incidente probatorio* from reasons of urgency,<sup>75</sup> namely the hearing of co-defendants, no matter whether prosecuted in

---

<sup>71</sup> Constitutional Court, judgment 74/1991.

<sup>72</sup> Law 267/1997.

<sup>73</sup> Art. 398(3) CCP.

<sup>74</sup> Constitutional Court, 77/1994.

<sup>75</sup> Art. 392(1)(c-d) CCP, as reformed by the Law 267/1997.

the same or other proceedings, provided, however, that they were to be questioned on issues concerned with other persons. This reform clearly attempted to contrast the increasing use of prosecutorial evidence at trial by strengthening the taking of information by means of a court procedure *in camera* during the pre-trial inquiry. This result was of the utmost importance in the field of serious organised crimes, in which co-defendants can make a highly useful contribution to the ongoing investigation. Yet these developments confirmed the traditional tendency of Italian criminal justice to bring forward the fact-finding to the pre-trial phases. Since the 1997 reform, the examination of co-defendants can ordinarily take place out of court, at request of prosecutors, regardless of whether concrete grounds exist that justify the collection of evidence at the pre-trial stage.

Furthermore, the legislation issued in the midst of the 1990s did not only serve prosecutorial goals, but also marked a first important step in a process of in-depth changes in the structure of *incidente probatorio*, which ceased to be a tool (mainly) aimed at ensuring urgent evidence, becoming a mechanism of protection of the individuals involved in evidence-gathering. Remarkably, Law 66/1996 already enacted a new ground for *incidente probatorio* for the purposes of the examination of minors under 16 years old in proceedings for sexual offences. This important reform strengthened the voice of vulnerable individuals, regardless of whether they were injured by the offence under investigation or had witnessed it,<sup>76</sup> so much so that the competent judge for the preliminary inquiry was enabled to take particular measures to gather the testimony of minors, requiring them to be heard outside the courtroom (*e.g.* in their place of living). The most relevant changes, however, took place after the 1999 fair trial constitutional reform, as the lawmakers amended most of the rules on the admission of out-of-court evidence by re-orienting them to the principle of *contradictoire*. Constitutional case-law strongly contributed to this evolution by declaring the regulation on *incidente probatorio* unconstitutional in that it did not account for cases involving vulnerable individuals, such as the victims of corruption<sup>77</sup> and the mentally ill.<sup>78</sup>

---

<sup>76</sup> Di Chiara. *Incidente probatorio*, p. 553.

<sup>77</sup> Constitutional Court, judgment 262/1998.

<sup>78</sup> Constitutional Court, judgment 63/2005.

Another factor that has brought about functional changes in this special procedure was the increasing influence of international law, and particularly of international human rights case-law. It is noteworthy that in the same years in which the first developments occurred in the Italian law on the collection of pre-trial evidence, the Strasbourg Court made important steps toward the acknowledgment of a statute of victims and vulnerable witnesses.<sup>79</sup> Over recent years, further legislative reforms, by way of domesticating important international and EU law instruments, have strengthened the ability of *incidente probatorio* to obtain evidence by vulnerable individuals. In 2013, the scope of this procedure was broadened by Law 119/2013, which implemented the 2011 Council of Europe Convention of Istanbul on preventing and combating violence against women and domestic violence, launching a reform aimed at enhancing the criminal law protection of women also by means of procedural tools. The legislative reform on gender-based violence. The following year, Law 24/2014, implementing the EU Directive on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims,<sup>80</sup> extended the rules on pre-trial hearings to the judicial hearing of various vulnerable adults.<sup>81</sup> A further enhancement of this procedure *in camera* was achieved by Legislative Decree 212/2015 implementing Directive 2012/29/EU on the victim's rights in criminal proceedings, which not only enabled the judicial hearing of vulnerable victims but also extended to *incidente probatorio* some protective forms of hearing laid down for their trial examination.<sup>82</sup>

To a great extent, these were positive results, which, enabling the examination of the aggrieved parties and vulnerable witnesses beyond urgent cases and through protective means, protected them against the risks deriving from police and prosecutorial questionings while strengthening the suspect's right to confrontation. However, these developments were not preceded by an in-depth reform of the general dynamics of *incidente probatorio*, which remained largely unchanged. As a consequence, the

---

<sup>79</sup> ECtHR, *Doorson v. The Netherlands*, judgment of 26 March 1996, Appl. No. 20524/92.

<sup>80</sup> Directive 2011/36/EU.

<sup>81</sup> Art. 398(5-ter) CCP.

<sup>82</sup> Art. 398(5-quater) CCP.

judicial hearing of victims and vulnerable witnesses is still subject to the request of either the public prosecutor or the defendant, since the victim is not yet entitled to apply for judicial intervention but can only ask the prosecutor to do so.<sup>83</sup> Moreover, in spite of the legislative implementation of Directive 2012/13/EU, the defendant's information rights are still weak in the pre-trial stage, with the result that, as a general rule, suspects are called upon to take part in the gathering of incriminating evidence through *incidente probatorio* without a proper knowledge of the results of the prosecutorial inquiries. It is true that in all the specific cases in which *incidente probatorio* aims at hearing vulnerable victims or witnesses, the prosecutorial office is required to disclose all the information gathered by the investigative authorities. However, the indiscriminate disclosure of prosecutorial evidence, while enhancing defence rights and the tasks of the judiciary, can also entail human rights problems. It is apparent that, if public prosecutors were required to disclose the information also in the case in which evidence is collected at the accused's request,<sup>84</sup> this might give rise to abuses and could largely frustrate the prosecutor's investigative strategy. Moreover, that in these particular cases the competent prosecutor must enable defendants to access the entire file of the pre-trial inquiry – and therefore also the evidence gathered in relation to other individuals – is certainly an excessive result, which can severely jeopardise the accused who is not affected by the sought evidence. Ultimately, it is questionable whether this solution, which was enacted by Law 66/1996 in relation to the examination of minors under 16 years old in proceedings for sexual offences, fits all the situations and the types of crimes listed in Article 392(1-bis) CCP.

#### **4.4. PRE-TRIAL RESTRICTIONS ON FREEDOM, PARTICIPATORY SAFEGUARDS AND THE IMPARTIALITY OF THE COMPETENT JUDGE**

Doubtless, the level of knowledge of the information gathered by the investigative authorities and the effectiveness of participatory safeguards constitute essential conditions of the proper fulfilment of the

---

<sup>83</sup> Art. 394 CCP.

<sup>84</sup> On this problem see Bargis. Commento all'art. 13 legge 66/1996, p. 504.

constitutional-law requirements of *contradictoire* and equality of arms before an impartial judge where interference with fundamental rights is at stake. In the field of pre-trial measures (*misure cautelari*), the proceedings regarding restrictions on freedom, in particular, provide clear examples of a rather formalistic view of a fair trial, which entails severe implications on both judicial fact-finding and defence rights of the individuals concerned. This result is mainly due to the overall structure of the proceedings aimed at the application of remand and further coercive measures, which, albeit with certain exceptions,<sup>85</sup> still follow the traditional doctrine of *inaudito reo* decisions. As a consequence, individuals restricted in their most precious rights during the pre-trial inquiry (right to liberty, right to free movement, etc.) can only be heard after the judicial coercive order has been issued and, even worse, after the measure has been enforced. This judicial hearing aims at satisfying the fundamental right of the detained person to be brought before a judge, acknowledged by the European Convention<sup>86</sup> and other international human rights charters, such as the International Covenant on Civil and Political Rights.<sup>87</sup> The dynamics of these proceedings are similar to those of penal order procedures, with the difference, however, that a short-distance judicial hearing of the accused must always take place after the execution of the coercive measure on pain of loss of its validity.<sup>88</sup>

This mechanism raises two relevant questions from a human rights perspective, namely *a*) how the competent judge can impartially scrutinise the need for pre-trial coercion on the basis solely of the prosecutorial request and without hearing the defendant, and *b*) whether a subsequent judicial questioning suffices to ensure the accused a fair opportunity to be heard, while enabling the judicial authority to re-assess the justification of the measure applied in a fair and reliable

---

<sup>85</sup> In particular, the accused must be previously examined when a coercive measure is to be applied in the hearing aimed at validating arrest and when a new period of detention is needed after a previous pre-trial detention has expired because of the failure to bring the accused to the judicial authority. Cf. respectively Arts. 294(1) and 302 CCP.

<sup>86</sup> Art. 5(3) ECHR.

<sup>87</sup> Art. 9(3) ICCPR.

<sup>88</sup> Art. 294(4) CCP.

way. To be sure, unlike other European Constitutions,<sup>89</sup> the 1947 Italian Constitution did not require the judicial authority to hear the individuals subject to pre-trial detention, not only prior to the judicial order but also afterwards. It might be argued that this significant lacuna impinged on the further developments that occurred in Italian criminal justice. The drafters of the 1988 code of criminal procedure, while introducing a new set of comprehensive rules on pre-trial measures, left to public prosecutors a wide margin of discretion in selecting the information supporting their requests, which therefore impinged on the level of knowledge of both the defendant and the competent judge. Moreover, the possibility of the prosecutor withholding relevant evidence also frustrated the goals of judicial hearing, while preventing the suspect from setting up a proper defence strategy. Worse still, under the original prosecutors could conduct the first questioning of defendants remanded into custody or subject to further restrictions on freedom, and the lawyer's presence even at the judicial hearing was not mandatory, with the result that suspects had to face alone the same authority that requested the coercive measure.

This approach became inadequate already in the first years after the enactment of the new code. It took several years, however, before the legislature brought about some changes. The first important reform was carried out by Law 332/1995, which introduced two important innovations with a view to enhancing participatory rights and the impartiality of the judiciary: *a*) it imposed on prosecutors the duty to attach to their request all the information collected in favour of the suspect and eventual defensive statements already lodged;<sup>90</sup> and *b*) it banned prosecutorial questioning before the individuals concerned had been heard by the judicial

---

<sup>89</sup> For instance, the German Basic Law grants the individuals concerned the right to be informed of the grounds for arrest, a fundamental right that, moreover, entails the duty of the competent authority to hear them and allow them to raise objections and complaints against the arrest order. Cf. Art. 104(3) Basic Law. Remarkably, these guarantees also apply when the judicial authority orders pre-trial detention. This highlights that Germany enshrined at the constitutional level the right of detained individuals to obtain an independent assessment of the lawfulness of detention on the basis of their allegations and claims.

<sup>90</sup> Art. 291(1) CCP.

authority.<sup>91</sup> Notwithstanding such positive achievements, this set-up was still largely unsatisfactory, mostly because of the weak defence safeguards both prior to decision-making and in the subsequent judicial hearing. Even after the 1995 reform, the decision on pre-trial measures was still issued *inaudito reo*. Moreover, it is clear that the notion of evidence ‘in favour of the defendant’ is by definition referential, which left to the prosecutorial authority much room for discretion in deciding what pieces of evidence must be attached to the request for a coercive measure.<sup>92</sup> Depending on the decision made by the competent prosecutor, therefore, a considerable part of the prosecutorial and police investigations could be kept secret from the potential addressee of the sought measure. Most worryingly, the solution adopted enabled prosecutors to withhold relevant information also from the competent judge, who was not in a position to assess whether the prosecutorial decision to withhold information was justified by the need to avoid risks the ongoing inquiry and what implications it could have on the right to defence. In light of this, there was no independent oversight of the prosecutorial strategy and the protection of the right to information was entirely left to the unchallengeable decision of the competent prosecutor.

The negative repercussions of this set-up were magnified in the phase following the enforcement of coercive measures, mainly on two grounds. First, even after the 1995 reform, defendants were not to be given legal assistance in the subsequent judicial hearing. Second, withholding information from the defendant frustrated the possibility of challenging the lawfulness of coercive measures. In this regard, it should be noted that the Vassalli code provided for a special remedy against pre-trial detention and other restrictions on liberty, namely a judicial review (*riesame*) by a specialised court.<sup>93</sup> The earlier case-law of the Supreme Court had ruled that this court could not annul the judicial order on the basis of evidence other than that attached by the prosecutor to the initial request or the information

---

<sup>91</sup> Art. 294(6) CCP. It should be taken into account, however, that prosecutorial questionings were still allowed after provisional arrest and even in the hearing after the enforcement of remand detention, and the accused was not always assisted by a lawyer. See Constitutional Court, judgment 384/1996.

<sup>92</sup> Supreme Court, 2nd Section, decision of 18 March 2008, Capri, in CED 239739. See Marzaduri. Commento all’art. 275, p. 179.

<sup>93</sup> Art. 309 CCP.

produced in the judicial review proceedings.<sup>94</sup> To be sure, the 1995 reform required prosecutors to disclose subsequent information in favour of defendants, yet this requirement also had the same shortcomings of the new provision of Article 291(1) CCP. On close examination, the limitation of exculpatory evidence reflects an incorrect understanding of the right to a defence, which can be properly fulfilled if the defendant is ensured full knowledge of, and the possibility of contesting, incriminating evidence.

Subsequent legislation attempted to amend these deficiencies. The 2001 implementation of the constitutional fair trial reform enhanced the right to a defence by requiring the assistance of a lawyer in the judicial hearing,<sup>95</sup> thus making the questioning conducted without a counsel void. In recent years, moreover, Italian lawmakers carried out a number of important reforms in the field of pre-trial measures. A first opportunity was provided by the 2014 legislative implementation of the aforementioned EU Directive 2012/13. The following year, Italian legislature brought about significant changes in the rules on pre-trial coercive measures.<sup>96</sup> It is worth observing, however, that despite these important innovations some of the shortcomings highlighted hitherto have unfortunately remained unchanged, and to a certain extent have been aggravated. Notwithstanding the enhancement of information rights to comply with the requirements set forth by EU law, the rather paternalistic logic introduced by the 1995 reform is still in force, and the recent reform on interception of telecommunication has worsened this legislative set-up. Thus, while public prosecutors, as a general rule, must attach to their request for coercive measures the records of eavesdropping, a new provision enables them, “whenever necessary”, to attach solely the “essential extracts” of the intercepted conversations.<sup>97</sup> The obligation of disclosure only concerns exculpatory evidence, with all the limits deriving from the solution of 1995. Consequently, there is still a high risk that the ascertainment of the justification of the sought measure reflects the one-sided perspective of the prosecutorial authority.

---

<sup>94</sup> Supreme Court, 1st Section, decision of 9 June 1995, Sanna, in CED 202460.

<sup>95</sup> Art. 294(4) CCP.

<sup>96</sup> Law 47/2015.

<sup>97</sup> Art. 291(1-ter) CCP.

Further human rights concerns arise in relation to subsequent judicial hearing. Notwithstanding the enhancement of legal assistance by the 2001 reform, it can be doubted that this guarantee can still ensure full compensation for the failure to involve the defendant prior to the application of pre-trial measures, and can therefore properly fulfil the requirements set by the European Convention. To start with, it is apparent that the effectiveness of legal assistance in the judicial hearing largely depends on the possibility of defendants communicating with their lawyer. During the pre-trial inquiry, however, prosecutors can request the competent judge to postpone the interview between the detained suspects and their lawyer.<sup>98</sup> It is true that the prosecutorial request must be justified by specific and exceptional grounds, but these rather vague statutory indications can give rise to abuses. From this it follows that defendants may happen to meet with (or even be introduced to) their lawyer only at the judicial hearing, which makes legal assistance, despite its mandatory nature, a purely formal guarantee. This situation is highly detrimental especially for defendants remanded into custody, who can remain up to five days without communication with their lawyer. Since this is the same time limit for the judicial authority to question them,<sup>99</sup> defendants will inevitably lose any possibility of setting up a defensive strategy before the judicial hearing.<sup>100</sup> The conditions for effective defence are further reduced when taking into account the fact that prosecutors can also request the moving forward of the remand hearing to within forty-eight hours from the enforcement of the coercive measure.<sup>101</sup> If this result offers the advantage of moving forward the judicial guarantee, the postponement of the communications between the accused and his lawyer can have serious repercussions on the participatory rights and the right to freedom.

---

<sup>98</sup> Art. 104(3) CCP. It is noteworthy, however, that Law 103/2017 restricted the scope of this provision to a list of serious offences, laid down in Art. 51(3-*bis* & 3-*quarter*) CCP.

<sup>99</sup> Art. 294(1) CCP.

<sup>100</sup> The negative effects of the postponement are reduced in case of house arrest, further coercive means and control measures, since the hearing must here take place within ten days.

<sup>101</sup> Art. 294(1-*ter*) CCP.

Doubtless, this set-up reveals the scant attention paid by Italian law to the defence's contribution to the assessment of the lawfulness of coercive measures. A fair lawfulness test should require the fulfilment of specific qualitative conditions to enable the defendant to produce exculpatory evidence and to contest the prosecutorial information that supported the judicial order. Yet Italian law still has considerable backwardness in this regard, and notwithstanding some recent steps forward, it is debatable whether the current legislative solutions properly fulfil the requirements set by EU law. Thus, Directive 2013/48/EU expressly grants defendants legal assistance "before they are questioned by the police or by another law enforcement or judicial authority",<sup>102</sup> while ensuring them the right to meet in private and communicate with the lawyer prior to questioning.<sup>103</sup>

Beyond the negative repercussions on the effectiveness of the right to a defence, it is clear that the degree of impartiality of the judicial authority also affects the fairness of the subsequent hearing. It is true that Italian courts rule out that the hearing conducted by a different judge is void.<sup>104</sup> Nevertheless, the Vassalli code does not provide for any mechanism to prevent the defendant from being heard by the same judge who remanded him into custody or ordered another restriction on freedom against him on the basis of prosecutorial and police evidence. This makes it extremely difficult for the defence to obtain an impartial re-examination of the justification of the measure applied.

## **5. THE RIGHT TO A DEFENCE AND THE PRINCIPLE OF EQUALITY OF ARMS IN THE PRE-TRIAL INQUIRY**

### **5.1. THE CONSTITUTIONAL-LAW FRAMEWORK**

A last problematic issue, from the viewpoint of the principle of equality of arms in the pre-trial phase, concerns the way in which the individuals involved in criminal proceedings (particularly, the suspect)

---

<sup>102</sup> Art. 3(2)(a) of Directive 2013/48/EU.

<sup>103</sup> Art. 3(3)(a) of Directive 2013/48/EU.

<sup>104</sup> Supreme Court, 3rd Section, decision of 4 December 2002, Caruso, in CED 223737.

can exercise their right to a defence during the prosecutorial inquiry. Certainly, the new constitutional framework resulting from the 1999 fair trial reform provided the basis for a further enhancement of the defence's role and judicial oversight in evidence-gathering, beyond the possibility of taking part in the police and prosecutorial inquiries. The acknowledgment of the right of the accused to consent to the use of evidence taken out of court<sup>105</sup> constitutes a clear example of this approach. Furthermore, it has been observed that the fundamental right to examine or have examined incriminating witnesses, recognised by the international human rights charters, was constitutionalised in a version that strengthens the need for confrontation "before the judge".<sup>106</sup> Of course, this expression cannot be interpreted in such rigid terms that confrontation could only take place before the trial judges, since this would inevitably entail the unlawfulness of any decision based on evidence gathered out of court. Two aspects, however, distinguish the approach of Italian constitutional law from that followed by the European Convention and further developed by Strasbourg case-law. First, the Italian Constitution does not deem any confrontation sufficient to fulfil the defendants' right to *contradictoire*, instead requiring confrontation to take place, as a rule, in a court hearing with the direct involvement of the defence. Second, the constitutional-law arrangements exclude, as a matter of principle, confrontation being indirectly satisfied by means of questioning of incriminating witnesses by a judicial authority.<sup>107</sup> Thus, the possibility of an investigative magistrate examining the accuser in favour of the defence does not seem to

---

<sup>105</sup> Art. 111(5) Const. On the relevance of consent of the parties in fact-finding see among others Di Bitonto. *Profili dispositivi dell'accertamento penale*.

<sup>106</sup> Art. 111(3) Const.

<sup>107</sup> At first glance, the wording of Article 6(3)(d) ECHR reflects the alternative between self-defence and legal assistance, allowing for the examination of incriminating witnesses by the defence lawyer in the countries that do not enable defendants to cross-examine prosecutorial witnesses. On close examination, the drafters of the European Convention aimed at striking a compromise between two main forms of confrontation existent in the European countries, which broadly correspond to a form of cross-examination, typical of common-law countries, conducted by the parties and the continental tradition of witness's examination conducted by a third body (presiding judge of the tribunal, investigating magistrate, etc.). Cf. Trechsel. *Human rights in criminal proceedings*, p. 90.

be in line with the Italian Constitution, since judges cannot clearly hear people before themselves.

Against this background, I shall focus on two main problems, which relate to a) legal assistance and the right to take part in the police and prosecutorial investigative activities, and b) the possibility of private parties charging their lawyers with the task of carrying out autonomous investigations in the interests of their clients in parallel with the prosecutor's inquiry.

## **5.2. LEGAL ASSISTANCE AND THE RIGHT TO BE INVOLVED IN THE POLICE AND PROSECUTORIAL INQUIRIES**

Concerning the first issue, we saw that, in spite of its adversarial inspiration, the drafters of the 1988 codification maintained some important decision-making and coercive powers on the part of prosecutors as representatives of the judiciary, and to a certain extent enhanced the pre-trial inquiry in comparison to the Rocco code. To compensate for this approach, the Vassalli code, inheriting some of the solutions elaborated by constitutional case-law that had softened the strongly inquisitorial characteristics of the old *istruzione*, provided for various forms of involvement of suspects (and to a certain extent of the victim as well) in police and prosecutorial inquiries. Legal scholarship used to define them in terms of 'imperfect *contradictoire*',<sup>108</sup> which can in turn have different features depending on the degree of participation. Yet, despite the clear attempt to enhance participatory rights in the pre-trial inquiry, it can be doubted whether this approach truly grants the individuals concerned a fair opportunity to be involved in the police and prosecutorial investigations. It is apparent that the absence of an impartial body and the dominant role of the investigative authorities cannot satisfy the constitutional requirements of fair evidence-gathering, based the principle of equality of arms. As long as prosecutors lead their investigations, the involvement of the defence will inevitably be secondary.

This is apparent in case of questioning by the investigative authorities. Clearly, the effectiveness of legal assistance largely depends on

---

<sup>108</sup> Cordero. *Procedura penale*, p. 891.

whether and to what extent lawyers can actively participate in the hearing. In the case of police questionings, the lawyer can only be present.<sup>109</sup> In the interrogation by the prosecutor or by the police upon delegation, the defence lawyer can instead make specific requests and observations to the competent authority.<sup>110</sup> Notwithstanding this more active role, however, there is no formal means to avoid inadequate questioning for the suspect. To a certain extent, moreover, the assistance of a lawyer can rebound like a boomerang, since the statements rendered by suspects to the public prosecutor or the police upon delegation, if inconsistent with the evidence rendered in open court, can be read out at trial and used as incriminating evidence against them.<sup>111</sup> Worse still, out-court-statements of defendants can be admitted at trial if they either do not consent to the trial examination or are not present in court.<sup>112</sup> Yet, there are considerable differences between these two situations. Whereas the former reflects a clear defensive choice, the latter is a neutral situation, which neither expresses the accused's decision to waive his right to take part in criminal proceedings nor can *per se* make the out-of-court statements more reliable. In 2014, an important legislative reform – issued for the main purposes of aligning Italian legislation with the requirements set by EU law and particularly by Strasbourg case-law – abolished the old default proceedings (*processo in contumacia*), while allowing for the institution of proceedings *in absentia* under new conditions. Since these conditions do not still necessarily presuppose the accused's knowledge of the court proceedings, the possibility of using against absent defendants the statements given to the investigative authorities in the pre-trial phase raises serious human rights concerns, as it largely frustrates the general freedom of the accused to decide whether or not to be questioned at trial.<sup>113</sup>

The most elaborate form of involvement of private parties in prosecutorial inquiries in the pre-trial phase concerns the surveys conducted by technical advisors appointed by the prosecutor. In urgent cases,

---

<sup>109</sup> Art. 350(3) CCP.

<sup>110</sup> Art. 364(7) CCP.

<sup>111</sup> Art. 503(5) CCP.

<sup>112</sup> Art. 513(1) CCP.

<sup>113</sup> Art. 503(1) CCP.

prosecutors must follow a special procedure, which allows for the suspect not only to involve his lawyer but also to appoint a technical advisor of his own choosing.<sup>114</sup> Even though technical and legal assistance allows for the individuals concerned to actively participate in the appointment of the technical investigation, the conducting of this survey, however, still remains in the hands of the public prosecutor without any intervention of an independent authority. Here also, moreover, the (potential) involvement of private parties can backfire, as the results of the technical survey conducted by the prosecutor's advisor will be included into the trial file as 'non-repeatable evidence', regardless of whether or not private parties had a fair opportunity to contribute to the prosecutorial investigation.<sup>115</sup>

In specific cases, Italian law recognises to individuals other than the suspect some participatory safeguards in the police and prosecutorial investigations. The rules on non-repeatable technical surveys conducted by prosecutor's advisors, for example, extend to the victim the same guarantees acknowledged to the suspect.<sup>116</sup> A number of legislative reforms issued over more than twenty-five years has strengthened defence rights of some types of informants in particular cases of police or prosecutorial questioning in the pre-trial inquiry. Yet these reforms reflected a one-sided view of questioning, which does not take into due account the need for complex balance among conflicting interests in light of an overall understanding of criminal proceedings.

A clear example is provided by questioning of co-defendants. The 1992 antimafia legislation also empowered the police to question co-defendants at their own initiative, co-defendants who, unlike other informants, had to be assisted by a lawyer.<sup>117</sup> It was an investigative power of no little importance, taking into account the relevance, especially for the purposes of proceedings regarding mafia-type crimes, of the information given by persons available for collaboration with the authorities. Almost ten years later, Law 63/2001 introduced an unprecedented form of witness testimony for co-defendants assisted by a lawyer (*testimonianza assistita*),

---

<sup>114</sup> Art. 360 CCP.

<sup>115</sup> See Article 360(5) in conjunction with Article 431 CCP.

<sup>116</sup> Art. 360(1) CCP.

<sup>117</sup> Art. 351(1-bis) CCP.

reserved to the individuals prosecuted in same or in other proceedings who consent to give evidence against other persons.<sup>118</sup> Remarkably, this testimony also was not limited to the trial inquiry, as the same legislation enabled both the police and prosecutors to question co-defendants pursuant to the new rules.<sup>119</sup> This co-defendant's witness testimony enables a change of procedural status, which entails relevant consequences for the person examined. In particular, if the co-accused is ensured a full right to silence in normal cases, the scope of this right is generally restricted to the privilege against self-incrimination if he is available to give evidence on issues concerned with other people. Moreover, legal assistance can turn out to be a purely formal guarantee, since co-defendants are called upon to decide whether to give evidence on issues not exclusively concerned with their position without receiving clear information on the addressee of their statements. Worse still, the co-accused does not know in advance which questions the investigative authorities will put them. *De lege ferenda*, co-defendants should be properly informed before deciding whether to take on the role of special witnesses under Article 197-*bis* CCP. In other words, the different procedural status should be the consequence of the informed decision to answer questions directly concerned with other individuals, and to properly ensure this result, co-defendants, a good solution would be to allow for waiver of the right to silence only before a judge.<sup>120</sup>

More recently, Italian legislature strengthened participatory rights of other individuals in case of police and prosecutorial questioning – in particular, minors, either as victims or witnesses of certain serious crimes, as well as vulnerable witnesses. In 2012, a legislative reform, implementing the Lanzarote Convention on Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse, required prosecutors, while questioning minors (regardless of whether witnesses or victims) in case of particular serious crimes, to provide the assistance of an expert of child psychology or psychiatry.<sup>121</sup> The aforementioned 2013 reform on gender-based

---

<sup>118</sup> Art. 197-*bis* CCP. On this topic see among others Conti. *L'imputato nel procedimento connesso*.

<sup>119</sup> See respectively Arts. 351(1) and 362(1) CCP.

<sup>120</sup> In this sense cf. Tonini. *Riforma del sistema probatorio*, p. 272.

<sup>121</sup> Art. 362(1-*bis*) CCP, introduced by the Law 172/2012.

violence later extended this requirement to the police questioning of minors.<sup>122</sup> Finally, the 2015 legislative implementation of the EU Directive on victim's rights in criminal proceedings recognised the same safeguards to the victims (even adults) in case of particular vulnerability.

Notwithstanding these positive results, it is questionable whether Italian law properly meets the standards of protection set forth by international and particularly EU law, which requires Member States to provide vulnerable victims not only with specialist support but also with legal assistance.<sup>123</sup> Unlike co-defendants, the aggrieved party has still no right to legal assistance if questioned by the police or the prosecutor, nor is legal assistance ensured to the minors questioned in cases of sexual crimes and other serious offences. A further shortcoming of this regulation, which can also be observed in relation to co-defendants, is the failure of Italian lawmakers to take into due account the accused's right to confrontation. Thus, all these reforms, despite enhancing participatory rights of the person examined, largely overlooked the problem of fulfilling the right of the addressee of incriminating evidence to be confronted with the accuser. Even in case of questioning of the co-accused examined as witnesses pursuant to Article 197-*bis* CCP, neither the police nor the prosecutor need summon the addressees of the co-accused's statements or their counsel.<sup>124</sup> The need to avoid contacts with the suspect was expressly required in relation to the hearing of vulnerable witnesses.<sup>125</sup> Yet, this solution cannot always be justified in all the types of police or prosecutorial questioning. Taking into consideration that the evidence rendered by minors or vulnerable witnesses can later be read out at trial, and under certain conditions can also be used against the accused, a better solution could be to require the investigative authority to set specific technological arrangements with a view to balancing the suspect's right to confrontation with the need to avoid negative consequences on the person examined.

---

<sup>122</sup> Art. 351(1-*ter*) CCP.

<sup>123</sup> Recital no. 38 of Directive 2012/29/EU.

<sup>124</sup> Tonini. *Riforma del sistema probatorio*, p. 272.

<sup>125</sup> Art. 351(1-*ter*) CCP.

### 5.3. THE RIGHT TO CARRY OUT AUTONOMOUS DEFENCE INVESTIGATIONS

Notwithstanding the relevance attached to the principle of *contradictoire*, the 1988 code did not provide specific rules on the possibility of the lawyers of private parties carrying out autonomous investigations in parallel with the prosecutorial inquiry. Yet defence investigations have always existed. On close examination, this legislative set-up was no coincidence, but reflected the aforementioned choice of lawmakers to maintain the dominant role in the preliminary phase of the prosecutorial office, as an independent body of justice. Consequently, not only was the new competent judge for the pre-trial inquiry called upon to intervene only for specific procedural purposes and with a limited knowledge of the prosecutorial strategy, but furthermore defence lawyers could either conduct inquiries without a formal procedural status or request the public prosecutor to carry out specific investigations in the interests of their clients. Both alternatives were clearly unsatisfactory and negatively affected the equality of arms in the pre-trial stages. Thus, while the informal character of defence investigations impinged on the admissibility at trial of the evidence collected by counsels, the possibility of the investigative authorities conducting inquiries at the request of lawyers was subject to the prosecutor's discretion.

It was only Law 335/1995 that for the first time dealt with the problem of introducing a statute on defence investigations, but the innovations brought about by this reform were rather minimal. It took other five years before Italian legislature intervened again. Yet, the expectations of a proper fulfilment of the constitutional fair trial reform were largely frustrated. Whereas the admissibility of out-of-court evidence was considerably reduced, we have observed that several decision-making powers of the public prosecutor were maintained, and the role of the competent judge for procedural safeguards remained weak in the pre-trial inquiry. Italian lawmakers, therefore, walked a different road. It is noteworthy that one year before the implementation of the 1999 constitutional reform by the aforementioned Law 63/2001, another important reform – namely, Law 397/2000 – introduced an unprecedented regulation on the defence's investigations with a view to implementing the *par condicio* principle.<sup>126</sup>

---

<sup>126</sup> On defence investigations see Siracusano. *Investigazioni difensive*, pp. 496 ff. On close examination, although the heading of Law 63/2001 explicitly

This legislative reform brought about a number of important innovations. In particular, it enabled the lawyers of private parties – i.e., not only of the suspect, but also of the victim or the damaged party – to conduct specific formal investigations, such as the questioning of informants. By way of giving counsels formal investigative powers, Law 397/2000 also dealt with the problem of admissibility and use of the information taken during private investigations and defence lawyers. To achieve this result, the reform introduced two relevant provisions: a) it allowed defence lawyers to have an official file set up at the office of the competent judge for the pre-trial inquiry,<sup>127</sup> and b) it extended to the results of the lawyer's investigations the rules governing the reading out and use at trial of the evidence gathered out of court by the police and the prosecutor,<sup>128</sup> rules that Law 63/2001, as noted, later amended pursuant to the requirements set by the 1999 constitutional reform.

This legislation, which is largely still in force, made several steps forward in the road towards the enhancement of defence's investigations. Even so, however, it is more than doubtful that this set-up achieves an effective equality of arms in the prosecutorial inquiry. It would be misleading to think that the recognition of formal investigative powers and the extension of the conditions of use of prosecutorial evidence to the information gathered by counsels could be enough to counterbalance the overwhelming role of the investigative authorities in the pre-trial phase. To a great extent, the imbalance between public prosecutors and the individuals involved in their preliminary inquiries is due to social and economic differences among the parties. Furthermore, the investigative authorities hold coercive powers, which defence lawyers of course cannot use. For instance, not only potential witnesses but also defendants and co-accused can coercively be brought to the police station or the prosecutor's office for the purpose of questioning. Defence lawyers lack similar powers, and if informants summoned to be examined refuse to

---

related to the implementation of the 1999 constitutional reform, this result was therefore due to both these legislative instruments. For in-depth analysis of these two reforms cf. Nobili. *Giusto processo e indagini difensive*, pp. 5 ff.

<sup>127</sup> Art. 391-*octies* CCP.

<sup>128</sup> Art. 391-*decies* CCP

appear or to answer specific questions, the only possibility is to request either questioning by the competent prosecutor or a judicial hearing by means of *incidente probatorio*.<sup>129</sup> Therefore, giving a formal status to the investigations of defence lawyers could only reach a formal degree of *par condicio*. It might also be argued that the legislative attempt to compensate for the imbalance between the defence and the investigative authorities turned out to frustrate the principle of *contradictoire*, enhancing the possibility for both the prosecutor and private parties to gather evidence prior to the trial autonomously.

Doubtless, another factor that considerably alters the trade-offs in the pre-trial inquiry is the different level of knowledge of the investigations carried out by other parties. It is true that the defence's investigations do not necessarily follow the course of the prosecutorial inquiry as Law 397/2000 recognised the possibility of private parties charging their lawyers with the task of carrying out preventive investigations, i.e., with a view to the possible initiation of criminal proceedings.<sup>130</sup> Nevertheless, it is apparent that this possibility presupposes the suspect being aware of the initiation of the prosecutorial inquiry. In this regard, the 2014 legislative implementation of the EU Directive 2012/13 strengthened the information rights in the pre-trial inquiry by enacting a new provision into the rules on a tool already existing, i.e., the notice of the investigation (*informazione di garanzia*), which aims at informing both suspects and victims of the ongoing prosecutorial inquiry. Pursuant to this new provision, prosecutors must inform both suspects and victims that they can obtain information about the annotation of *notitia criminis*.<sup>131</sup> However, since the rules on information on the charge have remained unchanged, it is doubtful that this innovation brought about positive results. Thus, information can still be denied in cases of serious offences and that prosecutors can withhold information on the charge without any judicial oversight. Furthermore, the 2014 Directive did not modify the general features of the notice of the investigation, which is only due where the investigative authorities decide to carry out investigations at

---

<sup>129</sup> Art. 391-bis(10-11) CCP.

<sup>130</sup> Art. 391-nonies CCP.

<sup>131</sup> Art. 369(1-bis) CCP.

which the lawyer can be present.<sup>132</sup> Therefore, the information safeguards of the individuals concerned – and as a consequence, the possibility of initiating defence investigations – largely depend on the strategy of prosecutors and the police.

To a certain extent, the different levels of information in the preliminary inquiry can also lead to unjustified imbalances in favour of private parties in the trial phase. This result is mostly due to the acknowledgment of the right to have an official file, which enables private parties to put exculpatory evidence at the disposal of the judicial authority without the need to forward it to the competent prosecutor or to request the investigative bodies to carry out inquiries in their favour. The main difference with the prosecutor's file is, however, that lawyers are not required to insert all the information available in their official file. This set-up can not only alter the trade-offs in the distribution of powers among the parties but also frustrate the tasks of trial judges, making it impossible for both the fact-finders to verify the information available to the defence at a certain stage of the proceedings. This issue is of the utmost importance for the purposes of the admission of out-of-court evidence that become unavailable at trial because of unpredictable circumstances.<sup>133</sup>

An in-depth reflection on the potentials of the link among the equality of arms, the principle of *contradictoire* and the guarantee of judicial oversight should lead the Italian legislature to examine the advantages of alternative solutions. A proper solution might be to enhance *jus postulandi* of private parties, particularly in case of interference with fundamental rights. Thus, except in the case of access to private places or areas not open to the public that can be requested by a lawyer,<sup>134</sup> Law 397/2000 failed to amend the rules on other intrusive investigative measures, such as wiretaps, which can still be ordered solely upon request of the competent prosecutor. The main concern that prevented the legislature from reforming this set-up was the fear that acknowledging to private parties the right to request a judicial order authorising the use of coercive measures could lead to worse results than those of the old prosecutorial

---

<sup>132</sup> Art. 369(1) CCP.

<sup>133</sup> Art. 512 CCP.

<sup>134</sup> Art. 391-*septies* CCP.

inquiry, while entailing the risk of misuse.<sup>135</sup> Yet, this concern was probably excessive, taking into account that in Italian criminal justice, the judicial authority is always required to give reasons when interference with fundamental rights is necessary.

## CONCLUDING REMARKS

The analysis of the rules governing the prosecutorial inquiry displays a complex scenario, in which, despite the progressive enhancement of participatory safeguards of private parties, the overwhelming role of the investigative authorities does not set the necessary conditions for effective equality of arms among the parties, while largely frustrating the tasks of the judiciary. To a great extent, the maintenance of several decision-making and coercive powers of the public prosecutor still largely reflects the old conception of an independent body of justice, which is currently justified in light of the broad notion of judiciary under Italian law. Notwithstanding that the individuals involved in the prosecutorial inquiry – in particular, the suspect, as well as in specific contexts, the victim – are ensured participation in a number of police and prosecutorial investigations, legal assistance often lacks effectiveness. Furthermore, the possibility of defence lawyers conducting autonomous investigations, which has been acknowledged since 2000, has satisfied the fundamental requirement of *par condicio* only to a somewhat minimal extent. A number of relevant factors distinguish the defence investigations from the prosecutorial inquiry, which go far beyond the sphere of legal differences. In spite of the attempt to compensate for the dominant role of public prosecutors, the principle of *contradictoire* – the cornerstone of the Italian constitutional-law model of a fair trial – is therefore fulfilled in the pre-trial inquiry by means of separate investigations and evidence-gathering activities of the police and the prosecutor, on one side, and the private parties, on the other. Yet the absence of coercive powers of defence lawyers and especially the scant possibilities of requesting judicial intervention to

---

<sup>135</sup> Marzaduri. Commento all'art. 1 legge costituzionale 2/1999, p. 770.

have investigative measures ordered in the favour of the individuals concerned accentuate the difference with the investigative bodies.

The imbalances among the parties, moreover, do not only negatively affect the principles of *contradictoire* and equality of arms, but in light of an overall view of the constitutional-law fair trial guarantees, also inevitably impinge on the effectiveness of the role of the judiciary. There can be little doubt that the weak defence rights in the police and prosecutorial inquiries, as well as the difficulties of lawyers in carrying out effective defence investigations, do not set the best conditions for a fair evidence-gathering with a view to the decisions that can be made during the prosecutorial phase. Although the use of intrusive investigations and coercive measures, in particular, calls for independent oversight, the judge's assessment is often based only on the information collected by the investigative authorities, as suspects may not even know the existence of an ongoing prosecutorial investigation. The maintenance of a number of interim procedures aimed at a decision *inaudito reo* (remand proceedings, procedure on the use of eavesdropping devices, etc.) radically excludes the defence's intervention prior to decision-making. Worse still, Italian law acknowledges to public prosecutors wide possibilities of hiding relevant information not only to the individuals concerned and their lawyers, but also to the competent judge, who is often therefore not in a position to rule in a truly impartial way. Certainly, this solution cannot be justified in a human rights-oriented model of criminal justice, and *de lege ferenda*, the enhancement of the tasks of competent judge for the pre-trial inquiry, who under Italian law is not an investigative magistrate but is called upon to ensure the proper fulfilment of procedural safeguards, appears to constitute today the best alternative to one-sided investigations and the dominant role of the investigative authorities.

## REFERENCE LIST

BARGIS, Marta. Commento all'art. 13 legge 66/1996. *La Legislazione penale*, 1996, pp. 498 ff.

CHIAVARIO, Mario. Il pubblico ministero organo di giustizia? *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1971, pp. 714 ff.

CONTI, Carlotta. *L'imputato nel procedimento connesso. Diritto al silenzio e obbligo di verità*. Padova: Cedam, 2003.

CORDERO, Franco. *Ideologie del processo penale*. Milano: Giuffrè, 1966.

CORDERO, Franco. *Procedura penale*. 9th edn. Milano: Giuffrè, 2012.

DI BITONTO, Maria Luisa. *Profili dispositivi dell'accertamento penale*. Torino: Giappichelli, 2004.

DI CHIARA, Giuseppe. Incidente probatorio. *Enciclopedia del diritto*. VI Agg. Milano: Giuffrè, 2002, pp. 546 ff.

GIOSTRA, Glauco; ORLANDI, Renzo (coord.). *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*. Torino: Giappichelli, 2018.

MAGGIO, Paola. Prova e valutazione giudiziale dei comportamenti mafiosi: i risvolti processuali. In: FIANDACA, Giovanni; VISCONTI, Costantino (coord.). *Scenari di Mafia. Orizzonti criminologici e innovazioni normative*. Torino: Giappichelli, 2010, pp. 491 ff.

MARZADURI, Enrico. Misure cautelari personali (principi generali e disciplina). *Digesto delle discipline penalistiche*, VIII vol. Torino: Utet, 1994, pp. 59 ff.

MARZADURI, Enrico. Commento all'art. 275. In: CHIAVARIO, Mario (coord.). *Commento al nuovo codice di procedura penale*. III Agg. Torino: Utet, 1998, pp. 162 ff.

MARZADURI, Enrico. Commento all'art. 1 legge costituzionale 2/1999. *La Legislazione penale*, 2000, pp. 762 ff.

NEGRI, Daniele. Fumus commissi delicti. *La prova per le fattispecie cautelari*. Torino: Giappichelli, 2004.

NOBILI, Massimo. Giusto processo e indagini difensive: verso una nuova procedura penale? *Diritto penale e processo*, 2001, pp. 5 ff.

TONINI, Paolo. Riforma del sistema probatorio: un'attuazione parziale del "giusto processo". *Diritto penale e processo*, 2001, pp. 269 ff.

RUGGIERI, Francesca. *La giurisdizione di garanzia nelle indagini preliminari*. Milano: Giuffrè, 1996.

SIRACUSANO, Delfino. Istruzione del processo penale. *Enciclopedia del diritto*, XXIII vol. Milano: Giuffrè, 1973, pp. 166 ff.

SIRACUSANO, Fabrizio. Investigazioni difensive. *Enciclopedia del diritto*, Annali II-1. Milano: Giuffrè, 2008, pp. 496 ff.

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

*Agradecimentos (acknowledgement):* I am very grateful to Prof. Dr. Lorena Bachmaier Winter for giving me the opportunity of dealing with the problematic issue of participatory rights in the pre-trial inquiry of Italian criminal proceedings from the viewpoint of the equality of arms and the impartiality of the judiciary. A special thank you also goes to my colleague Prof. Dr. Serena Quattrococo for all her advices and relevant suggestions. As always, of course I bear entire responsibility for any mistake or inconsistency that the reader might have found in the text.

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

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

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

### Dados do processo editorial

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

- Recebido em: 04/05/2018
- Controle preliminar e verificação de plágio: 05/05/2018
- Avaliação 1: 21/05/2018
- Avaliação 2: 23/05/2018
- Decisão editorial preliminar: 23/05/2018
- Retorno rodada de correções: 28/05/2018
- Decisão editorial final: 29/05/2018

### Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editoras-associadas: 2 (LBW e BC)
- Revisores: 2

### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

RUGGERI, Stefano. Equality of arms, impartiality of the judiciary and the role of the parties in the pre-trial inquiry: the perspective of Italian criminal justice. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 2, p. 559-603, mai./ago. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i2.161>



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



# Imparcialidad judicial y actividad probatoria en la Corte Penal Internacional

*Judicial Impartiality and Evidence  
at the International Criminal Court*

*Imparcialidade judicial e atividade  
probatória no Tribunal Penal Internacional*

**Ana Beltrán Montoliu<sup>1</sup>**

Universidad Jaime I de Castellón - Espanha

beltrana@dpu.uji.es

 <https://orcid.org/0000-0002-0238-5392>

---

**RESUMEN:** La imparcialidad judicial es uno de los pilares fundamentales del proceso penal porque afecta directamente al derecho a un juicio justo y en el ámbito de la justicia penal internacional, el papel que desempeñan los jueces en relación con la actividad probatoria plantea interesantes cuestiones legales. El presente estudio pretende abordar una aproximación a la función judicial de los magistrados en el proceso

---

<sup>1</sup> Profesora Contratada Doctora en Derecho Procesal de la Universidad Jaime I de Castellón en España donde ha estado vinculada desde 2001. Doctora en Derecho y Licenciada en Traducción e Interpretación defendió su tesis doctoral sobre El derecho de defensa ante la Corte Penal Internacional que publicada posteriormente en la editorial Tirant lo Blanch bajo el título La Defensa en el plano internacional de los grandes criminales, obteniendo asimismo el premio extraordinario de doctorado de Derecho y Jurisprudencia curso 2008/2009. Ha disfrutado de diversas becas pudiendo destacar las concedidas por la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECID), Deutscher Akademischer Austausch Dienst/Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD) y la Konrad Adenauer Stiftung. Ha sido profesora visitante en la Corte Penal Internacional, en el Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law de Friburgo, en Alemania, en el Dipartimento di Scienze Giuridiche de la Universidad de Bolonia y en la facultad de Derecho de la Universidad de Fordham en Nueva York entre otras.

penal ante la Corte Penal Internacional e identificar las principales dificultades probatorias que se presentan en la práctica, con especial atención a aquellos supuestos en los que los derechos y garantías procesales de las partes están implicados.

**PALABRAS-CLAVE:** imparcialidad judicial; independencia; prueba; Corte Penal Internacional; víctima.

**ABSTRACT:** *Judicial impartiality is one of the fundamental pillars of the criminal process because it directly affects the right to a fair trial and in the area of international criminal justice, the role played by judges in relation to evidentiary activity raises interesting legal questions. The present study intends to approach an overview to the judicial function of magistrates in the criminal process before the International Criminal Court and identify the main evidentiary difficulties that arise in practice, with special attention to those cases in which procedural rights and guarantees of the parties are involved.*

**KEYWORDS:** *judicial impartiality; independence; evidence; International Criminal Court; victim.*

**RESUMO:** *A imparcialidade judicial é um dos pilares fundamentais do processo penal porque afeta diretamente o direito a um juízo justo e, no âmbito da justiça penal internacional, o papel que desempenham os juízes em relação com a atividade probatória apresenta interessantes questões legais. O presente estudo pretende realizar uma análise à função judicial dos magistrados no processo penal diante do Tribunal Penal Internacional e identificar as principais dificuldades probatórias que se expõem na prática, com especial atenção àqueles casos em que os direitos e garantias processuais das partes estão em tensão.*

**PALAVRAS-CHAVE:** *imparcialidade judicial; independência; prova; Tribunal Penal Internacional; vítima.*

**SUMARIO:** Introducción. 1. Estatuto jurídico de los magistrados: Aspectos generales. 2. Función judicial y actividad probatoria. 2. 1 Discovery, procedimiento de descubrimiento o intercomunicación de informaciones y pruebas. 2.2 Admisibilidad de la prueba. 2.3 Regla 68 RPPCPI Testimonio grabado anteriormente. 2.4 Nuevas tecnologías y pruebas. 2.5 El papel de las víctimas. A modo de conclusión.

---

## INTRODUCCIÓN

El modelo de enjuiciamiento criminal<sup>2</sup> configurado en la Corte Penal Internacional (en adelante CPI)<sup>3</sup>, primer tribunal penal internacional de carácter permanente en la Historia, ha sido fruto del consenso

---

<sup>2</sup> Sobre el procedimiento en general existe abundante bibliografía, vid. entre otros, BEHRENS, H.J., *The Trial Proceedings*. In: LEE, R.S., *The International Criminal Court, The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results*, The Hague: Kluwer Law International, 1999; BELTRÁN MONTOLIÚ, A., Capítulo XIX, El proceso ante la Corte Penal Internacional. In: GIL GIL, A./ MACULAN, E., (ed), *Derecho Penal Internacional*, Madrid: Dikynson, 2016; DEFRANCIA, C., Due process in International Criminal Courts: Why Procedure Matters, *Virginia Law Review*, November, p. 1381-1437, 2001, ; FRIMAN, H., Investigation and Prosecution. In: LEE, R., *The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Ardsley: Transnational Publishers, 2001, p. 493-539; GUERRERO, O.J., Algunos aspectos del procedimiento penal en el Estatuto de Roma de la CPI. In: AMBOS, K., *La nueva justicia penal supranacional, desarrollos post-Roma*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002; LEWIS, P., Trial Procedure. In: LEE, R., *The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, cit, p. 539-553; GÓMEZ COLOMER, J.L., *El Tribunal Penal Internacional: Investigación y acusación (Un estudio comparado sobre la influencia de modelos y realidades en el tratamiento del principio acusatorio en las fases previas al juicio del proceso penal ante el Tribunal Penal Internacional)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003; TERRIER, F., The Procedure before the Trial Chamber. In: CASSESE, A.; GAETA, P.; JONES, J.R.W.D., *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, v. II, Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 1277-1318; McDONALD, G.K., Trial Procedures and Practices. In: Mc DONALD, G.K.; SWAAK-GOLDMAN, O., *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law*, Dordrecht: Kluwer Law International, 2000, p. 547-622; GÖRAN SLUITER et al (eds), *International Criminal Procedure: Principles and Rules*, Oxford: Oxford University Press, 2013; GARCÍA-MATAMOROS, L.V.; ÁVILA.MEDINA, D., *Procedimiento, litigio y representación ante tribunales internacionales*, Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2017, especialmente p. 267-429; CASAS SIERRA, B., La Corte Penal Internacional, ¿un modelo válido en el siglo XXI?, *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, Documento Marco, p. 1021-1023, 2017

<sup>3</sup> El texto fundamental que sirve como punto de partida es el Estatuto de Roma, que se aprobó el 17 de julio de 1998, por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de un Tribunal Penal Internacional (A/CONF. 183/9), entrada en vigor el 1 de julio 2002. Es especialmente interesante por su contenido didáctico, ICC, *Understanding the International Criminal Court*, Disponible en <<https://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/publications/UICCEng.pdf>>, visitada 2 de febrero 2018.

entre diferentes sistemas jurídicos (continental y *common law* principalmente)<sup>4</sup>, con características propias que le diferencian de cualquier otro previsto a nivel nacional o internacional<sup>5</sup> y que evoluciona a velocidad de vértigo<sup>6</sup>. Es imprescindible poner de relieve esta particularidad<sup>7</sup> para entender que estamos ante un proceso *sui generis* que no se corresponde plenamente con ningún modelo vigente en el mundo<sup>8</sup>. Teniendo en cuenta esta peculiaridad, como características esenciales del proceso hay que destacar que el Fiscal ostenta el monopolio de la acción penal<sup>9</sup>, de modo que la acusación será siempre ejercida por el mismo, con independencia de cuál haya sido el mecanismo de activación que haya propiciado su

<sup>4</sup> AMBOS, K. International Criminal Procedure: “Adversarial” “Inquisitorial” or “Mixed”?, *International Criminal Law Review*, v. 3, n. 1, p. 2-5, 2011

<sup>5</sup> Téngase en cuenta que el compendio normativo es considerable, puesto que para un coherente análisis, se pueden consultar las siguientes disposiciones legislativas: Reglas de Procedimiento y Prueba (ICC-ASP/1/3), 2 de noviembre 2000; Los Elementos de los Crímenes (ICC-ASP/1/3 y Corr. 1, parte II.B); Reglamento de la Corte (ICC-BD/01-01-04), 26 de mayo 2004; Reglamento de la Fiscalía (ICC-BD/05-01-09, 23 de abril 2009); Reglamento de la Secretaría (ICC-BD/03-01-06-Rev.1), 6 de marzo de 2006; *Code of Judicial Ethics* ICC-BD/02-01-05, 9 de marzo 2005; *Chambers’ Practice Manual*, Mayo 2017, etc. Disponibles en: <<https://www.icc-cpi.int/resource-library#legal-texts>>. Visitada 21 de diciembre 2017.

<sup>6</sup> La actualización sobre aspectos generales sobre la Corte Penal Internacional se puede consultar en ICC, The Court Today. Disponible en <<https://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/publications/TheCourtTodayEng.pdf>>

<sup>7</sup> No siempre es fácil equilibrar los ordenamientos nacionales con el Derecho Internacional, sobre las dificultades constitucionales que pueden aparecer, vid. PACHECO, M. O Tribunal Penal Internacional. *Review of Business and Legal Sciences. Revista De Ciências Empresariais E Jurídicas*, v. 10, 2007, p. 234-241.

<sup>8</sup> En ese sentido, la implementación de derechos humanos, exige en numerosas ocasiones una jurisprudencia creativa, así lo indica: CARVALHO, L. G. G. C.; PONTES, Jean R. Reflexões acerca dos desafios de legitimação do Tribunal Penal Internacional: a gestão da prova nos julgamentos dos crimes contra a humanidade. *Revista Jurídica – CCJ*, v. 21, n. 45, p. 141, mai./ago. 2017.

<sup>9</sup> En este sentido no se contempla ninguna otra clase de acusación. Es decir, no es posible ejercer una acusación particular (art. 24 CE), privada (prevista únicamente en los delitos de injurias y calumnias del art. 215.1 CP) o popular (art. 125 CE, arts. 101 y 270 LECrim) como sí que sucede por ejemplo en el ordenamiento jurídico español.

actuación (Estado Parte, Consejo de Seguridad o Fiscal, art 13 EstCPI)<sup>10</sup>. Asimismo, no aparece la figura de un juez instructor a quien se le encomienda la tarea de investigar en la fase preliminar, siendo el Fiscal quien desempeñará esta función.

Ahora bien, el juicio se celebrará ante la Sala de Primera Instancia (en adelante SPI), ante jueces profesionales ya que no se contempla la posibilidad de ser enjuiciado por un jurado popular. Debemos destacar igualmente la configuración de la Sala de Cuestiones Preliminares (en adelante SCP) que aparece como una novedad respecto al proceso penal ante los tribunales penales *ad hoc* para la Ex Yugoslavia y Ruanda, donde existía un juez de garantías (*pre-trial judge*), para velar entre otras funciones, por los derechos de las personas que están siendo investigadas. Es importante advertir estas características propias del modelo judicial supranacional que representa la CPI para poder comprender el alcance y significado en relación con la función judicial que ejercen los magistrados en este ámbito en general y respecto de la prueba en particular.

Este estudio pretende analizar, por un lado, la función judicial contemplada ante esta instancia internacional<sup>11</sup>, y por otro, abordar el análisis del papel que desempeña el juez en materia probatoria. Se advierte sin embargo, que no se realizará un análisis exhaustivo y en profundidad de toda la materia probatoria, lo cual excedería de las pretensiones de este estudio, sino que más bien, nos centraremos en mostrar aquellas cuestiones procesales relativas a la prueba, que a la luz de la experiencia forense ante la CPI, han suscitado mayor polémica, por su complejidad y por haber planteado dificultades prácticas siempre desde la perspectiva de la imparcialidad judicial, con el objeto de identificar posibles propuestas de mejora en este sentido.

---

<sup>10</sup> Sobre la mecánica procesal, mediante el mecanismo de activación vid. LEWANDOWSKI, E. R. O Tribunal Penal Internacional: de uma cultura de impunidad para uma cultura de responsabilidade, *Estudos Avançados*, v. 16, n. 45, maio/agosto, p. 194, 2002.

<sup>11</sup> Tal y como indica GROSSMAN, “El espacio de “interpretación creadora” por parte de este y otros Tribunales tiene como contrapartida su responsabilidad en el ejercicio adecuado de sus funciones, según los Estados, la profesión legal, el público en general. La práctica y proyección internacional del Tribunal lleva a identificar numerosos desafíos”, GROSSMAN, C. El tribunal penal internacional: Consideraciones generales. *Derecho y Humanidades*, n. 18, p. 27, 2011.

## 1. ESTATUTO JURÍDICO DE LOS MAGISTRADOS: ASPECTOS GENERALES

Entre los órganos que componen la CPI se encuentran las salas judiciales<sup>12</sup> (arts. 34-41 EstCPI) que se concretan en secciones de Apelaciones, Primera Instancia y Cuestiones Preliminares, sin olvidar la Presidencia y que se integran por 18 magistrados que serán elegidos por la Asamblea de Estados Partes<sup>13</sup> entre personas “de alta consideración moral, imparcialidad e integridad que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más altas funciones judiciales en sus respectivos países”. Como condición de admisibilidad previa se establece la necesidad de que los candidatos tengan reconocida competencia, bien en derecho y procedimiento penales y experiencia en calidad de magistrado, fiscal, abogado o función similar (lista A), bien en derecho internacional, concretamente en derecho internacional humanitario y normas de derechos humanos, así como experiencia acreditada en este ámbito (lista B). Asimismo, se exige el conocimiento y dominio de al menos uno de los idiomas de trabajo (inglés y francés) de la Corte. Como nota significativa merece la pena destacar que en la selección de los magistrados los Estados Partes tendrán en cuenta la necesidad de que haya una distribución equitativa de los principales sistemas jurídicos del mundo, geográficamente así como una representación equilibrada por motivos de género (mujeres y hombres). Además, se tendrá en cuenta la necesidad de que haya juristas especializados en materias como la violencia contra las mujeres o los niños.

Respecto al estatuto jurídico de los magistrados de cualquier sistema judicial<sup>14</sup> se debe indicar como elementos indispensables que se

<sup>12</sup> Para conocer la composición actual de magistrados vid. ICC, *Judicial Divisions*, Disponible en <<https://www.icc-cpi.int/about/judicial-divisions/Pages/default.aspx>> visitado 11 de enero 2018.

<sup>13</sup> En detalle art. Artículo 36 Condiciones que han de reunir los magistrados, candidaturas y elección de los magistrados EstCPI.

<sup>14</sup> Así por ejemplo puede resultar interesante consultar en el ordenamiento jurídico español, los Principios de Ética Judicial (Documento aprobado por el Pleno del CGPJ en su sesión del día 20 de diciembre de 2016 conforme al texto acordado en la sesión celebrada el día 16 de diciembre de 2016 por el grupo de trabajo sobre ética judicial), que consta de dos partes, Parte I, Los principios (independencia, imparcialidad, integridad, cortesía, diligencia, transparencia), Parte II Comisión de Ética Judicial (funciones, composición, elección, mandato, funcionamiento, efectos y

desprenden de su función la imparcialidad, la independencia y responsabilidad<sup>15</sup> como principios más significativos<sup>16</sup>. El *Code of Judicial Ethics* (ICC-BD/02-01-05), contempla en sus once artículos, además de los ya mencionados, la integridad<sup>17</sup>, confidencialidad, la diligencia, conducta durante los procedimientos, libertad de expresión<sup>18</sup> y asociación, aspectos

---

publicidad). Además aparecen en el enlace que a continuación indicamos, archivos relacionados con cuestiones éticas judiciales a nivel mundial y europeo. Disponible en <<http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Temas/Transparencia/Buen-Gobierno-y-Codigo-etico/Codigo-Etico/> visitada el 4 de abril 2018>, visitada el 13 de abril 2018.

- <sup>15</sup> Un estudio de derecho comparado con un anexo documental muy completo a nivel mundial y regional se puede consultar en ROOS, S.R.; WOISCHNIK, J., *Códigos de ética judicial un estudio de derecho comparado con recomendaciones para los países latinoamericanos*, Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, ; ŠIMONIS, M., *The Role of Judicial Ethics in Court Administration: from Setting the Objectives to Practical Implementation*, *Baltic Journal of Law & Politics, A Journal of Vytautas Magnus University*, v. 10, n. 1, p. 90-123, 2017.
- <sup>16</sup> MONTERO AROCA, J.; GÓMER COLOMER, J.L.; BARONA VILAR, S., *El personal jurisdiccional Derecho Jurisdiccional I, Introducción al Derecho Procesal*, 25ª ed, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 96-112.
- <sup>17</sup> Obviamente la aceptación de ciertas gratificaciones económicas o regalos, incluso después de terminar el juicio, no hace deducir la integridad que se presume de las autoridades judiciales. En este caso, no se admitió la recusación al entender, que la corrupción aludida no se refería al caso que se estaba enjuiciando. ECC, *Case of NUON Chea et al.*, 0002/19-09-2007-ECCC/TC, IENG Sary's Application to Disqualify Judge Nil Nonn due to His Purported Admission that He Has Accepted Bribes & Request for a Public Hearing or in the Alternative for Leave to Reply to Any Submissions Presented by Judge Nil Nonn in Response to this Application, 14 January 2011, para. 10; *Case of NUON Chea et al.*, 002/19-09-2007-ECCC/TC, Decision on IENG Sary's Application to Disqualify Judge Nil Nonn and Related Requests, 28 January 2011, para. 17.
- <sup>18</sup> Lo que se ha denominado por KARNAVA como el síndrome Harhoff, se refiere al caso *Šešelj* del TPIY, donde este juez vertió unas declaraciones en una carta que mandó a 56 contactos, donde de algún modo se reflejaba cierta predisposición condenatoria particularmente hacia los acusados serbios y croatas: "By referring to a "set practice" of convicting accused persons without reference to an evaluation of the evidence in each individual case, the Majority, Judge Liu dissenting, considers that there are grounds for concluding that a reasonable observer, properly informed, would reasonably apprehend bias on the part of Judge Harhoff in favour of conviction. This includes for the purposes of the present case. This appearance of bias is further compounded by Judge Harhoff's statement that he is confronted by a professional and moral dilemma, which in the view of the Majority, is a clear reference

relacionados con la actividad extrajudicial que puedan desempeñar y por último el necesario cumplimiento con este código<sup>19</sup>.

En cuanto a la *imparcialidad*<sup>20</sup>, debemos resaltar, aunque resulte obvio, que los jueces no son parte en el proceso y por consiguiente deben actuar con desinterés subjetivo. La imparcialidad implica necesariamente como indica Montero Aroca “la ausencia de designio o de prevención en el juez de poner su función jurisdiccional al servicio del interés particular de una de las partes. La función jurisdiccional consiste en la tutela de los derechos e intereses legítimos de las personas por medio de la aplicación del Derecho en el caso concreto, y la imparcialidad se quiebra cuando el juez tiene el designio o la prevención de no cumplir realmente con esa función, sino que, incumpliendo con ella, puede perseguir en un caso concreto servir a una de las partes”<sup>21</sup>. Ahora bien, la no influencia de cir-

---

to his difficulty in applying the current jurisprudence of the Tribunal” ICTY, *Prosecutor v. Šešelj*, IT-03-67-T, Disqualification of Judge Frederik Harhoff and Report to the Vice-President, 28 August 2013, p. 13.

<sup>19</sup> Una excelente recopilación sobre este tipo de cuestiones en todos los tribunales penales internacionales, donde se abordan casos que citamos en este estudio se puede consultar en KARNAVA, M.G., *Judicial Ethics in the International Tribunals*, Lecture at the ADC-ICTY’s 12th Defence Symposium, disponible en <[http://michaelgkarnavas.net/files/JudicialEthicsLecture\\_24Jan14.pdf](http://michaelgkarnavas.net/files/JudicialEthicsLecture_24Jan14.pdf)>, visitada el 13 de abril 2018.

<sup>20</sup> Sin ánimo de exhaustividad, se sugieren, respecto a la imparcialidad entre otros: AA.VV. *La imparcialidad judicial*, Estudios de Derecho judicial, n. 151, 2008, *passim*; ESQUIVIAS JARAMILLO, J.I., Derecho fundamental al juez imparcial, *CEFLegal: Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, n. 195, 2017; FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOMOLÉ, P., *El juez imparcial: ¿han tomado los bárbaros el Poder Judicial?*, Granada: Comares, 2015; GALÁN GONZÁLEZ, C., *Protección de la imparcialidad judicial abstención y recusación*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005; JIMÉNEZ ASENSIO, R., *Imparcialidad judicial y el derecho al juez imparcial*, Pamplona: Thomson Reuters-Aranzadi, 2002; PICÓ i JUNOY, J., *La imparcialidad judicial y sus garantías la abstención y recusación*, Barcelona: Bosch, 1998; PICADO VARGA, C.A., El derecho a ser juzgado por un juez imparcial, *Revista de JUDEX*, n. 2, p. 31-62, 2014; TARUFFO, M., La cultura de la imparcialidad judicial en los países del “comon law” y el derecho continental, *Estudios de Derecho judicial: La imparcialidad judicial*, n.151, p. 95-119, 2008.; BACHMAIER WINTER, L. *Imparcialidad judicial y libertad de expresión de jueces y magistrados, las recusaciones de magistrados del Tribunal Constitucional*, Pamplona: Aranzadi 2008

<sup>21</sup> MONTERO AROCA, J., Derecho a la imparcialidad judicial. Comentario al artículo II-107 del Tratado por el que se establece una Constitución para

cunstances ajenas debe objetivarse de modo que se establezca una relación de situaciones constatables objetivamente, que conllevan la sospecha de parcialidad. Estamos además ante una característica concreta, no abstracta y que no es exclusiva de los jueces<sup>22</sup>. Con este objetivo la solución que se proporciona es la de establecer unas causas de recusación y abstención, o dispensa en la terminología de la CPI. En este sentido, se comprenden como causas posibles de dispensa y recusación de los magistrados (arts. 41-41 EstCPI, regla 34.1 RPPCPI), fundamentalmente las siguientes:

“a) Un magistrado no participará en ninguna causa en que, por cualquier motivo, pueda razonablemente ponerse en duda su imparcialidad... si hubiese intervenido anteriormente, en cualquier calidad, en una causa de la que la Corte estuviere conociendo o en una causa penal conexas sustanciada a nivel nacional y que guardare relación con la persona objeto de investigación o enjuiciamiento;

b) Tener un interés personal en el caso, entendiéndose por tal una relación conyugal, parental o de otro parentesco cercano, personal<sup>23</sup> o profesional o una relación de subordinación con cualquiera de las partes;

c) Haber participado, a título personal y antes de asumir el cargo, en cualquier procedimiento judicial iniciado antes de su participación en la causa o iniciado por él posteriormente en que la persona objeto de investigación o enjuiciamiento haya sido o sea una de las contrapartes;

---

Europa y al artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n. 7, 1er semestre 2006, p. 91.

<sup>22</sup> De hecho en las disposiciones de los textos normativos de la CPI, se alude a los jueces y fiscales. Son importantes a tales efectos los siguientes preceptos: EstCPI: Arts. 40-41 EstCPI; Reglas de Procedimiento y Prueba: Sección IV. Situaciones que puedan afectar al funcionamiento de la Corte, reglas 23-39; Reglamento de la Corte: Capítulo 8 De la separación del cargo y las medidas disciplinarias, normas 119-126.

<sup>23</sup> La defensa solicitó la recusación del Juez Vaz por mantener una relación sentimental con Ms Dior Fall, fiscal durante el caso. *Karemera et al*, ICTR-98-44-AR15bis, Reasons for Decision on Interlocutory Appeals Regarding the Continuation of the Proceedings with a Substitute Judge and on Nzirore-ra's Motion for Leave to Consider New Material, 22 October 2004 para. 2.

d) Haber desempeñado funciones<sup>24</sup>, antes de asumir el cargo, en el ejercicio de las cuales cabría prever que se formó una opinión sobre la causa de que se trate, sobre las partes o sobre sus representantes que, objetivamente, podrían redundar en desmedro de la imparcialidad requerida;

e) Haber expresado opiniones, por conducto de los medios de comunicación, por escrito<sup>25</sup> o en actos públicos que, objetivamente, podrían redundar en desmedro de la imparcialidad requerida<sup>26</sup>.”

---

<sup>24</sup> Así por ejemplo, haber realizado un informe para UNICEF sobre el reclutamiento de niños soldado, no fue suficiente causa para recusar al juez Winter, SCSL, *Prosecutor v. Norman*, et al, SCSL-2004-14PT, Motion to Recuse Judge Winter from Deliberating in the Preliminary Motion of the Recruitment of Child Soldiers, 24 March 2004; SCLS, *Prosecutor v. Norman*, et al, SCSL-2004-14PT, Decision on the Motion to Recuse Judge Winter from the Deliberation in the Preliminary Motion on the Recruitment of Child Soldiers, 28 May 2004.

<sup>25</sup> Recusación formulada contra el Juez Robertson por sus manifestaciones en el libro *Crimes Against Humanity – The Struggle for Global Justice*, publicado en 2002. La Defensa sostuvo que: “Justice Robertson’s opinions, comments and statements are expressed in terms that demonstrate the clearest and most grave bias, or in the alternative, the same objectively give rise to the appearance of bias”. SCSL, *Prosecutor v. Sesay* et al., SCSL-04-15-T, Decision on Defence Motion Seeking the Disqualification of Judge Robertson from the Appeals Chamber, 28 January 2008, para. 2.

<sup>26</sup> En el Tribunal Especial para Sierra Leona (SCSL en inglés), se produjeron por parte del juez Malik Saw unas declaraciones desafortunadas que cuestionaban la credibilidad del tribunal, lo que supuso que se tomaran medidas al respecto, poniendo de relieve el tribunal que: “The only moment where a Judge can express his opinion is during the deliberations or in the courtroom, and, pursuant to the Rules, when there are no serious deliberations, the only place left for me is the courtroom. I won’t get — because I think we have been sitting for too long but for me I have my dissenting opinion and I disagree with the findings and conclusions of the other Judges, because for me under any mode of liability, under any accepted standard of proof, the guilt of the accused from the evidence provided in this trial is not proved beyond reasonable doubt by the Prosecution. And my only worry is that the whole system is not consistent with all the principles we know and love, and the system is not consistent with all the values of international criminal justice, and I’m afraid the whole system is under grave danger of just losing all credibility, and I’m afraid this whole thing is headed for failure.” SCSL, *Prosecutor v. Taylor*, SCSL-03-01-A, Charles Ghankay Taylor’s Motion for Partial Voluntary “Withdrawal or Disqualification of Appeals Chamber Judges, 19 July 2012, para. 9.

Es posible que la Presidencia, dispense al magistrado que así lo solicite del ejercicio de sus funciones (petición que formulará por escrito indicando los motivos, de carácter confidencial, regla 33 RPPCPI) por concurrir alguna de estas causas. Es más, incluso se prevé la obligatoriedad de solicitar la dispensa en el supuesto de que se produzca alguna de las circunstancias que acabamos de mencionar (regla 35 RPPCPI). En el supuesto de que se utilice el incidente de la recusación, se resolverá por mayoría de los magistrados, no pudiendo tomar la decisión el juez afectado pero sí que tendrá derecho a hacer observaciones sobre la cuestión. En relación con el procedimiento previsto, se indica que se procederá a la petición de recusación por escrito tan pronto como se tenga conocimiento de las razones en que se base, deberá ser motivada, y se adjuntarán las pruebas pertinentes, dándose traslado al afectado, para que, como hemos indicado, se pronuncie al respecto.

Estamos sin duda, ante una cuestión de naturaleza compleja<sup>27</sup>, y cuya finalidad es garantizar la adecuada administración de la justicia. En este contexto, la CPI ha adoptado, la dinámica ya consolidada a nivel internacional, especialmente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, donde se proponen dos perspectivas diferentes. Por un lado, una aproximación *subjetiva*, donde se trata de apreciar la convicción personal del juez, lo que pensaba internamente en dicha ocasión, a fin de excluir a aquel que internamente haya tomado partido previamente o vaya a basar su decisión en prejuicios indebidamente adquiridos. Se atiende por consiguiente a la relación de los jueces o magistrados con las partes o su interés personal directo/indirecto en el resultado del pleito<sup>28</sup>. Por otro, la *objetiva* consiste en determinar, si con independencia

---

<sup>27</sup> Existe un *corpus iuris* internacional sobre la materia (art. 11.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos; art. 14 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 6 Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y el art. 8 Convenio Internacional de Derechos Humanos, de 1969 y su doctrina así lo evidencia.

<sup>28</sup> Cuestión que no es siempre fácil de dilucidar. Así por ejemplo lo pone magníficamente de manifiesto BACHMAIER al realizar un comentario sobre motivos tales como qué significa “amistad íntima” o “enemistad manifiesta” vid. BACHMAIER, L., Derecho a un juez imparcial y su articulación legal (TC 2ª S 162/1999, de 27 septiembre), *Tribunales de justicia: Revista española de derecho procesal*, n. 7, , p. 917-918, 2000.

del comportamiento personal del juez, existen hechos verificables que permitan cuestionar su imparcialidad. Aquí lo significativo es la relación que el juzgador haya podido tener con el objeto del propio procedimiento. En definitiva se proporcionan unos parámetros que son ilustrativos y que sirven para orientar en aquellos supuestos en los que se cuestiona la imparcialidad judicial<sup>29</sup>.

En este panorama de justicia penal internacional existe ya doctrina consolidada y se reconoce como especialmente ilustrativo el caso *Furundžija*<sup>30</sup> que estableció los criterios o parámetros a tener en cuenta

<sup>29</sup> Vid. *Informe del Magistrado Joaquín Jiménez García sobre la recusación en la causa especial N° 3/20048/2009*, pág. 10, donde se sintetiza la doctrina del TEDH concretamente en: “a.- La imparcialidad del Tribunal, entendida como ausencia de idea preconcebida de culpabilidad en la persona a la que se le va a someter a enjuiciamiento, puede contemplarse tanto desde una perspectiva subjetiva como objetiva. b.-La óptica de la imparcialidad subjetiva trata de indagar lo que en su fuero interno piensa el Juez del caso concernido, se trataría de un prejuicio subjetivo. En este aspecto la imparcialidad personal/subjetiva del Magistrado se presume, mientras no se demuestre lo contrario. c.- La óptica de la imparcialidad objetiva trata de verificar si hay garantías suficientes para excluir toda duda legítima sobre la imparcialidad del Tribunal desde las alegaciones efectuadas por el denunciante. d.- Teniendo en cuenta la presunción de imparcialidad subjetiva del juez, y las dificultades de prueba, la exigencia de imparcialidad objetiva proporciona una importante garantía adicional. e.-Las apariencias tienen su importancia, por la confianza que los Tribunales deben inspirar al justificárselo a la Sociedad en general. f.- Lo determinante es verificar si a la vista del caso concernido, los recelos o sospechas del denunciante están justificados objetivamente, es decir, desde una perspectiva externa. g.-Para la respuesta concreta hay que estar al examen individualizado de cada supuesto.”

<sup>30</sup> En concreto en este caso se planteó la recusación de la juez Florence Mumba por haber estado relacionada anteriormente a su desempeño como juez en el TPIY con la *United Nations Commission on the Status of Women* (UNCSW). La Sala de Apelaciones entendió que su especialización en materia de derechos humanos en el contexto de género, formaba parte de la experiencia profesional que se requiere en estos tribunales: “A Judge should be not only subjectively free from bias but also there should be nothing in the surrounding circumstances which objectively gives rise to an appearance of bias... A. A Judge is not impartial if it is shown that actual bias exists. B. There is an unacceptable appearance of bias if: i) a Judge is a party to the case, or has a financial or proprietary interest in the outcome of a case, or if the Judge’s decision will lead to the promotion of a cause in which he or she is involved, together with one of the parties. Under these circumstances, a Judge’s disqualification is automatic; or ii) the circumstances would lead a reasonable

para determinar la recusación desde una perspectiva amplia coincidente con las decisiones del TEDH y de derecho comparado.

Por su parte, la CPI también se ha pronunciado respecto a varias de las cuestiones apuntadas, entre otros, podemos indicar el caso *Prosecutor v. Banda Abakaer Nourain & Jerbo Jamus*, donde se consideró por parte de la defensa que el magistrado Eboe-Osuji no podía ser justo e imparcial debido a que su nacionalidad nigeriana coincidía con la de las víctimas<sup>31</sup>. El informe que presentó el juez en el incidente de recusación<sup>32</sup>, sobre todo aportando jurisprudencia canadiense propició que no prosperara la recusación planteada.

La *independencia* es otro de los pilares fundamentales, exigiéndose que los magistrados sean independientes en el desempeño de sus funciones. Para ello se prevé que no realicen actividad alguna que pueda ser

---

observer, properly informed, to reasonably apprehend bias.” “A reasonable person must be an informed person, with knowledge of all the relevant circumstances, including the traditions of integrity and impartiality that form a part of the background and apprised also of the fact that impartiality is one of the duties that Judges swear to uphold”, ICTY, *Prosecutor v. Furundžija*, IT-95-17/1, Appeal Judgment, 21 July 2000, par. 189-190. Sobre la interpretación de la “imparcialidad” par. 179-188.

<sup>31</sup> “The defence submitted that a reasonable observer might reasonably doubt the impartiality of the respondent in the case on three grounds: (1) his nationality; (2) the endorsement of his candidacy as a judge by a regional body and by his state of nationality; and (3) the comments made in a blog written by him prior to his election as a judge, ICC, *Prosecutor v. Banda Abakaer Nourain & Jerbo Jamus*, ICC-02/05-03/09, Defence Request for the Disqualification of a Judge, 2 April 2012, pár. 2-3.

<sup>32</sup> En el informe que presentó el juez se puso de manifiesto que: “The presumption of impartiality is a legal presumption. They need to show ‘cogent evidence’ that displaces it. A proper understanding of the jurisprudence would require them to produce evidence tending to show that a fairminded observer fully informed of the facts and taking a whole view of the matter would reasonably fear that bias exists; and that there is an objective reason to believe that the judge is unable to respect his oath of office. Counsel in this case, in their complaint and submissions, have not produced any such evidence. Fanciful arguments and suppositions are insufficient to achieve recusal”, par. 133. ICC, *Prosecutor v. Banda Abakaer Nourain & Jerbo Jamus*, ICC-02/05-03/09, Judge Eboe-Osuji’s Memorandum concerning ‘Defence Motion for Disqualification of a judge,’ Annex 2, 16 April 2012, Vid. Asimismo pár. 33-63 los fundamentos sobre la cuestión de la nacionalidad.

incompatible con el ejercicio de sus competencias judiciales o menoscabar la confianza en su independencia y además su régimen de dedicación será exclusivo en la sede de la Corte no pudiendo tener ninguna otra ocupación de carácter profesional (Art. 40 EstCPI, Art. 3 *Code of Judicial Ethics*). La independencia del juez es la libertad de enjuiciamiento teniendo como único referente el sometimiento a la ley y al resto del ordenamiento jurídico<sup>33</sup>. Para que esta independencia sea absoluta, debe quedar garantizada frente a todos, es decir, respeto total a la función jurisdiccional de los magistrados, respecto a sus superiores y de otros poderes y presiones sociales.

Finalmente, se exige que los magistrados de la Corte sean *responsables*, de modo que actúen bajo sometimiento pleno a la ley y se establece un régimen disciplinario<sup>34</sup> que diferencia entre falta grave (regla 24 RRPCPI) y falta menos grave (regla 25 RPPCPI), con un procedimiento (reglas 26-27 y 29, normas 119-123, 125 RegCPI) a tales efectos, así como la suspensión del cargo (regla 28 RPPCPI, norma 124 RegCPI), y la adopción de medidas disciplinarias (reglas 30-32 RPPCPI) en su caso.

## 2. FUNCIÓN JUDICIAL Y ACTIVIDAD PROBATORIA

Una vez analizada la función judicial desde el punto de vista de su estatuto jurídico, mostraremos a continuación el panorama general respecto al papel que desempeñan los magistrados ante la actividad probatoria<sup>35</sup> que se desarrolla en el proceso de la CPI. Téngase en cuenta que

---

<sup>33</sup> La proclamación de la independencia como un principio esencial del estatuto de jueces y magistrados la encontramos en el ordenamiento jurídico español en la CE (arts. 117.1, 124.1 y 127.2), LOPJ (1, 12, 13 y 14), así como a nivel internacional (art. 10 DUDH, 14.1 PIDCYP y 6.1 CEDH) ya mencionados previamente.

<sup>34</sup> Vid. Sección IV Situaciones que pueden afectar al funcionamiento de la Corte (reglas 23-32) RPPCPI; Capítulo 8 Separación del cargo y medidas disciplinarias del Reglamento de la Corte (normas 119-125).

<sup>35</sup> Recordemos que se combinan elementos del sistema continental y del *common law* en lo relativo a la prueba también, Así lo constata SADAT, S., *The International Criminal Court and the Transformation of International Law*, Ardsley: Transnational Publishers, 2002, p. 238; GORDON, G.S, *Toward an International Criminal Procedure: Due Process Aspirations and Limitations*, *The Berkeley Electronic Press*, n. 62, 2006, KRESS, C. *The Procedural Law of*

la prueba constituye el centro de las investigaciones y del enjuiciamiento en el proceso penal<sup>36</sup>. En este contexto existe una amplia flexibilidad<sup>37</sup> por parte de las Salas en cuestiones probatorias. En efecto, no existe limitación *a priori* en cuanto los medios de prueba permitidos. El marco normativo se completa por el art. 69 EstCPI<sup>38</sup> y la regla 63 RPPCPI que conforman básicamente (art. 21,3, art. 64, 8 y 9 y arts. 66, 67 y 68 EstCPI) las disposiciones generales relativas a la prueba<sup>39</sup>. La dinámica

---

the International Criminal Court in Outline: Anatomy of a Unique Compromise, *International Journal of Criminal Justice*, v- 1, n. 3, p. 602, 604-605, 2003.

<sup>36</sup> IBA, *Evidence Matters in ICC Trials*, International Criminal Law Perspectives, August 2016, p. 5. <[https://www.ibanet.org/ICC\\_ICL\\_Programme/Reports.aspx#2017](https://www.ibanet.org/ICC_ICL_Programme/Reports.aspx#2017)> visitada 23 de marzo 2018.

<sup>37</sup> Tal y como ha recalcado la Sala de Primera Instancia I: “the drafters of the Statute framework have clearly and deliberately avoided proscribing certain categories or types of evidence, a step which would have limited – at the outset – the ability of the Chamber to assess evidence “freely”. Instead, the Chamber is authorized by statute to request any evidence that is necessary to determine the truth, subject always to such decisions on relevance and admissibility as are necessary, bearing in mind the dictates of fairness. In ruling on admissibility the Chamber will frequently need to weigh the competing prejudicial and probative potential of the evidence in question. It is of particular note that Rule 63(5) mandates the Chamber not to “apply national laws governing evidence”. For these reasons, the Chamber has concluded that it enjoys a significant degree of discretion in considering all types of evidence. This is particularly necessary given the nature of the cases that will come before the ICC: there will be infinitely variable circumstances in which the court will be asked to consider evidence, which will not infrequently have come into existence, or have been compiled or retrieved, in difficult circumstances, such as during particularly egregious instances of armed conflict, when those involved will have been killed or wounded, and the survivors or those affected may be untraceable or unwilling – for credible reasons – to give evidence’. ICC, *Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/061399, Decision on the admissibility of four documents, 13 June 2008, par. 24.

<sup>38</sup> Vid. un detallado comentario sobre este artículo en BEHRENS, H. / PIRAGOFF, D., Article 69. In: TRIFFTERER, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court-Observers’ Notes, Article by Article*, Baden Baden: Nomos, 1999, pp. 889- 916. Asimismo se puede consultar la versión actualizada en TRIFFTERER, O/ AMBOS, K., *Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary*, 3rd edition, Baden Baden: Nomos, 2016.

<sup>39</sup> Un análisis comparativo de todas las Reglas de Procedimiento y Prueba de Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* puede verse en MAY, R.; WIERDA, M., *Trends in International Criminal Evidence: Nuremberg, Tokyo, The Hague, and Arusha*, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 37, ,, p. 725-765,

probatoria de la CPI se encuentra influida sin duda por sus predecesores en el ámbito de la justicia penal internacional. Asimismo se constata por la jurisprudencia, que las Salas de Primera Instancia no se encuentran vinculadas a las decisiones que hayan sido adoptadas por otras salas respecto a cuestiones probatorias<sup>40</sup>.

Siendo conscientes los magistrados de la repercusión de sus decisiones en lo atinente al ámbito probatorio, si bien se respeta el principio que se acaba de mencionar, las Salas han manifestado la importancia de que exista cierta coherencia o congruencia en la jurisprudencia existente<sup>41</sup>. Para lograr este objetivo, adquiere un valor adicional y esencial el *Chambers' Practice Manual* (mayo 2017), que sirve para proporcionar orientación en este sentido. Como se ha puesto de manifiesto es un documento explicativo que contiene recomendaciones y directrices generales sobre las mejores prácticas en la Corte, basadas en la experiencia de los

---

1999; Sobre Núremberg vid. MURPHY, J.F., Norms of Criminal Procedure at the International Military Tribunal. In: GINSBURGS, G.; KUDRIAVTSEV, V.N. (ed.), *The Nuremberg Trial and International Law*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1990, p. 61-75.

<sup>40</sup> KLAMBERG, M., *Evidence in International Criminal Trials: Confronting Legal Gaps and the Reconstruction of Disputed Events*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 2013, p. 340-342.

<sup>41</sup> En este sentido, vid, por ejemplo, , ICC, *Prosecutor v Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé*, ICC-02/11-01/15-405, Decision on the submission and admission of evidence, 29 January 2015, and see ICC, *Prosecutor v Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé*, ICC-02/11-01/15-405-Anx, Dissenting Opinion of Judge Henderson, 1 February 2016, par 12–13: 'I also consider that, in relation to procedural matters in international criminal cases of great scope and size, a Chamber should have due regard for the lessons learned from the ample experience and jurisprudence of the Court, as well as the ad hoc tribunals. With the exception of the *Bemba et al case* (a case of limited scope and anticipated duration), issuing admissibility decisions before the closure of evidence has been the settled and uncontroversial practice in international criminal proceedings, both at the Court and the ad hoc tribunals. This includes both those international and hybrid courts founded on the common law tradition, as well as those applying a primarily inquisitorial system. Nowhere in the Majority Decision is there any assessment as to why the *Gbagbo and Blé Goudé case* is unique from the dozens of other international cases where admissibility decisions have been issued before the closure of evidence. Nor is there any discussion as to how such practice is misguided, let alone an assessment of the impact on the respective parties' ability to efficiently and adequately prepare (issues specifically raised in the parties' submissions).'

jueces de las Salas de Cuestiones Preliminares, pero no es un instrumento vinculante diseñado para tener la misma fuerza y efecto que el Estatuto, las Reglas de Procedimiento y Prueba o el Reglamento<sup>42</sup>. Se trata de un documento que va evolucionando y se va transformando adaptándose a las nuevas necesidades que van apareciendo<sup>43</sup>.

Teniendo presente esta premisa inicial, no podemos perder de vista que el acusado tiene derecho a una audiencia justa, imparcial y pública<sup>44</sup>, de modo que es imprescindible el respeto en todo momento de los intereses de las partes enfrentadas. En este escenario penal internacional conviene no olvidar que si bien el modelo previsto ante la CPI es el modelo acusatorio<sup>45</sup>, existen algunas excepciones que provocan que aparezcan ciertas discordancias<sup>46</sup> que afectan principalmente a la

---

<sup>42</sup> ICC, *Prosecutor v Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé*, ICC-02/11-01/15-369, Judgment on the appeal of Laurent Gbagbo against the decision of Trial Chamber I entitled 'Decision giving notice pursuant to Regulation 55(2) of the Regulations of the Court', 18 December 2015 ('Gbagbo and Blé Goudé Appeals Judgment on Regulation 55(2)'), par. 54.

<sup>43</sup> Así en la versión de mayo de 2017 en el anexo se adjunta un protocolo que puede ser determinante para la práctica. Vid. Annex: Protocol on the handling of confidential information during investigations and contact between a party or participant and witnesses of the opposing party or of a participant.

<sup>44</sup> Sobre el derecho a un juicio justo en la Corte vid. entre otros, DEFRANCIA, C., Due process in International Criminal Courts: Why Procedure Matters, *Virginia Law Review*, November, p. 1381- 1437, 2001; FINDLAY, M., Synthesis in trial procedures? The experience of International Criminal Tribunals, *International and Comparative Law Quarterly*, v. 50, p. 26-53, 2001; STAPLETON, S., Ensuring a Fair Trial in the International Criminal Court: Statutory Interpretation and the Impermissibility of Derogation, *International Law and Politics*, v. 31, p. 535-609, 1999; SWEENEY, D., International Standards of Fairness, Criminal Procedure and the International Criminal Court, *Révue Internationale de Droit Penal*, v. 68, p. 233-289, 1997-1 y 2; WARBRICK, C., International Criminal Courts and Fair Trial, *Journal of Armed Conflict Law*, v. 3, n. 1, p. 45-64, 1998.

<sup>45</sup> Sobre el origen y evolución de los modelos procesales vid. BARONA VILAR, S., *Proceso penal desde la Historia. Desde su origen hasta la sociedad global del miedo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, *passim*.

<sup>46</sup> Como Damaska explica el principal interés en un modelo procesal es si el resultado que se obtendrá es predecible, lógico y coherente con sus valores fundamentales y sus fuentes ya que la justicia en si misma es casi imposible de definir, DAMASKA, M., Problematic Features of International Criminal

defensa<sup>47</sup> y por ende en el principio de igualdad de partes<sup>48</sup>, siendo éste un principio fundamental del modelo acusatorio, entendido y concebido en el marco de una disputa entre dos partes enfrentadas.

A continuación, partiendo de este planteamiento general, abordaremos una selección de aquellas cuestiones probatorias que suscitan mayor interés respecto a las reflexiones comentadas *supra*. Por un lado, entendemos que la etapa del *Discovery* o procedimiento de descubrimiento o intercomunicación de informaciones y pruebas, merece nuestra atención, a los efectos de determinar cuál el alcance de la discrecionalidad judicial. Por otro, nos detendremos en la admisibilidad de la prueba y pondremos de relieve las dificultades que genera la obtención ilícita de la prueba. Asimismo comentaremos la regla 68 relativa al testimonio grabado anteriormente haciendo especial hincapié en las propuestas de mejora para garantizar todos los derechos procesales de las partes en el proceso y dedicaremos un breve apunte al tratamiento de las pruebas digitales y tecnológicas que están revolucionando el derecho probatorio clásico, por decirlo de algún modo, ya que puede implicar problemas prácticos que es necesario analizar. Para finalizar describiremos el papel de las víctimas en este panorama para recalcar aquellas cuestiones probatorias que les afectan.

## **2.1. DISCOVERY, PROCEDIMIENTO DE DESCUBRIMIENTO O INTERCOMUNICACIÓN DE INFORMACIONES Y PRUEBAS**

La etapa del denominado *Discovery* es típica del sistema acusatorio puro y afecta tanto al Fiscal como a la defensa, entendiéndose por tal el procedimiento por medio del cual ambas partes están obligadas,

---

Procedure. In: CASSESE, A., (ed) *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford: Oxford University Press., p. 175-86, 2009

<sup>47</sup> En ese sentido, la etapa del *discovery* o la admisibilidad de la prueba son analizados para poder aportar soluciones que impliquen mejoras en el procedimiento probatorio. CAIANIELLO, M., Law of Evidence at the International Criminal Court: Blending Accusatorial and Inquisitorial Models, *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, v.. 36, n. 2, , p. 288, 2011

<sup>48</sup> *Ididem*, p. 293.

el Fiscal en todo caso, a comunicarse recíprocamente las informaciones y pruebas (reglas 76-84 RPPCPI) que piensan utilizar en el juicio<sup>49</sup>. La cuestión clave en esta etapa es el alcance de las obligaciones<sup>50</sup> sobre el descubrimiento de las pruebas que afectan tanto a la Fiscalía<sup>51</sup> como a la defensa<sup>52</sup>. De todos los aspectos que presentan dificultades, nos interesa tener en consideración que la prueba divulgada *inter partes*, tal y como prevé la Regla 121.10 RPPCPI, deberá ser comunicada a la Sala de Cuestiones Preliminares<sup>53</sup>, conformándose así un expediente por el

---

<sup>49</sup> En general sobre el *discovery* ante los TTPPII *ad hoc*, vid. entre otros, PRUITT, R., *Discovery: Mutual Disclosure, Unilateral Disclosure and Non-Disclosure under the Rules of Procedure and Evidence*. In: MAY, R. (ed.), *Essays on ICTY Procedure and Evidence in Honour of Gabrielle Kirk McDonald*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston: Kluwer Law International, , p. 305-314, 2001; ZAGARIS, B., *Disclosure*. In KLIP, A.;GÖRAN, S. (ed.), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals, vol. III: The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia 1997-1999*, , Antwerp-Oxford-New York: Intersentia, p. 237-240. 2001.

<sup>50</sup> ICC, *Prosecutor v. Thomas Luganda Dyilo*, Prosecution's Final Observations on Disclosure, (ICC-01/04-01/06-91), 2 May 2006; ICC, *Prosecutor v. Thomas Luganda Dyilo*, Observations of the Defence relating to the System of Disclosure in View of the Confirmation Hearing, (ICC-01/04-01/06-92), 2 May 2006.

<sup>51</sup> En el TESL se ha previsto que en el supuesto de que el acusado aun no dispusiese de abogado defensor, el Fiscal deberá depositar la información pertinente ante la Sección de Organización del Tribunal a espera de poder entregársela al mismo. Vid. SCSL, *Practice Direction on Disclosure by the Prosecutor Pursuant to Rule 66 of the Rules of Procedure and Evidence of the Special Court for Sierra Leone*, 24 February 2004.

<sup>52</sup> Sobre las principales cuestiones más problemáticas de divulgación de la prueba vid. MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., *El proceso de confirmación de cargos ante la Corte Penal Internacional*, *Revista General de Derecho Procesal*, n. 43, , p. 20-26, septiembre 2017.

<sup>53</sup> "According to their teleological interpretation, rules 121 (2) and 122 (1) of the Rules serve several purposes. These include enabling the PreTrial Chamber to properly organise and conduct the confirmation hearing; ensuring that the parties will have access to the evidence to be presented at the confirmation hearing before it commences, regardless of problems arising during the disclosure process; and enabling the victims to properly exercise their procedural rights during that hearing. In the view of the single judge, these goals will be achieved if, following the literal and contextual interpretation of rules 121 (2) and 122 (1) of the Rules referred to above, only the evidence on which the parties intend to rely at confirmation hearing is communicated to the Pre-Trial Chamber by filing it in the record of the case, ICC, *Prosecutor v.*

Secretario, al cual tendrán acceso las partes<sup>54</sup>. Sin embargo, no se trata de una cuestión pacífica, puesto que la SCP ha empleado dos modelos diferentes de divulgación de pruebas<sup>55</sup>. En primer lugar, en el caso *Lubanga*<sup>56</sup> se afirmó que se debían comunicar a la SCP exclusivamente aquellas pruebas exculpatorias que se hubieran divulgado inter partes y que se pretendiesen utilizar en la audiencia de confirmación de cargos. Por otra parte, en el caso *Katanga y Chui* y otros la SCP se refirió a la *bulke rule*<sup>57</sup>, que le permite al Fiscal reservarse ciertas pruebas. Este enfoque se cambió en caso *Bemba*, quedando clarificado que es relevante que la Sala de Cuestiones Preliminares tenga conocimiento de esa comunicación por ambas partes de forma completa. Siendo la primera aproximación más conservadora y la segunda más intervencionista<sup>58</sup>.

---

*Thomas Luganda Dyilo*, PTC I, Decision on the final system of disclosure and the establishment of a timetable, (ICC-01/04-01/06), 15/05/2006, p. 57.

<sup>54</sup> ICC, *Prosecutor v. Bemba*, ICC-01/05-01/08-55, PTC Decision on the Evidence Disclosure System and Setting a Timetable for Disclosure between the Parties, 31/7/2008, p. 34.

<sup>55</sup> Modelos citados por MARTÍNEZ ALCANIZ, A., El proceso de confirmación de cargos ante la Corte Penal Internacional, cit., p. 25.

<sup>56</sup> Un tema muy interesante que también apareció en el caso *Lubanga* fue la utilización de la prueba procedente de intermediarios y la dificultad que implica su valoración. Sobre este tema vid. CHIRINO SÁNCHEZ, A., Evaluación de prueba y uso de intermediarios en el caso *Lubanga*. In: AMBOS, K; MALARINO, E.; STEINER, C., (ed), *Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: el caso Lubanga*, Konrad Adenauer Stiftung, p. 23-62, 2014.

<sup>57</sup> “The Prosecution’s arguments concerning the impact of this issue on the fairness and expeditiousness of the proceedings are based on the incorrect assumption that the bulk rule permits the Prosecution to leave to one side a portion of the evidence within its control during the confirmation phase and not analyse it, seek protective measures in connection with it, or ultimately disclose it. To the contrary, the bulk rule clearly requires the Prosecution to review all materials within its control with a view to determining what should be disclosed, and what information may need to be withheld as a result of protective measures”, ICC, *Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang*, Response on behalf of Henry Kiprono Kosgey to the Prosecution’s Application for leave to Appeal the “Decision setting the regime for evidence disclosure and other related matters” (ICC-01/09-01/11-44), 15/4/2011, par. 12

<sup>58</sup> MARTÍNEZ ALCANIZ, A., El proceso de confirmación de cargos ante la Corte Penal Internacional, cit., p. 25-26.

## 2.2. ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA

Las Salas para decidir sobre la admisibilidad tendrán en consideración: a) La pertinencia y el valor probatorio y, b) Cualquier perjuicio que pueda suponer para un juicio justo o para la justa evaluación del testimonio de un testigo (art. 69.4 EstCPI). Se considera que tiene valor probatorio aquella prueba que pretende demostrar una cuestión<sup>59</sup>. Por otra parte, cuando se habla de pertinencia se debe matizar la existencia de una conexión específica con aquellas pruebas que “pretenden demostrar una cuestión” y por lo tanto deben tener cierto grado de fiabilidad<sup>60</sup> y cuando no existan indicios de fiabilidad<sup>61</sup> deberá inadmitirla, correspondiendo a las partes demostrar la pertinencia y el valor probatorio de la misma<sup>62</sup>.

Una cuestión procesal muy interesante es el momento procesal oportuno en el que la sala debe determinar la admisión o no de la prueba (art. 69.4 EstCPI). Se trata de un aspecto controvertido, que ya ha tenido repercusión en los Tribunales Penales *ad hoc*, en el sentido de posponer la decisión sobre la admisión a las deliberaciones finales<sup>63</sup>. En la CPI de nuevo se ha vuelto a plantear, de modo que se ha reiterado la posibilidad de permitir a la sala un amplio margen de discrecionalidad en este ámbito<sup>64</sup>.

---

<sup>59</sup> ICTY, *Prosecutor v. Tadic*, (IT-94-1-T), Decision on Defence Motion on Hearsay, 5 August 1996, pár. 8.

<sup>60</sup> *Ibidem*, pár. 9.

<sup>61</sup> ICTR, *Prosecutor v. Ntahobali et al* (ICTR-97-21-T)(ICTR-98-42-T), Decision on Ntahobali's Motion to Admit Kanyabashi's Custodial Statements, 15 September 2006, pár. 19.

<sup>62</sup> ICTY, *Musema (Appellant) v. Prosecutor (Respondent)*, (ICTR-96-13-A) Judgement, 16 November 2001, pár. 45.

<sup>63</sup> “Leaving the issue of whether facts could be relied upon as a potential basis for liability unresolved until the end of the trial ... creates uncertainty which can be a source of potential prejudice to the Defence’, Judgement, *Nyiramasuhuko et al.* (ICTR-98-42-A), Appeals Chamber, 14 December 2015, pár.1280.

<sup>64</sup> “Art. 69(4) gives a trial chamber the discretion to consider the relevance, probative value and potential prejudice of each item of evidence ‘at some point in the proceedings — when evidence is submitted, during the trial or at the end of the trial’, ICC, Judgment on the appeals of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo and the Prosecutor against the decision of Trial Chamber III entitled ‘Decision on the admission into evidence of materials contained in the prosecution’s list of evidence’, *Bemba* (ICC-01/05-01/08-1386), Appeals Chamber, 3 May 2011, par. 43.

Sin embargo, se ha matizado estableciendo que: “En ese caso, un elemento será admitido como prueba sólo si la Sala decide que es pertinente y/o admisible con arreglo al párrafo 4 del artículo 69, teniendo en cuenta, “entre otras cosas, su valor probatorio y cualquier perjuicio que pueda suponer para un juicio justo o para la justa evaluación del testimonio de un testigo”. Alternativamente, la Sala podrá aplazar su consideración de esos criterios hasta el final del procedimiento, haciéndola entonces como parte de la evaluación de las pruebas que haga cuando esté evaluando la culpabilidad o la inocencia de la persona acusada”<sup>65</sup>.

En esta evaluación para determinar si se admite o no la prueba, la sala también tendrá en cuenta cualquier perjuicio que pueda suponer para un juicio justo<sup>66</sup>. En referencia al último factor, relativo a cualquier perjuicio que pueda suponer para la justa evaluación del testimonio de un testigo<sup>67</sup>, podemos indicar que no se permitirá la práctica denominada “preparación de un testigo” (*witness proofing*) antes de su declaración. Sí que es posible admitir la “familiarización del testigo” (*witness familiarization*). La diferencia entre estas dos prácticas ha sido explicada por la jurisprudencia entendiéndolo que constituye “preparación de un testigo”: “(i) permitir al testigo que lea su declaración; (ii) refrescar la memoria del

---

<sup>65</sup> “De todos modos, con arreglo al párrafo 2 del artículo 64 del Estatuto, la Sala debe siempre velar por que el juicio “sea justo y expedito y se sustancie con pleno respeto de los derechos del acusado y teniendo debidamente en cuenta la protección de las víctimas y de los testigos”. En particular, si una parte plantea una cuestión atinente a la pertinencia o la admisibilidad de pruebas, la Sala de Primera Instancia debe sopesar su discrecionalidad para aplazar la consideración de esa cuestión en comparación con las obligaciones con que le impone la disposición mencionada. Además, debe subrayarse que, independientemente del enfoque por el que opte la Sala de Primera Instancia, tendrá que considerar la pertinencia, el valor probatorio y el posible perjuicio de cada elemento de prueba en algún momento del procedimiento – cuando se presentan las pruebas, durante el juicio, o al final del juicio.” *Ibidem*, p. 37.

<sup>66</sup> ICTR, *Prosecutor v. Ntagerura, Bagambiki, Imanishimwe* (ICTR-99-46-T), Decision on Defence Motion to exclude Evidence, 25 March 2002, p. 11.

<sup>67</sup> Así pues cuando la defensa entienda que la Fiscalía ha presentado testigos para relatar hechos que no se encuentran comprendidos en el escrito de acusación, podrá solicitar la exclusión de los mismos. Vid en este sentido: ICTR, *Prosecutor v. Bizimungu, Mugenzi, Bicamumpaka, Muqiraneza* (ICTR-99-50-AR73.2), Decision on Prosecution’s Interlocutory Appeals against Decisions of the Trial Chamber on Exclusion of Evidence, 25 June 2004, p. 17-19.

testigo respecto a aquellas declaraciones que va prestar en la audiencia de confirmación de cargos, y (iii) proporcionarle al testigo exactamente las mismas preguntas en el mismo orden que se le van a preguntar cuando preste declaración”<sup>68</sup>. Por su parte, la familiarización consiste en “una serie de reuniones para que el testigo conozca el sistema de la Corte, cuáles son los trámites procedimentales que van a tener lugar cuando preste declaración y las diferentes responsabilidades de los distintos participantes en la audiencia”<sup>69</sup>. De la existencia de estos parámetros se deduce una amplia discrecionalidad por parte de los magistrados en el momento de admitir la prueba propuesta. Debe regir sin duda el principio de la libre valoración de la prueba en todo caso, aunque curiosamente no se explicita en el art. 74 EstCPI. Sólo se afirma, en lugar y de manera incorrecta, que la Sala tendrá facultades discrecionales para valorar todas las pruebas presentadas a fin de determinar su pertinencia y admisibilidad (regla 63.2 RegPPCPI, en relación con el art. 69.4 EstCPI).

La Sala también se pronunciará sobre las cuestiones relacionadas con la obtención ilícita de la prueba<sup>70</sup>, pero hay que destacar que si bien se prohíbe la utilización de pruebas cuando se vulnera el EstCPI o las normas internacionales de derechos humanos (art. 69.7 EstCPI y regla 63.2 RPPCPI)<sup>71</sup>, esta prohibición se limita a los casos<sup>72</sup> en los que: a) suscite serias dudas sobre la fiabilidad de las pruebas, o; b) cuando su admisión atente contra la integridad del juicio o redunde en grave desmedro de él. La norma por consiguiente no establece una exclusión automática de aquellas pruebas que se hayan obtenido ilegalmente, sino que sólo se excluirá en los supuestos mencionados. Cuando la defensa

---

<sup>68</sup> ICC, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo* P.T. Ch., Decision on the Practices of Witness Familiarization and Witness Proofing, (ICC-01/04-01/06), 8 November 2006, párs. 16, 17 y 40.

<sup>69</sup> *Ibidem*, párs. 15.

<sup>70</sup> En el ordenamiento jurídico español, el art. 11.1 LOPJ dispone que “no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente violentando derechos o libertades fundamentales”.

<sup>71</sup> Prácticamente idéntica a la regla 95 TPIY, TPIR, TESL.

<sup>72</sup> Si bien esta disposición ha sido criticada por la doctrina, como indica PIRAGOFF estamos de nuevo ante una disposición que fue resultado del consenso, PIRAGOFF, D.K., Article 69, Evidence, en TRIFFTERER, O., *Commentary...*, cit., p. 915.

alegue la exclusión de una prueba por estos motivos<sup>73</sup>, deberá fundar su petición<sup>74</sup>, tal y como ya ha tenido ocasión de demostrar la práctica de la CPI. Se trata de una cuestión especialmente polémica ya que la opción adoptada por la CPI, como hemos anticipado, no es una regla de exclusión automática, de modo que, como se está ya analizando, se estudiará caso por caso, atendiendo al contexto concreto de la situación. Obsérvese que en la mayoría de los supuestos, las violaciones de derechos y libertades fundamentales se producen en la fase de investigación, de modo que se trata de un aspecto especialmente delicado, ya que serán las autoridades nacionales de los países afectados las que en su caso, habrían cometido la ilegalidad, cuestión que no es nada pacífica<sup>75</sup>. Entendemos perfectamente que en los casos que se conocerán ante la CPI, una regulación muy estricta de la prueba prohibida podría hacer inútiles muchas investigaciones, sin embargo pensamos que este precepto va a tener que ser interpretado con mucha precisión al considerar que no es posible investigar la verdad a cualquier precio<sup>76</sup>.

<sup>73</sup> Sobre la realización de una entrada y registro presuntamente ilegal vid. ICC, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo* (ICC-01//04-01/06), Public Document Public Redacted Version of Request to exclude evidence obtained in violation of article 69(7) of the Statute, 7 November 2006, párs. 24-37; La discusión en torno a esta cuestión se puede consultar en ICC, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo* (ICC-01/04-01/06), *Version publique expurgée de la requête de la Défense en autorisation d'interjeter appel de la Décision de la Chambre Préliminaire I du 29 janvier 2007 sur la confirmation des charges en conformité avec les décisions de la Chambre Préliminaire du 7 et 16 février 2007*, 22 février 2007, Annex, párs. 34-39.

<sup>74</sup> ICC, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo* (ICC-01/04-01/06), Transcription No. ICC-01/04-01/06-T-47 EN, 28 November 2006, pág. 63.

<sup>75</sup> Siendo conscientes de que se apunta exclusivamente lo esencial de un tema tan complejo, se remite a la consulta de VIEBIG, P., *Illicitly Obtained Evidence at the International Criminal Court*, International Criminal Justice Series, The Hague: Asser Press & Springer 2016, *passim*.

<sup>76</sup> Tal y como puso de manifiesto el Tribunal constitucional alemán (Bundesgerichtshof) en su sentencia de 14 de junio 1960. Vid. GÓMEZ COLOMER, J.L., *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Barcelona: Bosch, 1985, p. 134. BEHRENS, H.J., *Investigación, juicio y apelación. El proceso penal en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (partes V, VI y VII)*. In: AMBOS, K.; GUERRERO, O.J., *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional...*, cit., p. 327.

### 2.3. REGLA 68 RPPCPI TESTIMONIO GRABADO ANTERIORMENTE

Especial atención merece, la regla 68 RPPCPI porque implica una excepción a la práctica general de la prueba testifical durante el juicio oral. Teniendo en cuenta las peculiaridades propias de las situaciones y casos que se enjuician ante la CPI, es lógico que se pensara en esta opción. Ahora bien, es verdad que esta posibilidad debe estar en constante evolución<sup>77</sup> y con el fin de garantizar en todo momento las garantías procesales previstas.

Es posible, que se preste declaración por parte del testigo de forma distinta a la prevista con carácter general: Testimonio prestado en

---

<sup>77</sup> A nuestro parecer las siguientes recomendaciones ayudarían a mejorar esta opción: “1. The IBA recommends the continued development of guidelines and templates to ensure the standardisation of witness statements, declarations and attestations in accordance with the requirements of the provisions of ICC RPE Rule 68. Guidelines and templates should be developed with input from all parties, periodically reviewed and updated to reflect developments in jurisprudence and made publicly available. 2. The OTP should develop further tools to improve and standardise the quality of witness statements. In this regard, the IBA encourages the use of video recording, or at a minimum, audio recording witness statements during the investigative stage. 3. The IBA recommends that the OTP establishes a database of prior recorded testimony and statements to ensure that prior statements are available for future cases, following ICTY practice. 4. The IBA strongly recommends that the Court apply ICC RPE Rules 68(2)(c) to admit the prior recorded testimony of unavailable witnesses and 68(2)(d) to admit the prior recorded testimony of interfered-with witnesses, on an exceptional basis and only as a last resort. In making determinations that witnesses are unavailable under Rule 68(2) (c), the IBA recommends that the Court maintain a high level of due diligence regarding efforts to locate and produce witnesses, and that the Court does not interpret unavailability in an overly broad manner, also making use of protective measures and, if necessary, other avenues for introducing statements, such as Article 56 of the Rome Statute and ICC RPE Rule 68(2)(b). The IBA further emphasises the importance of objective criteria in assessing whether witnesses have been materially influenced by improper interference under Rule 68(2)(d).5. The IBA urges the Court to continue to strengthen its witness protection practices in line with the IBA’s 2013 Recommendations, and to vigilantly monitor the use of Rule 68 to ensure that it is not used as a ‘back door’ substitution for victim and witness protection mechanisms that already exist at the ICC.” IBA, *Evidence Matters in ICC Trials*, International Criminal Law Perspectives, p. 49-50.

persona por medio de audio o de vídeo (regla 67 RegPPCPI); y testimonio grabado anteriormente (regla 68 RegPPCPI).

a) Testimonio prestado en persona por medio de audio o de vídeo: La Sala podrá permitir que un testigo preste testimonio oralmente por medio de audio o de vídeo, siempre que "... esos medios permitan que el testigo sea interrogado por el Fiscal, por la defensa y por la propia Sala, en el momento del testimonio". El lugar donde se producirá el testimonio debe ser propicio para que el testimonio sea "veraz y abierto", así como también para "la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la privacidad del testigo".

b) Testimonio grabado: Si la Sala de Cuestiones Preliminares no adopta medidas en el supuesto de que se presente una oportunidad única de proceder a una investigación (art 56 EstCPI y regla 114 RPPCPI) a condición de que esto no redunde en detrimento de los derechos del acusado ni sea incompatible con ellos, y de que se cumplan uno o varios requisitos que a continuación procederemos a explicar.

La dificultad estriba en determinar en qué supuestos se admitirá tal testimonio grabado anteriormente, ya que se proporciona una serie exhaustiva de requisitos cuando el testigo que prestó declaración grabada anteriormente no se encuentra presente.

La premisa principal parte en el reconocimiento y la garantía del derecho de defensa, de modo que se exige que tanto el Fiscal como la defensa, hayan podido interrogarla durante la grabación.

Asimismo se admitirá el testimonio grabado anteriormente si se refiere a una circunstancia diferente de *los actos y el comportamiento del acusado*<sup>78</sup>. Con el objeto de reforzar las garantías procesales en estos

---

<sup>78</sup> Por un lado, la Sala tendrá en cuenta el cumplimiento de las siguientes condiciones: 1) Se refiera a cuestiones que no están materialmente en litigio; 2) Sea de índole acumulativa o corroborativa, en el sentido de que otros testigos prestarán o prestaron testimonio oral respecto de hechos similares; 3) Tenga relación con la información de contexto; 4) En el supuesto de presentarse, servirá para favorecer los intereses de la justicia; y , por último, se entiende que se le puede otorgar credibilidad. Por otro, será necesario que el contenido de ese testimonio que lo acompaña sea veraz y exacto y para esto utilizará

supuestos, se hace alusión expresa a la necesidad de que este testimonio en concreto vaya acompañado de una declaración testifical y se establece de forma exhaustiva los criterios a considerar<sup>79</sup>.

Otra circunstancia que se puede producir, es la que se refiere al *testimonio grabado de una persona que posteriormente fallece, o que presuntamente ha fallecido, o que no está en condiciones de declarar oralmente*. Será imprescindible, para proceder a la admisión, que la sala esté convencida en primer lugar, de la concurrencia de tales circunstancias; asimismo la sala deberá cerciorarse de que no se pudo prever la aplicación de las medidas contempladas para la práctica anticipada de la prueba (art. 56 EstCPI) y, por último, que el testimonio grabado supera los indicios de credibilidad<sup>80</sup>. Por otra parte, hay que poner de relieve el hecho de que si ese testimonio se refiere a ciertos actos o comportamiento del acusado, podría producirse su inadmisión total o parcialmente.

---

los parámetros de su “leal saber y entender”. Se precisa asimismo que no se debe aportar nueva información y se detalla la exigencia de la proximidad temporal de la declaración, es decir que no haya transcurrido un lapso de tiempo demasiado alejado.

<sup>79</sup> Se prevén unos parámetros cuyo objetivo es dotar a esa declaración de acompañamiento de formalidad. Así se prescribe que éstas se deberán prestar ante un testigo que haya sido autorizado por la Sala a tales efectos, o que así se permita conforme a las leyes de los ordenamientos internos. Para ello, se deberá conformar por escrito la fecha y el lugar donde se efectuó la misma. Además respecto de la persona que efectúa la declaración, habrá que: 1) Identificarla en el testimonio grabado anteriormente; 2) Asegurar que la declaración es voluntaria y libre de presiones indebidas; 3) Confirma, que se trata de una grabación veraz y exacta y, 4) Se le advierte de que podrá ser enjuiciada por falso testimonio, si se confirma que el testimonio grabado anteriormente no es veraz.

<sup>80</sup> “While a Trial Chamber should indeed assess the credibility of a witness in part by assessing whether the content of his or her testimony is confirmed by other evidence, the Trial Chamber is not required to find a witness to be credible simply because other evidence appears to confirm the content of aspects of his or her testimony. In particular, if there are other reasons for doubting the witness’s credibility it is not per se unreasonable for a Trial Chamber to reject potentially corroborative evidence when making its credibility assessments.”, Judgment on the Prosecutor’s appeal against the decision of Trial Chamber II entitled ‘Judgment pursuant to article 74 of the Statute’, *Ngudjolo Chui* (ICC-01/04-02/12-271-Corr), Appeals Chamber, 7 April 2015, par. 170.

Por último, hay que tener en consideración la situación que puede darse cuando el testimonio grabado anteriormente procede de una persona *que ha sido sometida a presiones*<sup>81</sup>. Una presión indebida puede ser aquella que afecta, entre otras cosas, “a los intereses de la persona de orden físico, psicológico, económico o de otro tipo”. Se trata de un aspecto que ya ha tenido repercusión en la práctica ante la CPI teniendo especial interés en el caso *Ruto and Sang*<sup>82</sup> donde se entendió que no se exige que la influencia o presión ejercida sea atribuible al acusado o a su defensa<sup>83</sup> y también se consideró<sup>84</sup> que la no existencia de un vínculo que relacione a la presión indebida con el acusado, no afecta en la determinación de que la admisión del testimonio grabado anteriormente pueda a los intereses de la justicia puesto que la admisión no perjudica a los acusados<sup>85</sup>.

Realmente estamos ante una posibilidad que puede dar lugar a múltiples alternativas y supuestos<sup>86</sup>, de modo que con la reforma de esta

---

<sup>81</sup> En estos casos el testimonio únicamente se podrá presentar si se logra obtener el convencimiento de la sala respecto a las siguientes condiciones: 1) Falta de comparecencia para declarar, o aun compareciendo, no haya podido presentar pruebas en relación con aspectos materiales previstos en su testimonio anterior; 2) Esta incomparecencia o imposibilidad de presentar pruebas se produce por la existencia de presiones indebidas, tales como amenazas, intimidación o la coerción; 3) Se procura asegurar la comparecencia del testigo, o se intenta si comparece, que preste declaración sobre todos los hechos concretos de que tenga conocimiento; 4) La presentación del testimonio grabado anteriormente favorece los intereses de la justicia; 5) Existen indicios de credibilidad (Regla 68. 2 d RPPCPI).

<sup>82</sup> La Regla 68 fue enmendada por la Asamblea de Estados Parte en noviembre de 2013 en parte para facilitar la admisión de prueba grabada anteriormente en los supuestos en los que esa persona sea sometida algún tipo de presión, haya sido sobornada o desaparecido. Vid. GAYNOR, F; KAPPOS, K.I.; HAYDEN, P., *Current Developments at the International Criminal Court, Journal of International Criminal Justice*, v.14, p. 696-697, 2016.

<sup>83</sup> *Decision on Prosecution Request for Admission of Prior Recorded Testimony, Ruto and Sang (ICC-01/09-01/11-1938-Corr-Red2)*, Trial Chamber V (a), 19 August 2015, § 44.

<sup>84</sup> Sobre los requisitos Regla 68 82) d), *ibidem* §45-67.

<sup>85</sup> *Ibidem*, §60.

<sup>86</sup> Téngase en cuenta que en el ordenamiento jurídico español, se procedió a la reforma de los arts. 433, 448 y 730, entre otros preceptos, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para adaptarlo a la Ley 4/2015, del Estatuto de la víctima, de 27 de abril. Estas disposiciones hacen referencia a la necesidad de grabar

regla se ha pretendido acomodar a la norma los problemas que han ido surgiendo en la práctica ya que no es inusual que los testigos que inicialmente prestaron declaración, posteriormente se sientan intimidados o incluso temen por su seguridad<sup>87</sup>.

#### 2.4. NUEVAS TECNOLOGÍAS Y PRUEBAS

En obvio que la tecnología avanza a una velocidad vertiginosa e incide particularmente en el proceso penal<sup>88</sup> y en el modo de concebir los medios de prueba clásicos, como podría ser la prueba testifical. En este sentido queremos llamar la atención sobre los posibles retos en este panorama de la justicia penal internacional ya que hay factores como el volumen, el formato, la complejidad digital de las pruebas, la autenticidad de las fuentes obtenidas, suponen no pocas dificultades técnicas debido a que los órganos judiciales no están todavía preparados para enfrentarse a este tipo de cuestiones prácticas que pueden redundar considerablemente

---

las declaraciones sumariales de menores de edad o personas con la capacidad judicialmente modificada, a la adopción de medidas para practicar la prueba anticipadamente, y a la posibilidad como indica el art 730: “de leerse o reproducirse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral, y las declaraciones recibidas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 448 durante la fase de investigación a las víctimas menores de edad y a las víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección.”Principio del formulario

Final del formulario

<sup>87</sup> Vid. En este sentido en detalle IBA, *Evidence Matters in ICC Trials*, International Criminal Law Perspectives, pp. 34-48. Especialmente ilustrativo fue el caso *Ruto and Sang* en la situación de Kenia. ICC, *Prosecutor v William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*, (ICC-01/09-01/11-1866-Red), Public redacted version of ‘Prosecution’s request for the admission of prior recorded testimony of [REDACTED] witnesses’, 21 May 2015, par. 3: “The central issue for determination in this request is the admissibility of records of prior interviews of missing and recanting witnesses who succumbed to improper influences. To establish the truth, the Chamber should admit these records into evidence as substantive proof of their contents. Not to do so would deny to the Chamber the ability to assess the whole of the evidence. It would also reward an attempt to obstruct justice.”

<sup>88</sup> FERRER, I.; GUTIÉRREZ, O., ¿Sirve un vídeo colgado en la Red para juzgar un crimen de guerra?, *ELPAIS*, 22 de septiembre de 2017.

en los derechos de las partes en el proceso. Aparecen una serie de cuestionamientos que en el momento de la creación de la CPI ni siquiera se podían imaginar y por lo tanto deberán establecerse mecanismos legales adecuados para dar respuesta a todos estos interrogantes tecnológicos.

## 2.5. EL PAPEL DE LAS VÍCTIMAS

No podíamos terminar este análisis sin comentar, aunque sea sucintamente, la novedad<sup>89</sup> que representa el sistema de participación procesal de la víctima en el proceso<sup>90</sup> ante la CPI. Por primera vez se le reconoce la posibilidad de “participar” en las actuaciones<sup>91</sup>. El concepto de víctima se encuentra recogido la regla 85 RPP entendiendo por tales “las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte”. Asimismo se incluye en el concepto de víctimas a “las organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado

---

<sup>89</sup> Entre otros, ZILLI, M; MONTECONRADO, F.G.; MOURA, M.T.R.A., A participação das vítimas perante o tribunal penal internacional. Uma análise à luz do caso Lubanga Dyilo. In: In: AMBOS, K; MALARINO, E.; STEINER, C., (ed), *Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: el caso Lubanga*, Konrad Adenauer Stiftung, p. 107-152, 2014.; OLÁSULO ALONSO, H; KISS, A., El estatuto de Roma y la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en materia de participación de víctimas, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n. 12, 2010. <<http://criminnet.ugr.es/recpc/12/recpc12-13.pdf>>

<sup>90</sup> Es incuestionable el especial protagonismo que la víctima está cobrando en la actualidad, vid, DONNA, A.(dir), *La víctima del delito, Aspectos procesales penales I*, Revista de Derecho Procesal Penal, Santa Fe:Rubinzal, 2017-1; GÓMEZ COLOMER, J.L., *Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito, La posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho Comparado y en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito en España*. 2ª ed. Navarra: Aranzadi, 2015.

<sup>91</sup> Esta participación se materializa en la posible presentación y consideración de sus opiniones y observaciones, Vid. Sobre una aproximación a esta cuestión, BELTRÁN MONTOLIU, A., *La víctima ante la Corte Penal Internacional*. In: FUENTES SORIANO, O., (dir), *El proceso penal: Cuestiones fundamentales*, Valencia: Tirant lo Blanch 2017, p. 254. En relación con la defensa letrada de las víctimas vid. KILLEAN, R.; MOFFETT, L. Victim Legal Representation before the ICC and ECC, *Journal of International Criminal Justice*, v. 15, p.713-740, 2017.

a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales y otros lugares y objetos que tengan fines humanitarios.”

Es importante señalar que los textos legales de la CPI han prestado especial atención a los grupos más vulnerables, en concreto a los niños<sup>92</sup>, ancianos y víctimas de violencia sexual concediéndoles una mayor protección velando la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas por sus intereses<sup>93</sup>.

El art. 68.3 del EstCPI constituye la piedra angular sobre la que se mantiene todo el sistema de participación procesal de las víctimas ante la CPI. En este sentido tal precepto dispone que la Corte confiere a las víctimas la posibilidad de participar en las actuaciones procesales de forma genérica con expresa referencia a las fases del juicio que considere conveniente (regla 83 RPP). Esa forma de participación se materializa en la posible presentación y consideración de sus opiniones y observaciones. De manera que esta intervención será posible y está condicionada a que las víctimas vean sus intereses personales afectados, y, siempre que no suponga un detrimento de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni sea incompatible con estos.

Es cierto que su forma de participación es muy variada, pero a continuación comentamos aquellas manifestaciones que están relacionadas con aspectos probatorios:

En cuanto a la proposición de pruebas. Si bien es cierto que no existe precepto legal que faculte a los representantes legales de las víctimas a proponer pruebas en el juicio oral, se ha interpretado por la Corte que en determinadas circunstancias y de conformidad a unos parámetros en concreto, la cláusula general de participación prevista en el art. 68.3 ER permite esta posibilidad. Se han proporcionado unos requisitos formales

---

<sup>92</sup> Así por ejemplo en el *Caso Lubanga*, 106 de las 129 víctimas pidieron permanecer en el anonimato, acogiendo la Sala su solicitud, pero limitando su participación. Vid. AMBOS, K., El primer fallo de la Corte Penal Internacional (Prosecutor v Lubanga): un análisis integral de las cuestiones jurídicas, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, v. 47, n. 3, p.8-9, 2012.

<sup>93</sup> Oficina Pública de Defensa de las Víctimas, *Representación de víctimas ante la Corte Penal Internacional, Manual para los Representantes legales*, 2013 (ICC-OPCV-MLR-001/13\_Spa).

y de fondo para que se pueda admitir la proposición de la prueba por parte de los representantes de las víctimas.

Por un lado, los requisitos formales exigidos son: (i) Que se solicite por escrito; (ii) que se informe de dicha solicitud a las demás partes; (iii) que se cumpla con las obligaciones de revelación de la prueba a las partes respecto a las órdenes de protección de víctimas y testigos que pudieran haberse citado, y (iv) que la víctima-testigo no sea anónima estando determinada su identidad<sup>94</sup>.

Los requisitos de fondo hacen alusión a las siguientes particularidades: (i) Que el interés personal de la víctima se vea afectado por la prueba que proponen; (ii) que la petición de las víctimas no exceda el ámbito de la potestad que el ER confiere a la Sala de Enjuiciamiento en su art. 69.3; (iii) que la prueba que se propone sea pertinente, apropiada o útil a los fines que pretende; (iv) que dicha proposición de la prueba no afecte a un juicio justo sin dilaciones para el acusado, de modo que pueda tener tiempo y posibilidades suficientes para preparar la defensa en relación con la nueva prueba.

Por otra parte, también pueden proceder a la impugnación de las pruebas propuestas por las partes. Es un aspecto controvertido al no ostentar la condición de parte. No obstante, la jurisprudencia establece que la Sala podrá considerar las peticiones de las víctimas en la admisión o inadmisión de las pruebas propuestas por las partes<sup>95</sup>.

Asimismo pueden exponer sus observaciones en persona. Las víctimas podrán participar como testigos sobre los hechos en concreto, pero también será posible que intervengan para aportar sus observaciones siempre que se haya solicitado por escrito<sup>96</sup>, que el derecho del

---

<sup>94</sup> ICC, *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, “Directions for the conduct of the proceedings and testimony in accordance with rule 140”, (ICC-01/04-01/07-1665), 20.11.2009, párr. 22 c).

<sup>95</sup> ICC, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Judgment on the appeals of The Prosecutor and The Defence against Trial Chamber I’s Decision on Victims’ Participation of 18 January 2008” (ICC-01/04-01/06-1432), 11.7.2008, pár. 101.

<sup>96</sup> Sobre el contenido exacto que debe contener el escrito: *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, “Order regarding applications by victims to present their views and concerns or to present evidence” (ICC-01/05-01/08-1935), TC III, 21.11.2011.

acusado a un juicio justo ante un tribunal imparcial no se vea afectado y que no suponga una vulneración del derecho del acusado a un proceso sin dilaciones indebidas.

Y finalmente, se les permite interrogar a testigos, peritos y acusados. En este ámbito se han establecido asimismo unos requisitos para poder permitirlo. Estos requisitos<sup>97</sup> serán: (i) Que las preguntas no sean repetitivas en relación con las planteadas por las partes; (ii) que se limiten a las cuestiones controvertidas, salvo que sean directamente relevantes para el interés de la víctima; (iii) si se trata de preguntas relacionadas con la “credibilidad” de un testigo, el abogado de las víctimas deberá justificar que el testimonio afecta directamente al interés de sus clientes; (iv) se podrán realizar preguntas relacionadas con la reparación si la Sala lo autoriza de conformidad con la norma 56 RegCPI.

## A MODO DE CONCLUSIÓN

La Corte Penal Internacional, máximo representante de la justicia penal internacional, está compuesta por dieciocho magistrados (distribuidos en las secciones de Cuestiones Preliminares, Salas de Primera Instancia y de Apelaciones) que actúan de conformidad con los principios de imparcialidad, independencia y responsabilidad. Con el objeto de garantizar el estatuto jurídico de los magistrados que integran este órgano jurisdiccional, el *Código de Ética Judicial* viene a complementar el desempeño de sus funciones. En cuanto a la *imparcialidad judicial* entendida como ausencia de interés subjetivo y objetivo, ésta aparece consolidada por la jurisprudencia internacional estableciéndose los mecanismos clásicos de la recusación y dispensa. Respecto a la *independencia*, se pretende que los jueces desempeñen sus funciones con pleno respeto a la administración de la justicia arbitrando un sistema de incompatibilidades laborales y exclusividad laboral hacia la Corte. Asimismo deben ser *responsables* y con un fiel sometimiento a la ley (entendido en el sentido de Estatuto, Reglas de Procedimiento y Prueba, Reglamento de la Corte, etc.) de modo

---

<sup>97</sup> ICC, *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, “Directions for the conduct of the proceedings and testimony in accordance with rule 140” (ICC 01/04-01/07-1665), TC II, 20.11.2009. p. 90.

que en caso de incumplimiento serán sometidos al correspondiente procedimiento y la posible imposición de sanciones en su caso.

En relación con la *función judicial y la actividad probatoria* se debe destacar en primer lugar la extensa flexibilidad de que disponen las salas en la adopción de decisiones relativas a cuestiones probatorias, sin existir una vinculación respecto a decisiones que se hayan dictado previamente, no obstante se observa una tendencia hacia un enfoque que proporcione coherencia y credibilidad del sistema. Como aspectos más controvertidos en materia probatoria, la etapa del *Discovery* plantea verdaderos interrogantes en relación a al alcance del descubrimiento de pruebas ante la SCP, habiéndose establecido dos modelos diferentes, uno más conservador y otro más intervencionista. En la fase de admisión de la prueba, se tendrán en cuenta como elementos indispensables, el valor probatorio, la pertinencia y la obtención lícita de la prueba (sin establecerse una regla de exclusión automática para los supuestos en los que se hayan vulnerado derechos y libertades fundamentales). Es preciso destacar el margen previsto en el art. 69.4 EstCPI, de modo que la Sala de Primera Instancia debe sopesar su discrecionalidad para aplazar los elementos acabados de mencionar (cuando se presentan las pruebas, durante el juicio o al final del juicio) con el derecho a un juicio justo. Por otra parte, la regla 68 RPPCPI relativa al *testimonio grabado anteriormente* al juicio merece una especial atención por sus implicaciones en la práctica forense. Es significativa la enmienda que se propició con el objeto de adaptarse a las dificultades que surgen en estos juicios, teniendo en cuenta que, no es de extrañar, que los testigos vayan a ser objeto de presión por la trascendencia internacional que estos juicios representan. Ahora bien, se deben delimitar de forma exhaustiva los criterios o condiciones exigidos, con el fin de garantizar por un lado los derechos del acusado, y al mismo tiempo, ser conscientes de las dificultades que entraña la prueba testifical ante estas instancias<sup>98</sup> y las necesidades específicas que las víctimas-testigos especialmente vulnerables requieren.

---

<sup>98</sup> Téngase en cuenta, a título de ejemplo, que en el ordenamiento jurídico español se ha procedido a dotar a la víctima de una protección particularizada en el proceso penal, así como prestarle una atención a las víctimas con necesidades especiales o con especial vulnerabilidad. En este sentido vid los arts. 23 (Evaluación individual de las víctimas a fin de determinar sus necesidades especiales

En este panorama judicial, las nuevas tecnologías y la obtención de pruebas digitales es otro de los aspectos a tener en cuenta sobre todo desde la perspectiva de la acreditación de la veracidad de estas pruebas obtenidas a través de los medios tecnológicos, ya que supone un gran reto a nivel de especialización profesional y va a tener una enorme trascendencia en relación con la obtención lícita de las fuentes de prueba.

Por último, no hay que olvidar el papel de participación de las víctimas en estos procesos ante la CPI ya que desde el punto de vista probatorio plantea numerosos interrogantes, especialmente ya se está tratando el alcance de sus intervenciones como testigos, y desde nuestro punto de vista en el ámbito de proposición de pruebas, debería adoptarse un enfoque inclusivo, que permita la máxima amplitud de posibilidades. Es decir que si se cumplen los requisitos jurisprudenciales apuntados *supra*, se trate de una efectiva participación y que represente un verdadero derecho a la tutela judicial efectiva.

## BIBLIOGRAFÍA

ACKERMAN, J.E.; O'SULLIVAN, E., *Practice and Procedure of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, with selected materials from the International Criminal Tribunal for Rwanda*, The Hague: Kluwer International Law, 2000.

AMBOS, K., El primer fallo de la Corte Penal Internacional (Prosecutor v Lubanga): un análisis integral de las cuestiones jurídicas, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, v. 47, n. 3, p. 1-47, 2012.

AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law, Vol. III International Criminal Procedure*, Oxford: Oxford University Press, 2016.

AMBOS, K., *La nueva justicia penal supranacional, desarrollos post-Roma*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

---

de protección) y art. 26 (Medidas de protección para menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección) Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. En esta misma línea, se ha adaptado la Ley de Enjuiciamiento Criminal española a las distintas posibilidades para prestar declaración o tener en cuenta las pruebas testificales. Vid a tales efectos, art. 433, 448 y 730 LECRIM. En definitiva en el proceso penal ante la CPI debe garantizarse una especial protección a las víctimas afectadas, pues en la mayoría de los supuestos son mujeres y menores de crímenes internacionales y por consiguiente, es necesaria una atención y evaluación singularizada en estos casos.

AMBOS, K. International Criminal Procedure: “Adversarial” “Inquisitorial” or “Mixed”? *International Criminal Law Review*, v. 3, n. 1, p. 2-5, 2011.

AMBOS, K., El primer fallo de la Corte Penal Internacional (Prosecutor v Lubanga): un análisis integral de las cuestiones jurídicas, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, v. 47, n.3, p. 8-9, 2012.

BACHMAIER WINTER, L. *Imparcialidad judicial y libertad de expresión de jueces y magistrados, las recusaciones de magistrados del Tribunal Constitucional*, Pamplona: Aranzadi 2008.

BACHMAIER, L., Derecho a un juez imparcial y su articulación legal (TC 2ª S 162/1999, de 27 septiembre), *Tribunales de justicia: Revista española de derecho procesal*, n. 7, p. 917-918, 2000.

BEHRENS, H.J.; PIRAGOFF, D.K., Article 69, Evidence. In: TRIFFTERER, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court-Observers’ Notes, Article by Article*, Baden Baden: Nomos, p. 889- 916, 1999

BELTRÁN MONTOLIU, A., La víctima ante la Corte Penal Internacional. In: FUENTES SORIANO, O., (dir), *El proceso penal: Cuestiones fundamentales*, Valencia: Tirant lo Blanch 2017, p. 251-262.

BOAS, G., Admissibility of Evidence under the Rules of Procedure and Evidence of the ICTY: Development of the “Flexibility Principle. In: MAY, R. (ed.), *Essays on ICTY Procedure and Evidence in Honour of Gabrielle Kirk McDonald*, The Hague-London-Boston: Kluwer Law International, 2001, p. 263-274.

BRADY, H., The System of Evidence in the Statute of the International Criminal Court. In: LATTANZI, F.; SCHABAS, W.A. (ed.), *Essays on the Rome Statute of the ICC*, vol. I, Ripa Fagnano Alto: Il Sirente, 1999, p. 279 -302.

BRADY, H., Disclosure. In: LEE, R., *The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Ardsley: Transnational Publishers, 2001, p. 403-426.

CAIANIELLO, M., Law of Evidence at the International Criminal Court: Blending Accusatorial and Inquisitorial Models, *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, v. 36, n. 2, p. 288-318, 2011

CASAS SIERRA, B., La Corte Penal Internacional, ¿un modelo válido en el siglo XXI?, *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, Documento Marco, 8 de junio, p. 1007-1042, 2017.

CASSESE, A.; GAETA, P.; JONES, J.R.W.D., *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. II, Oxford: Oxford University Press, 2002.

CARVALHO, L. G. G. C.; PONTES, Jean R. Reflexões acerca dos desafios de legitimação do Tribunal Penal Internacional: a gestão da prova nos julgamentos dos crimes contra a humanidade. *Revista Jurídica – CCJ*, v. 21, n. 45, p. 133-154, mai./ago. 2017.

CHIRINO SÁNCHEZ, A., Evaluación de prueba y uso de intermediarios en el caso Lubanga. In: AMBOS, K; MALARINO, E.; STEINER, C., (ed), *Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: el caso Lubanga*, Konrad Adenauer Stiftung, p. 23-62, 2014.

DONNA, A.(dir), La víctima del delito, Aspectos procesales penales I, *Revista de Derecho Procesal Penal*, Santa Fe: Rubinzal, 2017.

FERGAL GAYNOR et al. Law of Evidence. In: GÖRAN SLUITER et al (eds), *International Criminal Procedure: Principles and Rules*, Oxford: d University Press, 2013, p. 1015–1150.

FRIMAN, H., Investigation and Prosecution. In: LEE, R., *The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Ardsley: Transnational Publishers, 2001, p. 493-539.

GARCÍA-MATAMOROS, L.V.; ÁVILA.MEDINA, D., *Procedimiento, litigio y representación ante tribunales internacionales*, Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2017.

GAYNOR, F; KAPPOS, K.I; HAYDEN, P., Current Developments at the International Criminal Court, *Journal of International Criminal Justice*, v.14, p. 689-737, 2016.

GÓMEZ COLOMER, J.L., *El Tribunal Penal Internacional: Investigación y acusación (Un estudio comparado sobre la influencia de modelos y realidades en el tratamiento del principio acusatorio en las fases previas al juicio del proceso penal ante el Tribunal Penal Internacional)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

GÓMEZ COLOMER, J.L., *Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito, La posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho Comparado y en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito en España*. 2ª ed. Navarra: Aranzadi, 2015.

GROSSMAN, C. El tribunal penal internacional: Consideraciones generales. *Derecho y Humanidades*, n. 18, p.23-28, 2011. <https://doi.org/10.5354/0719-2517.2011.19460>

GUERRERO PALOMARES, S., *La defensa procesal de las víctimas ante la Corte Penal Internacional*, Pamplona: Aranzadi, 2014.

KARIM A A KHAN et al., *Principles of Evidence in International Criminal Justice* Oxford: Oxford University Press, 2010.

KILLEAN, R.; MOFFETT, L. Victim Legal Representation before the ICC and ECC, *Journal of International Criminal Justice*, v. 15, p.713-740, 2017.

KLIP, A.; GÖRAN, S. (ed.), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*, Antwerp-Oxford-New York: Intersentia, 2001-2008.

LEE, R., *The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Ardsley: Transnational Publishers, 2001.

LEWANDOWSKI, E. R. O Tribunal Penal Internacional: de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade, *Estudos Avançados*, v. 16, n. 45, maio/agosto, p.187-197, 2002. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142002000200012>

LEWIS, P., Trial Procedure. In: LEE, R., *The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Ardsley: Transnational Publishers, 2001, p. 539- 553.

MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., El proceso de confirmación de cargos ante la Corte Penal Internacional, *Revista General de Derecho Procesal*, n. 43, p. 1-48, 2017

MAY, R.; WIERDA, M., Evidence before the ICTY. In: MAY, R. (ed.), *Essays on ICTY Procedure and Evidence in Honour of Gabrielle Kirk McDonald*, The Hague-London-Boston: Kluwer Law International, 2001, p. 249-262.

MAY, R.; WIERDA, M., *International Criminal Evidence*, Ardsley: Transnational Publishers, 2002.

McDONALD, G.K., Trial Procedures and Practices. In: Mc DONALD, G.K.; SWAAK-GOLDMAN, O., *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law*, Dordrecht: Kluwer Law International, 2000, p. 547-622.

MURPHY, J.F., Norms of Criminal Procedure at the International Military Tribunal. In: GINSBURGS, G.; KUDRIAVTSEV, V.N. (ed.), *The Nuremberg Trial and International Law*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1990, p. 61-75.

NTUBE NGANE, S., The Position of Witnesses before the International Criminal Court, *International Criminal Law Series*, v. 8, 2015.

PACHECO, M. O Tribunal Penal Internacional. *Review of Business and Legal Sciences. Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, v. 10, 2007, p. 209-266. <https://doi.org/10.26537/rebules.v0i10.866>

PIRAGOFF, D., Evidence. In: LEE, R.S., *The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Ardsley: Transnational Publishers, 2001, p. 349-402.

SCHABAS, W., *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

TERRIER, F., The Procedure before the Trial Chamber. In: CASSESE, A.; GAETA, P.; JONES, J.R.W.D., *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, v. II, Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 1277-1318.

TERRIER, Powers of the Trial Chamber. In: CASSESE, A.; GAETA, P.; JONES, J.R.W.D., *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, v. II, Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 1259-1276.

TRIFFTERER, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court-Observers' Notes, Article by Article*, Ed. Nomos, Baden-Baden 1999.

TRIFFTERER, O/ AMBOS, K., *Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary*, 3rd edition, Baden Baden: Nomos, 2016.

VIEBIG, P., *Illicitly Obtained Evidence at the International Criminal Court*, International Criminal Justice Series, Asser Press, 2016.

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

*Agradecimentos (acknowledgement)*: Estudo redactado en el marco los siguientes proyectos de investigación: “La tutela procesal de las víctimas de violencia de género: El Estatuto de la víctima del delito”, Programa estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia, Subprograma Estatal de Generación del Conocimiento, en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación, MINECO (DER2015-64506-C2-2-R); “Víctimas de la justicia: Recursos docentes para mejorar su situación en el proceso”, Programa Proyecto de Mejora Educativa, Unidad de Soporte Educativo UJI (3516), 2017-2018.

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

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

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

### Dados do processo editorial

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

- Recebido em: 07/04/2018
- Controle preliminar e verificação de plágio: 07/04/2018
- Avaliação 1: 19/04/2018
- Avaliação 2: 23/04/2018
- Avaliação 3: 23/04/2018
- Avaliação 4: 24/04/2018
- Decisão editorial preliminar: 02/05/2018
- Retorno rodada de correções 1: 15/05/2018
- Decisão editorial preliminar 2: 20/05/2018
- Retorno rodada de correções 2: 21/05/2018
- Decisão editorial final: 21/05/2018

### Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editora-associada: 1 (LBW)
- Editor-assistente: 1 (MJV)
- Revisores: 4

### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

BELTRÁN MONTOLIU, Ana. Imparcialidad judicial y actividad probatoria en la Corte Penal Internacional. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 2, p. 605-644, mai./ago. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i2.159>



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

# Ânimo persecutório do magistrado: a quebra do dever de imparcialidade e sucessivas decisões contrárias ao direito à prova defensiva

*Persecutory of the judge: breach of the duty of impartiality and  
successive decisions contrary to the right to defensive evidence*

**Fábio Agne Fayet<sup>1</sup>**

Faculdade da Serra Gaúcha – Caxias do Sul/RS

fabio@fayet.adv.br

 <http://lattes.cnpq.br/1361242497259188>

 <http://orcid.org/0000-0002-3673-4538>

**Roberta Eggert Poll<sup>2</sup>**

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Porto Alegre/RS

roberta@fayet.adv.br

 <http://lattes.cnpq.br/5678667511758396>

 <http://orcid.org/0000-0002-0667-2962>

---

**RESUMO:** O tema do presente artigo é o ânimo persecutório do magistrado em desfavor do acusado. O objeto de análise do trabalho é a verificação da quebra do dever de imparcialidade do magistrado quando da análise dos autos, mediante a aplicação de sucessivos entendimentos

- 
- <sup>1</sup> Doutor em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS (2017). Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS (2001). Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu pelo Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu Coimbra/Portugal (2004). Graduado pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS (1998). Professor de Direito Penal e Processo Penal da Faculdade da Serra Gaúcha. Advogado Criminalista.
  - <sup>2</sup> Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS (2018). Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá. (2013). Bacharelada em Direito pela Universidade Estácio de Sá. (2010). Advogada Criminalista.

contrários aos interesses do acusado. O objetivo de pesquisa é a verificação da existência ou não de um dever de imparcialidade do magistrado diante de decisões motivadas, proferidas no exercício independente da atividade jurisdicional e impugnáveis por recurso ou ação autônoma, com nítido caráter persecutório. O método de abordagem será o dedutivo, adotando-se como procedimento o bibliográfico. Destarte, em primeiro, propõe, o presente artigo, uma leitura sobre a imparcialidade e o protagonismo do magistrado de modo a indicar como a literatura contemporânea vem enxergando a postura do juiz frente ao acusado, para, depois, analisar-se a questão da quebra do dever de imparcialidade diante de sucessivas decisões que se traduzem em uma atuação persecutória do juiz.

**PALAVRAS-CHAVE:** Imparcialidade; Julgador; Ânimo persecutório; Motivação; Direito à prova.

**ABSTRACT:** *The theme of this article is the persecutory mood of the magistrate in disfavor of the accused. The object of analysis of the work is the verification of the breach of the duty of impartiality of the magistrate when analyzing the records, through the application of successive understandings contrary to the interests of the accused. The research hypothesis is the verification of the existence or not of a duty of impartiality of the magistrate before motivated decisions, given in the independent exercise of the jurisdictional activity and can be challenged by autonomous action or action, with clear persecutory character. The method of approach will be deductive, adopting as a bibliographical procedure. Firstly, this article proposes a reading on the impartiality and protagonism of the magistrate in order to indicate how contemporary literature has been seeing the judge's position vis-à-vis the accused, and then to analyze the issue of breach of the duty of impartiality before successive decisions that translate into a persecutory performance of the judge.*

**KEYWORDS:** *Impartiality; Judge; Persecutory mood; Motivation; Right to proof.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. Imparcialidade e protagonismo do magistrado: quando o dever de fundamentação assume ares persecutórios; 2. Crise identitária do magistrado: quando o ânimo persecutório atinge o dever de imparcialidade; Considerações Finais; Referências.

---

## INTRODUÇÃO

Calamandrei já nos norteava: “Imparcial deve ser o juiz, que está acima dos contendores; mas os advogados são feitos para serem parciais, não apenas porque a verdade é mais facilmente alcançada se escalada de dois lados, mas porque a parcialidade de um é o impulso que gera o contra-impulso do adversário, o estímulo que suscita a reação do contraditor e que, através de uma série de oscilações quase pendulares de um extremo a outro, permite ao juiz apreender, no ponto de equilíbrio, o justo”.<sup>3</sup>

Juiz justo é juiz imparcial.<sup>4</sup> Afinal de contas, a falibilidade é algo intrínseco à natureza humana e para que estas arestas sejam aparadas é preciso respeito irrestrito às garantias constitucionais que estabelecem os verdadeiros remédios contra as mazelas humanas dos magistrados.

A imparcialidade também se relaciona com a ideia de jurisdição, desenvolvida no século XVIII por meio da teoria da separação dos poderes de Montesquieu.<sup>5</sup> Para o jurista francês não seria possível conceber uma atuação imparcial se o magistrado agisse fora da lei. Por isso, a doutrina vem enfatizando que “a jurisdição não existe se não for imparcial”.<sup>6</sup>

Neste contexto urge a imperiosa necessidade de se analisar a existência de uma das violações mais graves ao sistema acusatório e às garantias constitucionais do acusado, qual seja o ânimo persecutório do magistrado em desfavor do réu.<sup>7</sup>

---

<sup>3</sup> CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 126.

<sup>4</sup> Conforme Aury Lopes Jr., a imparcialidade subjetiva diz respeito à “convicção pessoal do juiz concreto, que conhece de um determinado assunto e, desse modo, a sua falta de pré-juízos”; enquanto a imparcialidade objetiva considera “se tal juiz encontra-se em uma situação dotada de garantias bastantes para dissipar qualquer dúvida razoável acerca da sua imparcialidade” (LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 522).

<sup>5</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 19-26.

<sup>6</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Poder Judiciário: Crises acertos e desacertos*. Tradução: Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 86.

<sup>7</sup> Denota-se que a garantia da imparcialidade vem sendo considerada pela doutrina contemporânea como a base e o elemento diferenciador da atividade judicante em relação ao demais poderes. Nesse sentido ver: POZZEBON,

Por certo, o problema de pesquisa visa a responder a questão relativa à quebra do dever de imparcialidade por razões não declaradas pelo magistrado e supostamente diversas das subjacentes à real motivação de suas decisões, na medida em que o juiz que adota uma postura persecutória acaba por violar a garantia constitucional do julgamento isento e imparcial e, por razões lógicas, o sistema acusatório.

Efetivamente, o objetivo sobre o qual se trabalha é relativo à verificação da existência ou não de um dever de imparcialidade do magistrado diante de decisões motivadas, proferidas no exercício independente da atividade jurisdicional e impugnáveis por recurso ou ação autônoma, com nítido caráter persecutório. Assim, pretende-se verificar se: as decisões judiciais, em que se justifique a escolha de uma interpretação possível, são aptas, por si só, a gerar a suspeição do seu prolator e revisão pelas instâncias superiores quando o magistrado atuar de forma direcionada a prejudicar o acusado?

Isto porque, a jurisprudência tem apontado que não se pode considerar suspeito um magistrado por continuamente decidir de acordo com a tese desenvolvida pela acusação pública, pois se estaria atingindo, desta forma, o pleno exercício da atividade jurisdicional. Outrossim, a quebra do dever de imparcialidade não se confundiria com sucessivas decisões contrárias aos interesses do réu.<sup>8</sup>

Não obstante, analisando-se a fundo a questão relativa à garantia constitucional do julgamento isento e imparcial (CF, art. 5º, inciso LIII) verifica-se que o próprio Supremo Tribunal Federal já decidiu no sentido do reconhecimento da suspeição do magistrado quando esse estiver vinculado à matéria objeto da denúncia e à atividade investigatória.<sup>9</sup> Desta forma, igual pensamento poderia ser adotado quando o magistrado atuasse em evidente ânimo persecutório, ultrapassando os limites da atividade jurisdicional, adotando uma postura de acusador público, gerenciando o processo de modo a decidir sempre tendo em vista a condenação do acusado.

---

Fabício Dreyer de Ávila. *A imparcialidade do juiz criminal enquanto ausência de causas de impedimento ou de suspeição*. Direito e Justiça, Porto Alegre, ano 39, n.1, p. 116-220, jan./jun. 2013, p. 116.

<sup>8</sup> Nesse sentido, veja o seguinte julgado paradigma: STF, RHC nº 127.256/SP, relator Ministro Gilmar Mendes, DJe 10-03-2016.

<sup>9</sup> STF, HC nº 95.009/SP, relator Ministro Eros Grau, DJe de 19-12-2008.

Para a análise do objeto de pesquisa aqui delimitado será utilizada a técnica de pesquisa bibliográfica e documental consistente em explicar o problema por meio das teorias publicadas em obras de um mesmo gênero, partindo do geral para o particular, permitindo a construção das conclusões. O método empregado será o dedutivo, consistente em utilizar o raciocínio lógico que faz uso da dedução para obter a conclusão.

Por estas razões, o presente artigo está estruturado de forma a permitir, em primeiro, uma leitura sobre a imparcialidade e o protagonismo do magistrado de modo a indicar como a literatura contemporânea vem enxergando a postura do juiz frente aos requerimentos do acusado, para, posteriormente, analisar-se a questão da quebra do dever de imparcialidade diante de sucessivas decisões que se traduzem em uma atuação persecutória do magistrado.

## **1. IMPARCIALIDADE E PROTAGONISMO DO MAGISTRADO: QUANDO O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO ASSUME “ARES PERSECUTÓRIOS”**

Montesquieu, há tempos já nos recordava que “o juiz é a boca que pronuncia as palavras da lei... um ser inanimado”. Pretendia o jurista francês isolar o magistrado das mazelas mundanas como se o julgador fosse uma espécie de médium, uma máquina que fala por meio de leis, que diz o que deve ser dito conforme está escrito. Seu contexto sociocultural, sua vivência, histórias e experiências passadas não deveriam influenciar no julgamento, ou seja, o magistrado tornava-se mero intérprete do que o legislador real expressava. A lei era tomada na sua literalidade, desta forma, o juiz não deveria ter nenhum protagonismo.<sup>10</sup>

Invariavelmente, esse modelo de justiça acabou por ingressar em profunda crise, pois o magistrado apesar de ignorar os fatos, não é neutro, na medida em que possui conotações políticas, ideológicas, religiosas, econômicas, e etc., que o fazem ser um juiz-no-mundo.<sup>11</sup> Não

---

<sup>10</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 151.

<sup>11</sup> GIACOMOLLI, Nereu José; DUARTE, Liza Bastos. *O mito da neutralidade na motivação das decisões judiciais: aspectos epistemológicos*. Revista da Ajuris, Porto Alegre, ano 33, n. 102, p. 288-307, jun. 2006, p. 290.

existe juiz neutro. Existe sim, juiz imparcial.<sup>12</sup> A imparcialidade é um princípio supremo do processo, como ensina Goldschmidt, fundante da própria dialética processual.<sup>13</sup> Para que um processo se desenvolva de maneira devida e justa é imperioso que se tenha um julgador imparcial.

Em verdade, a imparcialidade deve ser compreendida, consoante os ensinamentos de Fazzalari, como uma restrição aos poderes instrutórios do magistrado, mantendo-se este afastado da prática de atividades de investigação ou instrução processual, na medida em que tal tarefa incumbe somente as partes (acusador público e acusado), sob pena de configurar-se um processo penal inquisitório.<sup>14</sup>

Sem imparcialidade não há jurisdição.<sup>15</sup> Por isso bastaria que a Constituição trouxesse no rol do artigo 5º um inciso que dispusesse acerca da imparcialidade. Contudo, optou o legislador constitucional em assegurar outras condições de independência, a fim de vedar quaisquer práticas forenses que pudessem colocar em risco a imparcialidade do julgador (CF, art. 95, *caput*).<sup>16</sup> Tratam-se de garantias inerentes à autonomia da carreira

<sup>12</sup> Á título de exemplificação veja-se que, a imparcialidade encontra, desde, 1950, o status de direito protegido pela Convenção Europeia de Direitos Humanos, à medida que o artigo 6º trata do direito do acusado de ter um julgamento justo. Compare em: POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. A imparcialidade do juiz no processo penal brasileiro. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano 34, n. 108, p-116-120, dez. 2007, p. 171.

<sup>13</sup> GOLDSCHMIDT, Werner. *La imparcialidad como principio básico del proceso: la parcialidad y la imparcialidade*. Madrid: Gráfica Clemares, 1950. p. 19-21.

<sup>14</sup> FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Eliane Nas-sif. 8. ed. Campinas: Imprensa, 2006, p. 119 e 135.

<sup>15</sup> A importância da ideia de jurisdição, em substituição à tutela privada é justamente o pressuposto de que o estado-juiz é terceiro imparcial, a quem fora atribuída a incumbência de pacificar os conflitos sociais. O monopólio do estado-juiz sobre a jurisdição e a vedação à autotutela impõe que o magistrado atue de forma absolutamente imparcial. Sobre isso, ver: CABRAL, Antônio. *Imparcialidade e imparcialidade*. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 32, n. 149, p. 339-364, jul. 2007, p. 345-346.

<sup>16</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito a um julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias*. In: BONATO, Gilson (Org.). *Processo Penal, Constituição e Críticas* – Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 343.

judiciária (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio), consideradas por Leone como indispensáveis ao exercício independente do juiz em suas funções, afastando a possibilidade de qualquer pressão externa, seja particular, seja por outro órgão do Estado.<sup>17</sup>

Pois bem, imparcialidade também não se confunde com protagonismo. Dizer o Direito não corresponde a “dizer o que se quer porque se pode”.<sup>18</sup> Os magistrados têm proeminência na interpretação das leis, mas isso não é o resultado de sua própria vontade e muito menos de suas ideologias.<sup>19</sup> O Direito que serve como base para que o juiz tome decisões é, por sua própria natureza, indeterminado. Como Larenz explica, a relação do texto legal com a atividade do intérprete é “duplamente variável”.<sup>20</sup> Isto porque a norma abstrata não pode prever todos os casos, mas um conjunto deles; e o intérprete ao selecionar um padrão para resolver um caso específico deverá inseri-lo dentro de seu próprio sistema de crenças, mas também dentro do Direito, a partir de efetiva fundamentação.<sup>21</sup>

A fundamentação das decisões judiciais destina-se, portanto, a reduzir a imprevisibilidade do magistrado e seu protagonismo, controlando o caos processual.<sup>22</sup> A prática legal tem que desconstituir

---

<sup>17</sup> LEONE, Giovanni. *Come si svolge un processo penale*. Torino: ERI, 1967. p. 116.

<sup>18</sup> ARAMBURO RESTREPO, José Luís. *El papel del juez: una aproximación teórica*. Pensamiento Jurídico, Bogotá, ano 16, n. 27, p. 85-106, jan./abr. 2010, p. 88 (tradução livre).

<sup>19</sup> Diversas pesquisas de opinião têm apontado a tendência político-criminal conservadora da Magistratura nacional, sobretudo quando se fala em juízos de primeira instância. A opção ideológica por correntes punitivistas demonstra que a influência do populismo punitivo não se restringe apenas à esfera Legislativa, exercendo grande ingerência sobre os operadores do direito. Sobre isso, ver: CARVALHO, Salo de. *O papel dos atores no sistema penal na era do punitivismo*. O exemplo privilegiado da aplicação da pena. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 104.

<sup>20</sup> LARENZ, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1994, p. 308-316 (tradução livre).

<sup>21</sup> ARAMBURO RESTREPO, José Luís. *El papel del juez: una aproximación teórica*. Pensamiento Jurídico, Bogotá, ano 16, n. 27, p. 85-106, jan./abr. 2010, p. 88.

<sup>22</sup> Essa forma de pensar é geralmente atribuída a Dworkin, mas antes dele, os estudiosos da metodologia da lei, como o próprio Savigny, enfrentaram essa tarefa. Compare em: LARENZ, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1994, p. 308-316.

o dualismo tradicional entre conhecimento e criação de forma semelhante à prática artística: com efeito, tanto entre juristas como entre artistas a criação é uma atividade livre e autônoma, individual feita de pura inspiração e arbitrariedade, mas é também uma prática regulamentada e considerada válida, apenas por consenso, aceitação social e correlata fundamentação.<sup>23</sup>

Essa perspectiva corresponde a um conceito legal de motivação, como resumem Grinover, Fernandes e Gomes Filho: “A motivação surge como instrumento por meio do qual as partes e o meio social tomam conhecimento da atividade jurisdicional; as partes para, se for o caso, impugnarem os fundamentos da sentença, buscando seja reformada; a sociedade a fim de que possa formar opinião positiva ou negativa a respeito da qualidade dos serviços prestados pela justiça. (...) qualquer resolução contida no provimento jurisdicional exige suficientemente motivação do juiz, quer incida sobre questões de fato ou de direito, quer se refira a questões relacionadas com o direito de ação, com a validade do processo ou com o mérito da causa”.<sup>24</sup>

Como se sabe, todas as questões suscitadas e discutidas no processo, sejam preliminares ou de mérito, devem ser enfocadas na fundamentação do julgador, sob pena de insanável nulidade. O artigo 381, inciso III, do CPP assegura que a sentença conterá a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão, preconizando que os magistrados têm o dever se explicitar o caminho trilhado para chegar à sua conclusão. Igualmente, a garantia de motivação dos atos judiciais também está consagrada no art. 93, inciso IX, da CRFB. Isto porque, a efetiva participação e controle das decisões judiciais através da fundamentação é requisito revelador do princípio do Estado Democrático de Direito. Segundo Barbosa Moreira, “o controle ‘extraprocessual’ deve ser exercitável, antes de mais nada, pelos jurisdicionados ‘*in genere*’, como tais. A sua viabilidade é condição essencial para que, no seio da comunidade, se

<sup>23</sup> ARAMBURO RESTREPO, José Luís. *El papel del juez: una aproximación teórica*. Pensamiento Jurídico, Bogotá, ano 16, n. 27, p. 85-106, jan./abr. 2010, p. 89.

<sup>24</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As Nulidades do Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 169.

fortaleça a confiança na tutela jurisdicional – fator inestimável, no Estado de Direito, da coesão social e da solidez das instituições”.<sup>25</sup>

Tamanha é a preocupação com essa questão que diversos diplomas internacionais mencionam a necessidade de preservação da cognição do magistrado no processo, para que nenhuma parte seja beneficiada em detrimento da outra, senão vejamos: a Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 10), a Declaração Americana dos Direitos Humanos (art. 26.2), a Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8.1), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art.14.1) e a Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (art. 6.1).<sup>26</sup>

A sentença penal, mais do que qualquer outra decisão no sistema jurídico, deve guardar pertinência concreta com o caso *sub judice*. Exige-se, portanto, que a decisão apresente fundamentação adequada, qualidade esta que somente se fará presente caso a linha de raciocínio utilizada pelo julgador seja objetiva e vinculada ao fato em exame.<sup>27</sup> Em outras palavras, a dogmática processual penal relaciona o dever de motivação das decisões com o controle democrático da atividade jurisdicional e, conseqüentemente, com o controle da parcialidade dos juízes.<sup>28</sup>

Não por outro motivo que o protagonismo judicial deve começar com a determinação do quadro fático, dentro do qual a decisão deve ser tomada. Para Duncan Kennedy, referenciado por Aramburo Restrepo, em sua decisão “o juiz deverá se opor a uma resistência discursiva à

---

<sup>25</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito*. In: *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 90.

<sup>26</sup> Todos os diplomas foram referenciados por: RITER, Ruiz. *Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*. 2016. 196f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016, p. 56-57.

<sup>27</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal*. Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. *Cases da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF*. Porto Alegre: Atlas. 2.ed., 2015, p. 212-216.

<sup>28</sup> BATISTA, Bárbara Gomes Lupetti. *Reflexões sobre o dever de fundamentação das decisões judiciais e a imparcialidade judicial: “o que falar quer dizer” e o que dizer não quer falar?* *Amazon’s Research and Environmental Law*, Ariquemes, ano 3, n. 3, p. 107-130, set. 2015, p. 112.

sentença que ele deseja ditar, em nome dos obstáculos objetivos do direito”.<sup>29</sup> Contudo, nem sempre os magistrados percorrem o caminho correto, utilizando-se por vezes de um “método inverso”: já decidem a demanda com o oferecimento da denúncia. O processo, assim, passa a ter ares inquisitoriais; o magistrado, por sua vez, passa a “perseguir a colheita da prova” de forma que toda decisão é tomada tendo em vista a condenação do acusado, o que acaba por violar, consequentemente, a garantia da imparcialidade e do julgamento justo.<sup>30</sup>

Quando esses acontecimentos aparecem, o magistrado assume um juízo positivo sobre a participação do acusado nos eventos criminosos, produzindo em seu âmago “pré-juízos sobre a culpabilidade que lhe impedirão de decidir, posteriormente, com total isenção e imparcialidade”.<sup>31</sup> A bem da verdade, o “juiz sabe que ele julga como quer”, como já assegurava Nalini, no que corrobora que: “É fácil encontrar argumentos contra ou a favor de qualquer das teses. Fundamental se torna a sua profunda honestidade intelectual, fomentada pela humildade intelectual, para que, no ato de julgar não prevaleçam as idiosincrasias, os preconceitos, o comodismo ou qualquer outro subjetivismo, sobre a missão de fazer justiça”.<sup>32</sup>

A ausência de consenso oficial sobre o conteúdo e as formas de interpretação da lei assegura aos juízes, ou melhor, deles exige que preencham esses espaços vazios como querem. Veja-se que “fazer o que

<sup>29</sup> KENNEDY, Duncan. *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Bogotá: Universidad de Los Andes, 1998 apud ARAMBURO RESTREPO, José Luís. El papel del juez: una aproximación teórica. Pensamiento Jurídico, Bogotá, ano 16, n. 27, p. 85-106, jan./abr. 2010, p. 98.

<sup>30</sup> Sobre a metodologia do sistema inquisitório recomenda-se a leitura de: EYMERICH, Nicolau. *Directorium Inquisitorum*: Manual dos Inquisidores: Escrito por Nicolau Eymerich em 1376, revisto e ampliado por Francisco de La Peña em 1578. Rio de Janeiro: Rosa dos Ventos, Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1993.

<sup>31</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito a um julgamento por juiz imparcial*: como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias. In: BONATO, Gilson (Org.). *Processo Penal, Constituição e Críticas* – Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 345.

<sup>32</sup> NALINI, José Renator. *Humildade do juiz*. Disponível em: <<http://portal.tjro.jus.br/documents/18/24335/A+HUMILDADE+DO+JUIZ.pdf>>. Acesso em: 06 fev. 2018.

se quer”, como lembra Lupetti Batista: “não significa necessariamente uma estigmatização ou hostilização”, mas sim “decidir segundo uma convicção pessoal sobre o que parece ser o mais justo diante de determinada situação”.<sup>33</sup> O problema surge quando o julgamento passa a ser realizado de forma interessada ou comprometida com alguma das partes do processo, especialmente a acusação pública.<sup>34</sup>

Veja-se que, não é tarefa simples demonstrar diante do caso concreto a parcialidade do magistrado, na medida em que este tem ao seu lado a “íntima convicção motivada”, podendo fundamentar suas decisões de acordo com os interesses do acusador público ou do acusado. Não obstante, é possível perceber “alguns sintomas” sempre que há violação da cláusula do dever de imparcialidade. Passamos a análise dessas particularidades no tópico seguinte.

## **2. CRISE IDENTITÁRIA DO MAGISTRADO: QUANDO O ÂNIMO PERSECUTÓRIO ATINGE O DEVER DE IMPARCIALIDADE**

A viabilização da cláusula de imparcialidade liga-se à ideia de separação de funções, ou seja, o papel de acusar e julgar não pode recair sobre a mesma pessoa em vista da adoção de um sistema acusatório.<sup>35</sup> Tal concepção também é seguida por Cordón Moreno, que considera garantia

---

<sup>33</sup> BATISTA, Bárbara Gomes Lupetti. Reflexões sobre o dever de fundamentação das decisões judiciais e a imparcialidade judicial: “o que falar quer dizer” e o que dizer não quer falar? *Amazon’s Research and Environmental Law*, Ariquemes, ano 3, n. 3, p. 107-130, set. 2015, p. 114.

<sup>34</sup> Afinal, como assegura Badaró: “Não há como se conceber a existência de um processo com a decisão nas mãos de um terceiro interessado em prejudicar ou beneficiar uma das partes. É ínsito ao processo um juiz imparcial sem o que deixará de haver processo.” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito processual penal*. Tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 6).

<sup>35</sup> À título de caracterização apresenta-se o sistema acusatório sempre que houver: (a) separação das funções de acusar e julgar; b) acusação realizada por qualquer do povo (em alusão ao modelo clássico, hoje de titularidade do MP); c) impossibilidade de acusação de ofício; d) livre produção probatória; e) possibilidade de ampla defesa; f) debates (instrução) públicos e orais; g) juiz titular exclusivo do poder de decidir; e h) prevalência do interesse particular sobre o interesse social. Compare em: LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 155-157.

básica da imparcialidade o desmembramento das funções acusatória e julgadora, pois somente o Ministério Público pode ser considerado “parte na relação jurídico-processual”, ficando responsável pela persecução penal.<sup>36</sup> Ao juiz, em vista da garantia da imparcialidade, resta tão somente a condição de “terceiro desinteressado em relação as partes”, um estranho alheio aos interesses processuais<sup>37</sup> – no exato sentido da *terzietà* proposta pela literatura especializada italiana.<sup>38</sup>

O problema surge quando o magistrado adentra a função acusadora, ou seja, quando o juiz adota uma postura persecutória em desfavor do réu, utilizando-se da cláusula da íntima convicção como escudo protetor de suas decisões persecutórias.

Primeiramente, há que se ressaltar que “a dúvida acerca da parcialidade do julgador há de ser fundada em circunstâncias fáticas objetivas e em um determinado caso concreto”.<sup>39</sup> Dito de outra forma, à parte caberá demonstrar que a disposição psicológica e a conduta exteriorizada do julgador são sintomas de falta de imparcialidade. Isto porque meras suposições não são suficientes à instauração de uma exceção de suspeição.<sup>40</sup>

Por conseguinte, na perspectiva do que apresenta o sistema acusatório, partindo-se da concepção de um princípio dispositivo (que coloca a gestão da prova nas mãos das partes – acusador público e acusado), descabe falar em produção probatória pelo magistrado.<sup>41</sup> No ponto,

<sup>36</sup> CORDÓN MORENO, Faustino. *Las garantías constitucionales del proceso penal*. 2. ed. Navarra: Arazandi, SA, 2002, p. 129.

<sup>37</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito processual penal*. Tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 6.

<sup>38</sup> Sobre a contribuição da doutrina italiana veja: FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Eliane Nassif. 8. ed. Campinas: Imprensa, 2006.

<sup>39</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal*. Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. Cases da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF. 2.ed. Porto Alegre: Atlas, 2015, p. 235.

<sup>40</sup> RITER, Ruiz. *Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*. 2016. 196f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016, p. 62-63.

<sup>41</sup> A doutrina especializada assegura que ao se falar em sistemas processuais (inquisitivo, acusatório, misto) deve-se essencialmente verificar seu núcleo (gestão da prova) e princípio informador. Se a gestão da prova estiver nas

percebe-se esta como o primeiro indício de um ânimo persecutório, na medida em que ao juiz cabe *judgar* e não *produzir provas*. Não há meio-termo, nem espaço para a conciliação de uma prática forense que vai de encontro com a própria essência do sistema acusatório.<sup>42</sup>

Inúmeras críticas já foram dirigidas aos poderes instrutórios do magistrado.<sup>43</sup> Não obstante, não é essa a perspectiva adotada pela maioria esmagadora da doutrina processualista brasileira,<sup>44</sup> à vista do que estabelecem diversos dispositivos de nossa legislação.<sup>45</sup> Mas, para além dessa questão, o que se quer mesmo acentuar é que conceber poderes instrutórios ao magistrado, retira o foco de análise do que realmente importa para qualquer atividade jurisdicional: a estrita observância ao princípio da imparcialidade, princípio basilar da função jurisdicional. Se o magistrado pode produzir a prova, pode também fundamentar e justificar suas decisões como bem pretender, já que teria a gestão do processo e a gestão da prova em suas mãos.<sup>46</sup>

---

mãos do julgador teremos um princípio inquisitivo se, por outro lado, estiver nas mãos das partes teremos um princípio dispositivo. Compare em: LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 158-159.

<sup>42</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 211.

<sup>43</sup> Nesse sentido ver dentre outros: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 217-218; LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 64-65; PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 140.

<sup>44</sup> Por todos: GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 79-80.

<sup>45</sup> São exemplos os artigos 127, 156, incisos I e II, 196, 209, 242, 310, inciso II, 383 e 385, todos do Código de Processo Penal, que tratam, respectivamente, do sequestro de bens, das diligências na fase pré-processual, do reinterrogatório, das testemunhas do juízo, da busca e apreensão, da conversão da prisão em flagrante em preventiva, da emendatio libelli e do reconhecimento de agravantes na sentença.

<sup>46</sup> RITER, Ruiz. *Imparcialidade no processo penal*: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. 2016. 196f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016, p. 173.

Sem adentrar no mérito da legalidade e legitimidade da produção probatória pelo magistrado é preocupante a tolerância da sociedade para com o arbítrio estatal, a partir da desvinculação do processo à tutela do acusado (parte hipossuficiente da relação jurídico-processual). É igualmente inquietante a possibilidade de o magistrado ir “em busca da verdade” como justificativa para seu ânimo persecutório.<sup>47</sup>

A atividade jurisdicional deve estar estritamente vinculada à garantia da imparcialidade e sempre que o magistrado indefere sucessivamente os pedidos de produção de provas do acusado nega a produção de outro viés de interpretação sobre o fato, impossibilitando a busca da verdade;<sup>48</sup> impedindo o cotejo das provas produzidas pela acusação e pela defesa a verificação das possíveis versões dos fatos, necessárias à segurança do juízo, em verdadeira mácula à garantia da imparcialidade.<sup>49</sup>

Negar os pedidos da defesa de produção probatória, em vista de duvidosa fundamentação, ou seja, aquela decorrente do pré-julgamento, fruto da atividade “persecutória”, transparece em odioso pré-juízo sobre os fatos, e demonstra o inegável cerceamento do direito de ampla defesa, corolário do devido processo legal, que sustenta toda a evolução processual-penal que nos separa dos julgamentos medievos. No entender de Machado: “O direito da ampla defesa corresponde a uma garantia constitucional conferida ao réu para que este possa se valer, sem

---

<sup>47</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 220-221.

<sup>48</sup> Ressalte-se que o termo “verdade” é extremamente complexo e controverso. Ao julgador não incumbe apresentar a verdade real sobre o fato discutido no processo, mas apenas demonstrar, com base no esteio probatório, a sua convicção sobre a ocorrência ou não dos fatos, que acaso não seja segura deverá conduzir necessariamente à absolvição do acusado por força do princípio do in dubio pro reo. Sobre isso, ver: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 61

<sup>49</sup> Nesse sentido colaciona Machado: “O art. 5º, LV, da Constituição de 1988 consagra expressamente essa garantia, assegurando, portanto, aos acusados o direito de contrariar a acusação, apresentar livremente quaisquer tipos de teses e argumentos, assim como produzir todas as espécies de provas não proibidas em Lei, visando demonstrar suas pretensões no processo”. Sobre isso, ver: MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processo penal*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 64.

qualquer espécie de embaraço, de todos aqueles mecanismos processuais indispensáveis à salvaguarda de seus direitos. Isto é, a possibilidade de produzir todo tipo de prova, de fazer quaisquer alegações que sejam, de interpor todos os recursos cabíveis, enfim, de demonstrar a pertinência de suas pretensões no processo”.<sup>50</sup> Quando o magistrado colhe a prova, colocando-se à frente na busca pela *verdade real*, todo indeferimento (a qualquer pleito defensivo) se torna *persecutório*.

No ponto, há que se considerar suspeito o magistrado que *persegue* o acusado, impedindo que esse produza os elementos de prova que entenda necessários à comprovação de sua inocência. Os prejuízos decorrentes desse atuar (ilegítimo) persecutório não poderiam ser maiores: legitimasse uma pseudo prática judicial, alheia a uma jurisdição válida e legítima, regida por uma total parcialidade do magistrado. Em outras palavras, o julgador transforma-se em um *segundo* acusador público (no sentido de *outro* acusador público – e não de acusador público *subsidiário*, pois tal postura lhe dá protagonismo), quando deveria manter-se afastado das partes e submetido ao filtro da garantia da imparcialidade. Daí se dizer que “decidir” não é apenas fazer uma escolha entre este ou aquele entendimento, mas, muito mais do que isso, é assumir o compromisso de ter assumido uma posição, de forma fundamentada, consoante ao conjunto probatório, do qual se tornará responsável para sempre.<sup>51</sup>

Contudo, para além da justificativa da escolha de uma interpretação possível sobre os fatos deve o magistrado demonstrar que oportunizou o contraditório da forma mais ampla possível. Nos dizeres de Nucci, deve o magistrado prover a oportunidade “a uma das partes para contestar, impugnar, contrariar ou fornecer uma versão própria acerca de alguma alegação ou atividade contrária ao seu interesse”.<sup>52</sup> Por certo, não há processo bilateral, com igualdade de oportunidades, sem a necessária

---

<sup>50</sup> MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processo penal*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 63-64.

<sup>51</sup> RITER, Ruiz. *Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*. 2016. 196f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016, p. 173-175.

<sup>52</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 286.

obediência ao contraditório, na medida em que este confere a isenção estatal na condução do feito, constituindo limite natural da dialética. Magistrado que justifica uma interpretação, obstando o contraditório, dá ao processo “ares persecutórios”.<sup>53</sup>

Carnelutti há tempos enfatizou que a dialética do processo exige a configuração de um magistrado – terceiro, desinteressado e imparcial – que não seja parte na relação jurídica-processual, pois tendendo o acusado a negar a sua culpa e sustentar sua inocência, sem a presença do órgão acusador, restaria ao magistrado o papel de confrontar o acusado no processo, o que acabaria por fulminar sua imparcialidade.<sup>54</sup>

Destarte, tudo aponta, invariavelmente, para a garantia da imparcialidade, conforme relembra Calamandrei: “A imparcialidade, virtude suprema do juiz, é a resultante psicológica de duas parciaisidades que se combatem. Não devem os defensores melindrar-se se o juiz – ainda o mais consciencioso – não parece escutar com grande atenção seus discursos em audiência. Está assim porque, antes de pronunciar sua sentença, deve durante longo tempo escutar a discussão tremenda de dois contraditores, que se agitam no fundo da sua consciência”.<sup>55</sup>

Diante disso, é possível afirmar que quando o magistrado adentra a função acusadora, negando os pedidos de produção probatória da defesa, acaba por atuar de maneira persecutória, viola-se o princípio acusatório. Tais decisões, ainda que fundamentadas, podem, sim, ser consideradas nulas por atingirem a cláusula da imparcialidade. Magistrado não pode ter “ânimo persecutório”. O julgador deve se manter imparcial, afastado das partes, colhendo os elementos de prova que são trazidas de forma espontânea a ele.<sup>56</sup>

<sup>53</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 109.

<sup>54</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Derecho procesal civil y penal: principios del proceso penal*. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, p. 38-39.

<sup>55</sup> CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 49.

<sup>56</sup> Nesse sentido ver dentre outros: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 217-218; LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 64-65; PRADO, Geraldo.

Certo é que os atores judiciários devem aprender a respeitar as garantias constitucionais, previstas justamente para evitar os excessos e os prejuízos que a subjetividade individual pode trazer ao processo. Nos dizeres de Maya: “devem os julgadores adotar uma postura efetivamente distante (alheia) em relação aos interesses das partes envolvidas na controvérsia judicial, sem se deixar contaminar por eles”.<sup>57</sup>

Nenhuma parte deve ser beneficiada em detrimento da outra, mesmo que de forma involuntária. A imparcialidade vincula o sistema acusatório!<sup>58</sup> E se optamos por esse modelo de estruturação do processo devemos aprender a adotá-lo por inteiro e não somente as partes que nos convém. Juiz deve julgar, não produzir prova de ofício; juiz deve julgar, não perseguir o acusado por ideologias e demais convicções.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O magistrado adquiriu, nas visões atuais do Direito, o papel que a tradição liberal negou. Isso não corresponde a uma única concepção ou escola jurídica, mas envolve o pensamento jurídico contemporâneo como um todo. Ou na forma de reação ao formalismo legal, como no caso de escolas realistas, ou em um processo de análise, como é o caso do positivismo, ou como consciência de sua própria validade da perspectiva do participante e seu esforço para obter respostas legais válidas entre a indeterminação normativa, ou, ainda, no reconhecimento da complexidade resultante da diversidade da vida social e da renúncia ao facilitador metafísico das soluções meramente dualistas, características das teorias jurídicas críticas e dos exames genealógicos e gramaticais. Por trás disso, está a proposta de democratizar a vida prática da lei.

---

*Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais.* 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 140.

<sup>57</sup> MAYA, André Machado. *Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 99.

<sup>58</sup> RITER, Ruiz. *Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva.* 2016. 196f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016, p. 56-57.

Enfim, se o projeto é de fato pela efetivação de um processo penal constitucional, mostra-se como um excelente ponto de partida a consagração da garantia da imparcialidade como essência da atividade jurisdicional e do devido processo legal, a fim de se ter preservada a cognição do julgador no processo, para que não acabe ruída (como já se vê) a confiança da sociedade no Poder Judiciário. Nessa senda, deve-se salientar, uma vez mais, que a correta compreensão de tal garantia, para além da superada ideia de neutralidade e juiz boca da lei, é a de uma construção jurídica, fruto de uma leitura constitucional do processo penal, que delimita o agir dos magistrados (impondo limites aos prejuízos que sua subjetividade pode causar nos julgamentos), que somente atuarão de forma imparcial se conduzirem o processo como terceiros desinteressados em relação às partes, comprometendo-se, contudo, em apreciar na totalidade ambas as versões apresentadas sobre os fatos postos em exame, proporcionando sempre igualdade de tratamento e oportunidades aos envolvidos (princípio do contraditório).

Nessa seara, e em consonância com o objetivo do presente artigo, que foi a verificação da existência de um ânimo persecutório do magistrado, que sucessivamente adota uma postura decisionista contrária ao direito à prova defensiva, foi possível concluir pela existência da quebra do dever de imparcialidade do julgador. Isto porque, tem-se que o processo penal acusatório (cujo núcleo é a gestão da prova, e o princípio informador o dispositivo) deve constituir-se por sujeitos parciais (acusador público e acusado) e um sujeito imparcial (juiz), restando ao julgador tão somente a condição de terceiro desinteressado em relação às partes, alheio aos interesses processuais, sob pena de se ter fulminada sua imparcialidade, e conseqüentemente, ver-se invalidada a jurisdição que lhe compete.

Por conseguinte, o magistrado, para além da justificativa da escolha de uma interpretação aceitável sobre os fatos deve demonstrar que oportunizou o contraditório da forma mais ampla possível. Negar todos os pedidos da defesa, em vista de controversa fundamentação, transparece em odioso prejulgamento, e demonstra o inegável cerceamento do direito de ampla defesa. Assim, há que se considerar suspeito o magistrado que persegue o acusado, impedindo que esse produza os elementos de prova necessários à sua absolvição. Dito de outra forma, o julgador acaba por transformar-se em um segundo acusador público, quando deveria manter-se afastado das partes e submetido ao filtro da garantia da imparcialidade.

A questão é simples: a busca da verdade não pode servir como recurso discursivo, que permita aos magistrados desprezar e desmerecer a função do acusado e do acusador público no processo penal, fazendo valer sua figura de protagonista no processo. Juiz somente julga. A narrativa acusatória deverá ficar a cargo do acusador público, na medida em que ao tomar postura persecutória o magistrado acaba por violar o contraditório e a ampla defesa, já que inviabiliza a Defesa técnica e a autodefesa de contraditar a interpretação das provas que permitiria eventual condenação.

Magistrado que persegue o acusado viola a imparcialidade e a própria concepção de jurisdição. Isto porque a imparcialidade está umbilicalmente relacionada com a ideia de jurisdição. O monopólio do estado-juiz sobre a jurisdição e a vedação à autotutela impõe que o magistrado atue de forma absolutamente imparcial. Não há como conciliar o ânimo persecutório do magistrado com a garantia da imparcialidade e o sistema acusatório.

## REFERÊNCIAS

ARAMBURO RESTREPO, José Luís. *El papel del juez: una aproximación teórica*. Pensamiento Jurídico, Bogotá, ano 16, n. 27, p. 85-106, jan./abr. 2010.

ARAÚJO, Francisco Fernandes de. *A parcialidade dos juízes*. Campinas: Edicamp, 2002.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahly. *Direito a um julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias*. In: BONATO, Gilson (Org.). *Processo Penal, Constituição e Críticas – Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 343-360.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito processual penal*. Tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BATISTA, Bárbara Gomes Lupetti. *Reflexões sobre o dever de fundamentação das decisões judiciais e a imparcialidade judicial: “o que falar quer dizer” e o que dizer não quer falar?* *Amazon’s Research and Environmental Law*, Ariquemes, ano 3, n. 3, p. 107-130, set. 2015. <https://doi.org/10.14690/2317-8442.2015v33169>

CABRAL, Antônio. Imparcialidade e imparcialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 32, n. 149, p. 339-364, jul. 2007.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. *Derecho procesal civil y penal: principios del proceso penal*. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971.

CARVALHO, Saulo de. *O papel dos atores no sistema penal na era do punitivismo*. O exemplo privilegiado da aplicação da pena. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CORDÓN MORENO, Faustino. *Las garantías constitucionales del proceso penal*. 2. ed. Navarra: Arazandi, SA, 2002.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios gerais do Direito Processual Penal Brasileiro*. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, ano 1, n. 1, p. 26-51, jul. 2001.

EYMERICH, Nicolau. *Directorium Inquisitorum: Manual dos Inquisidores: Escrito por Nicolau Eymerich em 1376, revisto e ampliado por Francisco de La Peña em 1578*. Rio de Janeiro: Rosa dos Ventos, Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1993.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Eliane Nassif. 8. ed. Campinas: Imprensa, 2006.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal*. Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. Casas da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF. Porto Alegre: Atlas. 2. ed., 2015.

GIACOMOLLI, Nereu José; DUARTE, Liza Bastos. O mito da neutralidade na motivação das decisões judiciais: aspectos epistemológicos. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano 33, n. 102, p. 288-307, jun. 2006.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

GOLDSCHMIDT, Werner. *La imparcialidad como principio básico del proceso: la partialidad y la parcialidade*. Madrid: Gráfica Clemares, 1950.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do Juiz no processo penal acusatório. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 95, n. 347, p. 72-79, jul./set. 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As Nulidades do Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

KENNEDY, Duncan. *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Bogotá: Universidad de Los Andes, 1998.

LARENZ, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1994.

LEONE, Giovanni. *Come si svolge un processo penale*. Torino: ERI, 1967.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JR., Aury. (Re)pensando os sistemas processuais penais em democracia: a estafa do tradicional problema inquisitório x acusatório. *Boletim Informativo IBRASPP*, São Paulo, ano 03, n. 05, p. 17-18, fev. 2013.

LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2015.

MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processo penal*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MARINHO MARQUES, Leonardo Augusto. Inquisitório versus acusatório: não vamos superar a dualidade sem demarcá-la. *Boletim Informativo IBRASPP*, São Paulo, ano 03, n. 04, p. 9-10, jan. 2013.

MAYA, André Machado. *Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito*. In: Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 1988.

NALINI, José Renator. Humildade do juiz. Disponível em: <<http://portal.tjro.jus.br/documents/18/24335/A+HUMILDADE+DO+JUIZ.pdf>>. Acesso em: 06 de fev. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. A imparcialidade do juiz criminal enquanto ausência de causas de impedimento ou de suspeição. *Direito e Justiça*, Porto Alegre, ano 39, n.1, p. 116-220, jan./jun. 2013.

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. A imparcialidade do juiz no processo penal brasileiro. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano 34, n. 108, p-116-120, dez. 2007.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RITER, Ruiz. *Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*. 2016. 196f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016.

URARI, Marcelo Fernandez Cardillo de Moraes. *Modos de obtenção do convencimento do julgador: análise dos sistemas processuais penais*. 2009. 173f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Poder Judiciário: Crises acertos e desacertos*. Tradução: Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

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

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

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

- *Fábio Agne Fayet:* levantamento bibliográfico, revisão bibliográfica, revisão crítica com contribuições substanciais, aprovação da versão final.
- *Roberta Eggert Poll:* projeto e esboço inicial, levantamento bibliográfico, revisão bibliográfica, redação, revisão crítica com contribuições substanciais, aprovação da versão final.

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

### Dados do processo editorial

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

- Recebido em: 07/04/2018
- Controle preliminar e verificação de plágio: 08/04/2018
- Avaliação 1: 12/04/2018
- Avaliação 2: 22/04/2018
- Avaliação 3: 23/04/2018
- Decisão editorial preliminar: 02/05/2018
- Retorno rodada de correções 1: 10/10/2018
- Decisão editorial final: 20/05/2018

### Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editora-associada: 1 (LBW)
- Editor-assistente: 1 (TACJ)
- Revisores: 3

### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

FAYET, Fábio Agne; POLL, Roberta Eggert. Ânimo persecutório do magistrado: a quebra do dever de imparcialidade e sucessivas decisões contrárias ao direito à prova defensiva. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 645-667, mai./ago. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i2.143>



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



# A centralidade do júízo oral no Sistema Acusatório: uma visão estratégica acerca do caso penal

*The oral trial centrality in the Accusatory System:  
a strategic view of criminal case*

**Raphael Jorge de Castilho Barilli<sup>1</sup>**

Universidade Federal do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ

raphaelbarilli@yahoo.com

 <http://lattes.cnpq.br/0897287459205783>

 <http://orcid.org/0000-0002-9987-5119>

---

**RESUMO:** O presente artigo visa a debater a questão da oralidade como centro metodológico do sistema acusatório, indicando um formato de administração da justiça pautado no litígio. Para isso, buscou-se apontar que a forma processual escrita, que por muito tempo se colocou como o formato ideal de processo, apresenta-se insuficiente diante da notável influência de elementos diversos, insusceptíveis de apropriação formal, que influenciam no resultado do caso. Neste contexto de litigância oral, é necessário questionar: Há estratégia na apresentação dos elementos no debate oral? Como a noção de estratégia no litígio penal é vista pela comunidade jurídica? Em que momentos do processo essa atuação estratégica deve se implementar? Essas e outras questões serão enfrentadas neste trabalho, que tem como metodologia a investigação teórica de literatura referente a este novo marco teórico, concluindo que a noção de estratégia é uma decorrência natural do novo paradigma processual. Ademais, esta nova forma de pensar o processo é vista como tendência no contexto de reforma processual penal da América Latina ocorrido nas últimas décadas, que busca superar as matrizes inquisitivas do processo, afirmando um sistema acusatório de tendência adversarial verdadeiramente democrático.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito na Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes - UCAM. Delegado de Polícia do Estado do Rio de Janeiro.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Processual; Sistema acusatório adversarial; Litigância oral; Estratégia processual.

**ABSTRACT:** *This paper aims to discuss the orality as the methodological center of the accusatory system, indicating an administration of justice format based on the case. To this end, we seek to point out that the written process form, which for a long time has been placed as the ideal process format, is insufficient due to the notable influence of diverse elements, which cannot be formally appropriated, influencing the outcome of the case. In this context of oral litigation, it is necessary to ask: Is there a strategy for presenting the elements in the oral debate? How is the notion of strategy in criminal litigation seen by the law community? At what moments in the process should this strategic action be implemented? These and other issues will be addressed in this exhibition, which has as methodology the theoretical investigation of literature regarding this new framework, concluding that the notion of strategy is a natural consequence of the new procedural paradigm. In addition, this modern thinking process is seen as a trend in the context of criminal procedural reform in Latin America in the last decades, which seeks to overcome the inquisitive nuances of the process, affirming an accusatory system of a truly democratic adversarial tendency.*

**KEYWORDS:** *Procedural law; adversarial accusatory system; Oral litigation; Procedural strategy.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. O paradigma processual da gestão do conflito jurídico-penal, 2. Gestão de conflito e o tema da verdade no processo, 3. A centralidade do juízo oral no sistema acusatório, 4. A incorporação da visão estratégica no processo penal; Considerações finais; Referências bibliográficas.

---

## INTRODUÇÃO

“O que não está nos autos não está no mundo” é um conhecido brocado do Direito que representa uma busca incessante pela superioridade da razão, refletindo a postura científica positivista dominante no início do século passado, preocupada com a sistematização e regulação

dos fenômenos sociais de forma objetiva tal como as ciências da natureza.<sup>2</sup> É neste contexto que todo aparato de resolução de conflitos do Estado se organiza, tendo a burocratização e a escrituração do processo como forma de assegurar que a resolução das causas fosse pautada acima de tudo pela razão, excluindo dos autos, que seria o *mundo do processo*, qualquer coisa que não fosse objetivamente considerada.<sup>3</sup>

Todavia, não é difícil compreender a impossibilidade que um conjunto de papéis terá em expressar todas as particularidades que envolvem um conflito, especialmente um litígio penal. Desse modo, as partes envolvidas no processo frequentemente se utilizam de elementos que não são escritos para desenvolver suas argumentações e conclusões, como por exemplo a postura do réu em audiência, se demonstra ou não emoção, ou o estereótipo de um jurado na formação do conselho de sentença, e isto reflete na decisão do juiz, que, por mais dedicado que seja, jamais conseguirá expressar todo o seu convencimento em uma sentença, permanecendo sempre uma parcela no que se convencionou chamar de *convicção íntima*.<sup>4</sup>

É neste sentido que a oralidade ganha extrema relevância no sistema acusatório, não como mera característica do processo, mas sim como verdadeiro centro metodológico que ordena e condiciona a atuação processual. Ou seja, uma vez que a resolução do conflito será pautada pelo diálogo entre as partes, sendo certo que essa interação traz elementos que são insusceptíveis de plena escrituração nos autos, é necessária a afirmação de um espaço eficaz que proporcione, além da compreensão da causa, o debate acerca dos fatos e provas produzidas.<sup>5</sup>

Apesar da importância do juízo oral, quando observada na prática a forma com que o processo é desenvolvido nos tribunais, constata-se uma séria resistência nesse sentido,<sup>6</sup> o que produz um déficit de oralidade,

---

<sup>2</sup> WEBER, Max. *Metodologia das Ciências Sociais*. São Paulo, Campinas: Unicamp, 1993. p. 109.

<sup>3</sup> PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 157.

<sup>4</sup> HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*. Barcelona: Bosh, 1984. p. 145.

<sup>5</sup> PRADO, Geraldo. *Ob. cit.*, p. 155.

<sup>6</sup> CHOUKR, Fauzi H. *Iniciação ao processo penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 348.

resquício da mentalidade inquisitiva que prima pela busca da verdade através da escrituração.<sup>7</sup> Nesta esteira, cada vez mais as audiências se comprimem em pautas superlotadas e que se realizam de forma açodada; dividem-se as audiências em conjuntos de atos, perdendo-se a unidade e imediação com o julgador da causa; sustenta-se cada vez mais a desnecessidade da presença física do réu em virtude dos custos e riscos inerentes ao transporte de presos; limita-se o contato da defesa técnica com o acusado a alguns poucos minutos entre outras mazelas que evidenciam que o nosso sistema de justiça criminal está muito longe da essência acusatória pretendida.

É neste sentido que buscamos afirmar a oralidade como verdadeiro centro metodológico do processo, desafiando a estrutura atualmente concebida. Para isso, será necessário tratar do paradigma processual da gestão de conflitos que ressalta a resolução do conflito de interesses como fim principal do processo, de modo que todos os seus institutos acabam por se conformar a essa nova realidade. O tratamento da verdade ganha contornos especiais sob essa ótica, passando de uma concepção filosófica de verdade material para uma acepção formal, que assume a sua relatividade.

Ademais, a atuação em um processo pautado por um júízo oral demanda um comportamento diferenciado das partes que necessariamente passa pela compreensão e definição de uma estratégia de como apresentar os fatos, as evidências e demais elementos de convicção. Desta maneira, surgem alguns questionamentos que precisam ser enfrentados: Como é vista a atuação estratégica nos litígios penais? Promover a estratégia é diminuir o compromisso com a verdade? Somente no júízo oral é que se desenvolve a atuação estratégica ou também em outros momentos processuais?

Não se pretende esgotar o tema da importância do júízo oral e a conseqüente atuação estratégica no processo, visto que se trata de um objeto muito rico e instigante. Todavia, urge a necessidade de se

---

<sup>7</sup> BINDER, Alberto. Fundamentos para a reforma da justiça penal. In: GOSTINSK, Aline; GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel; PRADO, Geraldo (org.). *Coleção Reflexões sobre a reforma da justiça penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017., p. 33.

debater as bases do processo penal e, em especial do sistema acusatório, para além da velha temática dos conceitos e características, buscando, assim, reforçar o princípio acusatório e, acima de tudo, contribuir com o fortalecimento do pensamento reformista no processo penal que vem se operando paulatinamente na América Latina.

## 1. O PARADIGMA PROCESSUAL DA GESTÃO DO CONFLITO JURÍDICO-PENAL

O processo penal há muito tempo é visto como um meio para a imposição de uma sanção, se colocando como o caminho necessário que condiciona o poder punitivo à observância de uma série de regras que compõem o devido processo penal. Desta forma, a instituição do processo como garantia visa a concebê-lo como o único meio legítimo para a satisfação da pretensão acusatória e a imposição de pena, conformando todo o tratamento do processo a este fim.<sup>8</sup>

Contudo, o erro não está em tratar o processo como marco para imposição de pena, mas em considerá-lo como a única finalidade, ou simplesmente a mais importante.<sup>9</sup> Na realidade, a utilização do processo centrada no estrito cumprimento da lei acaba por esquecer que neste se encerra, além do conflito em relação à sociedade, objeto de consideração pública, um outro conflito de natureza particular entre a vítima e o autor do fato.<sup>10</sup>

Dessa maneira, o processo possui como finalidade também a resolução do conflito, pressupondo que o delito, como qualquer problema jurídico, gera um conflito de interesses entre as partes envolvidas. De um lado observa-se a vítima com interesse de que se imponha uma sanção correspondente ao fato e, especialmente, que se reparem os danos e prejuízos sofridos, e do outro lado estará o suposto autor do fato, que terá interesse em ser declarado inocente ou mesmo receber uma punição atenuada.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2014. p.35.

<sup>9</sup> BINDER, Alberto. *Ob. cit.*, p.13.

<sup>10</sup> BENAVENTE CHORRES, Hesbert. *La aplicación de la teoría del caso y la teoría del delito en el proceso penal acusatorio*. Barcelona: Bosh, 2011. p. 32.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

É neste sentido que se propõe uma mudança de mentalidade processual, pautada pelo paradigma processual da gestão de conflitos, que implica ver o delito como um conflito de interesses, convocando, desta forma, as partes a atuarem no processo, ficando o juiz encarregado do controle e julgamento final.<sup>12</sup>

Em verdade, sob a perspectiva punitivista, réu e vítima sempre tiveram uma posição diminuída diante do litígio jurídico-penal, funcionando basicamente como fonte de prova, uma vez que esta concepção, formada majoritariamente sob bases inquisitivas e autoritárias, tinha seu compromisso firmado com a produção da verdade histórica, o que levava à ênfase das instituições e dos meios probatórios, transformando o processo basicamente em um instrumento público de verificação da verdade.<sup>13</sup> Desta forma, o processo se desenvolvia longe das partes do conflito, com iniciativas oficiosas, correndo através de procedimentos sigilosos e escriturais, onde qualquer debate ou diálogo era meramente acidental, e na maioria das vezes evitado, já que poderia representar uma distração desnecessária, tornando sem sentido o conceito de parte.<sup>14</sup>

E o principal argumento para instauração desse modelo foi justamente a insuficiência da atividade das partes, que levava a uma suposta impunidade.<sup>15</sup> Em razão disso, pretendeu-se o desenvolvimento do processo sob a perspectiva epistemológica inquisitiva a pretexto de ser mais eficiente em relação à produção da verdade, pois pautava-se em uma suposta *superioridade moral* do juiz,<sup>16</sup> que seria o sujeito desinteressado e mais capaz de, gerindo a iniciativa probatória, desvendar os fatos chegando o mais próximo possível da verdade real.

<sup>12</sup> BINDER, Alberto. Prólogo. In: MORENO HOLMAN, Leonardo. *Teoría del caso*. Buenos Aires: Didot, 2012. p.15.

<sup>13</sup> LANGER, Máximo. La dictomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona, In: MAIER, Julio B. J. (org.). *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005. p. 117

<sup>14</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Papel do Novo Juiz no Processo Penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Crítica à Teoria Geral do Processo Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 23.

<sup>15</sup> LOPES JR., Aury. *Ob. Cit.*, p. 97.

<sup>16</sup> BINDER, Alberto. *Ob. cit.*, p.14.

Todavia, essa formulação se pautava em considerações filosóficas e teóricas equivocadas, levando à inconsistência desse modelo processual sob sua forma pura. Dentre elas, destaca-se, portanto, o conceito de verdade histórica absoluta como algo possível e a noção de superioridade moral do juiz. Não se pretende esgotar o tema nessa breve exposição, mas tão somente enunciar os seus principais aspectos, reforçando as conclusões que serão propostas.

Em primeiro lugar, o conceito de verdade tratado pela epistemologia inquisitiva pautava-se em uma verdade substancial ou material, ensejando a noção de verdade absoluta que fosse igualmente compreendida em relação aos sujeitos envolvidos. Desta forma, por ser um procedimento técnico e objetivo, entendia-se que a missão do processo seria encontrar esta verdade histórica ocorrida no passado, e para isto, dispensava-se a aplicação de regras e limites processuais.<sup>17</sup>

Contudo, esta noção unívoca de verdade *absoluta*, *certa* ou *objetiva* não é possível, representando, de fato, um ideal inalcançável. Nem mesmo as teorias científicas de outras áreas mais objetivas do conhecimento humano possibilitam concluir que o resultado da atividade é verdadeiro de modo a garantir a inexistência de proposições falsas, visto que uma tendência inafastável da evolução científica é a superação por teorias ou hipóteses contraditórias que problematizarão as conclusões anteriores de modo a torná-las ultrapassadas.<sup>18</sup>

É como ensina Taruffo:

De fato, a ideia de uma verdade absoluta pode ser uma hipótese abstrata em um contexto filosófico amplo; entretanto, não se pode sustentar racionalmente que uma verdade absoluta possa ou deva ser estabelecida em qualquer domínio do conhecimento humano, tampouco no contexto judicial. Mesmo ciências rígidas como as físicas e as matemáticas não pretendem ser capazes de alcançar verdades absolutas; de fato, a ideia de uma verdade absoluta parece pertencer somente aos domínios da religião e da metafísica. Em verdade, em todo contexto do conhecimento científico e empírico,

---

<sup>17</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 37.

<sup>18</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Ob. Cit.*, p. 42.

incluído o dos processos judiciais, a verdade é relativa. Na melhor das hipóteses, a ideia geral da verdade pode ser concebida como uma espécie de «ideal regulador», ou seja, como um ponto de referência teórico que se deve seguir a fim de orientar a empresa do conhecimento na experiência real do mundo.<sup>19</sup>

Deste modo, diante da impossibilidade da noção de verdade como algo absoluto, ocorre uma notável degeneração das proposições em juízos de valor, amplamente arbitrários, gerando um *decisionismo* não cognitivo, mas sim potestativo por parte do juiz. Ou seja, a decisão, ao invés de se pautar em uma verdade empírica, baseada em fatos e provas, controlável intersubjetivamente pelas partes por meio de *standards* objetivos,<sup>20</sup> passa a ser pautada no convencimento íntimo e subjetivo do juiz, frequentemente fazendo alusão a elementos abstratos como a qualidade pessoal do réu e sua periculosidade social.<sup>21</sup>

Aliado a isto, diversas violações a direitos eram observadas em nome dessa busca da verdade, tendo em vista que a presença de regras e controles rígidos representava obstáculo ao fim processual.<sup>22</sup> Nesse sentido, o processo transformava-se em verdadeira inquisição, sendo a prova penal gerida basicamente por decisionismos, levando à diversas arbitrariedades em nome do resultado do processo, o que levou o sistema inquisitivo a ser conhecido pela sua expressiva faceta de violação a direitos.

Em segundo lugar, uma outra concepção dominante era o fato de que se creditava ao juiz uma nítida superioridade moral, considerando-o o sujeito mais capacitado para alcançar a verdade histórica.<sup>23</sup> E isto se dava basicamente pela crença de que o juiz, por ser um representante do Estado, seria um sujeito desinteressado em relação ao conflito, livre de qualquer relação subjetiva com o caso, devendo, portanto, gerir as provas longe do contraditório para alcançar a verdade.

<sup>19</sup> TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 25-26.

<sup>20</sup> KNIJNIK, Danilo. *Prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 16.

<sup>21</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Ob. Cit.*, p. 37.

<sup>22</sup> KHALED, Salah H. *A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial*. Minas Gerais: Letramento: Casa do Direito, 2016. p. 73.

<sup>23</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Ob. cit.*, p. 23

Todavia, esta imagem do juiz como investigador imparcial é absolutamente ingênua, pois, como em qualquer investigação empírica, a atuação do juiz será sempre seletiva, orientada por pontos de vista e interesses morais, políticos e éticos do próprio investigador, levando-o a analisar determinadas hipóteses em detrimento de outras.<sup>24</sup> Basta que pensemos no historiador que analisa os fatos segundo os seus interesses historiográficos e, por mais que utilize um determinado critério objetivo de seleção, certamente acabará por privilegiar determinadas fontes históricas em detrimento de outras, chegando até mesmo a ignorar algumas, e somente a sua honestidade científica é que será capaz de formalizar essa parcialidade.<sup>25</sup>

Dessa forma, é impossível conceber o juiz como um investigador imparcial dos fatos, pois a gestão das provas será sempre precedida de considerações psicológicas que conformarão a sua atuação e, conseqüentemente, implicarão no resultado do seu trabalho.<sup>26</sup>

Torna-se ainda mais perigosa a visão de imparcialidade na investigação dos fatos no processo judicial, visto que, diferentemente da história e outras ciências que são vocacionadas à superação das conclusões por trabalhos futuros, o trabalho do juiz é direcionado à imutabilidade, o que o torna um investigador exclusivo, diminuindo a sua capacidade de correção. Neste sentido, ensina Luigi Ferrajoli ao afirmar que “em decorrência disso, o erro judiciário, diversamente do erro historiográfico ou científico, jamais é fecundo, pois suas conseqüências são em grande parte irreparáveis, especialmente se são produzidas em prejuízo do acusado.”<sup>27</sup>

Sendo assim, o principal elemento que induzia a uma suposta superioridade moral do juiz para a investigação da verdade no processo cai por terra na medida em que se reconhece a inexistência de neutralidade na investigação empírica.

Nem mesmo sob a perspectiva institucional a ideia de superioridade do juiz seria viável. Isto porque a concepção do Direito pautado pela teoria interpretativa de Dworkin, que rompia com o positivismo,

---

<sup>24</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Ob. Cit.*, p. 47.

<sup>25</sup> HABERMAS, Junger. *Conhecimento e interesse*. Rio de Janeiro: Zahar, 1982. p. 216.

<sup>26</sup> PRADO, Geraldo. *Ob. cit.*, p. 137.

<sup>27</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Ob. Cit.*, p. 48.

depositando no juiz seu centro metodológico,<sup>28</sup> vem paulatinamente cedendo espaço a uma visão institucional que problematiza e questiona essa supremacia.

A visão interpretativa buscou agregar uma dimensão justificadora ao Direito, rompendo com a tradição descritiva do positivismo, para quem o Direito equivaleria à norma. Na visão de Dworkin, o Direito nasce de um processo de construção e justificação, propondo uma teoria mais completa, onde o juiz deixa de ser um mero aplicador para ser uma ferramenta de construção do Direito.<sup>29</sup>

Todavia, essa concepção se utiliza de uma visão romanceada do juiz, que Dworkin cunhou como *juiz Hércules*, como sendo o ideal de juiz a ser perseguido. Na verdade, essa visão interpretativa não assume uma dimensão prática consequencialista, que busque analisar questões institucionais relevantes para o processo decisório, como as capacidades institucionais dos agentes envolvidos, a realidade das instituições na prática entre outros, limitando-se a formar uma teoria do Direito ideal.<sup>30</sup>

É por isso que surgem, especialmente no Direito estadunidense, teorias institucionais que partem de uma perspectiva consequencialista do Direito,<sup>31</sup> propondo que em determinadas questões o Judiciário apresente certa deferência em relação a outros agentes institucionais quando estes apresentarem melhores condições de decidir, independentemente do que seria o melhor na teoria, como, por exemplo, agências reguladoras diante de questões técnicas. Não se está aqui buscando uma visão eminentemente pragmática, mas sim reforçando a ideia de que visões idealizadas das instituições do ponto de vista normativo não têm espaço na construção de um processo penal como um saber prático.<sup>32</sup>

<sup>28</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 109.

<sup>29</sup> SENS, Sheila C. da S. A teoria interpretativa de Dworkin: Um modelo construtivo. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. v. 16, n. 31, p.119-147, 2013. p. 4.

<sup>30</sup> VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: An institucional theory of legal interpretation*. London: Harvard University Press, 2006. p. 16.

<sup>31</sup> *Ibidem.*, p. 63.

<sup>32</sup> É neste sentido que alerta Binder: “O processo penal não pode ser visto somente como um conjunto de normas que regulam os atos processuais ou as faculdades das partes. (...) Nesse sentido, a justiça penal é um ‘universo de

Portanto, com essa breve exposição pretendeu-se demonstrar que o paradigma processual punitivo, concebido sob uma perspectiva inquisitiva, era pautado, dentre vários, em dois argumentos filosóficos que não se sustentam, quais sejam a concepção de verdade substancial absoluta e a superioridade moral do juiz. Entretanto, diante de todas essas críticas deve surgir o seguinte questionamento: Devemos pensar em deslegitimar a função do Estado de aplicação da pena? A resposta necessariamente deve ser não, visto que o processo representa importante limitação tanto ao Estado, quanto aos particulares, inibindo a imposição de pena de forma arbitrária.

Todavia o que se deve pensar é na utilização mais racional para o processo e sua função sancionadora, que passa justamente pelo perigo latente de se considerar como a única ou a mais importante finalidade do processo. Como visto, essa visão punitivista tende a uma apologia do sistema inquisitivo, levando, entre outras coisas, a uma visão deturpada do conceito de verdade e à centralidade da figura do juiz. E isto sem mencionar que essa racionalidade punitiva tende a justificar qualquer tipo de processo onde a falta de respeito às garantias e aos direitos é a tônica dos sistemas de justiça penal dos Estados autoritários.<sup>33</sup>

Diante disso, exsurge o paradigma da gestão de conflitos pautado na segunda finalidade do processo, que é justamente resolução do conflito jurídico entre as partes. O delito, como qualquer problema jurídico, gera interesses entre as partes envolvidas, que devem assumir um papel de destaque no desenvolvimento do feito, de modo que qualquer utilização minimamente racional do processo deve passar pela afirmação do debate entre as partes, que são os maiores interessados na resolução da causa.<sup>34</sup>

---

práticas', orientado por sistemas normativos complexos. Essas práticas constituem os atos dos distintos sujeitos que participam do processo penal. (...) Não se trata de renunciar ao comprometimento central de construir um saber sobre o sentido das normas, mas sim de ter em conta de um modo amplo sua capacidade de gerar ou modificar práticas. Do que se trata é construir um saber prático com capacidade de influir sobre o mundo real da justiça penal (...)." (BINDER, Alberto. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2013, p. 38-40) (tradução livre).

<sup>33</sup> BENAVENTE CHORRES, Hesbert. *Ob. Cit.*, p. 30.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

Enquanto a concepção punitivista ignorava o debate,<sup>35</sup> centrando na figura do juiz todas as suas expectativas e anseios, a concepção da gestão de conflitos, ao contrário, convoca as partes para atuarem de forma dialética no processo, com respeito aos direitos e garantias fundamentais, contribuindo para a solução da causa.<sup>36</sup>

Note-se que a concepção da gestão de conflitos não ignora que o processo é destinado à aplicação de uma pena prevista em lei, nem busca excluir a atuação do Ministério Público como titular principal da persecução penal, entregando às partes a condução exclusiva do processo como uma espécie de retorno à sanção como vingança privada.<sup>37</sup> O que se pretende, pois, é afirmar o conflito como elemento central do delito e, por sua vez, do processo, o que enseja uma maior participação das partes envolvidas, que ostentarão um papel principal devendo construir, argumentar e fundamentar seus interesses, expectativas e pretensões, agregando elementos essenciais para que o juiz consiga julgar o caso.<sup>38</sup>

Essa noção acabará por impor uma maior coordenação entre Ministério Público<sup>39</sup> e vítima, já que seus interesses deverão ser consi-

<sup>35</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Prefácio. In: MALAN, Digo R. *Direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. xiii.

<sup>36</sup> CAVISE, Leonard L. The transition from the inquisitorial to the accusatorial system of trial procedure: Why some Latin American lawyers hesitate. Disponível em: <<http://biblioteca.cejamerica.org/bitstream/handle/2015/3622/cavise.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 20 jan. 2018. p. 45.

<sup>37</sup> A noção de processo penal como categoria autônoma pautado por critérios de justiça passa a interessar fortemente quando do fortalecimento do Estado na imposição da pena pública, desligando a vítima paulatinamente do manejo desta, transferindo essa atividade a um juiz imparcial. Como ensina Aury Lopes Jr., “a titularidade do direito de penar por parte do Estado surge no momento em que se suprime a vingança privada e se implantam os critérios de justiça. (...) À medida em que o Estado se fortalece, consciente dos perigos que encerra a autodefesa, assumirá o monopólio da justiça, produzindo-se não só a revisão da natureza contratual do processo, senão também a proibição expressa para os indivíduos de tomar a justiça por suas próprias mãos.” (LOPES JR., Aury. *Ob. Cit.*, p. 38).

<sup>38</sup> BENAVENTE CHORRES, Hesbert. *Ob. Cit.*, p. 33.

<sup>39</sup> Para este modelo, é essencial que o Ministério Público abandone a posição chamada de *tradicional*, forjada sob critérios inquisitivos, com uma suposta posição imparcial de controle da lei e da legalidade, agregada a funções consultivas, atuando de maneira uniforme em todos os casos, para adotar efetivamente uma posição de parte. Neste sentido, será fundamental a

derados na tomada de decisões acerca da persecução e sua participação valorizada ao longo de todo o processo. Ademais, levará, ao lado da pretensão de sanção, a uma maior aplicação do princípio da oportunidade e de saídas alternativas como a conciliação e acordos reparatórios que possuem assento tanto em relação à pretensão de reparação, quanto em princípios de política criminal relacionados à seleção de casos,<sup>40</sup> justiça restaurativa e solução consensual do conflito.<sup>41</sup>

Esta mudança de paradigma permite a consagração de um sistema verdadeiramente acusatório, tão mitigado quando pensado à luz da concepção punitivista, já que o objetivo era punir, sem importar como. Neste sentido, a acusatoriedade, centrada na separação das funções de acusar e julgar,<sup>42</sup> representava verdadeiro empecilho à função punitiva. Neste novo modelo acusatório, marcado pela tendência adversarial, o juiz identifica as expectativas das partes, que terão o papel de argumentar e fundamentar seus interesses e pretensões, devendo o juiz controlar o debate, vindo a emitir ao final uma decisão fundada no Direito.<sup>43</sup>

---

reconsideração das funções da persecução penal, promovendo uma maior integração com a polícia investigativa, decidindo de forma estratégica os casos que em serão concentrados os esforços, além de investir no mister de litigância processual. Sobre isso: DUCE, Mauricio; RIEGO, Cristián. *Desafios del Ministerio Público fiscal en América Latina*. Santiago de Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas CEJA, 2005, p. 62-63.

<sup>40</sup> “A razão central para esta mudança foi o reconhecimento de que os recursos materiais, humanos e financeiros (sempre limitados) não permitem processar e julgar com eficiência todos os casos. Diante disso, sob a ficção do princípio da legalidade processual, produziu-se uma seletividade natural das agências policiais, que faziam um filtro, mas sem critérios nem controle, pegando as obras mais toscas e de simples resolução como uma lógica de sobrevivência burocrática. É por isso que um processo acusatório se constrói sobre esta realidade e sugere a necessidade de dar um tratamento particular e distinto aos casos que permitam algum grau de acordo entre as partes. E, consequentemente, alocar os recursos do sistema aos casos cuja solução é obtida através da existência de juízo oral e público.” (RUA, Gonzalo; GONZALEZ, Leonel. As saídas alternativas ao processo penal na América Latina. Uma visão de sua regulamentação e propostas de mudança. *Revista Sistemas Judiciales*, Santiago de Chile, a. 16, n. 20. 2017, p. 99-124, p. 101-102) (tradução livre).

<sup>41</sup> BENAVENTE CHORRES, Hesbert. *Ob. Cit.* p. 33.

<sup>42</sup> BADARÓ, Gustavo H. *Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 98.

<sup>43</sup> BENAVENTE CHORRES, Hesbert. *Ibidem*.

Neste momento surge um questionamento importante para fins de adequação desta nova concepção: A estrutura adversarial permite que as partes afirmem qualquer tipo de versão, ainda que desligada dos fatos e provas? Ou seja, qual o critério epistêmico para conhecimento do conjunto probatório por parte do juiz? É isto que será enfrentado na sequência.

## 2. GESTÃO DE CONFLITO E O TEMA DA VERDADE NO PROCESSO

O modelo processual centrado sob a perspectiva do conflito tem no debate entre as partes o principal elemento para a solução da causa. Ou seja, caberá às partes promover os seus interesses e expectativas ao longo do processo, apresentando as provas e argumentações correspondentes, dando condições para que o juiz emita uma decisão ao final.

Entretanto, isso não representa uma permissão para que se promova considerações absurdas a respeito dos fatos, ou mesmo que se legitime a atuação desleal de tentar ludibriar o juiz com argumentos incompatíveis. Há, pois, uma vinculação do juiz ao substrato fático, estando impedido de julgar de forma dissociada da verdade, devendo, portanto, identificar as expectativas normativas das partes e, diante do diálogo, decidir com base no Direito.<sup>44</sup>

E isto se dá em razão da utilização da categoria de resolução de conflito pautada no objetivismo crítico<sup>45</sup> que postula uma noção cognoscitivista da prova. Para este modelo epistemológico, a prova é concebida como um instrumento de conhecimento, direcionada à verificação da verdade sobre os fatos controvertidos, e uma fonte de conhecimento, que, por ser indutivo e estar institucionalizado, sofre sérias limitações, permitindo um conhecimento meramente provável.<sup>46</sup>

---

<sup>44</sup> *Ibidem*.

<sup>45</sup> GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. *Quaestio facti*: Ensayos sobre prueba, causalidad y acción. Disponível em: <[http://www.academia.edu/24429680/Quaestio\\_facti\\_Ensayos\\_sobre\\_prueba\\_causalidad\\_y\\_acci%C3%B3n](http://www.academia.edu/24429680/Quaestio_facti_Ensayos_sobre_prueba_causalidad_y_acci%C3%B3n)>. Acessado em: 20 jan. 2018. p. 10.

<sup>46</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. La motivación de la prueba. In: BETEGÓN, Jerónimo, DE PÁRAMO, Juan Ramón, LAPORTA, Francisco J., SANCHÍS, Luis Prieto (org). *Constitución y derechos fundamentales*. Madrid: Secretaría General Técnica. Centro de estudios políticos y constitucionales. 2004. p. 773-794. p. 780.

Ou seja, o status de relatividade que se obtém através de investigações empíricas conduz à conclusão de que o processo só permite realizar um juízo aproximado do valor de verdade em relação ao resultado produzido, em termos de probabilidade. Todavia, isto não quer dizer que as conclusões assumidas pelo juiz não possuem um valor nesse sentido, já que as provas, segundo este modelo cognitivista, permitem o conhecimento da verdade, embora limitado.<sup>47</sup>

Sendo assim, reputa-se como objetivo do processo alcançar a verdade através do conhecimento, ainda que limitado, dos fatos, utilizando-se, para tanto, dos meios de prova disponíveis. Desta forma, se coloca como condição de justiça da decisão o fato de estar pautada em um juízo acerca da verdade dos fatos, embora se reconheça a limitação deste conjunto de elementos empíricos.<sup>48</sup>

Em contraposição a esse modelo há a epistemologia construtivista, que entende que a objetividade do conhecimento está relacionada a esquemas de pensamentos e juízos de valor, ou seja, a verdade, além de inacessível, estará sempre relacionada a contextos. Desta maneira, qualquer pretensão de averiguação da verdade sucumbe diante da função de resolução de conflito, não sendo necessário que a prova se oriente a averiguar a verdade, devendo ser utilizada como fonte de persuasão, orientando o julgador de modo a obter uma decisão favorável.<sup>49</sup>

Essa teoria indicada se vincula primariamente ao sistema do *adversarial system*, cuja principal finalidade do processo é justamente a resolução do conflito, entendendo-se a prova não como instrumento de verificação da verdade, mas sim como meio de persuasão. Ou seja, tende-se a pensar que em um processo de partes, a prova é entendida como meio de persuadir, compreendendo-se em termos práticos como instrumento tendente a obter uma decisão favorável.<sup>50</sup>

---

<sup>47</sup> BENAVENTE CHORRES, Hesbert. *La construcción de los interrogatorios desde la teoría del caso*. Barcelona: Bosh Editor, 2015. p. 22.

<sup>48</sup> BENAVENTE CHORRES, Hesbert. *La aplicación de la teoría del caso y la teoría del delito en el proceso penal acusatorio*. Barcelona: Bosh Editor, 2011. p. 32., p. 23.

<sup>49</sup> TARUFFO, Michele. Modelli di prova e di procedimento probatorio. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v.2, XLV, p. 420-448, 1990. p. 421.

<sup>50</sup> *Ibidem*.

Nesse sentido, estabelece-se uma relação intuitiva entre verdade e sistema inquisitivo de um lado, e resolução de conflitos e sistema adversarial de outro.<sup>51</sup> Assim, no primeiro haveria o compromisso com a verdade, porém com vistas à imposição de uma pena, desenvolvendo-se de forma autoritária, enquanto que no segundo haveria a busca na resolução do conflito de forma dialética, todavia pautada na persuasão, com a possibilidade de decisões desligadas da verdade.

Entretanto, a relação que se quis estabelecer é equivocada quando colocada em termos absolutos, dando a entender que em um processo pautado na resolução de conflitos seria impassível de adoção de critérios de verdade formal, quando de fato não há qualquer empecilho neste sentido. É como ensina Benavente Chorres ao apontar que “a suposta tensão indissolúvel entre averiguar a verdade e resolver o conflito está mal colocada (...). Neste sentido, é perfeitamente plausível falar da provisão de resoluções baseadas em determinações tendencialmente verdadeiras em torno dos fatos”.<sup>52</sup>

A noção de verdade não deve ser transformada em algo pejorativo pelo simples fato de se associar primariamente à concepção inquisitiva, justamente porque esta correlação não é peremptória. Muito pelo contrário, a ideia de verdade, ainda que limitada, subjaz uma questão de justiça da decisão, devendo estar presente no processo sob a perspectiva do conflito. Como ensina Taruffo, “uma justiça não arbitrária deve basear-se em alguma medida na verdade, isto é, em juízos sujeitos à verificação empírica; (...) uma justiça sem verdade equivale a um sistema de arbitrariedade em que não existem garantias substanciais nem processuais.”<sup>53</sup>

Sendo assim, o paradigma da gestão do conflito promove uma visão acusatória com tendência adversarial, pois enxerga o processo diante da função de resolução do conflito, convocando as partes para que defendam em juízo os seus interesses, permanecendo o juiz com uma função de árbitro do debate e julgador final. Todavia, a versão que as partes apresentarão no diálogo não poderá ser completamente dissociada de credibilidade segundo os fatos e provas, visto que o modelo de conhecimento da prova

<sup>51</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Editorial Trota, 2002. p. 42.

<sup>52</sup> BENAVENTE CHORRES, Heshbert. *La construcción de los interrogatorios desde la teoría del caso*. Barcelona: Bosh Editor, 2015, p. 23 (tradução livre).

<sup>53</sup> TARUFFO, Michele. *Ob. Cit.*, p. 69 (tradução livre).

não se pauta pela simples persuasão, mas sim pelo conhecimento objetivista crítico que busca tratar a prova como fonte de conhecimento de uma verdade provável. Desta maneira, é condição de justiça da decisão que esta esteja pautada em uma verdade formal faticamente verificável.

Estabelecidas tais premissas, cumpre-nos tratar agora da forma com que o debate deverá ser desenvolvido ao longo do processo. Uma vez que a resolução do conflito passa pelo diálogo, é necessário que o processo ofereça um ambiente favorável, que garanta a interlocução de forma efetiva, e somente o juízo oral será suficiente para permitir esta interação.

### **3. A CENTRALIDADE DO JUÍZO ORAL NO SISTEMA ACUSATÓRIO**

Por muito tempo a doutrina concebia como sistema acusatório todo sistema processual que enxergasse o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, que teria o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção.<sup>54</sup> Dessa forma, a grande preocupação desse sistema processual seria em resguardar a imparcialidade do juiz, afastando-o de qualquer atividade das partes, em especial da gestão da prova, mantendo-se uma equidistância como condição de julgamento.<sup>55</sup>

Entretanto, conforme deixou-se transparecer na introdução deste trabalho, a oralidade não se apresenta como simples característica do sistema acusatório, que recomendaria o predomínio de atos processuais na forma oral, mas sim representa o verdadeiro centro metodológico do processo que condiciona toda a atuação processual, desde a fase de investigação até o julgamento recursal. É neste sentido que se afirma que o princípio acusatório não sobrevive em modelos de justiça criminal pautados pela escrituração,<sup>56</sup> justamente porque a oralidade não é uma opção, mas sim a própria base da estrutura processual.<sup>57</sup>

---

<sup>54</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Ob. Cit.*, p. 450.

<sup>55</sup> LOPES JR., Aury. *Ob. Cit.*, p. 96.

<sup>56</sup> PRADO, Geraldo. *Ob. cit.*, p. 153.

<sup>57</sup> “(...) Todos os modelos acusatórios comparados insistem em instalar o juízo oral como etapa central do procedimento penal, negando valor probatório

Ora, se a resolução do conflito é pautada no diálogo entre as partes, somente em um debate oral é que se observará a sua máxima potencialidade e isso não é muito difícil de se compreender se transportarmos para a nossa vida particular. Quantas vezes já recebemos um *email* ou mensagem de texto onde não compreendemos muito bem o tom utilizado pelo remetente? A linguagem não verbal é extremamente importante para entendermos o contexto da mensagem enviada. Desta forma, a questão é que um diálogo só pode ser considerado verdadeiramente pleno se realizado de forma oral e na presença das partes.

É neste sentido que a oralidade pressupõe a criação de um ambiente propício ao debate, que se traduz na formação de um juízo oral que deve observar, dentre várias, algumas características.

Em primeiro lugar, haverá a predominância da palavra falada, pois como dito, os atos de escrituração não são suficientes para externar todos os nuances do diálogo. Sendo assim, ultrapassada uma primeira fase postulatória, onde invariavelmente haverá a necessidade de juntada de petições e documentos tendentes a preparar o processo para o debate, as etapas que se seguem deverão ser todas travadas em audiências orais, divididas quanto à matéria.<sup>58</sup>

Primeiramente uma audiência de conciliação, onde as partes tentarão firmar algum acordo processual para evitar o litígio, nos casos

---

aos antecedentes recolhidos pelo fiscal durante a investigação e resguardando a audiência principal com um conjunto de garantias. Em um modelo acusatório, o processo penal é o juízo oral.” (DUCE, Maurício; BAYTELMAN, Andrés. *Litigación penal y juicio oral*. Quito: Fondo Justicia e Sociedad. Fundación Esquel – USAID, 2004, p. 16) (tradução livre).

<sup>58</sup> Em um sistema de audiências orais, é essencial limitar o contato do juiz com os documentos e informações produzidas na fase da investigação, buscando preservar a sua dimensão intelectual imparcial diante do conflito. É por isso que diversos países que adotaram o sistema acusatório de tendência adversarial investiram na figura do *juiz de garantias*, responsável pela atuação judicante na fase pré-processual. Sobre isso: MAYA, André Machado. O juiz de garantias no Brasil e nos países latino-americanos: Semelhanças e diferenças determinantes à estruturação democrática do sistema de justiça criminal. In: GOZÁLEZ POSTIGO, Leonel (org). *Desafiando a aquisição*: Ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil. Santiago de Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas – CEJA, 2017, p. 277-291, p. 280.

permitidos pela lei; logo após uma audiência de controle de acusação,<sup>59</sup> onde as partes irão debater exclusivamente quanto aos elementos e condições para o recebimento da acusação; após, uma audiência preparatória onde serão resolvidos pontos específicos relacionados à questões incidentais, como a definição dos meios de prova, eventual corpo de jurados entre outros; e por fim uma audiência de instrução e julgamento, que permitirá essencialmente o debate central com a apresentação das versões formuladas pelas partes.

Note-se que, independentemente do formato procedimental que será adotado em cada ordenamento, a grande questão é garantir que todo o substrato empírico de fatos e provas seja produzido em audiências orais, ainda que relativo à questões incidentais, de modo que as etapas escriturais sejam unicamente preparatórias, cumpridoras de formalidades. Sendo assim, do que adianta afirmar a oralidade como característica do processo se o recurso de apelação contra a decisão nos tribunais não permite o acesso efetivo das partes? A oralização do julgamento dos recursos com debates em segunda instância para além da leitura dos relatórios e tempos escassos de sustentação é uma necessidade premente para vencer as chamadas *falsas oralidades*.<sup>60</sup>

É nesse sentido que Binder ensina:

Atualmente, a adoção sem ambiguidades do julgamento oral e público, a utilização em massa da oralidade e publicidade em audiências preliminares (iniciais, incidentais, conciliatórias, de controle geral, de controle de acusação e etc.), bem como a

---

<sup>59</sup> O sistema acusatório de tradição democrática demanda a afirmação de uma estrutura trifásica, possuindo como etapa intermediária entre a investigação criminal e a instrução processual, uma etapa de controle de admissibilidade da acusação, realizada em juízo oral. Sobre isso: PEÑARANDA LÓPEZ, Antonio. *El proceso penal en España, Francia, Inglaterra y Estados Unidos: descripción y terminología*. Granada: Comares, 2011, p. 37-42.

<sup>60</sup> Conceito introduzido por Binder para se reportar às diversas roupagens assumidas pelos sistemas inquisitivos, que adotavam mecanismos processuais de essência acusatória de forma distorcida. BINDER, Alberto. Fundamentos para a reforma da justiça penal. In: GOSTINSK, Aline, GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel, PRADO, Geraldo (org.). *Coleção Reflexões sobre a reforma da justiça penal*. Trad. Augusto Jobim do Amaral. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 32.

oralização e incorporação do litígio no processamento recursal (e não o sacramental ‘relatório viva voz’) aparecem como as novas práticas com maior capacidade de abrir as brechas na fechada tradição inquisitorial.<sup>61</sup>

Desta forma, é necessário que a oralidade se perpetue para além da instrução, encontrando abrigo em todas as etapas do processo, pois, como visto, oralidade não é simplesmente oratória, mas sim construção do caso de forma oral.<sup>62</sup> Sendo assim, é necessário que as audiências se multipliquem em detrimento da escrituração, que terá um lugar reservado exclusivamente para o cumprimento de formalidades como a qualificação das partes, apresentação inicial da acusação entre outros.

Em segundo lugar, deverá haver a imediação da relação do juiz com as partes e meios de prova, somado à identidade física do julgador, garantindo-se que o debate seja travado na frente do juiz que irá julgar o caso e na presença constante das partes. Essas características evidenciam a necessidade de o julgador estar presente no momento das audiências, utilizando sua capacidade perceptiva em relação ao diálogo das partes, tendo, desta forma, condições de decidir ao final do processo.<sup>63</sup>

Não é exagero dizer que olhar nos olhos de uma pessoa pode nos dar uma percepção completamente diferente do que enxergá-la através de um relato escrito. Desta forma, a presença do juiz e das partes durante a produção de todas as provas em audiência oferece uma gama de percepções que são impassíveis de obtenção de outra forma. É por isso que a presença do réu não pode ser excepcionada por argumentos vagos e imprecisos, assim como a realização de atos por videoconferência não pode ser banalizada. Essas e outras realidades podem alterar profundamente a percepção que se quer fomentar na construção do caso.<sup>64</sup>

---

<sup>61</sup> BINDER, Alberto. *Ob. Cit.*, p. 34.

<sup>62</sup> CHOUKR, Fauzi. Hassan. *Ob. Cit.*, p. 668.

<sup>63</sup> PRADO, Geraldo. *Ob. cit.*, p. 154.

<sup>64</sup> Sobre o interrogatório por videoconferência, expõe André Nicolitt: “Não se pode perder de vista a humanidade. Nenhuma máquina substituirá o conhecimento que se extrai do contato humano. Nenhuma relação através da máquina pode superar ou substituir a relação humana. Quando todos os setores da sociedade buscam a desumanização e o maior implemento da mecanização e maximização de resultados, a justiça, que é a maior das virtudes segundo

E por fim, a efetividade do diálogo depende da concentração dos atos no tempo, impedindo-se que haja a cisão da audiência em uma infinidade de eventos, dispersando-se a atenção das partes e, especialmente, do juiz, em relação aos pontos travados no debate.<sup>65</sup> Atualmente é possível enxergarmos uma tendência na divisão das audiências em uma multiplicidade de atos, muitas vezes separados por meses, o que leva a uma invariável degeneração do substrato do diálogo. Seria impossível exigir das partes e do juiz que mantivessem vívidas em suas mentes as impressões produzidas em audiência ocorrida meses atrás.

Dessa forma, a concentração dos atos permite que a prova mantenha de forma mais efetiva a sua virtualidade probatória, já que estará sendo produzida, confrontada e valorada na mesma oportunidade. Ademais, a reunião dos atos permite também um controle mais eficiente pelas partes, pois, se a um testemunho é dada uma valoração desproporcional pelo juiz, a indignação da parte será mais bem observada se realizada de forma imediata do que se feita dias depois.<sup>66</sup>

Sendo assim, após a enunciação das características do juízo oral, é possível observar que o modelo inquisitivo pautado na escrituração considerava desnecessário o contato do juiz com as partes e meios de prova, pois partia do pressuposto de que todo o conhecimento necessário estaria documentado nos autos, de forma técnica e objetiva. Sendo assim, como sustenta Geraldo Prado, “incensada pelo culto à razão, faz supor que este contato é desnecessário: afinal, o que a visão direta da audiência pode ministrar que já não esteja nos autos?”<sup>67</sup>

Essa era uma visão completamente distorcida do litígio penal e sua forma de decisão sob o ponto de vista democrático, pois, como dito, diante de um debate oral e pessoal, diversos são os elementos que interferem no convencimento do juiz e que são insusceptíveis de escrituração.

---

Aristóteles, deve dar o exemplo e chamar o homem à sua essência para mostrar que não podemos perder a nossa humanidade ou dela abrir mão.” (NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 686).

<sup>65</sup> BINDER, Alberto. *Introdução ao direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 66.

<sup>66</sup> *Ibidem*.

<sup>67</sup> PRADO, Geraldo. *Ob. cit.*, p. 157.

A simples comoção de um réu no interrogatório pode representar o ponto divisor entre a absolvição e a condenação para um jurado no âmbito do júri, sem que isto apareça minimamente mencionado na decisão.

Nesta esteira, valemo-nos novamente de Geraldo Prado, que afirma:

A ênfase na oralidade como componente democrática do processo penal e elemento constitutivo do sistema acusatório tem a ver com o reconhecimento de que os métodos de aplicação do direito, ou melhor, de interpretação das regras jurídicas e de sua efetiva aplicação aos casos concretos, não abrangem toda a atividade intelectual do juiz quando sentencia. Os que conhecem a atividade de decidir têm clara a idéia de que a valoração dos fatos não se expressa de forma completa na sentença.<sup>68</sup>

Ademais, o juízo oral como base do sistema acusatório condiciona toda a atuação desenvolvida no processo, desde a investigação criminal até a fase recursal, ainda que não venha a de fato ocorrer uma audiência oral. E isto se dá porque, tendo em vista se tratar do espaço adequado para o desenvolvimento do debate, é o juízo oral que propicia as maiores chances de convencimento do juiz, representando verdadeiro direito das partes. Sendo assim, a mera eventualidade do juízo oral já condiciona como as partes deverão se portar antes, durante e depois deste, buscando elaborar suas estratégias de acordo.<sup>69</sup>

Neste sentido, ensinam Andrés Baytelman e Mauricio Duce:

Atual ou latente, o juízo oral é o coração de um sistema acusatório e, tanto nas causas que terminam através dele, como naquelas em que se trata apenas de mera eventualidade, determina o que em todas elas ocorre. Isso acontece porque o julgamento oral é sempre um direito do acusado e, conseqüentemente, este sempre poderá rejeitar qualquer outra fórmula, através da qual o sistema pretenda restringir seus direitos constitucionais. Então, todos os atores, em todas as

<sup>68</sup> PRADO, Geraldo. *Ob. cit.*, p. 155.

<sup>69</sup> MONTES CALDERÓN, Ana. JIMÉNEZ MONTES, Fernando. *Técnicas del Proceso Oral en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano*. Manual general para operadores jurídicos. Bogotá: USAID / Programa de Fortalecimiento y Acceso a la Justicia, 2005, p. 98.

etapas, deverão ter em mente que a eventualidade do julgamento é uma possibilidade sobre a qual ninguém além do acusado tem o controle final e, conseqüentemente, deverão organizar seu desempenho dentro do procedimento, como se cada causa pudesse eventualmente ir a juízo.<sup>70</sup>

Portanto, toda a atuação no processo tem como base o juízo oral. Os órgãos de persecução na fase da investigação e acusação formularão proposições fáticas e coletarão elementos de prova que sejam sustentáveis em um juízo oral futuro, ainda que este não venha a ocorrer.<sup>71</sup> Da mesma forma, a defesa em sua interação na fase de investigação ou mesmo na fase postulatória buscará construir uma versão que seja sustentável em um debate oral, visto que do que adianta qualificar uma testemunha na investigação que não poderá depor em audiência no processo em razão de um dever funcional de sigilo?

Ademais, essa perspectiva é importantíssima para fins de controle dos atos processuais, pois a iminência de um juízo oral onde um investigador poderá ser chamado a depor acerca de determinada irregularidade na investigação já é suficiente para coibir ou ao menos diminuir a incidência de tais práticas.<sup>72</sup> É por isso que a perspectiva do juízo oral funciona como verdadeiro direito fundamental das partes, sendo o único meio constitucionalmente possível de desenvolvimento do litígio penal que assegure com eficácia o direito das partes.<sup>73</sup>

A par da centralidade do juízo oral no sistema acusatório, torna-se necessário agora analisar o modo de agir estratégico que exsurge dessa nova realidade. Uma vez que o debate será travado de forma oral em audiência, é inevitável que a atuação das partes passe primeiramente por um

---

<sup>70</sup> BAYTELMAN, Andrés; DUCE, Mauricio. *Ob. cit.*, p. 16 (tradução livre).

<sup>71</sup> “O desenho e elaboração da estratégia para abordar um caso penal se faz tendo em conta a ocorrência de um juízo oral, que em muitos casos jamais chegará a realizar-se. Isto porque são precisamente seus padrões de admissibilidade, produção e valoração das provas e de fundamentação da sentença os que determinarão o agir dos litigantes, tanto na etapa de investigação do caso, como no próprio juízo em si.” (MORENO HOLMAN, Leonardo. *Ob. cit.*, p. 31) (tradução livre).

<sup>72</sup> MONTES CALDERÓN, Ana; JIMÉNEZ MONTES, Fernando. *Ob. cit.*, p. 18.

<sup>73</sup> BINDER, Alberto. *Ob. cit.*, p. 68.

estudo para que sejam potencializados os pontos positivos e minimizados os negativos. É isto que será tratado no tópico seguinte.

#### **4. A INCORPORAÇÃO DA VISÃO ESTRATÉGICA NO PROCESSO PENAL**

Para tratar da noção de estratégia como elemento essencial para o desenvolvimento do litígio penal é conveniente apresentar uma imagem muito comum na prática forense. Um advogado, público ou particular, realiza a entrevista privada com um cliente minutos antes de uma audiência preparatória após tomar conhecimento da acusação, informando a ele que naquele momento irá se limitar a negar as acusações de forma genérica. Iniciada a audiência, o juiz responsável passa a palavra à acusação que pergunta diretamente ao réu se seria culpado das imputações e o mesmo, contrariando as expectativas do advogado, lhe responde que sim.

Note-se que há na figura ilustrativa tratada acima, mais comum na prática do que se gostaria de admitir, mais do que uma falta de preparo do defensor, conclusão quase que intuitiva, mas sim uma falta de pensamento estratégico em relação ao processo. Ou seja, em nenhum momento o defensor buscou definir uma linha de desenvolvimento estratégico, ainda que parcial ou temporária, se limitando a pensar de forma imediata e formalista. Ainda mais grave, deixou de questionar e incorporar a visão do réu, maior interessado na causa, tornando a derrota processual iminente.

Sendo assim, quando se pensa em um processo que será desenvolvido a partir do diálogo entre as partes, sobretudo em audiências orais, a noção de estratégia decorre como uma conclusão imediata.<sup>74</sup>

O fato é que a noção de estratégia sempre incomodou a nossa cultura jurídica tradicional, pautada em uma noção inquisitiva de que o processo serviria como instrumento de apuração da verdade. Para essa concepção, como o juízo poderia ser uma questão estratégica? Ou o autor cometeu o fato ou não cometeu. A ideia de estratégia processual soava como algo pejorativo, sendo visto como uma forma de tentar ludibriar

---

<sup>74</sup> MORENO HOLMAN, *Ob. Cit.*, p. 31.

o juiz em sua missão de averiguação dos fatos.<sup>75</sup> O advogado estrategista era tido como um profissional antiético, que buscava mascarar a verdade induzindo testemunhas ou omitindo provas,<sup>76</sup> da mesma forma o investigador com noções de estratégia era logo associado a um profissional violador de direitos.

A grande questão é que, como visto, a verdade é relativa e reside no passado. Ainda que se trate de um caso simples, sempre existirão determinadas zonas de verdade que não se permitirão conhecer, tornando, desta forma, o juízo penal um conjunto de versões fragmentadas, parciais e distintas que apresentam, a seu modo, apenas uma faceta da verdade. Desta forma, a apresentação dessas versões demanda um emprego estratégico garantindo à parte que, com aquela visão da verdade, seja possível obter o êxito processual.<sup>77</sup>

Para a concepção inquisitiva, as provas eram tidas como elementos neutros que *falavam por si próprias*, cabendo ao juiz desvendar a verdade por de trás. Todavia, sob a perspectiva adversarial do conflito, as provas não falam absolutamente nada se dissociadas de uma versão ou de um contexto proposto.<sup>78</sup> Sendo assim, um revólver não passa de um revólver, de modo que essa informação não é suficiente para vinculá-lo a qualquer pretensão. Porém, ao contrário, se a apresentação desse elemento de prova

---

<sup>75</sup> BINDER, Alberto. La fuerza de la oralidad. 2012. Publicado por INECIP - Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales. Disponível em: <<http://inecip.org/wp-content/uploads/INECIP-Binder-La-fuerza-de-la-oralidad.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2018, p. 4

<sup>76</sup> Na concepção inquisitiva é comum conceber o advogado defensivo atuante como um obstáculo, frequentemente rechaçado por juízes, promotores e delegados, quando muito criminalizados. Sobre o tema, há importante reflexão de Geraldo Prado: “A incriminação da defesa criminal é ilegal. É também, fundamentalmente, uma violação ao estado de direito. Flerta com o autoritarismo e namora firme o moralismo salvacionista. É de se esperar que a justiça não lhe dê ouvidos... por outro lado não se deve negligenciar a pressão da comunicação social e os propósitos políticos ocultos que sempre estiveram a lhe inspirar.” (PRADO, Geraldo. *Obstrução da injustiça: a irrenunciável combatividade da defesa criminal*. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/10/25/obstrucao-de-injustica-irrenunciavel-combatividade-da-defesa-criminal/>>. Acesso em: 09 nov. 2017).

<sup>77</sup> BAYTELMAN, Andrés. DUCE, Mauricio. *Ob. cit.*, p. 30.

<sup>78</sup> MORENO HOLMAN, *Ob. Cit.*, p. 24.

é associado a um relato de que o revólver estaria na posse de determinada pessoa, somando-se outras provas que venham a suprir o *standard* exigido,<sup>79</sup> é possível dotá-la de carga probatória para, por exemplo, imputar um crime de porte ilegal de arma de fogo a determinada pessoa.

Neste sentido, quando se aponta que a forma de litigar em juízo passa por uma noção de estratégia, não se está defendendo uma receita para enganar o juízo a partir de versões cativantes, mas sim se defende que o tribunal tenha alguma chance de decidir o litígio com base nas informações sobre o que de fato aconteceu. Assim sendo, demanda-se das partes que apresentem versões suficientemente claras, coerentes e comprometidas com os fatos e provas, capazes de transmitir ao julgador a convicção de que se trata da versão mais fidedigna e que, desta forma, merece ser acolhida.<sup>80</sup>

É desta forma que a noção de estratégia exsurge como uma realidade diante da perspectiva do conflito. É como ensina Moreno Holman, “as técnicas de litigância são o melhor instrumento mediante o qual o litigante pode transmitir uma mensagem ao julgador de uma maneira eficiente e eficaz a fim de lograr na formação de sua convicção.”<sup>81</sup>

Assim sendo, pode-se dizer que a noção de estratégia processual não é exclusiva do sistema adversarial a ponto de ser incompatível com sistemas mistos, sendo uma realidade presente em qualquer sistema de justiça que congregue um mínimo de debate processual entre as partes. Estar minimamente preparado para o diálogo, antevendo perguntas ou preparando respostas, já representa uma dimensão básica de preparação metodológica para o caso, especialmente em um contexto de relações sociais e práticas criminais cada vez mais rebuscadas e complexas que tornam o emprego retórico dos elementos de prova quase que inevitável.

É importante ressaltar desde já que a noção de atuação adversarial, notadamente de forma estratégica, exige a afirmação de um equilíbrio entre as partes, de modo que a acusação e defesa deverão estar em

---

<sup>79</sup> NICOLITT, André; BARILLI, Raphael Jorge de Castilho. Standards de prova no Direito – debate sobre a súmula 70 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Boletim do IBCrim*, São Paulo, a. 26, n. 302, 2018, p. 6-9. p. 6.

<sup>80</sup> MONTES CALDERÓN, Ana; JIMÉNEZ MONTES, Fernando. *Ob. Cit.*, p. 99.

<sup>81</sup> MORENO HOLMAN, *Ob. Cit.*, p. 27. Tradução livre.

igualdade de condições para apresentarem suas versões. Nesse sentido, será imprescindível que o ordenamento processual disponha de regras voltadas à paridade de armas, evocada como premissa fundamental de um julgamento justo.<sup>82</sup>

Basicamente se pode dividir essas regras em duas grandes categorias jurídicas. De um lado estariam aquelas voltadas ao controle dos comportamentos processuais das partes e do juiz, ligadas às noções de ética e boa-fé, e de outro lado estariam as normas voltadas à legalidade das provas, chamadas no direito anglo-saxão de *exclusionary rules*.<sup>83</sup>

O chamado *Discovery* seria justamente a confluência dessas duas grandes categorias, buscando assegurar o equilíbrio entre as partes e a produção de um conhecimento válido do ponto de vista da verificabilidade com os fatos. Nesse sentido, as medidas de descoberta das fontes da prova buscam providenciar de forma eficaz que uma das partes tome conhecimento das provas que a outra pretende produzir e de como as obteve, podendo controlar sua legalidade, utilizando-as de forma adequada ao seu próprio relato.<sup>84</sup>

O funcionamento das regras de *Discovery* depende da estruturação do procedimento penal, devendo viabilizar o controle dialético pelas partes acerca da atividade probatória do adversário, além do destacado papel do juiz na fiscalização da regularidade procedimental, sem se arvorar na atividade probatória em si, de modo que a jurisdição seja concebida como tutela do ordenamento jurídico. A concepção de litigância estratégica depende, pois, da afirmação de um espaço digno onde as partes possam atuar de forma equilibrada e eticamente aceitável, contribuindo para a produção do conhecimento, sem que possa, portanto, ser associada a qualquer meio de atuação indevida que busque enganar o juiz ou afastá-lo da verdade.

Quanto ao momento de atuação estratégica, torna-se relativamente fácil enxergar a necessidade de desenvolvimento estratégico quando pensado

---

<sup>82</sup> PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 49.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 52.

<sup>84</sup> *Ibidem*, *idem*.

o juízo oral. A forma como uma testemunha será inquirida ou se determinada mídia eletrônica será ou não reproduzida diante do julgador demonstra a importância de se ter um pensamento estratégico durante a audiência, pois, por ser o centro do julgamento, um descuido sequer como o mencionado no exemplo inicial pode representar a derrota processual. Sendo assim, o momento da exposição oral é sem dúvida o epicentro de todo o planejamento.<sup>85</sup>

Entretanto, isso não quer dizer que não haja planejamento em outros momentos do processo. De fato, desde o primeiro contato com os autos, as partes devem estruturar a sua atuação por meio de considerações estratégicas, tendentes a determinado objetivo. Isto garantirá um melhor aproveitamento de cada etapa processual, elaborando-se as versões de forma cuidadosa, priorizando-se os pontos fortes e eliminando-se os pontos fracos, garantindo que a parte chegue mais bem preparada ao juízo oral.<sup>86</sup>

Ademais, essa necessidade torna-se ainda mais evidente em relação aos órgãos encarregados da persecução penal, posto que desde o primeiro momento da investigação criminal, iniciada seja por meio de uma prisão em flagrante, seja pela comunicação da vítima, o titular da investigação criminal deverá conduzir os atos de modo a viabilizar determinada versão sobre os fatos que será apresentada em um juízo oral futuro. Dessa forma, é possível que durante o inquérito haja diversas histórias possíveis, todavia, a medida em que a investigação venha a progredir, estas versões serão submetidas a testes de verificação e consistência, até que se chegue a uma hipótese mais provável.<sup>87</sup>

Sendo assim, a noção de estratégia é que irá conferir ao investigador, ou mesmo ao defensor em sua investigação privada, a compreensão de que se deve atuar desde o primeiro momento do litígio de maneira planejada, formulando-se as proposições fáticas de acordo com a história que se deseja contar, coletando-se os elementos de prova que corroborem a sua visão acerca do litígio. Sendo assim, a dinâmica do processo penal exige das partes que se passe por cada etapa processual com uma estratégia, desenho ou planejamento metodológico, aumentando-se, desta forma, as chances de êxito.<sup>88</sup>

---

<sup>85</sup> BENAVENTE CHORRES, Hesbert. *Ob. Cit.*, p. 81.

<sup>86</sup> MORENO HOLMAN, *Ob. Cit.*, p. 29.

<sup>87</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>88</sup> BENAVENTE CHORRES, Hesbert. *Ob. Cit.*, p. 393.

Como deixou-se transparecer, a versão do caso que será afirmada no processo não nasce pronta e acabada, carecendo de um desenvolvimento por meio de testes de verificação e consistência à medida em que os elementos de prova são coletados. Desta forma, se as investigações de um crime de homicídio apontam para determinado suspeito que durante a fase preliminar apresenta um álibi consistente que o retira da cena do crime, será necessário que o relato se modifique para, por exemplo, conceber uma possível autoria mediata, permitindo, desta forma, a sobrevivência do conjunto até então produzido.

É por isso que uma das principais características do pensamento estratégico no processo penal é a sua adaptabilidade, permitindo que se construa com base em elementos modificáveis segundo a evolução do caso, o que garantirá sua longevidade.<sup>89</sup> Ademais, é possível, inclusive, conceber-se mais de uma versão sobre o caso, revelando-se uma ou outra a depender do momento processual.

Neste sentido, ensina Kimberly A. Thomas:

Em outras palavras, a teoria do caso é fluida e contextual. Deve ser entendida como relevante no somente para o julgamento, mas também durante as negociações, fase preliminar e ainda no trabalho de transação. Ademais, uma determinada situação legal pode apresentar mais de uma “teoria do caso”. Acordos de barganha processual podem envolver uma teoria do caso baseada em temas acerca da culpabilidade e remorso, enquanto argumentações futuras em audiência podem desenvolver um tema de excesso policial, e após no julgamento pode-se focar em uma teoria do caso diferente que vise diminuir a culpabilidade do acusado. Advogados cuidadosos irão desenvolver cada teoria do caso com um olho nas demais que serão apresentadas durante o caso para evitar contradições que minem a credibilidade da teoria do caso. No entanto, dentro desta limitação, o advogado e seu cliente devem crer que cada estágio do processo tem um objetivo distinto e uma teoria do caso específica, e algumas vezes distinta deve ser desenvolvida para atingir cada objetivo. <sup>90</sup>

---

<sup>89</sup> MORENO HOLMAN, *Ob. Cit.*, p. 36.

<sup>90</sup> THOMAS, Kimberly A. Sentencing: Where Case Theory and the Client Meet. *Michigan, Clinical L. Rev.*, v. 15, n. 1, 2008, p. 187-210. p. 190 (tradução livre).

Particularmente em relação à defesa, duas recomendações são necessárias. Em primeiro lugar, a adaptabilidade nos parece ainda mais relevante quando pensamos na defesa, visto que muitas vezes busca-se adotar uma postura reativa, ou seja, priorizando reagir às investidas da acusação. Desta forma, é muito comum haver situações que possam surpreender o advogado defensivo, devendo estar sempre preparado para modificar o seu relato a medida em que tais situações ocorrem.<sup>91</sup>

Além disso, é fundamental que se incorpore à estratégia de defesa a visão do réu. Pois, apesar de parecer óbvio, muitas vezes os advogados de defesa simplesmente impõem a ideia que acham mais relevante acerca do caso sob o ponto de vista técnico sem ao menos considerar as expectativas do seu cliente, dando margem a situações como a cena retratada linhas atrás. Sendo assim, o diálogo franco entre advogado de defesa e cliente irá resultar em uma versão sobre o caso que reflita as pretensões técnicas do advogado, mas também as expectativas emocionais do cliente, ganhando em solidez e credibilidade.<sup>92</sup>

Por fim, cumpre ressaltar a necessidade de um desenvolvimento metodológico e estruturado no tratamento estratégico do processo. Por mais que muitas vezes apostemos no *faro* ou *intuição*, muito comum para advogados e investigadores experientes, nada substitui a organização quando o assunto é ação de resultado. Não só ajuda a minimizar os erros e ações desnecessárias, como também auxilia a aumentar o rendimento. É por isso que a atuação estratégica não pode ser deixada ao improviso, exigindo um desenvolvimento ordenado, com estrutura, constantemente avaliando riscos e resultados.

É como ensinam Andrés Baytelman e Mauricio Duce:

O juízo oral é vertiginoso e não reserva nenhuma piedade para os advogados que não saibam exatamente o que devem fazer no momento oportuno. Confiar e abandonar-se à intuição e ao talento é um erro, que em geral acaba em uma sentença desfavorável para o advogado que confiou que poderia improvisar sobre o procedimento. Grande parte da “arte” do litígio, em um juízo oral, consiste em técnicas que podem ser aprendidas do mesmo que se

---

<sup>91</sup> MORENO HOLMAN, *Ob. Cit.*, p. 37.

<sup>92</sup> THOMAS, Kimberly A. *Ob. Cit.*, p. 193.

aprende qualquer outra disciplina. É certo que seus resultados nem sempre gozam da mesma precisão, entretanto isso não desmente o fato de que a arte de ser um bom litigante possa ser adquirida e transmitida. Conhecer e utilizar essas técnicas nos proporcionará uma base sólida para formular as decisões intuitivas que o juízo oral, de todo modo, demandará de nós.<sup>93</sup>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo que foi exposto, pretendeu-se com essa breve exposição apontar inicialmente para o descompasso que a concepção punitivista, pautada por uma epistemologia inquisitiva e autoritária, produz em relação ao diálogo entre as partes. Para este modelo, o debate oral é algo desnecessário, pois não há nada que possa ser trazido através deste que já não esteja nos autos, e que deve ser evitado, pautando-se o processo por meio de procedimentos escritos, tomando a formalidade e a burocratização como verdadeiras garantias de racionalidade processual.

Apesar de ser essa a realidade da maioria dos países da América Latina, há hoje uma forte tendência em superar essa conjuntura, que passa necessariamente pela afirmação da oralidade como centro metodológico do sistema acusatório.<sup>94</sup> Disso resulta a tendência adversarial de ser um processo pautado pelo litígio entre as partes.

A noção de estratégia processual deixa de ser algo pejorativo, associado à práticas de encobrimento da verdade para ser uma realidade processual de preparação metodológica. Como visto, em sendo a verdade insusceptível de plena retratação, eis que reside no passado, o juízo penal acaba por se tornar um conjunto de versões em conflito, que deverão ser elaboradas de forma ordenada pelas partes, devendo apresentar uma relação de verificabilidade com os fatos para que possam ser sustentadas e assumidas como razão de decidir pelo juiz.

---

<sup>93</sup> BAYTELMAN, Andrés; DUCE, Mauricio. *Ob. cit.*, p. 32 (tradução livre).

<sup>94</sup> BINDER, Alberto. *La fuerza de la oralidad*. 2012. Publicado por INECIP - Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales. Disponível em: <<http://inecip.org/wp-content/uploads/INECIP-Binder-La-fuerza-de-la-oralidad.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2018, p. 6.

Nesse contexto, a preparação estratégica é essencial para a formação de tais versões, não representando qualquer meio de ludibriar ou enganar o julgador. Uma vez que possui como premissas o equilíbrio entre as partes e a atuação ética, devidamente assegurados por regras de comportamento processual e controle dos meios de prova, a ser realizado tanto pelo juiz, quanto pelas partes, a atuação estratégica não representa qualquer falta de compromisso com a verdade. O desenvolvimento estratégico, que deve ser observado desde o primeiro contato com os autos e não só nas audiências, representa uma ferramenta essencial em um contexto de litigância processual moderno, sobretudo realizado de forma oral.

Para a afirmação de tal modelo, alguns apontamentos são importantes:

- Em primeiro lugar, a oralidade não representa oratória, aludindo-se à suposta habilidade que as partes acreditam ter mais ou menos que outras. O que se pretende é a afirmação de um novo sistema de administração da justiça, que passa da simples gerência de petições escriturais a uma administração pautada no litígio.
- A construção do caso passa a se dar de forma essencialmente oral, ou seja, a produção dos elementos empíricos (fatos e provas) obrigatoriamente se dá em audiência.
- Essa nova realidade demandará necessariamente a multiplicação de audiências em nível normativo, divididas em razão da matéria e do momento processual (p.ex., audiência inicial referente ao recebimento da denúncia; audiência de conciliação; audiência de instrução entre outras), sem esquecer dos princípios da concentração, imediação e identidade física do juiz.
- A noção de litigância estratégica deve ser entendida como planejamento metodológico e não como mera intuição ou habilidade. Sendo assim, exige-se uma atuação estruturada ao longo de todo o processo, tendo como objetivo final a apresentação de uma versão acerca dos fatos no processo.
- Por fim, é impensável assumir essas novas características sem um aprofundamento na formação dos profissionais que

atuam no processo.<sup>95</sup> Desta forma, será necessário fomentar a elaboração de manuais de estratégia processual, além de laboratórios de argumentação e persuasão nas universidades, dando condição para que esta finalidade de resolução de litígios se torne algo concreto e efetivo.

## REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo H. *Processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BENAVENTE CHORRES, Hesbert. *La aplicación de la teoría del caso y la teoría del delito en el proceso penal acusatorio*. Barcelona: Bosh Editor, 2011.

BENAVENTE CHORRES, Hesbert. *La construcción de los interrogatorios desde la teoría del caso*. Barcelona: Bosh Editor, 2015.

BETEGÓN, Jerónimo, DE PÁRAMO, Juan Ramón, LAPORTA, Francisco J., SAN-CHÍS, Luis Prieto (org). *Constitución y derechos fundamentales*. Madrid: Secretaría General Técnica. Centro de estudios políticos y constitucionales, 2004.

BINDER, Alberto. *Introdução ao direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BINDER, Alberto. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2013.

BINDER, Alberto. Fundamentos para a reforma da justiça penal. In: GOSTINSK, Aline, GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel, PRADO, Geraldo (org.). *Coleção Reflexões sobre a reforma da justiça penal*. Trad. Augusto Jobim do Amaral. Florianópolis-SC: Empório do Direito, 2017.

BINDER, Alberto. *La fuerza de la oralidad*. 2012. Publicado por INECIP - Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales. Disponível em: <<http://inecip.org/wp-content/uploads/INECIP-Binder-La-fuerza-de-la-oralidad.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2018.

---

<sup>95</sup> Sobre o desenvolvimento de estudos no campo da litigância oral, há interessante experiência na Escuela de Derecho da Universidad Diego Portales no Chile, onde os alunos recebem treinamento e instrução acerca do conjunto de técnicas que devem ser exploradas no desenvolvimento do juízo oral, tais como: abertura do juízo oral e apresentação do caso, preparação das testemunhas, exame e contra-exame das testemunhas e peritos, alegações finais entre outros. O referido programa se consolidou como um marco da diplomação que a escola oferece, “Reforma Procesal Penal, Juicio Oral y Litigación.” Relatório em: BAYTELMAN, Andrés; DUCE, Mauricio. *Litigación penal en juicios orales*. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales. RiL editores, 2000. p. 14.

CAVISE, Leonard L. *The transition from the inquisitorial to the accusatorial system of trial procedure: Why some Latin American lawyers hesitate*. Disponível em: <<http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/3622/cavise.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

CHOUKR, Fauzi. Hassan. *Iniciação ao processo penal*. Florianópolis, SP: Empório do Direito, 2017.

CHOUKR, Fauzi. Hassan. *Garantias Constitucionais na investigação criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Crítica à teoria geral do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DUCE, Mauricio; BAYTELMAN, Andrés. *Litigación penal y juicio oral*. Quito: Fondo Justicia e Sociedad. Fundación Esquel – USAID, 2004.

DUCE, Mauricio; BAYTELMAN, Andrés. *Litigación penal en juicios orales*. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales. RiL editores, 2000.

DUCE, Mauricio; RIEGO, Cristián. *Desafios del Ministério Público fiscal en América Latina*. Santiago de Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas – CEJA, 2005.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. *Quaestio facti: Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. Disponível em: <[http://www.academia.edu/24429680/Quaestio\\_facti\\_Ensayos\\_sobre\\_prueba\\_causalidad\\_y\\_acci%C3%B3n](http://www.academia.edu/24429680/Quaestio_facti_Ensayos_sobre_prueba_causalidad_y_acci%C3%B3n)> Acesso em: 20 jan. 2018.

GOZÁLEZ POSTIGO, Leonel (org.). *Desafiando a inquisição: Ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil*. Santiago de Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas – CEJA, 2017.

HABERMAS, Junger. *Conhecimento e interesse*. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1982.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Barcelona: Bosh, 1984.

KHALED, Salah H. *A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial*. Minas Gerais: Letramento: Casa do Direito, 2016.

KNIJNIK, Danilo. *Prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MAIER, Julio B. J. *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

MALAN, Digo R. *Direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MORENO HOLMAN, Leonardo. *Teoría del caso*. Buenos Aires: Editora Didot, 2012.

MONTES CALDERÓN, Ana. JIMÉNEZ MONTES, Fernando. *Técnicas del proceso oral en el sistema penal acusatorio colombiano*. Manual general para operadores jurídicos. Bogotá: USAID / Programa de Fortalecimiento y Acceso a la Justicia, 2005.

NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NICOLITT, André; BARILLI, Raphael Jorge de Castilho. Standards de prova no Direito – debate sobre a súmula 70 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Boletim do IBCrim*, São Paulo, Ano. 26. N 302, 2018, p. 6-9.

PEÑARANDA LÓPEZ, Antonio. *El proceso penal en España, Francia, Inglaterra y Estados Unidos: descripción y terminología*. Granada: Comares, 2011.

PRADO, Geraldo. Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

PRADO, Geraldo. *Obstrução da injustiça: a irrenunciável combatividade da defesa criminal*. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/10/25/obstrucao-de-injustica-irrenunciavel-combatividade-da-defesa-criminal/>> Acessado em: 09.11.2017.

RUA, Gonzalo e GONZALEZ, Leonel. Las salidas alternativas al proceso penal en América Latina. Una visión sobre su regulación normativa y propuestas de cambio. *Revista Sistemas Judiciales*, Santiago de Chile, Ano 16, N. 20, 2017, p. 99-124.

SENS, Sheila C. da S. A teoria interpretativa de Dworkin: Um modelo construtivo. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. v. 16, n. 31, p.119-147, 2013.

TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Editorial Trota, 2002.

TARUFFO, Michele. Modelli di prova e di procedimento probatorio. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v.2, XLV, 1990, pp. 420-448.

THOMAS, Kimberly A. Sentencing: Where Case Theory and the Client Meet. University of Michigan Law School Repository. Michigan, *Clinical L. Rev.* 15, n. 1, 2008, p. 187-210.

VERMEULE, Adrian. *Judging under Uncertainty: An institutional theory of legal interpretation*. London: Harvard University Press, 2006.

WEBER, Max. *Metodologia das Ciências Sociais*. São Paulo, Campinas: Ed. Unicamp, 1993.

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

*Agradecimentos (acknowledgement):* Agradeço ao estimado professor Flávio Mirza Maduro e a todo o Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da UERJ, pela contribuição com os debates onde foram tratados vários dos temas desenvolvidos neste trabalho; e ao estimado professor Geraldo Prado pela revisão crítica do manuscrito, além das inúmeras orientações que possibilitaram a conclusão do trabalho.

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

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

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

### Dados do processo editorial

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

- Recebido em: 27/03/2018
- Controle preliminar e verificação de plágio:
- Avaliação 1: 17/04/2018
- Avaliação 2: 22/04/2018
- Avaliação 3: 30/04/2018
- Decisão editorial preliminar: 01/05/2018
- Retorno rodada de correções 1: 15/05/2018
- Decisão editorial preliminar 2: 20/05/2018
- Retorno rodada de correções 2: 21/05/2018
- Decisão editorial final: 22/05/2018

### Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editora-associada: 1 (LBW)
- Editor-assistente: 1 (ADR)
- Revisores: 3

### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

BARILLI, Raphael Jorge de Castilho. A centralidade do juízo oral no Sistema Acusatório: uma visão estratégica acerca do caso penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 2, p. 669-705, mai./ago. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i2.150>



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



**Fundamentos de  
Direito Processual Penal**

---

*Fundamentals of  
Criminal Procedure*

---



# A flexibilização da legalidade no Supremo Tribunal Federal: o caso da execução da condenação sujeita a apelos extremos

*Flexibility of legality in the Supreme Court's case-law: enforcing criminal sentences pending judgement before high courts*

**Heloisa Estellita<sup>1</sup>**

Fundação Getúlio Vargas (FGV/DIREITO) – São Paulo/SP

heloisa.estellita@fgv.br

 lattes.cnpq.br/6516595843549222

 orcid.org/0000-0002-5054-4116

---

**RESUMO:** O instrumentalismo e a flexibilização das normas jurídicas que reinam, hoje, em nossa cultura jurídica, especialmente em seu componente jurisprudencial, criam desigualdade e insegurança. O caso da execução da condenação sujeita a apelos extremos retrata os métodos para isso utilizados e comprova que seu produto é a denegação de igualdade e segurança aos jurisdicionados. O artigo analisa, essencialmente, os argumentos utilizados no julgamento do HC 126.292/STF para evidenciar esse quadro.

**PALAVRAS-CHAVE:** Execução penal; presunção de inocência; legalidade.

**ABSTRACT:** *The instrumentalism and flexibility of the legal norms that prevail today in our legal culture, especially in its jurisprudential component, create inequality and insecurity. The case of the enforcement of a criminal sentence*

---

<sup>1</sup> Agraciada com a Humboldt Research Fellowship para realização de Pós-doutorado na Alemanha, na Ludwig-Maximilians-Universität de Munique e na Universidade de Augsburg (2015-2017), em cooperação com a CAPES. Doutora em Direito Penal pela Universidade de São Paulo (2004). Mestre em Direito (UNESP, 2001). Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu (Universidade de Coimbra, 2001). Professora da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas e coordenadora do Grupo de Ensino e Pesquisa em Direito Penal Econômico na mesma instituição.

*pending judgement before high courts depicts the methods for this sake and proves that its outcome is the denial of equality and security. This essay deals with the arguments developed on the adjudication of HC 126.292 by the Brazilian Supreme Court in order to corroborate its findings.*

**KEYWORDS:** *service of the sentence; presumption of innocence; legality.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. Os argumentos vencedores no julgamento do HC 126.292; 2. Crítica; 3. O papel da sorte na vida dos condenados precariamente: insegurança e desigualdade; Conclusão; Referências.

---

## INTRODUÇÃO

Já se denunciou entre nós o *instrumentalismo e a flexibilização* das normas jurídicas que reinam, hoje, em nossa cultura jurídica, especialmente em seu componente jurisprudencial, e, dentro dele, a contribuição dada pelo Supremo Tribunal Federal para esse estado de coisas. Enquanto Streck, por exemplo, denunciava que o slogan, segundo o qual não deveríamos mais alimentar um “apego à letra fria da lei”, levou a um movimento de “decido de acordo com a minha consciência”,<sup>2</sup> Reis criticava a falta de clareza quanto aos critérios utilizados para “superar regras”, que resulta em redução da capacidade dogmática e jurisprudencial de orientar condutas e reduzir incertezas,<sup>3</sup> redundando, como pretendo demonstrar, em uma aplicação desigual das normas jurídicas.

Os métodos comumente empregados para essa flexibilização das regras jurídicas são (a) a cisão entre regras e princípios e a invocação ilimitada destes, permitindo-se, assim, uma *abertura de sentido* a ser “preenchida e/ou produzida pelo intérprete”,<sup>4</sup> que culmina em uma in-

---

<sup>2</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto - decido conforme a minha consciência?* 4. ed. ele. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 38.

<sup>3</sup> REIS, Thiago. Dogmática e incerteza normativa: crítica ao substancialismo jurídico do direito civil - constitucional. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 11, p. 213–238, 2017, p. 217, embora se refira ao direito civil, o fenômeno repete-se no direito penal.

<sup>4</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto - decido conforme a minha consciência?* 4. ed. ele. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 58.

controlável ponderação de interesses e apelo a “razões substanciais” em oposição às “meramente formais”, que chegam a ser objeto de desdém; (b) a criação judicial de cláusulas gerais; (c) a confusão entre o ser e o dever-ser atribuindo-se a argumentos de fato o caráter interrogatório de normas jurídicas; e (d) o estabelecimento de *distinguishings* não contemplados na lei.

O emprego desses métodos resulta em uma “carta branca” aos magistrados, utilizada para esconder o fato de que, com frequência, decidem de acordo com suas convicções pessoais ligadas estritamente ao caso concreto,<sup>5</sup> o que redundando em uma concepção arriscada do ponto de vista institucional e “incontrolável do ponto de vista dogmático, pois produz todo tipo de incerteza quanto ao direito vigente”.<sup>6</sup>

Far-se-á hoje o papel que Leite fez relativamente à invocação da teoria do domínio do fato no julgamento da AP 470, porque se crê, com ele, que “o papel de crítica às decisões judiciais” é uma tarefa primordial da ciência jurídica.<sup>7</sup> Para isso, será utilizado o caso da admissibilidade do cumprimento da pena sem condenação definitiva tal qual apreciado no

---

<sup>5</sup> Cf. REIS, Thiago. Dogmática e incerteza normativa: crítica ao substancialismo jurídico do direito civil - constitucional. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 11, p. 213–238, 2017, p. 230; STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto - decido conforme a minha consciência?* 4. ed. ele. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 89-90: “Por isso, merecem especial cuidado as decisões que lançam mão especialmente da ‘razoabilidade’ (com ou sem ‘ponderação de valores’), argumentação que se transformou em autêntica ‘pedra filosofal da hermenêutica’ a partir desse caráter performativo. Excetuando os casos em que, teleologicamente, decisões calçadas na ponderação de valores podem ser consideradas corretas ou adequadas à Constituição (o que por si só já em um problema, porque a interpretação não pode depender dessa ‘loteria’ de caráter finalístico), a maior parte das sentenças e acórdãos acaba utilizando tais argumentos como um instrumento para o exercício da mais ampla discricionariedade (para dizer o menos) e o livre cometimento de ativismos”.

<sup>6</sup> REIS, Thiago. Dogmática e incerteza normativa: crítica ao substancialismo jurídico do direito civil - constitucional. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 11, p. 213–238, 2017, p. 230.

<sup>7</sup> LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal. In: GRECO, Luís [et al.]. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 123–168, p. 124.

juízo do HC 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal (adiante, STF),<sup>8</sup> utilizando-se as técnicas da pesquisa bibliográfica, documental e de análise de conteúdo, procedendo-se da seguinte forma: serão apresentados os principais argumentos vencedores empregados no julgamento do *habeas* pelo (STF) para proceder a um giro de cento e oitenta graus relativamente ao entendimento anterior da corte na mesma matéria (abaixo 1), os quais serão, então, submetidos, um a um, a críticas sob os pontos de vista do instrumentalismo e da flexibilização das normas jurídicas (abaixo 2), o que permitirá comprovar que resultam em denegação de segurança e de igualdade aos jurisdicionados (abaixo 3), a evidenciar o papel que a dogmática pode desempenhar para o alcance desse desiderato (conclusão).

## 1. OS ARGUMENTOS VENCEDORES NO JULGAMENTO DO HC 126.292

Até 2016, o acórdão-paradigma era o proferido no julgamento do HC 84.078, de 2009, no qual o plenário do STF decidiu ser inconstitucional a “execução antecipada da pena” por violação ao disposto nos arts. 5º, LVII, e 1º, III, CF.<sup>9</sup> Em 17 de fevereiro de 2016, porém, o mesmo órgão decidiu, por maioria, que a “execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal”<sup>10</sup>. Segundo este dispositivo

---

<sup>8</sup> Até 3 de março de 2018, data de submissão deste texto à RBDPP, este *habeas* representava o precedente fundamental na matéria e por essa razão são analisados os argumentos utilizados pela Corte naquela ocasião. Devolvido o texto para revisão e complementação, sobreveio o julgamento, pelo Plenário, do HC 152.752, realizado em 22 de março de 2018, no qual a Corte manteve o mesmo entendimento, apesar da mudança de posição do Min. Gilmar Mendes. O acórdão deste último *habeas* encontra-se pendente de publicação na data desta revisão (18/04/2018), razão pela qual não foi contemplado no texto. Não obstante, a tomar pela notícia divulgada no sítio eletrônico da Corte (<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374437>, acesso em 18/04/2018), o novo entendimento do Min. Gilmar Mendes segue a linha já contemplada neste artigo, no item 3, *infra*.

<sup>9</sup> Julgado em 05/02/2009, publicado no DJe 28/02/2010.

<sup>10</sup> STF, HC 126.292, Plenário, DJe 17/05/2016. Vencidos os Mins. Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

constitucional “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.<sup>11</sup>

Como se extrai do voto condutor e daqueles que seguiram seu entendimento, os argumentos utilizados demonstram justamente o emprego dos métodos acima apontados para contornar a legalidade democrática em matéria penal. Sintetizo-os:

a) a questão seria a de determinar o alcance de um *princípio* e, então, proceder à *ponderação* entre o princípio da presunção de inocência e o da efetividade da função jurisdicional penal,<sup>12</sup> ou da duração razoável do processo,<sup>13</sup> tendo em conta que os direitos e garantias individuais não são absolutos, nem ilimitados, devendo-se distinguir princípios de regras, prestigiando-se a credibilidade da justiça;<sup>14</sup>

b) o princípio da presunção de inocência se reduziria a uma regra sobre a distribuição do ônus da prova, válido somente ali onde ainda haja meio recursal que permita reexame de fatos e provas;<sup>15</sup> ou seja, a partir da segunda instância haveria uma “justificável *relativização* e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado”;<sup>16</sup>

c) a autorização legislativa para que a sentença condenatória sujeita a apelos extremos surta efeitos extrapenais justificaria o mesmo tratamento quanto aos efeitos penais, embora a Lei da Ficha Limpa (LC 135/2001), art. 1º, I, “consagra como causa de inelegibilidade a existência de sentença condenatória por crimes nela relacionados quando proferidas por órgão colegiado. É dizer, a presunção de inocência não impede que,

---

<sup>11</sup> Sobre seu desenvolvimento no âmbito da proteção de direitos humanos, cf.: SUXBERGER, Antonio H.; AMARAL, Marianne G. A execução provisória da pena e sua compatibilidade com a presunção de inocência como decorrência do sistema acusatório. *Revista de Direito Brasileira*, v. 16, n. 7, p. 186–210, 2017, p. 191 ss.; também, AMARAL, Augusto J.; CALEFFI, Paulo S. Pré-ocupação de inocência e execução provisória da pena: uma análise crítica da modificação jurisprudencial do STF. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 3, n. 3, p. 1073–1114, 2017. p. 1097 ss.

<sup>12</sup> STF, HC 126.292, p. 4.

<sup>13</sup> *Idem*, p. 22, 35 ss. e 47 ss.

<sup>14</sup> *Idem*, p. 37 ss.

<sup>15</sup> *Idem*, p. 8-9.

<sup>16</sup> *Idem*, p. 10.

mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado”;<sup>17</sup>

d) o apego à escolha da linguagem constitucional, que decidiu empregar termo com definição técnica estabilizada (“trânsito em julgado da sentença condenatória”), seria um “apego à literalidade”,<sup>18</sup> fruto de “leitura apressada da literalidade”<sup>19</sup>, expressão de um “formalismo estéril”;<sup>20</sup>

e) uma série de argumentos de fato ou ligados às mazelas do sistema recursal infraconstitucional ou da regulação igualmente infraconstitucional da prescrição, como a de que a “presunção de inocência” “tem permitido e incentivado, em boa medida, a indevida e sucessiva interposição de recursos das mais variadas espécies, com indisfarçados propósitos protelatórios visando, não raro, à configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória”;<sup>21</sup> ou que os apelos extremos não interrompem a prescrição (art. 117, IV, do CP);<sup>22</sup> ou o de que o entendimento de 2009 teria servido para “agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade”, pois conduz à “massiva prescrição”, o que causa “deletéria sensação de impunidade”.<sup>23</sup> Esses argumentos de fato implicariam uma “mutação constitucional”, segundo a qual a realidade muda a Constituição, sendo que argumentos pragmáticos permitem ao magistrado uma atuação criativa;<sup>24</sup> ou mesmo que decida o que seria o “sentimento constitucional”.<sup>25</sup>

<sup>17</sup> *Idem*, p. 68.

<sup>18</sup> *Idem*, p. 21, 25.

<sup>19</sup> *Idem*, p. 35.

<sup>20</sup> *Idem*, p. 46.

<sup>21</sup> *Idem*, p. 17, 65.

<sup>22</sup> *Idem*, p. 18, 46 ss., 59.

<sup>23</sup> *Idem*, p. 34.

<sup>24</sup> *Idem*, p. 35 ss., 49 ss.

<sup>25</sup> *Idem*, p. 60. Há outros argumentos: esse princípio (da presunção de inocência) favorece um indevido “agigantamento os afazeres” do STF (p. 21); a jurisprudência de 2009 incentivou a interposição de recursos, o número de Recursos Extraordinários providos a favor de réus é irrisório (1,5%) e as decisões absolutórias não chegam a 0,1% do total (p. 32-33); só os réus abastados têm condições de recorrer em liberdade e abusar dos meios recursais (p. 33-34); “os mecanismos legais destinados a repelir recursos meramente protelatórios são ainda muito incipientes” (p. 24, 49 ss.).

Esses os argumentos que me parecem centrais.<sup>26</sup> Há outros que merecem ao menos um registro. Fez-se um apelo à empatia dos demais magistrados, pois a vedação da execução provisória após o julgamento de segundo grau indicaria uma “presunção absoluta de desconfiança às decisões provenientes das instâncias ordinárias”.<sup>27</sup> Houve confusão entre prisão processual e cumprimento de pena (no sistema penitenciário)<sup>28</sup>. Ventilou-se um projeto de intervenção político-criminal, pois a “execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação pode contribuir para um maior equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal”<sup>29</sup>. Há argumentos conflitantes com a conclusão: “Em suma, a presunção de não culpabilidade é um direito fundamental que impõe o ônus da prova à acusação e impede o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença”<sup>30</sup>. Propôs-se a relativização do instituto da coisa julgada, já que recursos extremos não teriam vocação para fazer justiça no caso concreto, daí sua excepcionalidade;<sup>31</sup> por isso é que haveria uma “coisa julgada singular” derivada do fato de que nos apelos excepcionais não se discutiria mais prova, havendo, assim,

---

<sup>26</sup> Alguns desses argumentos encontram eco, por exemplo, em: SUXBERGER, Antonio H.; AMARAL, Marianne G. A execução provisória da pena e sua compatibilidade com a presunção de inocência como decorrência do sistema acusatório. *Revista de Direito Brasileira*, v. 16, n. 7, p. 186–210, 2017, *passim*.

<sup>27</sup> STF, HC 126.292, p. 25: “Se afirmamos que a presunção de inocência não cede nem mesmo depois de um Juízo monocrático ter afirmado a culpa de um acusado, com a subsequente confirmação por parte de experientes julgadores de segundo grau, soberanos na avaliação dos fatos e integrantes de instância à qual não se opõem limites à devolutividade recursal, reflexamente estaríamos a afirmar que a Constituição erigiu uma presunção absoluta de desconfiança às decisões provenientes das instâncias ordinárias”.

<sup>28</sup> *Idem*, p. 37. Novamente na p. 39: “Não há dúvida de que a presunção de inocência ou de não-culpabilidade é um princípio, e não uma regra. Tanto é assim que se admite a prisão cautelar (CPP, art. 312) e outras formas de prisão antes do trânsito em julgado. Enquanto princípio, tal presunção pode ser restringida por outras normas de estatura constitucional (desde que não se atinja o seu núcleo essencial), sendo necessário ponderá-la com os outros objetivos e interesses em jogo”. Também p. 67.

<sup>29</sup> *Idem*, p. 51.

<sup>30</sup> *Idem*, p. 71.

<sup>31</sup> *Idem*, p. 23.

uma parcial “imutabilidade” própria do trânsito em julgado<sup>32</sup>. Por fim, referiu-se que outros sistemas jurídicos não suspendem a execução da pena após o esgotamento do duplo grau de jurisdição.<sup>33</sup>

A crítica aos argumentos centrais do novo entendimento evidenciará por qual razão é este um “caso” paradigmático das referidas flexibilização e instrumentalização das normas jurídicas.

## 2. CRÍTICA

A leitura do acórdão frustra aquele que ali busca a esperada discussão acerca do sentido literal possível da expressão “trânsito em julgado da sentença condenatória”, escolhida por nada menos que o Constituinte. As referências feitas a esse ato processual, ao contrário do que seria de se esperar, não buscam discutir seu possível sentido jurídico, mas propor sua relativização com base em juízos de ponderação com outros princípios constitucionais, tachando de “formalismo estéril” o respeito ao sentido possível de expressão que pertence à linguagem técnica do Direito, estável em nossa tradição jurídica e que foi selecionada pelo poder de maior hierarquia democrática, a Assembleia Constituinte.<sup>34</sup> Parafraseando Ávila, o

<sup>32</sup> *Idem*, p. 59, o qual tem o mérito de, ao menos, de registrar conhecimento acerca do sentido técnico da expressão trânsito em julgado da sentença condenatória.

<sup>33</sup> *Idem*, p. 12, 69. O enfrentamento desse argumento em AMARAL, Augusto J.; CALEFFI, Paulo S. Pré-ocupação de inocência e execução provisória da pena: uma análise crítica da modificação jurisprudencial do STF. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 3, n. 3, p. 1073–1114, 2017, p. 1085 ss.; chama atenção a divergência entre o que consta do voto e a disciplina portuguesa (cf. p. 1086).

<sup>34</sup> Trata-se aqui de uma condição de comunicação entre constituinte e aplicador da lei, cuja traição pode criar um “descompasso entre a previsão constitucional e o direito constitucional concretizado” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 33-34). Assim, “Compreender ‘provisória’ como *permanente*, ‘trinta dias’ como *mais de trinta dias*, ‘todos os recursos’ como *alguns recursos*, ‘ampla defesa’ como *restrita defesa*, ‘manifestação concreta de capacidade econômica’ como *manifestação provável de capacidade econômica*, não é concretizar o texto constitucional. É, a pretexto de concretizá-lo, menosprezar seu sentido mínimo” (*idem*, p. 34). Sobre o limite semântico e seu papel fundamental na democracia, cf. STRECK, Lenio Luiz. Os limites semânticos e sua importância na e para a democracia. *Revista da AJURIS*, v. 41, n. 135, p. 173–187, 2014, *passim*.

STF não pode compreender o “até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” como *até o julgamento da apelação*, ou, como pretendem alguns magistrados (cf. *infra*), *até o julgamento do recurso especial*. É verdade que o Constituinte usou a expressão, mas não a conceituou. Também é verdade que essa conceituação está hoje lançada em instrumento legislativo infraconstitucional<sup>35</sup>. Considere-se, porém, que se trata de expressão que tem sentido técnico anterior à Constituição,<sup>36</sup> o que permitiria pensar que o constituinte a empregou precisamente nesse sentido, o qual, ademais, permanece inalterado até o presente momento.<sup>37</sup>

Por outro lado, parece que o enunciado do art. 5º, LVII, CF, contém uma regra. Como afirmou o Min. Sepúlveda Pertence, ele parece veicular uma “regra constitucional de que ninguém será considerado culpado antes que transite em julgado a condenação”,<sup>38</sup> e não (apenas) um mandado de promoção gradual;<sup>39</sup> ao menos não no que diz respeito ao termo inicial

---

<sup>35</sup> Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (antiga LICC), art. 6º, § 3º. Cf. SUXBERGER, Antonio H.; AMARAL, Marianne G. A execução provisória da pena e sua compatibilidade com a presunção de inocência como decorrência do sistema acusatório. *Revista de Direito Brasileira*, v. 16, n. 7, p. 186–210, 2017, p. 195; também BADARÓ, Gustavo Henrique; LOPES JÚNIOR, Aury. Presunção de inocência: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. 2016. Disponível em: <[emporiiodireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer\\_Presuncao\\_de\\_Inocencia\\_Do\\_concei.pdf](http://emporiiodireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf)> Acesso em: 20 fev. 2018, p. 17-18.

<sup>36</sup> O dado pela LICC, que é de 1942, e foi mantido mesmo com a reforma que passou a denomina-la Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, que é de 1942.

<sup>37</sup> A alteração da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro pela Lei 12.376/2010 manteve intacta a definição.

<sup>38</sup> STF, HC 69964, DJ 01/07/1993, fl. 275.

<sup>39</sup> “As regras podem ser dissociadas dos princípios quanto ao modo como prescrevem o comportamento. As regras são normas imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser cumprida. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas cuja promoção gradual depende dos efeitos decorrentes da adoção de comportamentos a ela necessários. Os princípios são normas cuja qualidade frontal é, justamente, a determinação da realização de um fim juridicamente relevante, ao passo que característica dianteira das regras é a previsão do comportamento” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 167-168).

de incidência das consequências penais da norma incriminadora, ou seja, a execução da pena.<sup>40</sup> Regras “expressam deveres definitivos e são aplicadas por meio de subsunção”, não dependem de sopesamento entre princípios colidentes para serem aplicadas, uma característica justamente dos princípios.<sup>41</sup> No caso da regra constitucional que examinamos, trata-se de saber se, no caso concreto, há, ou não, uma sentença condenatória transitada em julgado, que é o marco a partir do qual uma pessoa pode ser considerada culpada e com isso ser recipiente de todas as consequências daí advindas, sendo a mais grave dentre elas a direta restrição à liberdade de locomoção e/ou ao patrimônio. A norma não determina ao legislador e ao juiz que, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, tratem o cidadão, *na maior medida possível*,<sup>42</sup> como “não-culpado”<sup>43</sup>; ela veicula o dever definitivo de não tratamento como culpado de quem não foi condenado “com trânsito em julgado”, exige, pois, um juízo de *subsunção*, e não de sopesamento entre princípios colidentes”.<sup>44</sup>

Não se deve perder de vista, porém, a advertência de Silva, no sentido de que a prática jurídica brasileira consagrou o emprego de expressões como “princípio da legalidade” ou “princípio da presunção de

<sup>40</sup> Esta afirmação não se incompatibiliza com o entendimento que saca desse mesmo dispositivo (art. 5º, LVII, CF) uma norma-princípio (da presunção de inocência, cf., por todos, MORAES, Maurício Zanóide de. Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, especialmente p. 270-274), pois a partir de um mesmo dispositivo podem ser construídas diversas normas, sejam regras, sejam princípios (cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 30).

<sup>41</sup> SILVA, *O proporcional e o razoável*, p. 25; ALEXYS, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 86-90.

<sup>42</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, p. 23-50, 2002, p. 25.

<sup>43</sup> Uso a expressão para deliberadamente evitar a discussão acerca de se esta norma teria veiculado um “princípio” de inocência ou de “não culpabilidade”, o que, no contexto deste artigo, é secundário.

<sup>44</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, p. 23-50, 2002, p. 25; também: ALEXYS, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 87.

inocência”, atribuindo-lhes forte carga semântica, sendo ingênuo crer que se possa, a esta altura, uniformizar a terminologia.<sup>45</sup> O que é preciso ter claro é que quando se fala em “princípios” nestes casos, não se está a utilizar a expressão no sentido da teoria de Alexy, ou seja, como contrapostos a regras, mas, aparentemente, no sentido de que os princípios teriam uma maior importância frente às regras,<sup>46</sup> com o que nada se diz sobre sua estrutura e forma de aplicação.<sup>47</sup> Mas mesmo que se tratasse de um princípio, não caberia ao tribunal fazer juízo de ponderação com prevalência do “interesse público” quando, para parafrasear novamente o Min. Sepúlveda Pertence, “foi a Constituição mesma que ponderou os valores contrapostos e optou - em prejuízo, se necessário da eficácia da persecução criminal -”<sup>48</sup> pela liberdade enquanto não houver juízo definitivo sobre todos os pressupostos de aplicação da pena criminal. Se juízo de ponderação houve, ele foi feito em momento anterior, pelo Constituinte, quem decidiu não deixar, nem ao legislador, tampouco ao aplicador da lei, margem para outras ponderações.

Por outro lado, certos argumentos utilizados no julgamento pretendem derivar consequências normativas constitucionais de fatos históricos contingenciais,<sup>49</sup> com o que confundem a dimensão do ser e do

---

<sup>45</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, p. 23-50, 2002, p. 26.

<sup>46</sup> Critério esse não utilizado por Alexy (cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 84).

<sup>47</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, p. 23-50, 2002, p. 25. Exemplifica ele com o emprego da expressão “princípio da proporcionalidade” (idem, p. 25-26), cujas máximas parciais (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) são catalogadas como regras por Alexy (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 112, nota. 84).

<sup>48</sup> STF, HC 79512, DJ 16/05/2003.

<sup>49</sup> REIS, Thiago. Dogmática e incerteza normativa: crítica ao substancialismo jurídico do direito civil - constitucional. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 11, p. 213-238, 2017, p. 220. Um desses argumentos de fato é retomado em recente artigo, no qual se conecta a vedação da execução provisória da pena à “continuidade dos esquemas de corrupção”, um argumento que adquire um tom quase apelativo em tempos de Lava-Jato. No mesmo texto, sugere-se que é a demora na conclusão de processos (em virtude da vedação de execução provisória) que gera a indesejada “impunidade”, o que leva à

dever-ser,<sup>50</sup> transformam uma “proibição categórica” em uma “recomendação contingente”,<sup>51</sup> além de propor uma interpretação da Constituição a partir de uma parte selecionada legislação infraconstitucional, com o que não só subverte a hierarquia das fontes normativas, como deixa de fundamentar por qual razão apenas uma parte dessa legislação foi selecionada para irradiar seus efeitos sobre a interpretação e outra não. O mesmo argumento poderia ser usado contra o próprio proceder, pois o instituto do trânsito em julgado da sentença é regulado justamente por lei infraconstitucional.<sup>52</sup>

---

conclusão de que somente com o abandono da determinação constitucional poderemos alcançar a efetividade punitiva e, pois, reduzir os patamares de corrupção (BARROSO, Luís Roberto; SCHIETTI, Rogério. Execução penal, opinião e fatos. Folha de São Paulo, 02/02/2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2018/02/luis-roberto-barroso-e-rogerio-schietti-execucao-penal-opiniaio-e-fatos.shtml>>. Acesso em: 20 fev. 2018). Deixando de lado o argumento empírico, o argumento de conveniência possibilitaria a admissibilidade da tortura para a obtenção de provas eficazes em casos de crimes graves (cf., por todos, GRECO, Luís. Conveniência e respeito. Sobre o hipotético e o categórico na fundamentação do Direito Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 95, p. 43-83, 2012, p. 51-54; cf. adiante item 4), e, por que não, a limitação do uso do *habeas corpus* sem a necessidade da decretação de estado de sítio ou estado de defesa (cf. AMARAL, Thiago Bottino do. *Habeas corpus nos Tribunais Superiores: uma análise e proposta de reflexão*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016, p. 100-101).

<sup>50</sup> Cf. NEUMANN, Ulfrid. Bedingungen der Validität des naturalistischen Fehlschlusses. In: *Festschrift für Matthias Mahlmann*. Baden-Baden: Nomos, 2011, p. 62–70.

<sup>51</sup> Cf. GRECO, Luís. Conveniência e respeito. Sobre o hipotético e o categórico na fundamentação do Direito Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 95, p. 43-83, 2012, *passim*.

<sup>52</sup> Refiro-me ao conjunto de normas federais que cuidam da execução penal, como já tinham notado CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre. Crítica à execução antecipada da pena: a revisão da Súmula 367 pelo STJ. In: *Crítica à execução penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 447–462, p. 451; e, AMARAL, Augusto J.; CALEFFI, Paulo S. Pré-ocupação de inocência e execução provisória da pena: uma análise crítica da modificação jurisprudencial do STF. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 3, n. 3, p. 1073–1114, 2017, p. 1094; SUXBERGER, Antonio H.; AMARAL, Marianne G. A execução provisória da pena e sua compatibilidade com a presunção de inocência como decorrência do sistema acusatório. *Revista de Direito Brasileira*, v. 16, n. 7, p. 186–210, 2017, p. 187.

O entendimento evidencia, ainda, um intento de transferir aos magistrados atribuições exclusivas do legislador, pois ao pretender resolver, com a negativa de vigência de uma norma constitucional, problemas legislativos localizados em nível infraconstitucional (prescrição e sistema recursal penal), usurpa competência constitucionalmente atribuída ao Congresso Nacional (art. 22, I, CF). Tampouco os problemas pertinentes à administração dos órgãos encarregados da persecução e execução penais (duração razoável do processo e impunidade)<sup>53</sup> podem ser resolvidos no caso concreto, às custas do corpo de um cidadão, mas devem ser resolvidos em esferas próprias seja da administração do Poder Judiciário, seja do Poder Executivo.<sup>54</sup>

Por fim, a posição assumida parece ignorar que o pressuposto *sine qua non* da aplicação da pena é a afirmação da culpa (em sentido lato) de um sujeito concreto acusado por um crime concreto. A afirmação dessa culpa só pode se dar por meio das regras do devido processo legal. Com outras palavras, a afirmação da culpa (em sentido lato) é uma conclusão acerca da tipicidade, ilicitude e de culpabilidade daquele concreto acusado, alcançada por meio de um devido processo legal, no âmbito do qual se tenha obtido a comprovação empírica de todos os pressupostos da pena. Disso deriva que a discussão sobre qualquer um desses pressupostos impede uma afirmação definitiva de culpa daquele acusado por aquele fato concreto. Daí que a exigência constitucional de definitividade do juízo de culpa para a aplicação da pena só possa se dar quando não estejam sendo mais discutidos esses pressupostos, o que

---

<sup>53</sup> Em sentido similar: AMARAL, Augusto J.; CALEFFI, Paulo S. Pré-ocupação de inocência e execução provisória da pena: uma análise crítica da modificação jurisprudencial do STF. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 3, n. 3, p. 1073–1114, 2017, p. 1090; e BADARÓ, Gustavo Henrique; LOPES JÚNIOR, Aury. Presunção de inocência: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. 2016. Disponível em: <[emporioidireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer\\_Presuncao\\_de\\_Inocencia\\_Do\\_concei.pdf](http://emporioidireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf)> Acesso em: 20 fev. 2018, p. 36 ss.

<sup>54</sup> Cf. os contra-argumentos empíricos alinhavados por QUEIROZ, Rafael M. R. A presunção de inocência libertada. Jota, 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/presuncao-de-inocencia-libertada-28022018>>. Acesso em 28 mar. 2018.

independe de o recurso admitir ou não a discussão de fatos ou provas,<sup>55</sup> e de ter ou não efeito suspensivo.<sup>56</sup>

### 3. O PAPEL DA SORTE NA VIDA DOS CONDENADOS PRECARIAMENTE: INSEGURANÇA E DESIGUALDADE

Muito tempo não foi necessário para que começassem a ser concedidas medidas liminares em sentido contrário ao entendimento fixado por maioria no Plenário. Ministros vencidos naquele julgamento passaram a conceder liminares (cf., por exemplo, HCs 144.712-MC; 145.380-MC; 146.006-MC; 146.185-MC; 148.891-MC). As causas para um tal fenômeno são diversas, mas não seria de todo inapropriado cogitar que essa forma de proceder também seja uma consequência dos defeitos argumentativos do entendimento majoritário acima denunciado.

Levantamento feito no sítio do tribunal no começo de dezembro de 2017, levando em conta também decisões monocráticas, demonstrou que havia 5 Ministros que não admitiam a execução provisória e 6 que a admitiam.<sup>57</sup> Sendo que, pela composição da Corte, é possível que, no âmbito da Segunda Turma, seja formada maioria no sentido da inadmissão

<sup>55</sup> Cf. STF, HC 126.292, p. 45-46. Por isso, discorda-se parcialmente do entendimento de: SUXBERGER, Antonio H.; AMARAL, Marianne G. A execução provisória da pena e sua compatibilidade com a presunção de inocência como decorrência do sistema acusatório. *Revista de Direito Brasileira*, v. 16, n. 7, p. 186-210, 2017, p. 196. Convergente e agregando outros argumentos, BADARÓ, Gustavo Henrique; LOPES JÚNIOR, Aury. Presunção de inocência: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. 2016. Disponível em: <emporiiodireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer\_Presuncao\_de\_Inocencia\_Do\_concei.pdf> Acesso em: 20 fev. 2018, p. 20 ss.

<sup>56</sup> Cf., ilustrativamente, LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1305-1310; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 891; e, juntos, em: BADARÓ, Gustavo Henrique; LOPES JÚNIOR, Aury. Presunção de inocência: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. 2016. Disponível em: <emporiiodireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer\_Presuncao\_de\_Inocencia\_Do\_concei.pdf> Acesso em: 20 fev. 2018, p. 28 ss.

<sup>57</sup> Admitem execução provisória: Fachin (2ª T); Tóffoli (2ª T); Barroso (1ª T); Fux (1ª T); Moraes (1ª T); Cármen Lúcia (Pres.). Não a admitem Mendes (2ª T.); Lewandowski (2ª T.); Celso de Mello (2ª T.); Rosa Weber (1ª T.) e Marco Aurélio (1ª T.).

da execução provisória, pois três de seus membros estão entre os que têm concedido liminares.

Trocando em miúdos: a prisão para cumprir pena mesmo com condenação ainda precária depende, atualmente, do sistema de distribuição automática do STF, ou seja, de um algoritmo, com o que o STF nega aos jurisdicionados tanto a *igualdade como a segurança jurídicas*.

Mesmo no caso da revisão de entendimento por um dos magistrados, não se anuncia melhoria nesse estado de coisas, porque os fundamentos da mudança de entendimento assentam-se, novamente, na utilização de mecanismos que criam uma possível esfera de *reserva para a justiça do caso concreto*.

Isto porque o magistrado que reviu parcialmente sua posição anterior,<sup>58</sup> passou a entender, juntamente com outro magistrado da Corte,<sup>59</sup> que a execução provisória da pena somente é admissível (a) quando pendente única e exclusivamente o julgamento de recurso extraordinário, porque dificultado o acesso a essa via recursal em razão da exigência de repercussão geral; (b) não obstante, mesmo neste caso, seria admissível a execução, mesmo na pendência de julgamento de recurso especial, se o crime for “grave”, já que, neste caso, é a “própria credibilidade das instituições em geral, e da justiça em particular, [que] fica abalada se o condenado por crime grave não é chamado a cumprir sua pena em tempo razoável”, do que decorre que “a garantia da ordem pública autoriza a prisão, em casos graves, após o esgotamento das vias ordinárias”.<sup>60</sup>

---

<sup>58</sup> Trata-se do Min. Gilmar Mendes e a primeira manifestação nesse sentido, embora sem efeitos práticos no caso concreto, parece ter sido feita no julgamento do HC 142.173, DJe 06/06/2017.

<sup>59</sup> O Min. Dias Tóffoli: “No julgamento do HC 126.292/SP, o Ministro Dias Tóffoli votou no sentido de que a execução da pena deveria ficar suspensa com a pendência de recurso especial ao STJ, mas não de recurso extraordinário ao STF. Para fundamentar sua posição, sustentou que a instituição do requisito de repercussão geral dificultou a admissão do recurso extraordinário em matéria penal, que tende a tratar de tema de natureza individual e não de natureza geral – ao contrário do recurso especial, que abrange situações mais comuns de conflito de entendimento entre tribunais” (HC 142.173, DJe 06/06/2017, voto do relator Min. Gilmar Mendes, p. 5).

<sup>60</sup> HC 149.366, Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática denegando a ordem, DJe 24/11/2017: “Entretanto, tenho que o entendimento não deve ser aplicado indistintamente, sobretudo quando tratar-se de condenação por

No primeiro caso, invoca-se (novamente) um argumento meramente contingencial para estabelecer a distinção de tratamento: o fato de um dos recursos ser mais dificultoso em sua admissibilidade. A uma, a exigência constitucional é de trânsito em julgado da sentença condenatória, a qual não está subordinada à maior ou menor dificuldade na admissão de um recurso. A duas, não é impossível imaginar um STF mais generoso na admissão de repercussão geral em matéria penal, tampouco a possibilidade de aprovação de uma PEC que oponha mais obstáculos à admissão do recurso especial.<sup>61</sup>

No segundo caso, há criação judicial de uma cláusula geral segundo a qual “em crimes graves, pode-se executar a sentença precária ainda na pendência de julgamento de recurso especial”, sendo que a norma constitucional que veda o tratamento como culpado antes do trânsito em

---

crimes graves. Isso porque, consoante asseverei no julgamento do citado HC 126.292/SP, em que pese a presunção de não culpabilidade ser direito fundamental que impõe o ônus da prova à acusação e impede o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença, ainda assim, não impõe que o réu seja tratado da mesma forma durante todo o processo. Conforme se avança e a culpa vai ficando demonstrada, a lei poderá impor tratamento de algo diferenciado. A presunção de inocência deve ser vista como um princípio relevantíssimo para a ordem jurídica ou constitucional, mas princípio suscetível de ser devidamente conformado, tendo em vista, inclusive, as circunstâncias de aplicação no caso do Direito Penal e Processual Penal. Por isso, eu entendo que, nesse contexto, não é de se considerar que a prisão, após a decisão do tribunal de apelação, haja de ser considerada violadora desse princípio. A própria credibilidade das instituições em geral, e da justiça em particular, fica abalada se o condenado por crime grave não é chamado a cumprir sua pena em tempo razoável. Em suma, a garantia da ordem pública autoriza a prisão, em casos graves, após o esgotamento das vias ordinárias. Consoante relatado, o paciente foi condenado à pena de 12 anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito descrito no artigo 121, § 2º, inciso IV, do Código Penal, fato ocorrido em 4.9.2010, ou seja, há mais de 7 anos. A condenação restou mantida em sede de julgamento de apelação pelo Tribunal de origem, tendo rejeitado os embargos declaratórios opostos”.

<sup>61</sup> Cf. PEC 10/2017. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128403>>. Acesso em: 07 abr. 2018 (No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, dispõe que no recurso especial, o recorrente deverá demonstrar a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços dos membros do órgão competente para o julgamento).

juizado nunca distinguiu entre suspeitos de crimes *graves* e suspeitos de crimes *leves*. Ademais, não havendo em nosso ordenamento um conceito legal do que sejam crimes *graves* (como há para crimes hediondos ou de menor potencial ofensivo), o juízo acerca do cabimento da execução provisória cairá no subjetivismo e no casuísmo, já que dependerá da convicção pessoal de cada magistrado acerca da gravidade da infração penal subjacente<sup>62</sup>. Novamente, insegurança e desigualdade.

Os dois argumentos acima vão ao encontro das considerações de “conveniência e respeito”, desenvolvidas por Greco. Para usar um de seus exemplos, se proibirmos o uso da tortura com base em argumentos de conveniência – “se a tortura for permitida ainda que num único caso, ela acabará sendo usada também em outros, sendo impossível controlá-la” –, poderemos flexibilizar a proibição também por questões de conveniência: em “circunstâncias extremas” ou “graves” (atentados terroristas) ou de extrema necessidade (descoberta do cativo de criança sequestrada), ou quando pudermos controlar seus efeitos de contaminação (*slippery slope*).<sup>63</sup> E, com isso, a “proibição forte” do art. 5º, III, CF, “se perde”, ignorando-se que a “causa da humanidade é independente de considerações de utilidade e necessidade” e que “o mal da tortura não está em que ela não descubra a verdade ou que ela seja incontrolável, e sim na negação do torturado como ser dotado de vontade”.<sup>64</sup> No que nos diz respeito, nada impedirá tratar o não condenado como condenado (aplicando-lhe a pena sem juízo definitivo sobre sua culpa) sempre que houver um recurso “com acesso dificultado” ou quando se tratar de “crime grave”, e com isso, parafraseando Greco, tornar a proibição forte do art. 5º, LVII, CF, e uma proibição fraca, ou contingencial.

---

<sup>62</sup> Contra a criação judicial de tais cláusulas, já dizia o Min. Sepúlveda Pertence que “o regime de estrita legalidade que rege o Direito Penal não admite que, à categoria legal dos crimes hediondos, o juiz acrescente outros, segundo a sua validação subjetiva de modo a negar ao condenado o que lhe assegura a lei” (STF, RHC 80970, DJ 10/08/2001).

<sup>63</sup> Os argumentos de conveniência estão sujeitos “aos problemas da contingência, da ponderabilidade e do ponto cego” (GRECO, Luís. Conveniência e respeito. Sobre o hipotético e o categórico na fundamentação do Direito Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 95, p. 43-83, 2012, p. 66).

<sup>64</sup> GRECO, Luís. Conveniência e respeito. Sobre o hipotético e o categórico na fundamentação do Direito Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 95, p. 43-83, 2012, p. 70.

Por fim, parece que estamos diante de um jogo de linguagem que conduz a uma burla de “etiquetas”.<sup>65</sup> diante da inconstitucionalidade da execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, em lugar de assim a declarar, altera-se a categorização dessa restrição da liberdade denominando-a de prisão preventiva para a garantia da ordem pública. Assim, por meio de um erro de categorização se declara admissível o que seria inadmissível sob uma outra categorização (a correta), daí a burla. Seguindo com rigor a proposta judicial, sempre que houver sentença condenatória em crime grave na pendência de julgamento de recurso especial haverá fundamento para tal prisão preventiva, a qual, assim, de cautelar passa a ser *automática*, o que contraria, agora, a exigência constitucional de fundamentação cautelar para a restrição da liberdade (art. 5º, LXI, CF).<sup>66</sup>

Concorde-se ou não com a escolha constitucional acerca do momento a partir do qual pode ser executada a pena, o respeito à legalidade democrática é pressuposto essencial da divisão de poderes que caracteriza o Estado de Direito. Se há necessidade de revisão das normas constitucionais ou infraconstitucionais isso é tarefa que cumpre ao órgão constitucionalmente competente, o Congresso Nacional.<sup>67</sup>

## CONCLUSÃO

Um dos caminhos para combater o *instrumentalismo e a flexibilização* das normas jurídicas evidenciados no “caso da execução da condenação sujeita a apelos extremos” é o de levar a sério a dogmática, cujo papel é justamente o de “definir as condições de possibilidade do direito

<sup>65</sup> Sobre o significado dessa expressão e seu “modus operandi”, cf.: GRECO, Luís. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 207-208.

<sup>66</sup> CF, art. 5º, LXI: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

<sup>67</sup> A abolição de direitos e garantias individuais está vedada (art. 60, § 4º, IV), mas não a revisão de outras normas, como as que disciplinam recursos. Daí a via escolhida pela PEC n. 15, de 2011, também conhecida como “PEC Peluso”, e que, em sua redação original, transformava os recursos extraordinário e especial em ações rescisórias.

vigente e de orientar seu processo decisório”.<sup>68</sup> Sua função mais básica e importante é, pois, produzir *segurança jurídica e igualdade na aplicação da lei*, o que faz por meio do “estabelecimento de critérios para a relação entre norma e fato”, com o que reduz a incerteza, estabiliza o sistema jurídico, produz coerência, controlabilidade e “reaproveitamento de soluções concretas em casos futuros”.<sup>69</sup> No desempenho dessa função, cumpre a ela oferecer as bases para que o “direito não seja aquilo que o intérprete quer que ele seja”,<sup>70</sup> nem um conjunto de “recomendações hipotéticas a serem seguidas por um príncipe prudente”,<sup>71</sup> pena de rompimento radical com a legalidade democrática, especialmente em matéria penal, onde a reserva legal também se traduz em um mandado de determinação e taxatividade (art. 5º, XXXIX, CF). *Cumprir a lei é, portanto, reverenciar o Estado Democrático de Direito.*<sup>72</sup>

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

AMARAL, Thiago Bottino do. *Habeas corpus nos Tribunais Superiores: uma análise e proposta de reflexão*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016.

---

<sup>68</sup> REIS, Thiago. Dogmática e incerteza normativa: crítica ao substancialismo jurídico do direito civil - constitucional. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 11, p. 213–238, 2017, p. 215.

<sup>69</sup> REIS, Thiago. Dogmática e incerteza normativa: crítica ao substancialismo jurídico do direito civil - constitucional. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 11, p. 213–238, 2017, p. 214-216.

<sup>70</sup> Parafraseando: STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto - decido conforme a minha consciência?* 4. ed. ele. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 47.

<sup>71</sup> GRECO, Luís. Conveniência e respeito. Sobre o hipotético e o categórico na fundamentação do Direito Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 95, p. 43-83, 2012, p. 71.

<sup>72</sup> Um avanço considerável, segundo: STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto - decido conforme a minha consciência?* 4. ed. ele. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 171; e, ainda, em: STRECK, Lenio Luiz. Os limites semânticos e sua importância na e para a democracia. *Revista da AJURIS*, v. 41, n. 135, p. 173–187, 2014, p. 184.

AMARAL, Augusto J.; CALEFFI, Paulo S. Pré-ocupação de inocência e execução provisória da pena: uma análise crítica da modificação jurisprudencial do STF. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 3, n. 3, p. 1073–1114, 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i3.102>

AMARAL, Marianne G.; SUXBERGER, Antonio H. A execução provisória da pena e sua compatibilidade com a presunção de inocência como decorrência do sistema acusatório. *Revista de Direito Brasileira*, v. 16, n. 7, p. 186–210, 2017. <https://doi.org/10.5585/rdb.v16i7.500>

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique; LOPES JÚNIOR, Aury. Presunção de inocência: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. 2016. Disponível em: <[http://www.emporiododireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer\\_Presuncao\\_de\\_Inocencia\\_Do\\_concei.pdf](http://www.emporiododireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf)> Acesso em: 20 fev. 2018.

BARROSO, Luís Roberto; SCHIETTI, Rogério. Execução penal, opinião e fatos. Folha de São Paulo, 02/02/2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2018/02/luis-roberto-barroso-e-rogerio-schietti-execucao-penal-opiniao-e-fatos.shtml>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre. Crítica à execução antecipada da pena: a revisão da Súmula 367 pelo STJ. In: *Crítica à execução penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 447–462.

GRECO, Luís. Conveniência e respeito. Sobre o hipotético e o categórico na fundamentação do Direito Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 95, p. 43-83, 2012.

GRECO, Luís. *Lo vivo y lo muerto en la teoria de la pena de Feuerbach*. Madrid: Marcial Pons, 2015.

LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal. In: GRECO, Luís [et al.]. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 123–168.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Maurício Zanóide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NEUMANN, Ulfrid. *Bedingungen der Validität des naturalistischen Fehlschlusses*. In: *Festschrift für Matthias Mahlmann*. Baden-Baden: Nomos, 2011, p. 62–70.

QUEIROZ, Rafael M. R. A presunção de inocência libertada. Jota, 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/presuncao-de-inocencia-libertada-28022018>>. Acesso em 28 mar. 2018.

REIS, Thiago. Dogmática e incerteza normativa: crítica ao substancialismo jurídico do direito civil - constitucional. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 11, p. 213–238, 2017.

SCHIETTI, Rogério; BARROSO, Luís Roberto. Execução penal, opinião e fatos. Folha de São Paulo, 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2018/02/luis-roberto-barroso-e-rogerio-schietti-execucao-penal-opiniao-e-fatos.shtml?loggedpaywall>>. Acesso em: 02 mar. 2018.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, p. 23–50, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto - decido conforme a minha consciência?* 4. ed. ele. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Os limites semânticos e sua importância na e para a democracia. *Revista da AJURIS*, v. 41, n. 135, p. 173–187, 2014.

SUXBERGER, Antonio H.; AMARAL, Marianne G. A execução provisória da pena e sua compatibilidade com a presunção de inocência como decorrência do sistema acusatório. *Revista de Direito Brasileira*, v. 16, n. 7, p. 186–210, 2017. <https://doi.org/10.5585/rdb.v16i7.500>

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

*Agradecimentos (acknowledgement)*: Meus agradecimentos a meus exigentes revisores Luís Greco, Adriano Teixeira, Alaor Leite, Frederico Horta, Mariana Tosi e Ronan Rocha.

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

*Declaração de autoria e especificação das contribuições (declaration of authorship)*: todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste artigo estão listadas como autores.

*Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality):* a autora assegura que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio. Trata-se de versão ampliada de fala apresentada no *IV Colóquio sobre o Supremo Tribunal Federal*, em 4 de dezembro de 2017, promovido pelo Instituto Victor Nunes Leal e pela AASP. Naquela ocasião, pretendi homenagear o Min. Sepúlveda Pertence, ali presente, o que explica as referências preferenciais a precedentes de sua lavra e, ainda, a linguagem direta e tendencialmente informal empregada no texto.

#### Dados do processo editorial

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

- Recebido em: 02/03/2018
- Controle preliminar e verificação de plágio: 02/03/2018
- Avaliação 1: 07/03/2018
- Avaliação 2: 20/03/2018
- Avaliação 3: 20/03/2018
- Avaliação 4: 27/03/2018
- Decisão editorial preliminar: 06/04/2018
- Retorno rodada de correções 1: 18/04/2018
- Decisão editorial final: 23/04/2018

#### Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-assistente: 1 (TACJ)
- Revisores: 4

#### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

ESTELLITA, Heloisa. A flexibilização da legalidade no Supremo Tribunal Federal: o caso da execução da condenação sujeita a apelos extremos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 2, p. 709-730, mai./ago. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i2.141>



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

# Fundamento central do direito à não autoincriminação

*Central foundation of the right against self-incrimination*

**Heloisa Rodrigues Lino de Carvalho<sup>1</sup>**

Universidad de Morón - Argentina

heloisalinovalho@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/8240862426355988>

 <https://orcid.org/0000-0001-5983-8156>

---

**RESUMO:** A não autoincriminação, imanente sobretudo à área do Direito Processual Penal Constitucional, é um direito individual humano e fundamental, de observância obrigatória na persecução penal, previsto em importantes documentos internacionais de direitos humanos, bem como na maioria das Constituições democráticas. Utilizando-se uma metodologia científica por meio de pesquisa bibliográfica e método teórico dedutivo, objetiva-se analisar seu fundamento central. O princípio motriz da razão de sua existência é a dignidade humana, cujo aspecto particular mais sólido apontado é a integridade mental e moral. Esta é violada ao ser o indivíduo colocado frente a possíveis disjuntivas desagradáveis, constituídas da possibilidade de dar origem a consequências negativas, seja por optar manter-se em silêncio ou declarar e, neste caso, por se autoincriminar (admitindo a imputação, sendo verdadeira ou não) ou por mentir. Isso transgride a natureza humana, que tem dificuldade de admitir as próprias falhas e assumir as consequências daí advindas. A vedação de se obrigar o acusado a emitir uma declaração e de se atribuir qualquer consequência negativa ao seu silêncio é uma decorrência incontestável desse direito. No entanto, sua aplicabilidade nos diferentes casos concretos enseja muitas controvér-

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Universidad de Morón (Arg). Bacharela em Direito pelo Instituto Vianna Junior (2001) e pós-graduada Especialista em Direito Público com ênfase em Direito Processual Civil pela Universidade Potiguar (RN/Br) (2007). Atualmente é oficiala de justiça avaliadora federal na Justiça Federal - Seção Judiciária do Espírito Santo e Professora de Introdução ao Estudo do Direito nos Cursos de Formação de Soldados da Polícia Militar do Espírito Santo.

sias. A delimitação de seu real fundamento objetiva contribuir com subsídios para coerentes soluções.

**PALAVRAS-CHAVE:** Autoincriminação; *Nemo tenetur se detegere*; Silêncio; Direito de não declarar contra si mesmo; Direito de não se confessar culpado.

**ABSTRACT:** *Non-self-incrimination, immanent especially in Constitutional Criminal Procedural Law, is an individual and fundamental human right. Its observance is mandatory in criminal prosecution, provided for in important international human rights documents, as well as in most of the democratic Constitutions. Employing a scientific methodology by means of bibliographical research and theoretical deductive method, the objective is to analyze its central foundation, to be able to outline its scope more accurately. The main driver for its existence is human dignity, whose most solid aspect is a person's mental and moral integrity. This is violated when the individual faces possible unpleasant disjunctives, marked by the possibility of giving rise to negative consequences. The person ends up either opting to remain silent or testify and, in this case, they may self-incriminate (admitting imputation, whether true or not) or by lie. This transgresses human nature, since we have difficulty admitting our own faults and bearing with the consequences thereof. The prohibition of compelling the accused to issue a statement and attributing any negative consequences to their silence is an undeniable consequence of that right. However, its applicability in different concrete cases incites many controversies. The outline of its real foundation aims at contributing with subsidies for coherent solutions.*

**KEYWORDS:** *Self-incrimination; Nemo tenetur se detegere; Silence; Right not to testify against yourself; Right not to plea guilty.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. O tratamento do direito à não autoincriminação em alguns ordenamentos jurídicos; 2. Fundamentos do direito à não autoincriminação; 3. Análise dos argumentos apresentados; Conclusão; Referências.

---

## INTRODUÇÃO

Este trabalho situa-se na área do Direito Processual Penal Constitucional. Tem-se o objetivo de analisar o fundamento central do direito

à não autoincriminação. Para isso se utiliza uma metodologia científica por meio de pesquisa bibliográfica e do método teórico dedutivo. Estruturalmente, divide-se em introdução, desenvolvimento, conclusão e referências. O desenvolvimento está dividido em três partes, onde expõem-se no item 1 o tratamento do direito à não autoincriminação em alguns ordenamentos jurídicos, no item 2 os fundamentos do direito à não autoincriminação encontrados na bibliografia jurídica, e no item 3 a análise dos argumentos apresentados.

Justifica-se na relevância do direito à não autoincriminação, que é um direito individual, humano e fundamental, de observância obrigatória na persecução penal, previsto em importantes documentos internacionais de direitos humanos, como no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), bem como na maioria das Constituições democráticas. Assim, é imprescindível determinar a razão de sua existência, a fim de que se possa delimitar com maior precisão sua abrangência.

O direito à não autoincriminação tem grande influência na licitude das provas. Não existe um consenso se essa garantia, além do direito de permanecer em silêncio, de não se confessar e de não sofrer consequências negativas ao exercício do silêncio, abarca também o direito de mentir e, principalmente, o direito de não colaborar com a produção probatória na forma ativa e/ou passiva, como coleta de sangue, de amostra de parte do corpo para exame de DNA, fornecimento de material para perícia grafo-técnica, submissão ao etilômetro, participação em reconstituição do crime etc. Entretanto, apesar de instigante, não se aprofundará nessas questões, a fim de não extrapolar o objetivo aqui proposto, que é uma análise em abstrato desse direito, com o propósito de delimitar seu fundamento central. Ressalta-se que essa delimitação contribui com subsídios para coerentes soluções dos casos concretos.

O problema gira em torno de determinar qual é o fundamento central do direito à não autoincriminação. Para essa análise, fazem-se alguns questionamentos. Como esse direito é tratado nos diversos ordenamentos jurídicos, especialmente na América Latina? Quais os principais fundamentos apontados pelos juristas? Qual a consistência dos fundamentos apontados? Qual o fundamento que mais bem justifica a existência desse direito? Qual é sua principal decorrência?

A compreensão do direito à não autoincriminação varia nos diversos ordenamentos jurídicos, em especial nos Estados Unidos e Europa em relação aos países latino-americanos. Assim, apresenta-se seu tratamento jurídico em alguns países, especialmente, na América Latina, apenas de forma genérica, somente com o intuito de contextualizar a sua aplicação, já que o foco é a análise do seu fundamento central.

Os fundamentos apontados na literatura jurídica são vários, como a dificuldade humana em confessar seus próprios erros, a coibição de tortura para se obter uma confissão, a presunção de inocência, a tutela de direitos inerentes à dignidade humana, dentre eles a integridade física, mental e moral, a liberdade de autodeterminação e de consciência e a autopreservação. Há também o argumento de que a razão de existência desse direito é a elisão da imoralidade de se pôr alguém frente a possíveis disjuntivas desagradáveis, denominadas de “trilema”, consistente na possibilidade de dar origem a consequências negativas, seja por optar por manter-se em silêncio ou por declarar, e, neste caso, por se autoincriminar (admitindo os fatos imputados, sejam eles verdadeiros ou não) ou por mentir.

Como hipótese a se comprovar, estabelece-se que o princípio motriz da razão de existência do direito à não autoincriminação é a dignidade humana, cujo aspecto particular que se visa proteger é a integridade mental, moral e até física, violada pelo denominado “trilema”. Essa violação transgride a natureza humana, que tem dificuldade de admitir as próprias falhas e assumir as consequências daí advindas. A principal decorrência desse direito é a vedação de se obrigar o acusado a emitir uma declaração e de se atribuir qualquer consequência negativa ao seu silêncio.

Apesar de existirem correntes filosóficas que negam a existência de uma natureza humana, adota-se aqui a teoria de que os seres humanos, assim como qualquer outro ser do universo, possuem uma natureza própria. É complexo, no entanto, determinar precisamente o que vem a ser a natureza humana, o que só será alcançado com estudos interdisciplinares em vários campos da ciência que analisam a espécie humana e procuram entender sua natureza, dentre eles a genética do comportamento, a antropologia, a biologia evolutiva, a primatologia, a psicologia e a neurociência.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> FERNANDEZ, Atahualpa. O problema da natureza humana (parte 1 e 2). *Em-pório do Direito*, Florianópolis/SC, jul. 2015.

Considera-se natureza humana a essência, a índole, do ser humano, constituindo-se em sua maneira peculiar de ser, de se comportar, sendo invariável, permanente e identificador do homem<sup>3</sup>. Um traço característico do ser humano é possuir uma natureza essencial e intensamente social, ou seja, necessita viver em comunidade, e é dotado geneticamente de competência linguística e preparado para aprender e transmitir o conhecimento<sup>4</sup>.

Expõem-se os fundamentos apontados sobre o direito à não autoincriminação, as maneiras que possibilitam sua efetivação, bem como as consequências dele decorrentes, analisando os argumentos apresentados e verificando sua consistência. Enfim, apresentam-se as conclusões alcançadas.

## **1. O TRATAMENTO DO DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO EM ALGUNS ORDENAMENTOS JURÍDICOS**

O direito à não autoincriminação é também conhecido pelas expressões latinas, dentre outras, *nemo tenetur se detegere* e *nemo tenetur se ipsum accusare*, significando que ninguém é obrigado a se descobrir, se revelar, se autoincriminar<sup>5</sup>. Foi ignorado pelas civilizações clássicas e durante a Idade Média. Seu gradativo fortalecimento começou com o Iluminismo<sup>6</sup>. Porém, existem referências antigas, como aponta Luigi Ferrajoli<sup>7</sup>, citando Hobbes em sua obra “O Leviatã”: “Se um homem é interrogado pelo soberano ou por um oficial seu relativamente a um delito por ele cometido, ele não é obrigado a confessar sem asseguaração de perdão, pois ninguém pode ser obrigado por um pacto a acusar-se a si mesmo”.

---

<sup>3</sup> BEUCHOT, Mauricio; JAVIER, Saldaña. *Derechos humanos y naturaleza humana*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 61.

<sup>4</sup> FERNANDEZ, Atahualpa. O problema da natureza humana (parte 1 e 2). *Em-pório do Direito*, Florianópolis/SC, jul. 2015.

<sup>5</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 28.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 30-34.

<sup>7</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al., 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 625.

Tal direito é consentâneo com o princípio norteador de todos os direitos humanos: dignidade da pessoa humana. Atualmente, encontra-se estabelecido tanto em normas de Direito Internacional Público quanto na maioria das Constituições dos Estados democráticos de direito, que geralmente repetem o texto daqueles documentos supranacionais.

Em âmbito internacional, é previsto explicitamente no PIDCP de 1966<sup>8</sup> (art. 14, item 3, letra 'g'), na CADH de 1969<sup>9</sup> (art. 8º, item 2, letra 'g', e item 3), no Protocolo Adicional I de 1977 às Convenções de Genebra de 1949<sup>10</sup> (art. 75, item 4, letra 'f') e no Estatuto de Roma de 1998<sup>11</sup> que instituiu o Tribunal Penal Internacional ou Corte Penal Internacional (art. 55).

O direito ao silêncio, pelo qual ninguém é obrigado a depor, a declarar, a manifestar-se oralmente contra si mesmo é, incontroversamente, a principal decorrência do direito à não autoincriminação. No entanto, de acordo com uma ampla posição doutrinária<sup>12</sup>, essa garantia abrange também o direito a não colaborar, ao menos de forma ativa, na produção de provas contra si mesmo.

O tratamento desse direito varia nos diversos ordenamentos jurídicos, em especial nos Estados Unidos e Europa em relação aos países

<sup>8</sup> Disponível em: <[http://direitoshumanos.gddc.pt/3\\_1/IIIPAG3\\_1\\_6.htm](http://direitoshumanos.gddc.pt/3_1/IIIPAG3_1_6.htm)>. Acesso em: 02 mai. 2018.

<sup>9</sup> Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_america.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2018.

<sup>10</sup> Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Conven%C3%A7%C3%A3o-de-Genebra/protocolo-i-adicional-as-convencoes-de-genebra-de-12-de-agosto-de-1949-relativo-a-protecao-das-vitimas-dos-conflitos-armados-internacionais.html>>. Acesso em: 27 abr. 2018.

<sup>11</sup> Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/esttpi.htm>>. Acesso em: 27 abr. 2018.

<sup>12</sup> Paulo Mário Canabarro Trois Neto informa que diversos autores sustentam que, apesar da origem histórica, atualmente o direito à não autoincriminação abrangeria muito além do mero aspecto verbal da liberdade de declarar, alcançando uma ampla liberdade na colaboração da produção probatória, mesmo que não afete a integridade física ou mental do acusado. Sobre isso, ver: TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. *O direito fundamental à não-autoincriminação e a influência do silêncio do acusado no convencimento do juiz penal*. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009, p. 94.

latino-americanos. Contudo, é unânime o reconhecimento do direito de permanecer calado diante de interrogatórios como decorrência do direito à não autoincriminação.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), em 2001, no caso J.B. contra Suíça, reafirmou que o direito de guardar silêncio e de não contribuir com a própria incriminação são normas internacionais geralmente reconhecidas. Apesar de não estarem expressas na Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), fazem parte do núcleo do art. 6º, pois se coadunam a evitar erros judiciários e a garantir a consecução de um processo justo. O direito à não autoincriminação impõe às autoridades o respeito à vontade do indivíduo, não podendo recorrer a provas obtidas por meio de coações ou pressões.<sup>13</sup>

No entanto, o TEDH entende que o direito de permanecer em silêncio, como parte do direito a um processo equitativo, não é absoluto e só existe na modalidade de não responder, não declarar. No caso John Murray contra Reino Unido, em 1996, compreendeu que a valoração negativa do silêncio do réu não viola o artigo 6º, itens 1 e 2, da CEDH. Reputou, ainda, que poderia haver advertência de que o silêncio poderia ser usado para extrair inferências, as quais não seriam as únicas a embasarem a culpabilidade, bem como, por se tratar de terrorismo, essas inferências não eram contrárias à Convenção. Entretanto, considerou que o fato de o réu não ter tido advogado a tempo violou o conceito de equidade do julgamento.<sup>14</sup>

Nos Estados Unidos, tem-se o denominado “privilege against self-incrimination” advindo da Quinta Emenda à Constituição daquele país<sup>15</sup>. Esse direito permite que um indivíduo permaneça em silêncio

---

<sup>13</sup> ECHAGÜE, Juan Manuel Álvarez. Reflexiones sobre el alcance del estado de inocencia y del principio de no autoincriminación en el derecho penal tributario. *Revista de Tributación de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales*, Buenos Aires, n. 6, 2007, p. 7.

<sup>14</sup> CHARNIAK, Krystina. *LegaVox.fr*: The right to remain silent in UK and in USA, 1 set. 2012, [s/p].

<sup>15</sup> [...] nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself [...] (Disponível em: <[https://www.usconstitution.net/xconst\\_Am5.html](https://www.usconstitution.net/xconst_Am5.html)>. Acesso em: 27 abr. 2018).

diante de um interrogatório tanto judicial quanto policial, não sendo obrigado a testemunhar contra si próprio<sup>16</sup>.

Lá o acusado não é obrigado a se manifestar, embora, se optar por declarar, fica obrigado a dizer a verdade, tendo que prestar juramento, estando sujeito à pena de perjúrio, caso minta<sup>17</sup>. No entanto, o silêncio do réu em sede policial pode, em certas circunstâncias, ser considerado indício ou prova do fato criminoso.<sup>18</sup> A análise gira em torno de ter o interrogatório policial ocorrido antes da custódia ou sob ela e se o arguido foi informado de seus direitos ou se ele expressamente os invocou.

No caso *Miranda v. Arizona* (1966), a Suprema Corte norte-americana considerou que o interrogatório sob custódia contém em si coações que potencialmente afetam a liberdade do arguido de exercer o privilégio. Assim, decidiu que toda pessoa que estiver sob custódia deverá, antes de se submeter a interrogatório, ser advertida, dentre outras coisas, de seu direito de permanecer em silêncio, de que tudo que disser poderá ser usado contra ela e de que tem direito a um advogado. São as chamadas “advertências de Miranda”. Estando o arguido sob custódia, ele não é obrigado a invocar expressamente o seu direito ao silêncio.<sup>19</sup>

A custódia consiste numa prisão formal ou numa restrição da liberdade de locomoção em grau semelhante ao da prisão formal. No caso *Miranda*, a Corte não proibiu os interrogatórios sob custódia, mas obrigou os interrogadores a informar os suspeitos de seus direitos.

---

<sup>16</sup> HAPNER, Andrew M. You have the right to remain silent, but anything you don't say may be used against you: the admissibility of silence as evidence after *Salinas v. Texas*. *Florida Law Review*, Gainesville (Florida/U.S.), v. 66, n. 4, Article 8, fev. 2015, p. 1776-1777.

<sup>17</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 208.

<sup>18</sup> HAPNER, Andrew M. You have the right to remain silent, but anything you don't say may be used against you: the admissibility of silence as evidence after *Salinas v. Texas*. *Florida Law Review*, Gainesville (Florida/U.S.), v. 66, n. 4, Article 8, fev. 2015, p. 1776-1777.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 1766-1767.

Na ausência dessas garantias, presume-se que a confissão foi obtida de forma coativa.<sup>20</sup>

A Corte Suprema norte-americana, no caso *Doyle v. Ohio* (1976), dispôs que qualquer silêncio ocorrido após as advertências de Miranda não serve nem como indício nem como prova. Contudo, o tema não foi abordado sob o enfoque do direito à não autoincriminação, mas sim do princípio do devido processo constante da Décima Quarta Emenda à Constituição do país. No caso *Jenkins v. Anderson* (1980), a Corte considerou que o silêncio pré-custódia e pré-Miranda pode ser indicado como indício, não violando o devido processo, já que os acusados renunciaram a algumas proteções constitucionais optando voluntariamente em declarar.<sup>21</sup> No caso *Salinas v. Texas* (2013), a Corte Suprema norte-americana sustentou que o silêncio pré-custódia e pré-Miranda é admissível como prova material, a não ser que o acusado tenha invocado expressamente o privilégio contra a autoincriminação.<sup>22</sup>

Na América Latina, o tratamento ao direito à não autoincriminação é geralmente similar, porém bem mais protetivo do indivíduo do que nos Estados Unidos e no âmbito do TEDH. Normalmente abrange mais do que o simples direito de silenciar-se, admitindo-se inclusive a mentira, proscurendo-se o juramento e proibindo-se obrigar o acusado a produzir prova contra si mesmo, ao menos na forma ativa, vedando-se o emprego de qualquer forma violenta ou coercitiva para se obter uma declaração.

No Peru, segundo o exposto por Miguel Ángel C. Bustos<sup>23</sup>, o direito à não autoincriminação protege, além do direito do imputado de guardar silêncio, o direito de declarar, elegendo o conteúdo da declaração, podendo declarar falsamente. Proíbe-se a utilização de tortura ou qualquer método violento ou coercitivo para se obter uma declaração.

---

<sup>20</sup> KITAI-SANGERO, Rinat. Respecting the privilege against self-incrimination: a call for providing Miranda warnings in non-custodial interrogations. *New Mexico Law Review*, Albuquerque (U.S.), v. 42, 9 Dez. 2012, p. 204-207.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 1767-1768.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 1770-1771.

<sup>23</sup> BUSTOS, Miguel Ángel Caccha. *El derecho a no autoincriminar-se en los procesos penales en el Distrito Judicial de Lima Sur*, Tese para obter o título profissional de advogado – Facultad de Humanidades - Escuela Profesional de Derecho, Universidad Autónoma del Perú, Lima, 2016, p. 77-78.

Norma Valeria T. Escobar<sup>24</sup> esclarece que a Constituição Política Peruana não alberga nenhuma disposição expressa do direito à não autoincriminação. No entanto, a Corte Suprema entende que essa garantia constitui um conteúdo do direito ao devido processo, além de estar reconhecida expressamente em instrumentos internacionais de direitos humanos, dos quais o país é signatário. Esta garantia consiste no direito a não declarar culpado nem a ser obrigado a declarar contra si mesmo.

Na Argentina, sua Constituição<sup>25</sup> estipula no art. 18 que: “Nadie puede ser obligado declarar contra sí mismo”. Além disso, o direito de não ser obrigado a declarar contra si mesmo, estipulado no art. 8º, ‘g’, da CADH, ostenta hierarquia constitucional, por força do art. 75, inciso 22, de sua Constituição.

A Corte Suprema da Argentina (CSJN), no caso “Agüero Corvalán” (32:2146)<sup>26</sup>, reafirmou entendimento anterior de que as declarações tomadas sob juramento do processado são contrárias ao direito constitucional de defesa em juízo e de que o juramento implica uma coação moral que invalida a declaração do imputado, pois trata-se de uma forma de obrigá-lo, eventualmente, a declarar contra si mesmo. No entanto, entendeu que a simples exortação legal de declarar conforme a verdade não significa o mesmo que declarar sob juramento ou promessa de dizer a verdade e por isso não infringe o disposto no art. 18 da Constituição. Só violaria esse direito constitucional se se tentasse ir além da referida exortação, coagindo ou ameaçando concretamente o imputado a declarar.

Conforme relata José Milton Peralta<sup>27</sup>, a Corte Suprema Argentina entende que o direito à não autoincriminação só protege as comunicações do imputado que deveriam provir de sua livre vontade, sendo proibidos

<sup>24</sup> ESCOBAR, Norma Valeria Torres. *El principio de no autoincriminación en el derecho procesal penal*. Tese para obtenção do título de advogada – Carrera de Derecho – Facultad de Jurisprudencia, Universidad Regional Autónoma de los Andes – UNIANDÉS, Ibarra (Equador), 2014, p. 39-40.

<sup>25</sup> Disponível em: <<https://bibliotecadigital.csjn.gov.ar/Constitucion-de-la-Nacion-Argentina-Publicacion-del-Bicent.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2018.

<sup>26</sup> Disponível em: <<https://sj.csjn.gov.ar/sj/tomosFallos.do?method=iniciar>>. Acesso em: 27 abr. 2018.

<sup>27</sup> PERALTA, José Milton. La no obligación de declarar contra uno mismo. In: RIVERA, Julio C. (h) et al. *Tratado de los derechos constitucionales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2014. v. 3. Cap. 4, p. 423.

métodos violentos para obtenção de provas. Não abrange, porém, outras colaborações probatórias que possam prejudicá-lo.

José Luis Eloy M. Brand<sup>28</sup> expõe que no México o direito à não autoincriminação engloba o direito a declarar e a manter-se em silêncio. O acusado tem o direito de ser informado desses direitos e de que tem direito de ser assistido por advogado. Não há exigência de juramento, podendo faltar com a verdade. É proibido qualquer método violento para obtenção de declaração. O exercício do direito de não declarar não pode ensejar presunção de culpabilidade, não pode gerar nenhum prejuízo ao acusado e não pode operar confissão ficta.

Juan David Riveros-Barragán<sup>29</sup> descreve que na Colômbia o direito à não autoincriminação está previsto no artigo 33 da sua Constituição Política. Abarca o direito do acusado a declarar, podendo dar a sua versão dos fatos, o direito de não declarar, permanecendo calado, o direito de ser informado de que pode guardar silêncio e de que não é obrigado a declarar contra si mesmo. Não há dever de prestar juramento, a não ser que o imputado se ofereça a declarar. Neste caso, a Corte considera que se trata de mera formalidade legal prévia à declaração, mas da qual não se pode derivar consequências jurídicas penais adversas ao depoente quando sua declaração versar sobre sua própria conduta.

Javier W. Von Bernath<sup>30</sup> informa que o direito à não autoincriminação está previsto na Constituição Política do Chile, no artigo 19, número 7, letra f. Afirma que naquele país, essa garantia compreende o direito de não ser obrigado a declarar e, se quiser declarar, não há obrigação de dizer a verdade, sendo vedado o juramento sobre fato próprio. Assevera que a lei consagra uma exortação de dizer a verdade. Porém o

---

<sup>28</sup> BRAND, José Luis Eloy Morales. ¿Defensa o autoincriminación? Sobre la declaración del imputado en el sistema penal acusatorio. *Redhes – Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, San Luis Potosí (México), ano VI, n. 12, p. 123-144, jul.-dez. 2014, p. 133-138.

<sup>29</sup> RIVEROS-BARRAGÁN, Juan David. El derecho a guardar silencio: visión comparada y caso colombiano. *Revista Colombiana Derecho Internacional*, Bogotá (Colômbia), n. 12, Ed. Especial, 2008, p. 381-384.

<sup>30</sup> BERNATH, Javier Wilenmann Von. El tratamiento del autofavorecimiento del imputado. Sobre las consecuencias substantivas del principio de no autoincriminación. *Revista de Derecho – Universidad Católica del Norte*, Coquimbo (Chile), v. 23, n. 1, p. 111-139, jun. 2016, p. 112-113 e 120-121.

sistema tende a eliminar as consequências decorrentes das obrigações de sinceridade. A mentira não induz crime de falso testemunho nem de obstrução da investigação.

De acordo com Angélica Marlene Y. Quinatoa<sup>31</sup>, o direito à não autoincriminação encontra amparo no art. 77, numeral 7, literal C, da Constituição Política do Equador. Lá essa garantia inclui o direito de não ser obrigado a declarar, podendo guardar silêncio; de declarar, inclusive falsamente, não se lhe exigindo o juramento; de ter assistência de advogado; de ser informado de seus direitos; de não sofrer coação ou tortura para se confessar; de não colaborar com a própria condenação e de não se confessar culpado.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabeleceu no inciso LXIII do art. 5º que: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”<sup>32</sup>. Tal dispositivo enseja interpretação extensiva, conforme entendimento da Suprema Corte brasileira (STF).

O STF compreende que o “privilegio” contra a autoincriminação pode ser invocado por qualquer pessoa, seja na condição de testemunha, de suspeito, indiciado, denunciado ou réu que deva prestar depoimento perante órgãos do Poder Legislativo, do Poder Executivo ou do Poder Judiciário. O exercício do direito ao silêncio não pode implicar qualquer restrição à esfera jurídica daquele que regularmente o invocou. Ninguém pode ser tratado como culpado antes de uma decisão condenatória definitiva. É o que se verifica no julgamento do Habeas Corpus 79.812/SP<sup>33</sup>.

No Habeas Corpus 99.289/RS<sup>34</sup>, o STF consignou que o exercício do direito ao silêncio não implica confissão e não pode causar nenhum

<sup>31</sup> QUINATO, Angélica Marlene Yugcha. *El garantismo constitucional frente al principio de legalidad y el derecho a la no incriminación en el procedimiento abreviado en la legislación penal ecuatoriana*. Tese para obtenção do título de advogada - Escuela de Derecho - Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Central del Ecuador, Quito, jun. 2014, p. 3 e 71-74.

<sup>32</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2018.

<sup>33</sup> STF, HC 79.812/SP, Relator Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 08/11/2000.

<sup>34</sup> STF, HC 99.289/RS, Relator Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. 23/06/2009.

prejuízo ao acusado. No julgamento do HC 94.601/CE<sup>35</sup>, a Corte Suprema dispôs que o interrogatório do réu é um meio de defesa, que compõe o devido processo legal.

Segundo o entendimento do STF esposado no julgamento da Medida Cautelar no Habeas Corpus 96.219/SP<sup>36</sup>, a participação do acusado na colaboração para a apuração de crimes contra si é facultativa. A “prerrogativa” de permanecer em silêncio vai além do direito de não colaborar, oralmente, com a investigação criminal. Abrange também o direito de o indivíduo não produzir prova contra si mesmo; o direito a se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, como reprodução simulada dos fatos delituosos investigados. Também não lhe é obrigado fornecer padrões gráficos para fins de perícia criminal.

Registra-se que essa interpretação extensiva dada pelo STF se limita aos fatos criminosos imputados ao indivíduo, não abrangendo a sua qualificação, conforme disposto no julgamento do Recurso Extraordinário RE 640.139/DF<sup>37</sup> de reconhecida repercussão geral. Assim, o acusado não tem o direito de silenciar ou mentir quanto aos dados pessoais que o qualifiquem, como nome, sexo, estado civil, filiação, idade e outros.

Apesar desse entendimento tão ampliativo quanto ao direito à não autoincriminação, a Corte Suprema brasileira se afasta do entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) no âmbito da CADH com relação à teoria das nulidades. Enquanto esta considera decorrer prejuízo do simples desrespeito ao direito ao silêncio, aquela restringe esse direito, exigindo demonstração de prejuízo pelo réu quando o direito foi desrespeitado, deixando ao livre arbítrio do julgador o que considera ser ou não prejuízo.<sup>38</sup>

---

<sup>35</sup> STF, HC 94.601/CE, Relator Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. 04/0/2009.

<sup>36</sup> STF, HC 96.219 MC/SP, Decisão Monocrática Min. Celso de Mello, j. 09/10/2008.

<sup>37</sup> STF, RE 640.139 RG/DF, Relator Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 22/09/2011.

<sup>38</sup> GUEDES, Gabriel Pinto. *O direito a não produzir prova contra si mesmo: aproximações entre os casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Supremo Tribunal Federal*. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminas, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014, p. 16.

## 2. FUNDAMENTOS DO DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

Como visto, o direito à não autoincriminação é um direito humano e fundamental, pois previsto em Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos e na Constituição do país. É, assim, relevante a ponderação de José Milton Peralta<sup>39</sup> de que o fato desse direito ocupar essa posição normativa privilegiada constitui seu fundamento legal, mas não o seu fundamento primordial. A norma não pode justificar-se em si mesma. A razão por que esse direito toma esse lugar privilegiado, ou seja, o motivo por que ele existe é que constitui o seu fundamento central.

Verifica-se que não há na literatura jurídica ampla discussão sobre o fundamento central do direito à não autoincriminação. A bibliografia sobre o tema apresenta conceitos, objetivos, origens históricas e consequências. No entanto, raramente se encontra análise profunda sobre o fundamento principal.

Na bibliografia pesquisada, encontraram-se várias razões apontadas como justificadoras do direito à não autoincriminação, dentre elas, a dificuldade humana em confessar seus próprios erros, o sistema acusatório, a presunção de inocência, o direito de defesa e a coibição de tortura para se obter uma confissão. A tutela da dignidade humana foi o fundamento mais assinalado. Quanto a este aspecto, encontrou-se a indicação da integridade física e mental, da intimidade, da liberdade de autodeterminação e de consciência, da autopreservação e da liberdade moral.

Marcelo S. Albuquerque<sup>40</sup> defende que o direito à não autoincriminação tem três fundamentos: histórico, natureza humana e processual. O fundamento histórico seria o desestímulo à obtenção forçada de confissão, pois esse direito surgiu em resposta às barbáries cometidas contra os acusados, que eram frequentemente submetidos à tortura, a fim de lhes extrair uma confissão, considerada àquela época a rainha das provas.

Diz o autor que a natureza humana revela que o homem tem dificuldades em espontaneamente confessar suas próprias falhas e assumir

---

<sup>39</sup> PERALTA, José Milton. La no obligación de declarar contra uno mismo. In: RIVERA, Julio C. (h) et al. *Tratado de los derechos constitucionales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2014. v. 3. Cap. 4, p. 400.

<sup>40</sup> ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. *A garantia de não auto-incriminação: extensão e limites*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 69.

as consequências que delas possam advir. Aqui o fundamento na natureza humana seria a garantia da integridade mental do indivíduo, de sua liberdade de autodeterminação e de consciência. Afirmar, ainda, que este direito consiste em um meio de efetivar o direito de ampla defesa. Assim, tem também fundamento processual.<sup>41</sup>

O autor assevera que a tentativa de extrair à força palavras de alguém que não queira falar é atentatório à sua dignidade, mesmo que não se trate de força física, como uma norma cogente que atribui alguma consequência negativa ao silêncio. É natural no homem a proteção de sua liberdade de consciência e o seu instinto de autopreservação. Por isso a garantia de não autoincriminação proscreve o juramento e certos métodos de interrogatórios, dentre eles o soro da verdade e o detector de mentiras.<sup>42</sup>

Como consequência desses fundamentos apontados, Marcelo S. Albuquerque<sup>43</sup> defende que só cabe a aplicação do direito à não autoincriminação quando houver necessidade de se atender às suas finalidades: desestimular a obtenção forçada de confissão, garantir a ampla defesa, proteger direitos fundamentais que compõem a dignidade da pessoa humana, como a integridade física e mental, a liberdade de autodeterminação e de consciência. Não é um direito absoluto. Exige-se sempre a observância da proporcionalidade. Ampara-se somente o direito a não declarar verbalmente contra si mesmo, bem como a não participar de acareação nem de reconstituição simulada dos fatos, já que violam a dignidade humana. Não confere ao indivíduo uma liberdade ampla de não colaborar na produção probatória contra si nem lhe concede o direito de mentir, embora não seja crime a mentira.

Guilherme G. Walcher<sup>44</sup> segue a mesma linha que Marcelo S. Albuquerque. Sustenta que o fundamento do princípio da não autoincriminação é a tutela da integridade física e mental do indivíduo. Funda-se

---

<sup>41</sup> Ibidem, p. 69.

<sup>42</sup> Ibidem, p. 72-73.

<sup>43</sup> Ibidem, p. 52-53 e 91-93.

<sup>44</sup> WALCHER, Guilherme Gehlen. A garantia contra a autoincriminação no Direito brasileiro: breve análise da conformação do princípio *nemo tenetur se detegere* à luz da jurisprudência nacional e estrangeira. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 57, 18 dez. 2013, [s/p].

também no reconhecimento da dificuldade, inerente à natureza humana, de confessar erros, desvios de conduta e principalmente delitos. Além disso, veio como uma retaliação às atrocidades cometidas na Idade Média, em que se utilizava tortura para obtenção de uma confissão.

Como consequência dessa fundamentação, o acusado é protegido de ser obrigado, por meio de fraude ou coação, física ou moral, a produzir prova contra si mesmo, porém não de forma ampla. Tem apenas o direito a não colaborar com as investigações de forma ativa na modalidade oral, ou seja, não declarar e não se confessar. Contudo, o dever das partes de colaborar com a Justiça na apuração dos fatos em tese delituosos, como as exigências de apresentação de documentos e de submissão a intervenções corporais que não ensejam risco de morte ou à saúde, somente a Constituição e a lei podem determinar.<sup>45</sup>

Para Guilherme G. Walcher<sup>46</sup>, o direito à não autoincriminação não concede ao indivíduo um direito à mentira. Diz que esta tem um grau de reprovabilidade muito maior do que o silêncio. Ela apenas é tolerada pelo ordenamento jurídico quando imprescindível para viabilizar o direito de autodefesa, com o intuito de elidir a responsabilização criminal, exigindo-se, no entanto, a razoabilidade e a proporcionalidade.

Carlos Henrique B. Haddad<sup>47</sup> não discute o fundamento central do princípio contra a autoincriminação. No entanto, indica sua extensão. Afirma que esse direito abrange a vedação de obrigar a se confessar, a proibição do juramento e o direito de permanecer calado. Garante a liberdade de declaração do acusado, abarcando todas as ações que possam contribuir para a autoincriminação, orais ou físicas, e não se pode dele exigir a colaboração na produção de provas incriminadoras. A inércia do acusado não implica assunção de culpa. Somente os atos que dependem da vontade do indivíduo estão protegidos. Portanto, não se aplica aos atos que constituem mera tolerância do acusado, nem às condutas comissivas destinadas a evitar a produção, por terceiros, de prova desfavorável.

---

<sup>45</sup> Ibidem, [s/p].

<sup>46</sup> Ibidem, [s/p].

<sup>47</sup> HADDAD, Carlos Henrique Borlido: *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003, p. 299-230.

O fundamento central do direito à não autoincriminação também não é indicado por Miguel Ángel C. Bustos<sup>48</sup>. Todavia afirma que se trata de uma manifestação do direito de defesa, do devido processo legal e do princípio da presunção de inocência. Destaca que essa garantia não está adstrita somente ao âmbito do direito penal, mas se estende a todo procedimento que implique uma sanção. Acresce que em um Estado Constitucional de Direito, todos os envolvidos na persecução penal devem entender claramente que o fato de o imputado silenciar ou se contradizer em suas declarações não gera indício de culpabilidade, significando tão-somente que ele está exercendo seu direito a não se autoincriminar. Esse direito não protege somente o direito de guardar silêncio, mas alcança a escolha do conteúdo da declaração, não estando vinculada à verdade. Por isso, é vedado o juramento, bem como a prática de qualquer violência para se obter uma declaração.

Víctor Moreno Catena<sup>49</sup>, apesar de não examinar de modo específico o fundamento principal do direito à não autoincriminação, deixa a entender que seria o princípio da presunção de inocência, o qual veda uma condenação em que não haja convicção de culpabilidade. O acusado deve ser tratado como inocente enquanto não for condenado num processo devidamente legal. Dessa forma, o indivíduo não pode ser obrigado a declarar ou a colaborar com a investigação.

Sustenta o autor que o direito à não autoincriminação é um direito incondicional, ou seja, seu uso não pode acarretar qualquer consequência jurídica prejudicial ao acusado. Suas declarações têm natureza de ato de defesa. Assim, o acusado tem que ser previamente informado sobre os seus direitos: de ser assistido por um advogado; de saber sobre os fatos que lhe são imputados; de não declarar contra si mesmo e de não se confessar culpado; de optar por não declarar ou por declarar, ainda que seja parcialmente; e de saber sobre as consequências que poderão advir de suas declarações.<sup>50</sup>

---

<sup>48</sup> BUSTOS, Miguel Ángel Caccha. *El derecho a no autoincriminar-se en los procesos penales en el Distrito Judicial de Lima Sur*, Tese para obter o título profissional de advogado – Facultad de Humanidades - Escuela Profesional de Derecho, Universidad Autónoma del Perú, Lima, 2016, p. 77-78.

<sup>49</sup> CATENA, Víctor Moreno. Sobre o princípio da presunção de inocência. *Revista CEJ*, Brasília, ano XIX, n. 67, p. 101-111, set.-dez. 2015, p. 108-109.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 109-110.

Caroline Araújo<sup>51</sup> igualmente não aponta o fundamento central do direito à não autoincriminação. Assegura que é um direito fundamental previsto na Constituição, inerente ao sistema acusatório, além de ser uma garantia processual. Como consequência desse direito tem-se, além do direito ao silêncio, o direito de não colaborar na produção de provas contra si. Alega que tem influência nos princípios da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Norma Valeria T. Escobar<sup>52</sup> assevera que o fundamento do direito à não autoincriminação é a dignidade da pessoa humana ao ser reconhecido o acusado como sujeito e não como mero objeto de prova. Coagir o acusado, exigindo-lhe uma declaração que exteriorize um conteúdo de admissão de culpabilidade ou de confissão, viola sua liberdade moral e, portanto, sua dignidade. Desse fundamento resulta que do exercício desse direito não podem derivar consequências negativas para seu titular. O silêncio do acusado não pode ser considerado sequer um indício de culpabilidade.

A autora diz que o direito à não autoincriminação se revela no direito de autodefesa e na presunção de inocência. Atribui-se exclusivamente ao Estado-acusador a carga probatória e se proíbe a utilização no processo de provas irregularmente obtidas<sup>53</sup>. Infere-se, pois, que o direito de autodefesa, a presunção de inocência e a inadmissibilidade de provas ilícitas são decorrências do direito à não autoincriminação.

Maria Elizabeth Queijo<sup>54</sup> compreende que o direito fundamental à não autoincriminação se traduz numa esfera de liberdade do indivíduo frente ao Estado, que não se reduz ao direito ao silêncio. Visa proteger o indivíduo contra os abusos utilizados na persecução penal,

---

<sup>51</sup> ARAÚJO, Caroline. *O princípio do nemo tenetur se detegere no crime de embriaguez ao volante: pièce de résistance no vale tudo probatório*. Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais), Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015, [s/p].

<sup>52</sup> ESCOBAR, Norma Valeria Torres. *El principio de no autoincrimación en el derecho procesal penal*. Tese para obtenção do título de advogada – Carrera de Derecho – Facultad de Jurisprudencia, Universidad Regional Autónoma de los Andes – UNIANDÉS, Ibarra (Equador), 2014, p. 30-36.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 30-36.

<sup>54</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 77.

abrangendo a proteção “contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração de delitos, bem como contra métodos proibidos de interrogatório, sugestões e dissimulações”.

Para a autora, a dignidade é da essência da natureza humana e é ela o fundamento do direito à não autoincriminação, exigindo preservação da integridade física e moral do acusado. Consequentemente, o investigado não pode ser obrigado a dizer a verdade nem a colaborar na produção da prova, nem poderá ser submetido a tortura ou a tratamento desumano ou degradante ou a qualquer outra medida que seja prejudicial à sua integridade física e moral.<sup>55</sup>

Marcia C. D. Yokoyama<sup>56</sup> igualmente entende que o direito à não autoincriminação encontra fundamento na dignidade da pessoa humana. Trata-se de “manifestação do direito à intimidade, de preservação, de escolha entre falar ou calar, de não se expor, do livre exercício da consciência”. Acrescenta que silenciar para não se prejudicar advém da natureza humana.

A autora aduz que a dignidade humana é um supraprincípio que dá fundamento a todos os direitos fundamentais. O direito à não autoincriminação daí decorrente se traduz num direito de defesa do indivíduo perante o Estado, o qual deverá adotar um comportamento negativo, uma postura de abstenção, devendo respeitar a autodeterminação da pessoa de abster-se de falar em interrogatórios ou em fase anterior. Logo, o silêncio do acusado não pode lhe gerar qualquer desvantagem na persecução penal.<sup>57</sup>

Para a autora, a presunção de inocência, o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, a informação prévia acerca do direito e a proibição de provas ilícitas são meios que possibilitam a efetivação da garantia de não autoincriminação. Pela presunção de inocência o acusado não precisa falar para demonstrar sua inocência. Pelo devido

---

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 97, 102 e 113.

<sup>56</sup> YOKOYAMA, Marcia Caceres Dias. *O direito ao silêncio no interrogatório*. Dissertação (Mestrado) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 106 e 144.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 46-50.

processo legal, garante-se o contraditório e a ampla defesa, assegurando ao acusado a informação acerca da imputação, das suas consequências e da oportunidade de defesa. Pelo silêncio ou a apresentação da sua versão dos fatos, o acusado exerce a opção pela atitude que lhe seja mais conveniente em sua defesa.<sup>58</sup>

Rochester O. Araújo<sup>59</sup> não analisa especificamente o fundamento do direito à não autoincriminação. Entretanto, pode-se extrair de sua explanação que a razão seria o instinto de autopreservação do sujeito e a sua capacidade de autodeterminação, já que ela alega que esses são os dois bens jurídicos objeto de proteção daquele direito.

A autora acrescenta que tal direito configura essencialmente em uma regra quanto às provas no processo penal e, por isso, seu respeito exige critérios pré-fixados, incluindo o direito de informação prévia do acusado, o respeito à sua voluntariedade na participação da prova e o acompanhamento por defensor técnico<sup>60</sup>. Deduz-se, então, que essas são formas de se possibilitar a efetivação do direito à não autoincriminação.

José Milton Peralta<sup>61</sup> sustenta que há dois fundamentos para o direito à não autoincriminação. Um deles é a inaceitável imoralidade de se colocar o imputado frente a disjuntivas indesejáveis: “calar e receber uma consequência negativa por calar ou falar e, neste caso, ter uma consequência negativa ou por dar falso testemunho ou por se autoincriminar”. Chamam-se essas disjuntivas de “trilema”. O cerne da questão é evitar que se exija do imputado que colabore em um processo contra si, pois isto é imoral. O outro fundamento, complementar ao primeiro, está ligado à necessidade de assegurar ao imputado o exercício do direito de defesa sem temores, inclusive facultando-lhe a mentira.

---

<sup>58</sup> Ibidem, p. 53-75 e 144-145.

<sup>59</sup> ARAÚJO, Rochester Oliveira. *O direito fundamental contra a autoincriminação: a análise a partir de uma teoria do Processo Penal Constitucional*. Dissertação (Mestrado em Constituição e Garantias de Direitos), Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2013, p. 178-194.

<sup>60</sup> Ibidem, p. 13-18.

<sup>61</sup> PERALTA, José Milton. La no obligación de declarar contra uno mismo. In: RIVERA, Julio C. (h) et al. *Tratado de los derechos constitucionales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2014. v. 3. Cap. 4, p. 407-416. (livre tradução)

Ainda que o método utilizado para obter declarações não seja em si incorreto ou reprovável, é moralmente inaceitável colocar o imputado frente a essas disjuntivas desagradáveis<sup>62</sup>. Por exemplo, a utilização do soro da verdade, de detector de mentiras ou da hipnose, a exigência de juramento de dizer a verdade, previsão e aplicação de sanção legal para o silêncio, etc.

Quanto à mentira, José Milton Peralta<sup>63</sup> não se mostra suficientemente claro. Ora afirma que a faculdade de mentir é um fundamento do direito à não autoincriminação, ligado à necessidade de assegurar ao imputado o exercício do direito de defesa sem temores. Ora diz que não seria um fundamento, pois a opção pelo silêncio já libera o imputado de qualquer dilema moral ou prudencial.

A principal decorrência do fundamento central do direito à não autoincriminação apresentada por José Milton Peralta<sup>64</sup> é que ocorre violação desse direito em duas situações: quando o imputado é coagido a declarar e também quando se infere qualquer conclusão incriminatória em razão do seu silêncio. Seja através de presunção de culpabilidade absoluta ou relativa, seja quando se considera o silêncio como um mero indício, o indivíduo se sente frente a disjuntivas desagradáveis, que formam o chamado “trilema”.

Embora seja incontroverso o direito ao silêncio em seu sentido estrito de não declarar e não se confessar culpado, Maria Elizabeth Queijo<sup>65</sup> constata que ainda há uma relutância de muitos magistrados em conferir efetividade ao exercício desse direito. Nas sentenças condenatórias fazem inferência negativa ao silêncio, justificando-se que há no processo outras provas que por si só comprovam o delito. Argumentam que esta postura só interessaria a um culpado; se inocente, teria ele todo o interesse em responder ao interrogatório, já que normalmente sua conduta seria de protestar reiteradamente por sua inocência.

---

<sup>62</sup> Ibidem, p. 409.

<sup>63</sup> Ibidem, p. 410 e 416.

<sup>64</sup> Ibidem, p. 409-410.

<sup>65</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 155-156.

No entanto, esses argumentos dos magistrados são infundados, inconsistentes. Como explica Marcelo Sancinetti<sup>66</sup>, aquele “trilema” que justifica o direito de não declarar contra si mesmo está pensado justamente para as hipóteses em que o interrogado é culpado, já que se pretende evitar que ele seja colocado ante aquelas disjuntivas desagradáveis, pois é justamente aí que é imoral obrigá-lo a declarar.

De fato, se o interrogado for inocente, a imposição de uma declaração em nada afetaria sua integridade, pois não haveria falhas, erros ou desvios para assumir. No entanto, se for culpado e obrigado a declarar, das duas uma: ou mentirá ou irá se autoincriminar. Aí é que sua integridade mental e moral estará violada, já que vai contra sua dignidade, sua natureza humana. Entretanto, admitir que há grande probabilidade de culpa do acusado que silencia não permite lhe atribuir consequências negativas, já que o exercício de um direito não autoriza prejudicar o seu titular.

### 3. ANÁLISE DOS ARGUMENTOS APRESENTADOS

Pela análise das exposições acima, constata-se que são vários os fundamentos indicados para o direito à não autoincriminação. De igual forma, são diversas as consequências apontadas como sua decorrência. Percebe-se que há uma confusão entre o fundamento do direito com aquilo que decorre dele ou que seja um dos meios de possibilitar sua efetivação. Deve-se considerar, entretanto, que fundamento central é o motivo ensejador da existência do direito.

Afirmar que algo é o fundamento central do direito à não autoincriminação significa dizer que este nasceu por causa daquilo. O sistema acusatório, a presunção de inocência, a ampla defesa e a coibição da tortura são fundamentos apontados, todavia, carentes de argumentos sólidos.

A estrutura do sistema acusatório e a presunção de inocência como fundamento do princípio da não autoincriminação é justificada no

---

<sup>66</sup> SANCINETTI, Marcelo. *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público - art. 268, 2, C.P. 2.* ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000, p. 44 e ss. apud PERALTA, José Milton. La no obligación de declarar contra uno mismo. In: RIVERA, Julio C. (h) et al. *Tratado de los derechos constitucionales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2014. v. 3. Cap. 4, p. 408-409.

fato de que no sistema acusatório, o acusado tem presumida sua inocência e, por isso, o ônus probatório fica totalmente a cargo do Estado.

José Milton Peralta<sup>67</sup> afirma ser insatisfatório esse argumento, alegando que, se fosse válido, o Estado-acusador, que tem o ônus probatório, não poderia exigir a colaboração de terceiros, como testemunhas, que são obrigadas a declarar o que sabem a respeito do ocorrido e a dizer a verdade. Da mesma forma, a confissão voluntária do acusado retiraria sua presunção de inocência e, então, o Estado-acusador não mais necessitaria provar a acusação, o que não acontece.

O sistema acusatório constitui-se num conjunto de princípios e regras que disciplinam a persecução penal. De acordo com Luigi Ferrajoli<sup>68</sup>, o modelo acusatório se caracteriza, principalmente, por uma separação rígida entre juiz e acusação, paridade entre acusação e defesa, publicidade e oralidade do julgamento. O juiz é um sujeito passivo e rigorosamente separado das partes. A acusação inicia o debate paritário e detém o ônus probatório. O processo se desenvolve mediante um contraditório público e oral.

A promoção da segurança pública, investigando os delitos e punindo os culpados, mas ao mesmo tempo garantindo aos indivíduos a preservação de todos os seus direitos humanos, inclusive o direito de não se autoincriminar, é o objetivo do sistema acusatório. O direito à não autoincriminação não nasceu em razão deste sistema, sendo apenas um dos direitos que o compõem. Portanto, o sistema acusatório não é o fundamento ensejador da existência do direito à não autoincriminação.

A presunção de inocência é uma garantia do indivíduo de não ser considerado culpado enquanto não houver uma condenação definitiva após o trâmite de um devido processo legal. É também uma das garantias que compõem o sistema acusatório. A presunção de inocência corresponde mais apropriadamente a um dos meios que possibilitam a efetivação do direito à não autoincriminação do que a razão de sua existência. Como não se pode presumir culpado o indivíduo que se silencia ou que mente,

---

<sup>67</sup> PERALTA, José Milton. La no obligación de declarar contra uno mismo. In: RIVERA, Julio C. (h) et al. *Tratado de los derechos constitucionales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2014. v. 3. Cap. 4, p. 406.

<sup>68</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al., 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 518-520.

então ele se sente mais livre para decidir se declara ou não. Contudo, ainda que o réu confessasse espontânea e conscientemente, renunciando ao direito à não autoincriminação, a presunção de inocência perduraria até a condenação definitiva.

A coibição da tortura e de outros meios violentos para obtenção de uma declaração autoincriminante também é apresentada como fundamento do direito à não autoincriminação. Certamente, o reconhecimento dessa garantia tem grande relevância na coibição da utilização de tortura para a obtenção de uma confissão, tão aplicada na Idade Média e repelida pelo sistema acusatório. Contudo esse direito existe independentemente de sua utilização.

A tortura constitui um mal em si mesma, sendo rechaçada qualquer que seja o emprego que se faça dela, sendo prevista como crime no ordenamento jurídico (Lei n. 9.455/1997<sup>69</sup>). Trata-se de um meio aviltante da dignidade humana, pela imposição de sofrimento físico ou psíquico para se alcançar um fim. Contudo, como aponta Maria E. Queijo<sup>70</sup>, o indivíduo não é obrigado a se autoincriminar independentemente do meio empregado, seja a tortura, seja meio astucioso ou enganador, seja método em que haja subjugação da vontade, como hipnose, soro da verdade e polígrafo.

Como bem argumenta José Milton Peralta<sup>71</sup>, a tortura é censurada não só quando utilizada para obter declarações autoincriminantes, mas em qualquer caso, seja para declarações autoincriminantes ou discriminantes, seja para declarações feitas por suspeitos ou não, ou ainda para declarações que buscam incriminar outras pessoas. Complementa dizendo que, se a razão do princípio da autoincriminação fosse elidir a tortura como meio de obtenção de prova, bastaria uma lei que simplesmente proibisse métodos violentos de obtenção de provas em geral.

---

<sup>69</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19455.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19455.htm)>. Acesso em 27 abr. 2018.

<sup>70</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 271-273.

<sup>71</sup> PERALTA, José Milton. La no obligación de declarar contra uno mismo. In: RIVERA, Julio C. (h) et al. *Tratado de los derechos constitucionales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2014. v. 3. Cap. 4, p. 404-405.

A dignidade humana é a mais indicada como fundamento do direito à não autoincriminação. De fato, é ela que, em última análise, embasa todos os direitos fundamentais. No entanto, cada direito fundamental visa proteger um ou alguns aspectos em particular da dignidade humana, como a integridade física, a integridade mental, a liberdade de autodeterminação, a liberdade moral, a liberdade de consciência, a autopreservação, a intimidade, dentre outros.

Dizer genericamente que a dignidade humana é o fundamento do direito à não autoincriminação não está incorreto, porém não delimita suficientemente qual é o aspecto particularizado que se visa proteger.

Quanto ao elemento particular da dignidade humana que fundamenta o direito à não autoincriminação, Marcelo S. Albuquerque<sup>72</sup> aponta a liberdade de consciência e de autodeterminação, o instinto de autopreservação e a integridade física e mental do indivíduo. Marcia C. D. Yokoyama<sup>73</sup> assinala a liberdade de consciência, a autopreservação e a intimidade. Rochester O. Araújo<sup>74</sup> indica o instinto de autopreservação e a capacidade de autodeterminação do indivíduo. Norma Valeria T. Escobar<sup>75</sup> aponta a liberdade moral.

José Milton Peralta<sup>76</sup> também afirma que o que se quer proteger com o direito à não autoincriminação é a dignidade humana, delimitada na integridade mental e moral do indivíduo. O autor vai um pouco mais além, pois determina exatamente o que viola a integridade mental e moral

---

<sup>72</sup> ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. *A garantia de não auto-incriminação: extensão e limites*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 52-53 e 72-73.

<sup>73</sup> YOKOYAMA, Marcia Caceres Dias. *O direito ao silêncio no interrogatório*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 144.

<sup>74</sup> ARAÚJO, Rochester Oliveira. *O direito fundamental contra a autoincriminação: a análise a partir de uma teoria do Processo Penal Constitucional*. Dissertação (Mestrado em Constituição e Garantias de Direitos), Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2013, p. 178-194.

<sup>75</sup> ESCOBAR, Norma Valeria Torres. *El principio de no autoincriminación en el derecho procesal penal*. Tese para obtenção do título de advogada – Carrera de Derecho – Facultad de Jurisprudencia, Universidad Regional Autónoma de los Andes – UNIANDÉS, Ibarra (Equador), 2014, p. 30-36.

<sup>76</sup> PERALTA, José Milton. La no obligación de declarar contra uno mismo. In: RIVERA, Julio C. (h) et al. *Tratado de los derechos constitucionales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2014. v. 3. Cap. 4, p. 407-416 e 438.

do indivíduo: ser colocado frente a possíveis disjuntivas desagradáveis, que compõem o chamado “trilema”, que se constitui na possibilidade de dar origem a consequências negativas, seja por optar por manter-se em silêncio ou por declarar, e, neste caso, por se autoincriminar ou por mentir, mesmo que o método utilizado para obter declarações não seja em si incorreto.

Parece também plausível a indicação de Marcelo S. Albuquerque<sup>77</sup> e de Guilherme G. Walcher<sup>78</sup> da integridade mental e moral do indivíduo, como um aspecto particular da dignidade humana, delimitada na dificuldade, inerente à natureza humana, de espontaneamente confessar suas próprias falhas, erros, desvios de conduta e assumir as consequências que possam advir dessas condutas.

Maria E. Queijo<sup>79</sup> igualmente defende que a dignidade, que é da essência da natureza humana, é o fundamento do direito à não autoincriminação, exigindo preservação da integridade física e moral do acusado. Marcia C. D. Yokoyama<sup>80</sup> entende que, como é da natureza humana silenciar-se para não se prejudicar, o direito à não autoincriminação encontra fundamento na dignidade da pessoa humana, como proteção da intimidade, da preservação, da escolha entre falar ou calar, de não se expor, do livre exercício da consciência.

É exatamente essa natureza humana que torna desagradáveis aquelas disjuntivas do chamado “trilema”. Pois obrigar alguém a se autoincriminar, a admitir uma má conduta, uma falha, um desvio, é constrangê-lo. Sendo obrigado a declarar ou a dizer a verdade, terá que agir contrariamente à sua natureza. Isso atenta contra a sua

---

<sup>77</sup> ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. *A garantia de não auto-incriminação: extensão e limites*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 69.

<sup>78</sup> WALCHER, Guilherme Gehlen. A garantia contra a autoincriminação no Direito brasileiro: breve análise da conformação do princípio *nemo tenetur se detegere* à luz da jurisprudência nacional e estrangeira. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 57, 18 dez. 2013, [s/p].

<sup>79</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 97 e 102.

<sup>80</sup> YOKOYAMA, Marcia Caceres Dias. *O direito ao silêncio no interrogatório*. Dissertação (Mestrado) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 106 e 144.

integridade mental e moral, que compõem a dignidade humana. Se o modo para se obrigar a declarar for violento, atenta também contra a integridade física.

Lembra-se que todos os direitos humanos são imanentes à natureza humana. São inerentes ao homem enquanto homem, que tem uma natureza, ou seja, uma essência como tal. Todo e cada homem possui uma natureza que é comum a todo ser humano. Por isso, tais direitos se revestem de caráter fundamental.<sup>81</sup> Ademais, falar em dignidade humana, o princípio motriz de todos os direitos humanos, é admitir que ela é inerente ao ser humano, à sua essência, à sua natureza<sup>82</sup>. Os direitos humanos são direitos pré-existentes ao homem, que pertencem a este por sua natureza, já que do contrário seria admitir que seriam bens a que se aspiram e, assim, a serem conquistados por ainda não os possuir<sup>83</sup>.

Constitui, pois, fundamento central do direito à não autoincriminação a natureza humana, que tem dificuldade em espontaneamente confessar suas próprias falhas, erros, desvios de conduta e assumir as consequências que possam advir dessas condutas. Forçar o ser humano a agir contra essa natureza viola sua integridade mental e moral ou até física, se o meio for violento. Transgride aquela natureza humana e, portanto, a dignidade da pessoa humana colocar alguém frente a disjuntivas desagradáveis, constituídas da possibilidade de dar origem a consequências negativas, seja por optar por manter-se em silêncio ou por declarar, e, neste caso, por se autoincriminar ou por mentir.

Portanto, o fundamento do direito à não autoincriminação é mais bem delimitado conjugando estes três fatores interligados: o “trilema”, a natureza humana e a integridade mental e moral do indivíduo. Levando-se em conta a natureza humana, tem-se violada a sua integridade mental e moral quando colocado frente àquelas disjuntivas desagradáveis. Essa é a razão de existência do direito à não autoincriminação.

---

<sup>81</sup> BIDART CAMPOS, Germán J. *Teoría general de los derechos humanos*. Edición al cuidado de Miguel López Ruiz. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, p. 14-15.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 86.

<sup>83</sup> BEUCHOT, Mauricio; JAVIER, Saldaña. *Derechos humanos y naturaleza humana*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 63.

O fundamento do direito à não autoincriminação reflete em sua enorme relevância como garantia processual penal. Encontra-se severamente imbricado com outros princípios, tornando-os interdependentes. Dentre esses princípios, destaca-se o da presunção de inocência, que por sua vez impõe ao Estado o ônus probatório, reforçando o direito de não contribuir com a acusação na atividade probatória e evitando que a confissão seja supervalorada e buscada a todo custo. Também se encontra intimamente relacionado ao princípio da ampla defesa, já que declarar ou não declarar corresponde a um meio de defesa.

Segundo Luigi Ferrajoli<sup>84</sup>, o *nemo tenetur se detegere* é uma máxima do garantismo processual acusatório, que é informado pela presunção de inocência. Dessa máxima decorrem os corolários: a proibição de juramento; a proibição de métodos violentos ou que utilizem a manipulação da psique para obtenção de confissão; a negação do papel decisivo da confissão; o direito de ficar calado e a faculdade de mentir; o direito à assistência e presença de advogado defensor no interrogatório.

Entender a real razão de existência do direito à não autoincriminação é fundamental para resolver os problemas relativos à prova que dependa de colaboração do acusado. São exemplos os casos de intervenções corporais não consentidas, como extração de sangue e a coleta de material genético prevista pela Lei 12.654/2012<sup>85</sup>, tanto para apuração de crime quanto para compor um banco de dados para apuração futura.

André L. Nicolitt e Carlos R. Wehrs<sup>86</sup> asseveram que não existe norma constitucional que autorize a restrição do direito à inviolabilidade e à integridade corporal nem da garantia contra a autoincriminação, que são direitos fundamentais. Estes são limites ao poder político. Acrescentam que a dignidade humana faz da pessoa um fim em si mesma e

---

<sup>84</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al., 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 559-560.

<sup>85</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12654.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12654.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2018.

<sup>86</sup> NICOLITT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro. *Intervenções corporais no processo penal e a nova identificação criminal: (lei 12.654/2012)*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 143 e 154.

impede sua coisificação ou utilização como objeto. Assim, a violação da integridade física transgride a dignidade do acusado, sendo que a sua utilização como meio de obtenção de prova, o transforma em um objeto, em uma coisa.

Os autores<sup>87</sup>, refutando entendimento contrário, defendem que o direito fundamental de não autoincriminação veda a obrigatoriedade de colaboração do réu para a investigação ou instrução processual. Não há diferença se a colaboração forçada é ativa ou passiva, ou seja, um suportar passivamente alguma forma de intervenção, pois o acusado é utilizado como meio de prova, um objeto do processo, tanto em um quanto em outro caso.

## CONCLUSÃO

O direito à não autoincriminação encontra-se previsto em vários documentos internacionais de direitos humanos, bem como na maioria das Constituições dos países democráticos. Portanto, é um direito humano e fundamental. No entanto, o fato deste direito se achar nesta posição de superioridade normativa não é o seu fundamento central. Pelo contrário, a importância advinda de seu real fundamento é que o faz ocupar essa posição de destaque.

São vários os fundamentos indicados para o direito à não autoincriminação. Demonstrou-se que o sistema acusatório, a presunção de inocência, a ampla defesa, o devido processo legal, a coibição da tortura ou de outros meios violentos para se obter uma declaração não se coadunam como fundamento central do direito à não autoincriminação. Evidenciam-se mais propriamente como decorrências ou um dos meios de possibilitar sua efetivação.

Verificou-se que a dignidade humana é a mais indicada como fundamento do direito à não autoincriminação. Aquela é o princípio motriz de todos os outros direitos individuais fundamentais. O direito de não autoincriminação tem, portanto, em última instância, fundamento naquele superprincípio.

---

<sup>87</sup> *Ibidem*, p. 156-159.

A dignidade humana é inerente ao ser humano, à sua essência, à sua natureza, e envolve vários elementos. Assim, faz-se necessária a delimitação suficiente do aspecto particular da dignidade humana que o direito à não autoincriminação visa proteger. Foram vários os aspectos particulares apresentados, como a integridade física e mental, a liberdade de autodeterminação e de consciência, a autopreservação, a liberdade moral e a intimidade.

Deduziu-se 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.

Concluiu-se que o fundamento do direito à não autoincriminação é mais bem delimitado conjugando estes três fatores interligados: o “trilema”, a natureza humana e a integridade mental e moral do indivíduo. Levando-se em conta a natureza humana, tem-se violada a integridade mental e moral do indivíduo quando colocado frente àquelas disjuntivas desagradáveis. Essa é a razão de existência do direito à não autoincriminação.

Concluiu-se, por fim, que o fundamento do direito à não autoincriminação reflete sua enorme relevância como garantia processual penal. Suas principais decorrências ou meios de possibilitar sua efetivação são: a proscrição do juramento; a proibição de tortura ou de qualquer meio violento ou ardiloso para obtenção de uma declaração; a não atribuição de qualquer consequência negativa ao silêncio ou à mentira do acusado, como o indício de culpabilidade, ainda que haja outras provas incriminatórias; o respeito à voluntariedade na participação da prova; a inadmissibilidade de provas obtidas com violação desse direito e de todas as derivadas dessa violação; o direito à informação prévia acerca da imputação que recai sobre si e de que tem direito ao silêncio e à defesa técnica; a observância do devido processo legal; o direito à ampla defesa, pela qual o acusado pode silenciar-se ou apresentar a versão dos fatos que lhe for mais favorável.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. *A garantia de não auto-incriminação: extensão e limites*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ARAÚJO, Caroline. *O princípio do nemo tenetur se detegere no crime de embriaguez ao volante: pièce de résistance no vale tudo probatório*. Dissertação (de Mestrado em Ciências Criminais) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015. Disponível em: <<http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/6195>>. Acesso em: 27 jan. 17.

ARAÚJO, Rochester Oliveira. *O direito fundamental contra a autoincriminação: a análise a partir de uma teoria do Processo Penal Constitucional*. Dissertação de (Mestrado em Constituição e Garantias de Direitos), Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2013. Disponível em: <<https://repositorio.ufrn.br/jspui/handle/123456789/13997>>. Acesso em: 17 jan. 2017.

BERNATH, Javier Wilenmann Von. El tratamiento del autofavorecimiento del imputado. Sobre las consecuencias substantivas del principio de no autoincriminación. *Revista de Derecho – Universidad Católica del Norte*, Coquimbo (Chile), v. 23, n. 1, p. 111-139, jun. 2016. <https://doi.org/10.4067/s0718-97532016000100006>

BEUCHOT, Mauricio; JAVIER, Saldaña. *Derechos humanos y naturaleza humana*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

BIDART CAMPOS, Germán J. *Teoría general de los derechos humanos*. Edición al cuidado de Miguel López Ruiz. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.

BRAND, José Luis Eloy Morales. ¿Defensa o autoincriminación? Sobre la declaración del imputado en el sistema penal acusatorio. *Redhes – Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, San Luis Potosí (México), ano VI, n. 12, p. 123-144, jul.-dez. 2014.

BUSTOS, Miguel Ángel Caccha. *El derecho a no autoincriminar-se en los procesos penales en el Distrito Judicial de Lima Sur*, Tese para obter o título profissional de advogado – Facultad de Humanidades - Escuela Profesional de Derecho, Universidad Autónoma del Perú, Lima, 2016. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/AUTONOMA/144>>. Acesso em: 4 abr. 2017.

CATENA, Víctor Moreno. Sobre o princípio da presunção de inocência. *Revista CEJ*, Brasília, ano XIX, n. 67, p. 101-111, set.-dez. 2015. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/issue/view/128>>. Acesso em: 3 maio 2017.

CHARNIAK, Krystina. *Legavox.fr*: The right to remain silent in UK and in USA, 1 set. 2012. Disponível em: <<https://www.legavox.fr/blog/charniak-krystina/right-remain-silent-9376.htm>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

ECHAGÜE, Juan Manuel Álvarez. Reflexiones sobre el alcance del estado de inocencia y del principio de no autoincriminación en el derecho penal tributario. *Revista de Tributación de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales*, Buenos Aires, n. 6, 2007. Disponível em: <<http://www.aeyasoc.com.ar/articulo26.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2017.

ESCOBAR, Norma Valeria Torres. *El principio de no autoincriminación en el derecho procesal penal*. Tese para obtenção do título de advogada – Carrera de Derecho – Facultad de Jurisprudencia, Universidad Regional Autónoma de los Andes – UNIANDES, Ibarra (Equador), 2014. Disponível em: <<http://dspace.uniandes.edu.ec/handle/123456789/2609>>. Acesso em: 4 abr. 2017.

FERNANDEZ, Atahualpa. O problema da natureza humana (parte 1 e 2). *Empório do Direito*, Florianópolis/SC, jul. 2015. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/o-problema-da-natureza-humana-parte-1>> e <<http://emporiododireito.com.br/leitura/o-problema-da-natureza-humana-parte-2>>. Acesso em 12 abr. 2018.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al., 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GUEDES, Gabriel Pinto. *O direito a não produzir prova contra si mesmo: aproximações entre os casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Supremo Tribunal Federal*. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminas, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. Disponível em: <<http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/4979>>. Acesso em: 27 jan. 17.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*. Tese de (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1843/BUOS-96KKJQ>>. Acesso em: 9 nov. 2016.

HAPNER, Andrew M. You have the right to remain silent, but anything you don't say may be used against you: the admissibility of silence as evidence after *Salinas v. Texas*. *Florida Law Review*, Gainesville (Florida/U.S.), v. 66, n. 4, Article 8, p. 1763-1778, fev. 2015. Disponível em: <<https://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1216&context=flr>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

KITAI-SANGERO, Rinat. Respecting the privilege against self-incrimination: a call for providing Miranda warnings in non-custodial interrogations. *New Mexico Law Review*, Albuquerque (U.S.), v. 42, p. 203-235, 9 Dez. 2012. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2187044>>. Acesso em: 4. Abr. 2017.

NICOLITT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro. *Intervenções corporais no processo penal e a nova identificação criminal: (lei 12.654/2012)*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PERALTA, José Milton. La no obligación de declarar contra uno mismo. In: RIVERA, Julio C. (h) et al. *Tratado de los derechos constitucionales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, v. 3. Cap. 4, p. 399-439, 2014.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

QUINATO, Angélica Marlene Yugcha. *El garantismo constitucional frente al principio de legalidad y el derecho a la no incriminación en el procedimiento abreviado en la legislación penal ecuatoriana*. Tese para obtenção do título de advogada - Escuela de Derecho - Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Central del Ecuador, Quito, jun. 2014. Disponível em: <<http://www.dspace.uce.edu.ec/handle/25000/3219>>. Acesso em: 4 abr. 2017.

RIVEROS-BARRAGÁN, Juan David. El derecho a guardar silencio: visión comparada y caso colombiano. *Revista Colombiana Derecho Internacional*, Bogotá (Colômbia), n. 12, Ed. Especial, p. 373-394, 2008. ISSN 1692-8156. Disponível em: <<http://www.scielo.org.co/pdf/ilrdi/n12/n12a14.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2017.

TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. *O direito fundamental à não-autoincriminação e a influência do silêncio do acusado no convencimento do juiz penal*. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/142763/000717713.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 17 jan. 2017.

WALCHER, Guilherme Gehlen. A garantia contra a autoincriminação no Direito brasileiro: breve análise da conformação do princípio *nemo tenetur se detegere* à luz da jurisprudência nacional e estrangeira. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 57, 18 dez. 2013. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao057/Guilherme\\_Walcher.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao057/Guilherme_Walcher.html)>. Acesso em: 4 abr. 2017.

YOKOYAMA, Marcia Caceres Dias. *O direito ao silêncio no interrogatório*. Dissertação de (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/7829>>. Acesso em: 9 nov. 2016.

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

*Agradecimentos (acknowledgement):* Gratidão ao Prof. Dr. Ezequiel Abásolo por sua dedicada e enriquecedora orientação.

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

*Declaração de autoria e especificação das contribuições (declaration of authorship):* todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste artigo estão listadas como autores.

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

### Dados do processo editorial

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

- Recebido em: 27/12/2017
- Deslocamento ao V4N2 comunicado aos autores: 14/01/2018
- Controle preliminar e verificação de plágio: 24/02/2018
- Avaliação 1: 11/03/2018
- Avaliação 2: 15/03/2018
- Avaliação 3: 21/03/2018
- Decisão editorial preliminar: 07/04/2018
- Retorno rodada de correções 1: 28/04/2018
- Decisão editorial preliminar 2: 02/05/2018
- Retorno rodada de correções 2: 04/05/2018
- Decisão editorial final: 05/05/2018

### Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-assistente: 1 (RDG)
- Revisores: 3

### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

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>



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



# O que vem depois dos “legal transplants”?

## Uma análise do processo penal brasileiro atual à luz de direito comparado

*What comes after the “legal transplants” An analysis of the current Brazilian criminal procedure in light of comparative law*

**Renato Stanzola Vieira<sup>1</sup>**

Universidade de São Paulo – São Paulo/SP

renatovieira@kv.adv.br

 lattes.cnpq.br/0404579976824382

 orcid.org/0000-0001-6910-958X

---

**RESUMO:** O presente estudo pretende tratar do processo penal comparado à luz da conhecida expressão de “transplante jurídico”. Nesse sentido aqui se diz, num primeiro momento, do atual estágio da ciência do direito comparado. Depois se trata de possíveis aspectos críticos que podem ser lembrados em países latino-americanos, incluindo o Brasil. Por fim, com olhos ao processo penal e autores que se debruçaram no tema do processo penal comparado, assume-se posição crítica quanto ao cenário de algumas reformas do processo penal brasileiro atual.

**PALAVRAS-CHAVE:** direito comparado; processo penal; transplantes jurídicos; América Latina; reforma processual penal.

**ABSTRACT:** *The present study aims to focus the comparative criminal procedure in the light of the well known expression of “legal transplants”. In this meaning here is said, at a first moment, about the actual stage of the science of comparative law. After that follow the possible critical aspects which can be remembered in countries of Latin America, including Brazil. At the end, with eyes at criminal procedure and authors who had shared attention to the theme of comparative*

---

<sup>1</sup> Doutorando e mestre em Direito Processual Penal pela USP, Mestre em Direito Constitucional pela PUCSP, membro do IBCCRIM e do IBDP, advogado.

*criminal procedure, it is assumed a critical position related to the scenario of some legal reforms in the ongoing Brazilian criminal procedure.*

**KEYWORDS:** *comparative law; criminal procedure; legal transplants; Latin America; criminal procedure reform.*

**SUMÁRIO:** Introdução e proposta de abordagem. 1. Transplantes, transferências, irritantes, traduções. 2. As metáforas: o 'antes' e o 'depois'. 3. Depois dos transplantes: o falso problema do *cabimento* na análise do sucesso. 4. Processo penal brasileiro atual à luz do direito comparado: um pastiche legal. Conclusões. Bibliografia.

---

*... disseram que eu voltei americanizada...*  
(Luiz Peixoto e Vicente Paiva)

## INTRODUÇÃO E PROPOSTA DE ABORDAGEM

Pensar em direito comparado esgota-se na visão do outro, do diferente, para o encontro com si mesmo?

Em outras palavras, basta o cotejamento de assim chamados 'sistemas' (admitida classificação que leva em conta o tipo ideal weberiano como método de estudo de sistemas jurídicos comparados<sup>2</sup>) com pretensão discursiva que não vai além da observação e descrição de cada um deles? Ou, mais que isso, o direito comparado é ferramenta que não se desatrela de certa carga valorativa com potência maior do que a de permitir a observação de algo, de forma a incidir no objeto analisado para ali causar

---

<sup>2</sup> Um exemplo acabado desse método se pode observar em: DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and State authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven & London: Yale University Press, 1986. Assim também: LANGER, Maximo. In the beginning was Fortescue: on the Intellectual Origins of the Adversarial and Inquisitorial Systems and Common and Civil Law in Comparative Criminal Procedure. In: ACKERMAN, Bruce; AMBOS, Kai; SIKIRIĆ, Hrvoje (eds.). *Visions of Justice*. Liber Amicorum Mirjam Damaška. Cunker & Humblot: Berlim, 2016. p. 276-80.

transformação ou dali adquirir motivação de sua própria transformação? O direito comparado é, além de descritivo, potencialmente normativo?

O estudo de sistemas, de comportamentos dos atores, e das permanências/modificações jurídicas e sociais, como características que podem, aqui ou ali, se constituírem como ferramenta característico do chamado direito comparado, não é uma mera aventura de observação. Não é nem uma “aventura”, porque supõe cabedal metodológico suficiente e, portanto, necessidade de verificação de seu uso; e nem muito menos algo que se encerra na observação.

Além de ser em si um método de estudo científico – e, no campo das ciências humanas, com toda a carga de verificabilidade empírica a validar ou contestar premissas e conclusões – pressupõe o manejo de instrumentais próprios para que se desenvolva como válido. As ferramentas do assim chamado “direito comparado” acarretam que seus diagnósticos (a partir das premissas das quais cada comparatista parta) alterem ou solidifiquem estruturas, além de jurídicas, sociais, em cada sociedade analisada.

Tão proliferados são os estudos atuais de direito comparado que a primeira dificuldade seria já situar este texto dentro de algum específico ramo do direito: constitucional, processual penal ou mesmo teoria do direito ou sociologia do direito.

Outro obstáculo a um percurso que se propõe aqui a ter um início um meio e um fim é a escolha do recorte dentro da área propriamente dita: é de comportamento judicial comparado que se cuida (v.g., o papel dos tribunais), ou é de mecânica legislativa (pacotes legislativos de um a outro país), isto é, das consequências da introjeção – ou não – em um determinado país da modificação do papel dos tribunais ou, diversamente, da alteração legislativa?

Nenhuma das abordagens é inválida, e nem menos ou mais importante, pois em certa medida podem ser complementares. Afinal, o funcionamento de cada estrutura (sua engrenagem) funciona melhor ou pior com o comprometimento não só do aparato legislativo (com introjeção de novas leis) como com a resposta dos seus atores a partir da observação para o que está fora de cada país<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Elisabetta Grande: “às vezes transplantes ocorrem no nível legislativo, às vezes no nível das cortes, e em outros momentos eles majoritária ou

O que se pretende fazer aqui é elaborar um estudo sobre a mecânica do direito comparado especificamente voltada ao processo penal brasileiro atual. Não se tratará neste texto de comportamento judicial, mas da proliferação de características mais ligadas a determinados sistemas jurídicos, que vagarosamente penetram no direito positivo brasileiro.

Essa análise não prescindirá da abordagem feita por autores atentos ao contexto mais amplo da América Latina, e que inclusive dialogam não só com o processo penal, mas com outras áreas em que os chamados “transplantes”<sup>4</sup> jurídicos se dão, como por exemplo, direito constitucional.

Primeiro se cuidará da potencialidade (ao menos discursiva) do uso de metáforas tão difundidas quanto qualitativamente exploradas por autores variados como piores ou melhores do ponto de vista de método de estudo em direito comparado. A apropriação de um ou outro termo por autores diversos não é algo asséptico ou neutro, como não é o próprio desenvolvimento das comparações entre sistemas jurídicos com vistas às acomodações num ou noutro sentido.

Depois se tratará de uma sutileza que é percebida mais no campo da sociologia jurídica e não tanto na abordagem exclusivamente de direito positivo, que são as consequências da introjeção em cada sistema jurídico de determinadas normas externas. Nesse ponto, o que se imagina diagnosticar é um segundo passo, de aceitação, refutação, transformação ou continuísmo de normas a partir do advento de mudanças legislativas com arrimo no direito comparado. A ciência, aqui, vale tanto para a aceitação quanto para a resistência à importação dos modelos.

Ao final, a conclusão específica sobre o direito processual penal brasileiro não terá pretensões maiores do que abordar o direito comparado como método de estudo e desenvolvimento do direito positivo, ao mesmo tempo em que se pretenderá oferecer subsídio crítico e que vá além do meramente observatório para a concordância ou a discordância da adoção de novos modelos.

---

exclusivamente operam no nível da doutrina.” (GRANDE, Elisabetta. Legal Transplants and the inoculation effect. How American criminal procedure has affected continental Europe. *The American Journal of Comparative Law*, v. 64, p. 583-618, 2016. p. 585).

<sup>4</sup> Abaixo se descerá às minúcias do uso (e desuso) desse termo.

## 1. TRANSPLANTES, TRANSFERÊNCIAS, IRRITANTES, TRADUÇÕES

No desenvolvimento do direito comparado, ao menos desde os estudos de Alan Watson, o termo “transplantes jurídicos”<sup>5</sup> se consagrou como uma expressão icônica. Atualmente há quem tome a terminologia difundida por Watson como um “paradigma central em direito comparado”<sup>6</sup> ou como um *topos* clássico em direito comparado<sup>7</sup>.

Tal expressão, contudo, tem sido objeto de enorme exploração conceitual à vista do lado didático que potencializa quando se imagina a utilização de modelos jurídicos estrangeiros por países os mais diversos. Também é alvo de críticas (internas) que partem da exploração propriamente conceitual e de assimilação de aspectos biológicos ‘transpostos’ a modelos jurídicos. Mais radical ainda, há a crítica (externa) que chega a apontar sua impossibilidade<sup>8</sup>.

Nesse estudo se tratará das chamadas críticas internas, que não destroem a ideia de fundo sobre a qual se erigiu o conceito, mas cingem-se a meditar sobre outras metáforas para as estratégias de utilização de regras jurídicas que são transpostas de um país a outro.

O lado externo da crítica não é aqui abordado mesmo porque não parece ter sustentação a negativa cabal da influência de um sistema em outro, do ponto de vista de cada conformação legislativa; e não haveria

---

<sup>5</sup> Sobre isso: WATSON, Alan. *Legal transplants. An approach to comparative law*. 2. ed. Athens and London: The University of Georgia Press, 1993.

<sup>6</sup> GRAZIADEI, Michele. Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions. In: REINMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 443. John W. Cairns traça desenvolvimento histórico da expressão “transplante jurídico”, nomeando mais de um autor que precedeu a Watson em sua utilização. Depois da consagração aborda vertente crítica, principalmente, a de Pierre Legrand, sobre seu uso. Esse autor toma a obra de Watson como “seminal” em direito comparado (CAIRNS, John W. Watson, Walton, and the History of Legal Transplants. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, v. 41, n. 3, p. 637-696, 2014. p. 358-64)

<sup>7</sup> GRANDE, Elisabetta. Legal Transplants and the inoculation effect. How American criminal procedure has affected continental Europe. *The American Journal of Comparative Law*, v. 64, p. 583-618, 2016. p. 585.

<sup>8</sup> LEGRAND, Pierre. The Impossibility of legal transplants. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, v. 4, n. 2, p. 111-124, jun. 1997. p. 111-124.

espaço aqui para descer a minúcias sobre os detalhamentos críticos, sobretudo, da obra de Pierre Legrand.

O diálogo que se estabelece com os transplantes jurídicos não desmerece a ideia de fundo, que é o estabelecimento do método didático de estudo do que o próprio Alan Watson viu como o “movimento de uma regra ou de um sistema jurídico de um país a outro, ou de um povo a outro”.<sup>9</sup>

A ideia não é a de negar a constatação empírica de adoção, por um determinado país, das regras jurídicas que existem em outro, incorporando-as, mesmo porque chame-se como se quiser o fenômeno de tal transposição, haverá sempre uma relação de autoridade científica ou de hierarquia (seja velada ou expressa), de influência, de um país em outro como catapulta para a adoção de um ou outro sistema, uma vez que a mirada seja a do direito comparado.

As críticas partem de pretensões de melhoramento do conceito ligado a essa circulação de modelos jurídicos para propor, em cada contribuição autoral, terminologias mais adequadas a depender das premissas do ‘como’ e do ‘por quê’ se adotar essa ou aquela alteração de sistemas jurídicos.

Aqui se pode lembrar de Otto Kahn-Freund, que, valendo-se ainda da expressão “transplante jurídico”, preocupava-se com o direito comparado como um instrumento de reforma jurídica, e se perguntava sobre os usos e desusos de modelos jurídicos no processo legislativo de quais condições deveriam ser preenchidas para se fazer desejável ou possível tal alteração<sup>10</sup>. Já então se disse – em crítica que depois virá a ecoar em vários autores – que “transferir parte de um organismo vivo e transferir parte de um mecanismo são comparáveis em propósito, mas em nada mais.”<sup>11</sup>

Otto Kahn-Freund tomou o “transplante” como sinônimo de “transferência” em matéria de modificações legislativas a partir do direito

<sup>9</sup> WATSON, Alan. *Legal transplants. An Approach to Comparative Law*. 2. ed. London: University of Georgia Press, 1993. p. 21.

<sup>10</sup> KAHN-FREUND, Otto. On uses and misuses of comparative law. *The Modern Law Review*, v. 37, n. 1, p. 1-27, jan. 1974. p.1-2

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 5.

comparado<sup>12</sup>. Acredita-se que tenha sido o primeiro a utilizar não a metáfora “transplante” como adequada, mas a de “transferência”<sup>13</sup>.

Gunther Teubner, a partir de claro diálogo com Alan Watson, preferiu se valer da expressão “legal irritant” em detrimento de “legal transplant” por entender primeiro que a ideia de transplante, por não ser mecânica como é a transferência de normas jurídicas (em oposição à biologia e sua necessidade de “implantação e cultivo no meio ambiente”), não funciona. Também porque, segundo ele, a ideia de transplante traz implícita a assunção de que, uma vez feito o procedimento, o material transplantado funcionaria identicamente, e tão bem, como funcionava no antigo organismo, no novo<sup>14</sup>. E por ser dessa forma, não haveria como se sair da seguinte constatação: ou haveria a repulsa total ou a aceitação total do transplante.

Para Teubner não acontece um transplante, mas uma ‘irritação’, que propicia novos e inesperados eventos (irritação cultural e irritação, principalmente, de arranjos institucionais). Para ele, o que existe “é um barulho externo que cria perturbações selvagens no jogo de discursos dentro desses arranjos e os força a reconstruir internamente não só suas próprias regras mas a reconstruí-las a partir do arranhão do próprio elemento externo.”<sup>15</sup>

Maximo Langer publicou influentes artigos de direito processual penal comparado nos quais trata de duas vertentes que são pertinentes ao direito comparado e a este estudo.

Na primeira vertente ele defende a ideia de “traduções” (não, portanto, transferências ou empréstimos ou irritantes ou transplantes

---

<sup>12</sup> Ibidem, p. 6.

<sup>13</sup> Não parece ter sido o principal foco do texto do professor da London School of Economics, mas não passa despercebida a lembrança que ele faz de Montesquieu e de que sempre esteve no âmago do estudo do direito comparado a relação entre os atualmente chamados “países desenvolvidos” e “países em desenvolvimento” (KAHN-FREUND, Otto. On uses and misuses of comparative law. *The Modern Law Review*, v. 37, n. 1, p. 1-27, jan. 1974. p. 8).

<sup>14</sup> TEUBNER, Gunther. Legal Irritants: good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergences. *The Modern Law Review*, vol. 61, n. 1, p. 11-32, jan. 1998. p. 12.

<sup>15</sup> Ibidem, p. 12.

como signos do aproveitamento de regras jurídicas de um país por outro). Na segunda vertente assume a perspectiva não de neocolonialismo ou imperialismo<sup>16</sup> inerente à tal “tradução”, mas, no cenário do processo penal latino americano, de difusão de ideias da chamada “periferia” como as que justificam as mudanças ocorridas em vários sistemas processuais penais pelo menos a partir da década de 80 do século XX.

Na primeira perspectiva, o ponto de partida de Langer é que a difusão do termo “transplantes” é errada porque o próprio termo significa um mero “recorta e cola”<sup>17</sup> entre os sistemas jurídicos em comparação. A “tradução”, na longa e profunda abordagem do autor, ao invés do transplante, significaria um método mais heurístico para a abordagem da “circulação de ideias, regras, práticas e instituições jurídicas”<sup>18</sup>.

Segundo Maximo Langer, “a metáfora da tradução retém a dimensão comparativa que fez com que a metáfora do transplante fosse tão poderosa e que falta na metáfora do ‘legal irritant’. Com relação aos sistemas jurídicos, a metáfora da tradução distingue a fonte linguística ou sistema jurídico – de onde vem a ideia ou a instituição – do sistema de destino – na qual a ideia jurídica ou instituição é traduzida. A metáfora da tradução também permite a distinção a ser feita entre o ‘texto’

<sup>16</sup> LANGER, Maximo. Revolution in Latin American Criminal Procedure: Diffusion of Legal Ideas from the Periphery. *The American Journal of Comparative Law*, v. 55, n. 4, p. 617-676, 2007. p. 621.

<sup>17</sup> Um autêntico “cut and paste” (LANGER, Maximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. *Harvard International Law Journal*, v. 45, n. 1, p. 1-64, 2004. p. 5).

<sup>18</sup> LANGER, Maximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. *Harvard International Law Journal*, v. 45, n. 1, p. 1-64, 2004. p. 32. Langer também critica a expressão de Teubner, vista acima, basicamente porque o “irritante” não vem necessariamente de fora, ou seja: do ponto de vista do direito comparado, a metáfora nem serve. Lena Fojanty também trata das várias metáforas do que aqui se estuda em direito comparado (transplante, irritante, tradução, circulação, transferência, migração, circulação, amálgama, hibridização, creolização, viagem, adaptação) e desenvolve seu texto pela preferência da metáfora da tradução (FOLJANTY, Lena. Legal Transfers as Processes of Cultural Translation: On the Consequences of a Metaphor., p. 1-18).

original – a ideia ou instituição tal qual desenvolvida no sistema jurídico de fonte – e o texto traduzido.”<sup>19</sup>

Noutra perspectiva, mas não menos importante do ponto de vista da assimilação de mudanças legislativas com arrimo em direito comparado, Langer volta a se debruçar sobre a assimilação pelos países da América Latina de certa “americanização” dos vários sistemas processuais penais. Ali, conquanto a premissa sociológica seja o tratamento dos Estados ora como “central” e os países latino-americanos como “periféricos” (distinção fértil trazida por outros autores, como por exemplo, Jorge L. Esquirol e Daniel Bonilla Maldonado, dos quais se tratará abaixo, não se valendo da expressão de centro e periferia, mas de “norte” e “sul”), foi proposta a irradiação de modificações legislativas não a partir de emulação por parte dos periféricos, das normas advindas do país central (EUA)<sup>20</sup>.

O texto se espalha por intrincadas redes imaginadas pelo autor, em que as difusões de ideias jurídicas não são sempre verticalizadas (no modelo impositivo, “de cima para baixo”) e nem horizontalizadas (em situações de plena igualdade de condições para o transporte de ideias jurídicas de um a outro país), mas chegam ao ponto de ser triangulares<sup>21</sup>.

A exposição passa por abordagem de grupos de ativistas latino-americanos<sup>22</sup> que se fizeram responsáveis seja pela recepção, seja pela crítica, aos ideais norte-americanos conformadores do processo penal (e consequentemente, das pretendidas e difundidas alterações nos países da América Latina).

Langer não trabalha com a ideia consagrada de ‘transplante’ e nem concorda com a crítica difundida por autores como Jorge L. Esquirol,

---

<sup>19</sup> LANGER, Maximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. *Harvard International Law Journal*, v. 45, n. 1, p. 1-64, 2004. p. 33.

<sup>20</sup> Ibidem, p. 62.

<sup>21</sup> LANGER, Maximo. Revolution in Latin American Criminal Procedure: Diffusion of Legal Ideas from the Periphery. *The American Journal of Comparative Law*, v. 55, n. 4, p. 617-676, 2007. p. 624-625.

<sup>22</sup> Só para citar dois processualistas penais vivos, Julio Maier e Alberto Binder (LANGER, Maximo. Revolution in Latin American Criminal Procedure: Diffusion of Legal Ideas from the Periphery. *The American Journal of Comparative Law*, v. 55, n. 4, p. 617-676, 2007. p. 645).

Ugo Mattei e Daniel Maldonado, de que – observadas as distinções peculiares do desenvolvimento de cada contribuição autoral - o que se deu no contexto latino-americano seria reduzido a uma “americanização” dos sistemas processuais penais, a partir dos anos 80 do século passado.

Nos seus textos não se nota grande importância às coincidências entre o fortalecimento de Estados Democráticos de Direito na América Latina e maciços investimentos de entidades multinacionais públicas ou privadas como ONU, OEA, BIRD, Banco Mundial e USAID.

A análise de Langer caminha por outros rumos, seja privilegiando a noção de ‘tradução’ ao invés da de ‘transplante’, seja - sem fechar os olhos às influências ocorridas sob várias formas do país chamado de central (EUA) aos periféricos da América Latina – por privilegiar a rede de cientistas e ativistas que dialogaram, com aceitação ou resistência, na metáfora de rede triangular que ele explora.

David Nelken trata das metáforas sob viés que, além de reforçar a sua utilidade didática, possibilita a continuidade da abordagem, chegando mais perto do que aqui se propõe a fazer, que é responder à pergunta: *e depois dos transplantes?*

O autor inicialmente aproxima conceitualmente os ‘transplantes’ jurídicos das ‘transferências’ jurídicas (“legal transfers”)<sup>23</sup>, depois separa os conceitos para preferir a última expressão<sup>24</sup> e então se pergunta sobre os critérios válidos para se aferir se determinada transferência jurídica (ou transplante) é ou não exitosa(o), se teve ou não sucesso no país de destino. Afinal, o “sucesso de um ponto de vista não necessariamente implica o sucesso de outro. O que nós testemunhamos, quando mudança legal não leva a uma mudança social, é um conjunto radiante de eventos intencionais e não intencionais”<sup>25</sup>

É a partir do enfoque de David Nelken que se pode chegar ao passo seguinte, qual seja, pensar no que acontece *depois* dos transplantes

<sup>23</sup> NELKEN, David. The Meaning of Success in Transnational Legal Transfers. *19 Windsor Yearbook of Access to Justice*, p. 349-66, 2001. p. 349.

<sup>24</sup> NELKEN, David. Comparatists and transferability. In: LEGRAND, Pierre; MUNDAY, Rodrick (Eds.) *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 463-464.

<sup>25</sup> NELKEN, David. The Meaning of Success in Transnational Legal Transfers. *19 Windsor Yearbook of Access to Justice*, p. 349-66, 2001. p. 351.

jurídicos ou transferências. Afinal, como é particularmente pertinente em se tratando de transferências jurídicas, “a lei não só tem um social contexto, mas ela também faz um contexto”<sup>26</sup>.

E como lembra Elisabetta Grande, o arranjo jurídico preexistente no país de destino da alteração legislativa pode ser de fato anulado, modificado, distorcido, remodelado, ou mesmo fazer brotar algo novo a partir do modelo original que, por sua vez, pode receber uma influência devolutiva, no contexto de sua produção original. Por isso é que se chega a trabalhar até mesmo com a ideia de “contaminação” entre os sistemas jurídicos, e não só com “transplante”, transferência.<sup>27</sup>

Nesse particular é que Nelken repete as preocupações que devem ser parte integrante do diagnóstico do ‘sucesso’ das transferências jurídicas. Dentro de tantas questões que imbricam com o resultado exitoso ou não dessas transferências, devem contar, “da mesma maneira que mudanças sociais por intermédio de leis em contextos nacionais dependem do que está sendo transferido, por qual fonte, o caminho pelo qual a transferência é introduzida, o número de grupos sociais envolvidos, e um número potencialmente ilimitado de amplos fatores de retaguarda e experiências históricas prévias.”<sup>28</sup>.

O fato é que o transplante, ou a tradução, não se faz só com porretes ou tanques, mas também com sedutores discursos e incentivos financeiros, seja do ponto de vista explícito, seja do ponto de vista da

---

<sup>26</sup> NELKEN, David. Comparatists and transferability. In: LEGRAND, Pierre; MUNDAY, Rodrick (Eds.) *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 452.

<sup>27</sup> GRANDE, Elisabetta. Legal Transplants and the inoculation effect. How American criminal procedure has affected continental Europe. *The American Journal of Comparative Law*, v. 64, p. 583-618, 2016. p. 586.

<sup>28</sup> NELKEN, David. Comparatists and transferability. In: LEGRAND, Pierre; MUNDAY, Rodrick (Eds.). *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 454. Há inúmeras perguntas que tornam essa valoração do sucesso e da falha no transplante (ou na transferência) particularmente complexa. Assim: “o que nós entendemos por ‘sucesso’? quais são as condições que fazem as transferências jurídicas menos ou mais exitosas? Outros problemas conceituais têm relação com quem tem (e quem deve ter) o poder de definir sucesso. Colocado de maneira diferente, de quem são os interesses que contam? Aqueles dos países que ‘exportam’ lei ou dos países que a ‘recebem’? (Ibidem, p. 453-4).

própria formação intelectual – e curricular – da elite jurídica de cada país. As nuances de uma ou outra constatação, as asas críticas de cada autor na abordagem disso, fazem com que as influências possam ser vistas como mais ou menos determinantes.

Por isso, não importam só as metáforas, mas em que elas se embasam (por que afinal, há transplantes jurídicos, ou ao menos, nos tempos que importam para um estudo de alteração no processo penal brasileiro, transplantes jurídicos recentes?), e a que elas se prestam (o que se faz depois dos transplantes, nos países que têm seus sistemas ou suas regras jurídicas alteradas a partir do modelo estrangeiro?).<sup>29</sup>

## 2. AS METÁFORAS: O ‘ANTES’ E O ‘DEPOIS’

Segundo Michele Graziadei, o estudo de transplantes e recepções deve focar primordialmente em três fatores: imposição de lei por meio de violência; mudança produzida pelo desejo de seguir modelos de maior prestígio; e finalmente, reformas com vistas à melhora de situação econômica<sup>30</sup>.

O primeiro dos fatores é de fácil exemplificação e, na visão do autor, pode ser bem percebido com conquistas e expansões militares antigas ou recentes, como a *Anschluss* de 1938, em que a Alemanha estendeu as fronteiras até a Áustria, ou mesmo as mimetizações de países formalmente colonizados na América (Latina, majoritariamente), África ou Ásia.<sup>31</sup> O segundo e o terceiro, por serem mais atuais e por chegarem mais perto do contexto inclusive geográfico da América Latina, e que desaguam no direito processual penal, merecem estudo mais agudo.

<sup>29</sup> Elisabetta Grande lembra ainda de outras metáforas utilizadas, como “fluxo”, “circulação”, “importação/exportação jurídica”, “migração”. (GRANDE, Elisabetta. Legal Transplants and the inoculation effect. How American criminal procedure has affected continental Europe. *The American Journal of Comparative Law*, v. 64, p. 583-618, 2016. p. 585)

<sup>30</sup> GRAZIADEI, Michele. Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions. In: REINMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 456.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 456.

O fator prestígio (“prestige”) se associa à retórica do desejo (“desire”) para, sem violência, seduzir os países destinatários para imitarem as regras jurídicas dos países que as ‘transferem’. Diz Graziadei, a propósito: “Portanto, prestígio motiva imitação.”<sup>32</sup> Prestígio, de um lado, e desejo, de outro, são palavras utilizadas por Michele Graziadei que, talvez sem que o próprio autor tenha percebido, possam se complementar.

O “prestígio” pode ser utilizado atualmente como parte do discurso que polariza a respeitabilidade (tácita) dos estudos (*ergo*, das regras jurídicas) que vêm do chamado “Norte”. A esse “prestígio” se associa a antípoda (“desprestígio”) dos estudos e das regras jurídicas do “Sul”.

Nessa equação, há, a partir do prestígio (vale frisar que o olhar “de onde vem” o prestígio é um olhar do *Sul* voltado para o *Norte*, exemplificativamente da América Latina voltada para a Europa ou para os Estados Unidos; da USP, das PUCs, das FGVs voltados para Yale, Columbia, Humboldt, Sorbonne, Complutense, La Sapienza etc) uma tácita distinção que patrocina a separação entre o que é aprioristicamente melhor do aprioristicamente pior.

O que vem do Norte global é quase uma grife, na lembrança trazida por Daniel Bonilla Maldonado: “Como um vinho da Borgonha é considerado um bom vinho, um artigo escrito em inglês por um professor americano e publicado em um jornal jurídico em uma universidade da América do Norte é considerado como de boa qualidade, mesmo antes de ser lido. O conhecimento jurídico gerado no Sul só é legitimado quando acadêmicos do Norte tenham dado a ele a sua aprovação. Os produtos jurídicos do Sul são marcados (negativamente) por sua origem”<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> Ibidem, p. 458. Ver também: MATTEI, Ugo. A theory of imperial law: a study on U.S. hegemony and the latin resistance. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 10, n. 1, p. 382-448, 2003. p. 385. Com ampla bibliografia específica: GRANDE, Elisabetta. Legal Transplants and the inoculation effect. How American criminal procedure has affected continental Europe. *The American Journal of Comparative Law*, v. 64, p. 583-618, 2016. p. 586, rodapé 13.

<sup>33</sup> MALDONADO, Daniel Bonilla. *Constitutionalism of the Global South*. The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 12. Wolfgang Weigand desenvolve arguta análise sobre a difusão de modelos de ensino jurídico e de alterações jurídicas vindas dos Estados Unidos, não para América Latina, mas propriamente para países europeus (WEIGAND, Wolfgang. *Americanization of Law: Reception or*

Abaixo se tratará da retórica do “prestígio” e da exportação quase que intuitiva (afinal, o que é do Norte é melhor do que o que é do Sul) do modelo de *rule of law*. Por enquanto, para complementar a equação “prestígio” e “desejo”, se o diagnóstico já está feito<sup>34</sup>, a melhor forma de se trazer o que “há de melhor” para o país de destino costuma ser identificada com a ideia de transplante. A crítica ao resultado do conteúdo obtido fora do país, além de abertamente propiciar debates que extravasam esse texto, não desnatura esse diagnóstico.

Claro que o prestígio possui, portanto, a força catalisadora de ser um produto de exportação (e importação) das ideias jurídicas. E, no trânsito de pessoas e ideias, é desejável (alguém até dirá ser inclusive juridicamente legítimo) que as melhores ideias sejam trazidas para os países (em desenvolvimento) que delas necessitam. Afinal, discursivamente, o conhecimento é para ser difundido, e a vanguarda científica não pode ser privilégio de poucos<sup>35</sup>.

Por isso, sim, prestígio é fonte de desejo, e nessa equação há a exportação de ideias jurídicas. No contexto latinoamericano, esse discurso

---

Convergence? In: FRIEDMAN, Lawrence M.; SCHEIBER, Harry N. (eds.) *Legal Culture and the Legal Profession*, Boulder: Westview Press, 1996. p. 137-152). Bernd Schüneman trata criticamente do que ele nomeia como “marcha triunfal do modelo processual norte-americano sobre o mundo” (SCHÜNEMAN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-Americano- In: SCHÜNEMAN, Bernd; GRECO, Luís (coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Marcial Pons: Madri, Barcelona, Buenos Aires. São Paulo. 2013, p. 240-261).

<sup>34</sup> Onde estão as melhores universidades? Onde estão os melhores professores? As melhores bibliotecas? Qual estudante latinoamericano, enfim, que queira se destacar como cientista não pretende se vincular às mais prestigiadas universidades? Não é essa, em boa medida, a ideia de “bolsas-sanduíche”, ao menos no Brasil?

<sup>35</sup> O problema dessa afirmação com vocação universal é que, como lembra acidentalmente Esquirol, “as opiniões provenientes dos centros de poder podem induzir uma espécie de internalização de ideias que logo se convertem em verdades por essa mesma razão. Os estudados podem acabar se vendo através dos olhos de seus observadores.” Páginas adiante, “esta apreensão se expressa na preocupação de que os latinoamericanos tenham que se converter em ‘latinoamericanistas’ se querem ser ouvidos no Norte.” (ESQUIROL, Jorge L. El nuevo latinoamericanismo jurídico. In: BONILLA MALDONADO, Daniel (org.). *Geopolítica del conocimiento jurídico*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2015. p. 306 e 326).

globalizante que separa o “Norte” do “Sul” em termos de merecimento de influência (hierarquiza as fontes do conhecimento) ainda ganhou novo combustível com o diagnóstico de que, genericamente se olha para o sistema jurídico latinoamericano como “falido”<sup>36</sup>.

Do ponto de vista geopolítico e de expansão e consolidação das ideias aprioristicamente mais bem formuladas (do Norte), nem seria necessário o recurso retórico ao “failed law” que se difundiu como epíteto de todo o regime jurídico latinoamericano, tão vigorosamente denunciado por Jorge L. Esquirol.

De toda forma, ainda assim, as metáforas de “failed law” (corrupção endêmica, sociedade não responsiva às leis - baixa correspondência entre *law in action* e *law in the books*-, insegurança jurídica e social, inoperância, ineficiência, elitismo jurídico) se constituíram como importante discurso facilitador de projetos de reformas jurídicas<sup>37</sup>.

A abordagem de Esquirol é profunda e extensa. Uma das perspectivas que ela possibilita atingir é que, se a imagem de “direito falido”<sup>38</sup>, como diz ele, “fornece uma lógica convincente para reconfigurar arranjos existentes”<sup>39</sup>, a hiperbólica fragilidade descrita das instituições jurídicas latinoamericanas como um todo realmente as denigrem ao ponto de, assemelhando-as às “repúblicas-de-bananas”, tornarem no limite inevitável que os transplantados jurídicos aconteçam. O diagnóstico construído é o de terra arrasada<sup>40</sup>.

---

<sup>36</sup> ESQUIROL, Jorge L. The Failed Law of Latin America. *The American Journal of Comparative Law*, v. 56. n. 1, p. 75-124, 2008. p. 75-124. Também: *Las ficciones del derecho latinoamericano*. Bogotá: Siglo del hombre editores. Universidad de los Andes, 2014.

<sup>37</sup> ESQUIROL, Jorge L. The Failed Law of Latin America. *The American Journal of Comparative Law*, v. 56. n. 1, p. 75-124, 2008. p. 76.

<sup>38</sup> Tradução livre para “failed law”.

<sup>39</sup> ESQUIROL, Jorge L. The Failed Law of Latin America. *The American Journal of Comparative Law*, v. 56. n. 1, p. 75-124, 2008. p. 78.

<sup>40</sup> Esse diagnóstico não é tão central ao que se propõe a fazer neste trabalho, mas a “terra arrasada” como entendemos se associa à ideia de “república-de-bananas” como algo que, na origem (*failed law*) clama por reformas. Acontece que essas próprias reformas, ao mudarem completamente os sistemas jurídicos a partir da premissa de que nada presta, acaba por deixar as repúblicas ainda mais fragilizadas, sem qualquer autoestima suficiente para que elas mesmas atinjam as soluções e evoluam no sentido de ‘alcançarem’ o Estado de Direito

Outra perspectiva, que dialoga com o dístico ‘prestígio-desejo’ é obviamente esta: no diagnóstico do “direito falido”, o que há é o *desprestígio*, a baixa-estima, a incredulidade genericamente (e por isso, artificial, diz Esquirol<sup>41</sup>) construída do sistema jurídico da América Latina. Isso também catapulta o *desejo* de troca das estruturas jurídicas<sup>42</sup>, senão como um todo, ao menos em grande parte. O campo, pois, é fértil para a recepção dos transplantes jurídicos.

Nas palavras de Esquirol: “Significativamente, os transplantes jurídicos não são novos na América Latina. Eles são entendidos como parte de uma conexão histórica entre América Latina e Europa, e atualmente os Estados Unidos, e refletem a suposta qualidade e prestígio desses sistemas doadores. É, portanto, bem aceito que o direito positivo da região mergulha em várias fontes da Europa Ocidental e da América do Norte.”<sup>43</sup>

O terceiro fator motivador recente de transplantes jurídicos se reduz ao movimento do *law and development*. Nas palavras de Graziadei, isso se resume à “relação entre performance econômica e instituições jurídicas.”<sup>44</sup>

---

que vem com as ideias de fora. Por isso, para Esquirol, e em resumidíssima síntese: os Estados latinoamericanos ficam ainda mais fracos juridicamente, mais dependentes das reformas, a partir delas mesmas. Para uma postura menos radical, mas crítica quanto ao discurso de se implementar o Estado de Direito em países latino-americanos por meio de transplantes jurídicos vindos de regras do processo penal norte-americano (sobretudo em matéria de negociação de pena), ver: ANITUA, Gabriel Ignacio. La Importación de Mecanismos Consensuales del Proceso Estadounidense, en las Reformas Procesales latinoamericanas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 43-65.

<sup>41</sup> ESQUIROL, Jorge L. The Failed Law of Latin America. *The American Journal of Comparative Law*, v. 56. n. 1, p. 75-124, 2008. p. 84 e ss.

<sup>42</sup> “As regras do jogo na América Latina incluíram o próprio jogo na questão.” (ESQUIROL, Jorge L. The Failed Law of Latin America. *The American Journal of Comparative Law*, v. 56. n. 1, p. 75-124, 2008. p. 79)

<sup>43</sup> ESQUIROL, Jorge L. The Failed Law of Latin America. *The American Journal of Comparative Law*, v. 56. n. 1, p. 75-124, 2008. p. 96.

<sup>44</sup> GRAZIADEI, Michele. Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions. In: REINMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 459.

A imbricação entre direito e economia, originariamente já complexa do ponto de vista político a partir do surgimento da teoria do *law and economics* na Guerra Fria, quando a prosperidade econômica era atrelada à estabilidade jurídica e, por isso, justificava o transplante jurídico inclusive para se debelar o risco de ‘contágio’ de ideias comunistas<sup>45</sup>, ganhou ainda maior destaque nos idos dos anos 80 e 90 do século passado.

Isso porque, enraizada na exploração política e jurídica da exportação de modelo capitalista que “vendia” prosperidade econômica como sinônimo de tranquilidade jurídica e *rule of law* (por isso, Esquirol rotulava o resultado da *law and economics* para América Latina como consolidação de uma ‘U.S.sphere’<sup>46</sup>), naqueles últimos anos não só países como instituições financeiras internacionais promoveram, nas palavras de Graziadei, “um dos mais ambiciosos programas de reforma jurídica nas últimas décadas”<sup>47</sup>.

O que se pode dizer, então, desse último fator, é que, inicialmente, a transposição de sistemas jurídicos foi ostensiva, de país para país, mas desde os anos 80 o transplante sequer passou a ser feito ostensivamente a partir de ideias consagradas em países isolados, mas sim de ideário consagrado multilateralmente e de forma não mais diretamente atrelada a um

---

<sup>45</sup> Esse “risco” se imaginava debelado com a exportação de prosperidade econômica, ou seja: redução da pobreza. The failed law..., cit., p. 90. Em texto recentemente traduzido, Eric Hobsbawn diagnosticou que “os imperialistas menos ideológicos estavam, em teoria (de acordo com a “doutrina Mann” da era Lyndon B. Johnson), contentes com qualquer pessoa que promovesse o crescimento econômico, protegesse os investimentos privados e se opusesse ao comunismo, independentemente da atitude em relação às reformas sociais. (...) O novo pragmatismo confortava-se em uma crença de que a estabilidade econômica e o crescimento resolveriam automaticamente os problemas sociais, enquanto um militar pago, treinado e inspirado pelos Estados Unidos deveria ser, em algum sentido metafísico, “constitucionalista”, se não realmente democrático.” (HOBSBAWN, Eric. *Viva la Revolución. A era das utopias na América Latina*. Trad. Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2017. p. 348)

<sup>46</sup> ESQUIROL, Jorge L. The Failed Law of Latin America. *The American Journal of Comparative Law*, v. 56. n. 1, p. 75-124, 2008. p. 89.

<sup>47</sup> GRAZIADEI, Michele. Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions. In: REINMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 459.

determinado país, seja em organizações multilaterais como a Organização dos Estados Americanos, seja em agências de fomento. E as últimas poderiam, ou não, estar ligadas a um determinado Estado, como foi o caso da USAID<sup>48</sup>, mas não foi o caso de Banco Mundial e Banco Interamericano de Desenvolvimento, nem do Fundo Monetário Internacional<sup>49</sup>.

Do ponto de vista do desenvolvimento da ciência do direito comparado, nem essa desterritorialização (ou desnacionalização) passa despercebida. Como ressalta Ugo Mattei, “o direito comparado tradicional é prisioneiro de um paradigma territorial nacional de indagação que está moribundo como uma ferramenta de se entender a globalização jurídica. Portanto, par que o comparativista se torne um advogado global efetivo, é necessário repensar a ideia moderna de fronteiras. As ferramentas devem ser inventadas para comparar sistemas jurídicos não-territoriais entre eles mesmos assim como com os territoriais.”<sup>50</sup>

O que se pode anteciper como conclusão aqui é que as metáforas utilizadas, sejam quais forem, são tão operativas, isto é, tão instrumentais, quanto o próprio fenômeno que elas pretendem descrever (transplante, transferência etc.). A engrenagem jurídica, em si mesma, não existe à toa, e não existe despida de interesses que a movem num ou noutro sentido.

---

<sup>48</sup> United States Agency for International Development. Maximo Langer contextualiza a criação dessa agência: o ano é 1961, o presidente é John F. Kennedy, o contexto é a guerra fria e o objetivo é espalhar desenvolvimento econômico para diminuir o risco de grupos comunistas ou de esquerda assumirem o poder em países em desenvolvimento. Esse foi o pontapé inicial do USAID e a política reformista norteamericana endereçada aos países latinoamericanos. Houve hiato entre as décadas de 70 e 80 do século passado e, de 1985 em diante, o USAID voltou a promover cursos voltados à reforma processual latinoamericana e se mostrar influente em diversos países. (LANGER, Maximo. *Revolution in Latin American Criminal Procedure: Diffusion of Legal Ideas from the Periphery*. *The American Journal of Comparative Law*, v. 55, n. 4, p. 617-676, 2007. p. 646-650).

<sup>49</sup> Ver: MALDONADO, Daniel Bonilla. Introducción. Teoría del Derecho y Transplantes Jurídicos: la estructura del debate. In *Teoría del Derecho y transplantes jurídicos*. Daniel Bonilla Maldonado. Editor académico. Siglo del Hombre Editores. Universidad de los Andes. Pontificia Universidad Javeriana. 2009, p.12-3.

<sup>50</sup> MATTEI, Ugo. A theory of imperial law: a study on U.S. hegemony and the Latin resistance. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 10, n. 1, p. 382-448, 2003. p. 413.

Atualmente, em que a discussão geopolítica específica da América Latina chama a atenção – mesmo para autores que se desviam por escolha metodológica desse pedaço do problema, como é o caso de Máximo Langer – pode-se ser mais radical, como Esquirol, Bonilla Maldonado e Ugo Mattei, ou menos, como David Nelken.

De qualquer forma, como menos importa a carga autoral do que a verificação da pretensão normativa dos transplantes, não há como se fechar os olhos seja para a desterritorialização da “origem” das normas jurídicas, seja (o mais importante) para a pretensão uniformizadora, vinda dos Estados Unidos, em direção aos países da América Latina, inclusive o Brasil.

Se isso significa uma “americanização” do direito processual penal ou, na linguagem de Elisabetta Grande (em outra metáfora de biologia), uma “inoculação”<sup>51</sup> contra a expansão do modelo norteamericano de processo penal, além de motivar outra discussão, para este texto cabe bem na medida em que se está outra vez questionando *o que vem depois* dos transplantes jurídicos.

Como frisa Nelken, com base nas constatações vistas neste texto, “o que está realmente sendo exportado no presente momento dos transplantes jurídicos, junto a qualquer dada instituição ou procedimento jurídico, é uma ideologia cultural específica.”<sup>52</sup>

---

<sup>51</sup> No texto aqui já referido a professora italiana nada contra a corrente dos estudiosos que veem na propalada difusão das ideias de processo penal norteamericano (via transplantes jurídicos) a americanização do processo penal. Para ela, a própria ideia de transplantes, no caso, gera a ideia de inoculação, e a metáfora da biologia (mais uma...) é esta: “Inoculação é a injeção de uma porção pequena de um organismo em um corpo, estimulando a produção de anticorpos que – pela imunização do corpo contra o organismo injetado – previne da maior difusão daquele mesmo organismo no futuro. Pelo mesmo símbolo, eu irei argumentar, a injeção de dose pequena de características jurídicas adversariais nos sistemas processuais da Europa Continental fortaleceu a estrutura não-adversarial, e por isso parece ter produzido “anticorpos” capazes de fazê-los resistentes contra qualquer difusão futura de um processo adversarial nos seus corpos jurídicos.” (GRANDE, Elisabetta. *Legal Transplants and the inoculation effect. How American criminal procedure has affected continental Europe. The American Journal of Comparative Law*, v. 64, p. 583-618, 2016. p. 584)

<sup>52</sup> NELKEN, David. *Comparatists and transferability*. In: LEGRAND, Pierre; MUNDAY, Rodrick (Eds.). *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 458. Também assim:

Diagnosticado o “antes”, isto é, o motivo ideológico dos transplantes, vamos ao “depois”. A principal pergunta que se faz aqui é se o “modelo” ou a regra importada “cabe” nos sistemas de destino, isto é, se ela é talhada para o sistema ou, em termos mais próximos do direito comparado, se deve ser exigida alguma semelhança entre os sistemas para que o transplante seja exitoso.

### 3. DEPOIS DOS TRANSPLANTES: O FALSO PROBLEMA DO CABIMENTO NA ANÁLISE DO SUCESSO

As noções de sucesso e falha são inerentes à polarização discursiva que permeia em boa medida a abordagem dos transplantes jurídicos. Pergunta-se se o transplante foi exitoso ou se fracassou. Normalmente tal questionamento se prende aos tradicionalismos do país de destino, à história, ao “modelo” consagrado, à reação social ao transplante. Enfim, na continuidade da metáfora: se o novo órgão inserido no corpo velho é “aceito”.

Acima já se falou da abordagem de Nelken, segundo quem e em linguagem aqui resumida, o que é exitoso para uns pode ser um fracasso para outros (na verdade, essa própria ponderação é uma das por ele utilizadas para rechaçar a metáfora de transplante). Como também se lembrou de Elisabetta Grande, segundo quem o próprio efeito do transplante pode não atingir só o Estado que recebe determinadas normas jurídicas, mas também o Estado de onde elas têm sua origem (e por isso ela lembrou da metáfora de circulação de modelos).

O ‘efeito’ ou ‘sucesso’ dos transplantes pode ser apreciado sob outra perspectiva, para além daquela puramente atrelada às consequências das modificações jurídicas nos países que ‘recebem’ determinadas normas jurídicas. A adoção de modelos jurídicos diversos – os transplantes jurídicos – pode ser criticada sob o prisma do seu *cabimento*. Singelamente, afinal, o determinado transplante “cabe” num determinado sistema? E, nesse particular, essa é uma pergunta relevante do ponto de vista do direito comparado?

---

GRANDE, Elisabetta. Legal Transplants and the inoculation effect. How American criminal procedure has affected continental Europe. *The American Journal of Comparative Law*, v. 64, p. 583-618, 2016. p. 586.

Há, segundo Nelken, duas perspectivas sob as quais o *cabimento* pode ser visto, e ambas arrancam a raiz na falibilidade da aderência social das leis. Por um lado, a mera constatação de que a sociedade nem sempre se adequa ao que prega a lei faz com que o *cabimento* do transplante não passe de um falso problema. Por outro lado, o *cabimento* da alteração vinda via transplante é sim relevante para se pensar no *depois do transplante*, na medida em que – justamente por haver dessintonia com frequência entre lei e sociedade – o novo modelo jurídico pode significar uma *desejada* alteração social, política ou econômica. Pode significar, enfim, um plano de transformação da própria sociedade.<sup>53</sup>

O ‘sucesso’ ou a ‘falha’ dos transplantes jurídicos não estão pura e simplesmente no “cabimento” do modelo exportado em determinado modelo de destino. Não há uma relação necessária entre causa (cabimento) e efeito (sucesso ou não) no que aqui se estuda. É importante reconhecer isso: “ao invés objetivar a reprodução de condições passadas ou presentes ou ideais, a lei objetiva superá-las.”<sup>54</sup>

A lei e sua relação com o país de destino, portanto, não deve necessariamente ser de *cabimento*; ela não tem que *cabem* em determinado sistema de destino. O equacionamento do sucesso ou não de determinado transplante jurídico a partir da análise de seu *cabimento* no sistema de destino, diz Michele Graziadei, distorce a realidade, é pautado por generalizações que (por serem generalizações) deixam de analisar o próprio transplante efetuado e, inclusive, desconsideram os atores (e, assim, também os próprios interesses) que participam do procedimento de transplante<sup>55</sup>.

A ideia mesma do transplante é a alteração do próprio sistema, e é disso que se cuidou acima, com tons mais ou menos críticos a depender da abordagem de cada autor. Nesse sentido, “a apropriação de elementos

---

<sup>53</sup> NELKEN, David. Comparatists and transferability. In: LEGRAND, Pierre; MUNDAY, Rodrick (Eds.). *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 451.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 457.

<sup>55</sup> GRAZIADEI, Michele. Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions. In: REINMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 472-3.

estrangeiros pode ser disfarçada por vesti-los em roupas familiares.”<sup>56</sup> No ponto em que se chega ao processo penal, vem a elegante passagem de Mirjan Damaška: “a música da lei muda, assim dizendo, quando os instrumentos musicais e os músicos não são mais os mesmos.”<sup>57</sup>

O ponto, portanto, para se verificar o sucesso ou não do transplante, não é se ele *cade* ou não no sistema de destino. Novamente com Nelken, “o que faz uma boa tradução é sua fidelidade aos mundos diferentes ao invés de seus efeitos ou consequências.”<sup>58</sup> Se o modelo *cade* ou não, portanto, não é um problema de direito comparado, que por si só seria impeditivo de se realizar o transplante jurídico.

Se isso pode ser tomado cientificamente como plausível, onde estaria o problema?

Com isso, chega-se ao processo penal brasileiro, a partir do diagnóstico do pastiche e da falta de racionalidade – tanto em termos do que se escolhe como modelo, seja em termos de sua extensão, quanto principalmente em termos da total despreocupação com seu funcionamento no país de origem e cálculo consequencialista - que tem guiado o mimetismo de institutos para serem transplantados para cá.

Do que se cuidará abaixo, *depois dos transplantes jurídicos*, não é de acomodação sistemática, mas sim do seu retalhamento, que aqui se pode dizer *assistemático*. O problema com o qual o direito processual penal brasileiro se defronta atualmente é o da irracionalidade dos critérios que tem seguido para se valer dos transplantes jurídicos.

#### 4. PROCESSO PENAL BRASILEIRO ATUAL À LUZ DO DIREITO COMPARADO: UM PASTICHE LEGAL

A expressão crítica que resume o diagnóstico que parece ser aplicável ao cenário atual brasileiro é cunhada por Mirjan Damaška. O “legal

<sup>56</sup> Ibidem, p. 462.

<sup>57</sup> DAMAŠKA, Mirjan. The uncertain fate of evidentiary transplants: Anglo-American and Continental Experiments. *The American Journal of Comparative Law*, v. 45, n. 4, p. 839-852, 1997. p. 840.

<sup>58</sup> NELKEN, David. The Meaning of Success in Transnational Legal Transfers. *19 Windsor Yearbook of Access to Justice*, p. 349-66, 2001. p. 361.

pastiche”, segundo o ponto de vista com o qual aqui se concorda é o produto do seguinte procedimento: “na busca pela inspiração por mudança, é talvez natural para advogados navegar numa boutique de lei estrangeira. Mas é uma ilusão pensar que essa é uma boutique na qual alguém é sempre livre para adquirir alguns itens e rejeitar outros. Um arranjo decorrente de uma aquisição parcial – um pastiche legal – pode produzir um resultado de investigação bem menos satisfatório na prática do que sob ou arranjos probatórios continentais ou Anglo Americanos em sua forma não adulterada.”<sup>59</sup>

Damaška trata de transplantes jurídicos específicos na sistemática das provas no processo penal. E o direito probatório, a partir do pano de fundo da dicotomia entre processo penal adversarial e processo penal de matriz inquisitória é campo fértil para a abordagem dos transplantes jurídicos, como se notou inclusive nos textos dos demais autores de processo penal comparado aqui pesquisados.

Como se viu até aqui, também essas escolhas metodológicas, de se cuidar da comparação em ponto-a-ponto (por exemplo, em matéria de *disciplina na colheita da prova, cross examination na colheita da prova oral, comportamento do juiz e das partes, acordo de penas e culpa*, ou em matéria de *oralidade em audiências, sistemática de provas lícitas e ilícitas* e assim sucessivamente), ou de usar determinados exemplos para situá-los dentro do pano de fundo objeto de estudo (matriz inquisitória ou adversarial do processo penal, como faz com destaque Maximo Langer), são válidas. Mais do que isso, como demonstram os textos de Langer e Elisabetta Grande, são complementares.

Neste texto se delimita a abordagem crítica no pastiche lembrado por Damaška. O ponto não é escolher “um” ou “mais de um” tema e desenvolver o estudo comparado a seu propósito, com o que a comparação esgotar-se-ia no tema particular em si. A escolha de um ou outro exemplo tem o caráter meramente indicativo do transplante jurídico.

O exercício da utilização do direito comparado no campo processual penal, ainda que não para importar (transplantar) ideias estrangeiras, não é surpresa no Brasil.

---

<sup>59</sup> DAMAŠKA, Mirjan. The uncertain fate of evidentiary transplants: Anglo-American and Continental Experiments. *The American Journal of Comparative Law*, v. 45, n. 4, p. 839-852, 1997. p. 852.

Mesmo antes das lições de Alan Watson – segundo quem, grosso modo, além de comuns, os transplantes jurídicos são em grande medida a principal fonte de desenvolvimento dos sistemas jurídicos de cada país<sup>60</sup> - havia a análise modelar de sistemas distintos para a reflexão sobre reformas no Brasil.

Prova disso é a Exposição de Motivos ao vigente Código de Processo Penal brasileiro (Decreto-Lei 3.689, de 03. 10.1941), do ex-Ministro da Justiça Francisco Campos, no qual se viu a transposição de regras que conformaram a redação do *Codice di Procedura Penale* italiano de 1930, do ex-Ministro da Justiça Alfredo Rocco.

Francisco Campos disse na Exposição de Motivos que “quando da última reforma do processo penal na Itália, o Ministro Rocco, referindo-se a algumas dessas medidas e outras análogas, introduzidas no projeto preliminar, advertia que elas certamente iriam provocar o desgosto daqueles que estavam acostumados a aproveitar e mesmo abusar das inveteradas deficiências e fraquezas da processualística penal até então vigente. A mesma previsão é de ser feita em relação ao presente projeto, mas são também de repetir-se as palavras de Rocco: ‘já se foi o tempo em que a alvoroçada coligação de alguns poucos interessados podia frustrar as mais acertadas e urgentes reformas legislativas.’”<sup>61</sup>

O Código de 1941 foi gestado sob a égide da ideologia inspirada no *Codice* italiano de 1930, e as cargas dessa transposição de ideias podem

---

<sup>60</sup> WATSON, Alan. *Legal transplants. An Approach to Comparative Law*. 2. ed. London: University of Georgia Press, 1993. p. 95. Destaca-se, entre os autores que se debruçaram sobre a construção teórica de Francisco Campos, as influências que ele recebeu fora do processo penal projetado na época e as que ele exerceu dentro do diploma legislativo de então, o seguinte artigo: MALAN, Diogo Rudge. Ideologia Política de Francisco Campos: influência na legislação processual penal brasileira (1937-1941). In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Orgs.). *Autoritarismo e processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. Na p. 46 o autor afirma: “malgrado Francisco Campos nunca tenha se declarado *fascista*, ou assumido abertamente a influência do regime de Benito Mussolini na ordenação jurídica do Estado Novo, é sintomática a referência feita pela Exposição de Motivos do Estatuto de 1941 ao Ministro da Justiça italiano Alfredo Rocco, grande artífice do *Codice di Procedura Penale* de 1930.”

<sup>61</sup> Exposição de Motivos do Código de Processo Penal Brasileiro, item II, segundo parágrafo.

ser vistas em matérias como gestão da prova pelo juiz e o tratamento de nulidades. Não irá aqui se descer às minúcias do que era a disciplina originária em 1941, mas apenas se trata da coerência, que guiou a exposição de motivos em mais de uma passagem, e foi transposta para o Código antes das sucessivas que reformas que sofreu até os dias atuais.

Ou seja: mesmo que um dos ideários do Código de 1941 fosse a uniformização da sistemática processual penal anterior<sup>62</sup>, a harmonia a partir de uma ideia central, de um fio condutor, de um *modelo a ser transplantado*, enfim, foi característica do Código gestado pelo conhecido ideólogo do Estado Novo.

Sobre gestão da prova se previa, na Exposição de Motivos (item VII, segundo parágrafo), que “o juiz deixará de ser um espectador inerte na produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar, a final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade.” A ideia originária se espalha pelo capítulo probatório a partir da redação originária do art. 156, revogado em 2008<sup>63</sup>. A coerência com a possibilidade de o juiz atuar como *interessado* podendo para tanto agir de ofício em busca “da verdade” aparece em outras passagens originais do Código de 1941, como por exemplo em matéria de verificação de falsidade (art. 147), determinação de diligências para dirimir dúvidas sobre ponto relevante (art. 156), busca e apreensão (art. 242).

Em matéria de nulidades processuais, a Exposição de Motivos cuidou, no item XVII, de blindar o Código de Processo Penal ao que chamou

---

<sup>62</sup> A Constituição de 1891 previa que à União competia legislar sobre “direito civil, comercial e criminal da Republica e processual da justiça federal” (art. 34, § 23). Por essa distinção final, a competência para legislar sobre processo penal que *não fosse* da justiça Federal seria dos Estados. A propósito dessa interpretação, João Barbalho Cavalcanti, *Constituição Federal Brasileira (1891): comentada*. Brasília: Senado Federal. 2002. Edição fac-similar, p. 128. Com a Constituição de 1934 se passou a prever a competência legislativa exclusiva da União para legislar em matéria de direito processual (art. 5º, XIX, “a”) e, no art. 11, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias se cuidou da comissão de especialistas para elaborar um projeto de Código de Processo Penal.

<sup>63</sup> Redação original: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências, para dirimir dúvida sobre ponto relevante”.

de “excessivo rigorismo formal, que dá ensejo, atualmente, à infundável série das nulidades processuais.” E prosseguiu abertamente e outra vez com advertência de doutrina italiana (agora sem citar nominalmente o autor), para se fidelizar com a matriz do *Codice di Procedura Penale* de 1930: “segundo a justa advertência de ilustre processualista italiano, ‘um bom direito processual penal deve limitar as sanções de nulidade àquele estrito *mínimo* que não pode ser abstraído sem lesar legítimos e graves interesses do Estado e dos cidadãos.’”

Prosseguiu ainda, a Exposição de Motivos: “O projeto não deixa respiradouro par o frívolo *curialismo*, que se compraz em espiolhar nulidades. É consagrado o princípio geral de que nenhuma nulidade ocorre se não há prejuízo para a acusação ou a defesa. Não será declarada a nulidade de nenhum ato processual, quando este não haja influído concretamente na decisão da causa ou na apuração da verdade substancial. Somente m casos excepcionais é declarada insanável a nulidade.” As previsões do pósito do Código, nesse particular, encontram-se espelhadas, desde 1941 até hoje, nos artigos 563 a 574.

A matriz autoritária do Código de Processo Penal de 1941 se refletia, entre outras matérias, nessas acima resenhadas. De lá para cá, o sistema processual penal brasileiro tem experimentado modificações as mais diversas, sejam no próprio Código, sejam por leis especiais.

No corpo do Código de Processo Penal, houve onda reformista que culminou em leis de 1996 (Lei 9.271, alterou a sistemática de citação por edital e tratou de suspensão do curso processual se o acusado não constituir advogado), 2003 (Lei 10.792/2003, reformulou a sistemática do interrogatório), 2008 (Leis 11.689, 11.690, 11.719, que alteraram as sistemáticas do procedimento do júri, das provas e dos procedimentos) e 2011 (Lei 12.403, que reformulou a sistemática das medidas cautelares pessoais no processo penal).

Outras alterações legislativas inovaram no funcionamento do sistema processual penal brasileiro, como foi o caso da Lei 9.099/95 (instituiu os juizados especiais criminais e trouxe ao debate nacional o instituto da *justiça negociada* com os institutos da transação penal, da composição civil de danos e da suspensão condicional do processo) e, recentemente, a Lei 12.850/13, que nomeia alguns chamados “meios de obtenção de prova”, particularmente a colaboração premiada (art. 4º).

Além da onda reformista presenciada nos últimos 20 anos, vivencia-se pretensão de alterações também em matéria de provas e nulidades processuais, como se iniciou a partir do chamado “Pacote anticorrupção” encabeçado e divulgado por parcela do Ministério Público da União (medida nomeada de “ajustes das nulidades”<sup>64</sup>), que redundou em propositura de alteração legislativa em curso no Congresso Nacional<sup>65</sup>.

Distintamente do que se percebeu originariamente, a partir da Exposição de Motivos e das consagrações no Código de Processo Penal até os idos dos anos 90 do século passado, a onda de reformas pontuais dos últimos anos, e por último até a promessa de edição de novo Código de Processo Penal<sup>66</sup>, padecem da falta de um fio condutor em termos de transplantes jurídicos.

Com isso se volta a uma das abordagens escolhidas neste texto, que é a análise crítica do “antes” e do “depois” dos transplantes. Em processo penal, o que motiva o recorte inicial do texto, e até aqui desenvolvido, é o cuidado com a transposição mesma dos modelos jurídicos de um a outro lugar. Não se diagnosticou a prevalência de uma ideia advinda de determinado país a ser transposta para o Brasil. Olha-se para fora daqui sem se ter – ou ao menos se justificar – qualquer critério para se ‘pegar’ ou ‘catar’ esse ou aquele modelo e trazê-lo para cá.

Assim, por exemplo, as alterações pontuais sobre a garantia do exercício ao silêncio e a nova previsão de citação por edital não têm sua raiz de ser exclusivamente a partir da consagração de determinado modelo de justiça criminal. Amparam-se em lições antitéticas à raiz do Código de Processo Penal de 1941 e à sua Exposição de Motivos, por força do advento da Constituição Federal de 1988.

---

<sup>64</sup> Medida 7, nomeada de ‘ajustes nas nulidades penais contra a impunidade e a corrupção’. Disponível em: <[http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas/docs/medida\\_7\\_versao-2015-06-25.pdf](http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas/docs/medida_7_versao-2015-06-25.pdf)>. Acesso em: 22 nov. 2017.

<sup>65</sup> PL 99/2016, de autoria do Senador Randolfe Rodrigues.

<sup>66</sup> PL 8045/2010. O autor deste artigo coordenou estudo no âmbito do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais que, pontualmente, apreciou os dispositivos do aludido projeto de lei. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/docs/2017/20170601\\_ReformaCPPIBCCRIM.pdf](https://www.ibccrim.org.br/docs/2017/20170601_ReformaCPPIBCCRIM.pdf)>. Acesso em: 22 nov. 2017.

Pode até se sinalizar por encaminhamento da elaboração de normas processuais penais em obediência a ditames convencionais, como se vê por exemplo, da crescente relevância que se dá no Brasil aos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos ou mesmo do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Ainda assim, não se pode falar de autêntico transplante jurídico.

Já as alterações elaboradas em matéria da chamada *justiça consensual*, que tiveram início com a Lei 9.099/95 e culminaram com a Lei 12.850/13<sup>67</sup> significam virada processual penal ao chamado sistema de *common law*, notadamente com retórica de modelo processual penal adversarial.

A propósito dessa decorrência, conquanto a doutrina processual penal mais recente tenha alguma preocupação, o ponto específico do transplante jurídico operado, e a lupa do direito comparado mais arguta é a de Marcos Zilli, segundo quem “o fenômeno e o seu estudo foram muito bem captados por Langer. Ainda que adaptada à realidade cultural do organismo receptor, a incorporação de fórmulas processuais fiéis a outro modelo traz o risco da imprevisibilidade. É que na operação diária, a cargo de sujeitos imersos em outra cultura processual, potencializam-se as probabilidades para as distorções. Assim, a invasão pode levar o sistema receptor a um ponto mais próximo daquele que o inspirou. Em situações mais graves, as distorções podem produzir um novo modelo que não é captado pelas tradicionais classificações. São as armadilhas dadas pelo presente grego.”<sup>68</sup>

<sup>67</sup> A escalada legislativa é sintomática do ponto de vista das condutas que podem ser objeto de negociação: inicialmente aquelas de ‘menor potencial ofensivo’, nos termos do art. 61 e ss, da Lei 9099/95; e já agora, com a colaboração processual que é modelo distinto de acordo entre acusação e defesa, chega-se às raíais dos chamados crimes praticados por ‘organizações criminosas’, que tem sensível patamar de pena abstrata (reclusão de 3 a 8 anos).

<sup>68</sup> No acordo de colaboração entre gregos e troianos o cavalo é o prêmio, p. 3. Em texto distinto, e apegado ao procedimento abreviado argentino e a difusão dos “acordos de pena” no processo penal, Maximo Langer explora a ideia de “cavalo de Tróia” como metáfora que significa a mudança de paradigma de sistema processual penal baseado em investigação oficial de um lado, e na disputa entre os envolvidos, de outro lado (LANGER, Maximo. La dicotomia acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento

E, por fim, o tratamento que se pretende dar à sistemática das provas no processo penal – aí incluída a gestão da prova e os papéis que se espera sejam desenvolvidos pelos atores processuais penais: juiz e partes, bem como das provas ilícitas a partir da inauguração constitucional de 1988<sup>69</sup> - é tributário, da mesma forma, de certa (ou ao menos imaginada) aproximação ao modelo de *common law*.

Isso, seja do que se vê consagrado por força da Lei 11.690/08 que alterou a redação dos artigos 155 e seguintes do Código de Processo Penal brasileiro e deu inédito tratamento infraconstitucional à matéria das provas ilícitas, suas consequências e as purgações de vícios; seja também do que se percebe dos projetos de lei em curso no Congresso Nacional na já aludida questão de provas ilícitas e nulidades<sup>70</sup>.

---

abreviado. In: MAIER, Julio B. J.; BOVINO, Alberto (comps.). *El Procedimiento Abreviado*. Editores del Puerto: Buenos Aires, 2001, p. 124. Sobre os acordos, também chamados de barganhas, no processo penal brasileiro, ver: VASCONCELLOS, Vinicius G. Barganha no processo penal e o autoritarismo “consensual” nos sistemas processuais: a justiça negocial entre a patologização do acusatório e o contragolpe inquisitivo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 953, p. 261-279, mar. 2015.

<sup>69</sup> Art. 5º, LVI: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.”

<sup>70</sup> No PL 99/2016, que pretende disciplinar as matérias sobre provas ilícitas e nulidades no processo penal, a matéria é tratada com reducionismo teórico que custa crer seja digno de justificativa, tamanha a desproporção entre a complexidade do assunto junto à tão sensível a alteração proposta ao longo de diversos dispositivos processuais penais e a superficialidade com que se tratou de ambos. Cogita-se, nas justificativas, de abordar a inadmissibilidade de provas ilícitas como se não passassem de “regras não escritas na lei”, a partir de abordagem míope porque abertamente tributária exclusivamente do apego ao disseminado entendimento de que as *exclusionary rules* teriam somente um efeito dissuasório (proteção contra más práticas policiais que violem a 4ª e 5ª Emendas), descuidando-se do arcabouço teórico que trata de métodos proibidos de prova e efeitos distintos do meramente dissuasório. Não se trata numa linha sequer nem mesmo das distintas possibilidades de consequências processuais penais advindas do reconhecimento de vícios em matéria probatória. As justificativas utilizadas na proposta, todas elas, decorrem do apego irrestrito a concepção do processo penal norte americano, inclusive o rol que se pretende inserir de outras fórmulas que esvaziariam a previsão de contaminação de ilicitudes probatórias. Em matéria de nulidades, o citado PL revivesce a exposição de motivos de 1941, com o esforço de evitar ao máximo o desfazimento de atos processuais. Nesse tema, não há transplante algum do sistema norte-americano, mas pura e

O direito processual penal brasileiro atual convive, de um lado, com o ideal ainda vigente em larga medida de regras inquisitórias do Código de Processo Penal de 1941, e, de outro, com alterações que ora privilegiam a introjeção de valores diretamente constitucionais, e ora decorrem de abertos transplantes jurídicos. Essa é a aporia que se pode diagnosticar, no encaminhamento conclusivo das abordagens deste texto.

Foi visto e defendido aqui que o transplante jurídico, mesmo que com alterações radicais do ponto de vista sistemático, não seria em si problemático. A crítica sempre pode acontecer diante de alguma radicalidade pela adoção *tout court* de um modelo em detrimento de outro, mas há justificativa (deve haver) para tanto, se o espírito do transplante é, mesmo, modificar determinado sistema jurídico. No limite, portanto, a resposta às críticas nesse pormenor seriam que as alterações seriam mesmo propositais.

Acontece que, justamente por se tratar de alteração sistemática, o cuidado mínimo que se deve ter é com a alteração como um todo, e não em pontos cirúrgicos, deixando as indeléveis marcas de sistema jurídico incompatível vigente com as alterações propostas.

Em ainda nova metáfora: uma coisa é o transplante, outra é a introjeção de órgão estranho, incompatível, algo que se aproxima de um irresponsável enxerto, num pedaço do corpo, que passará a não funcionar bem como o enxerto não pensado para todo o organismo. O transplante pode ter razões para funcionar ou não, a depender de como se reage às modificações legislativas; mas com o corpo estranho não se tem método algum na introjeção das novas normas e nem o mínimo cálculo do que pode advir da operação.

---

simplesmente o discurso salvacionista de aproveitamento de possíveis atos processuais nulos em desconsideração até mesmo aos entendimentos dos próprios autores dos Estados Unidos que chegam a propor caminhos intermediários à aplicação *tout court* de regras de exclusão. No mesmo Projeto de Lei, portanto, caminha-se ora num sentido (transplante jurídico de precedentes dos EUA), ora noutro, que com ele não tem qualquer relação (tratamento de nulidades, na esteira da Exposição de Motivos de 1941). Sobre alguns dos exemplos vistos já acima, mas particularmente cuidando da sistemática das provas, vale ver: MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo penal norte-americano e sua influência. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n. 19. p. 227-245, jul./dez. 2000.

Assim, por exemplo, em matéria da lenta e propalada *adversarialização* que se pode dizer ser uma das tônicas do processo penal brasileiro atual<sup>71</sup>, não há como, por exemplo, conviverem no mesmo organismo jurídico, previsões como a do art. 257, do Código de Processo Penal (o Ministério Público pode ser tanto parte em ações penais públicas, como “fiscal da lei”), e aquelas que se ligam à *justiça negociada*, que são a tônica de algumas das mais recentes alterações legislativas.

Ainda nessa tônica, a consideração tão consagrada quanto irrefletida da assunção do Ministério Público como “fiscal da lei” se divorcia da ideia de processo penal de partes – que é o que justifica empiricamente a *justiça consensual* – em matéria recursal, com o oferecimento de pareceres em ações penais de iniciativa pública, como sobreposição aos arrazoados já constantes do mesmo órgão, quando atuante a título de parte no processo.

O curioso é se perceber que, sabendo-se ou não de raiz de as coisas serem distintas como são num e noutro país, a transposição dos modelos de atuação das partes em matéria de justiça *negociada* desconsidera absolutamente que o berço de onde a modificação vem (os Estados Unidos da América) têm no Ministério Público órgão cujos representantes são eleitos e prestam contas à sociedade de forma diversa do que há aqui,

---

<sup>71</sup> VIEIRA, Renato Stanzola. Traços adversariais no Projeto de Código de Processo Penal. Uma proposta par o estudo da paridade de armas. In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (Coords.). *70 Anos do Código de Processo Penal Brasileiro. Balanço e perspectivas de Reforma*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p. 361-402. O tema específico do processo adversarial e inclusive os enfoques que podem justificar ser o sistema adversarial do sistema acusatório é muito mais complexo do que aqui se poderia resumir. Para aprofundamento, sugere-se a consulta às seguintes obras: TARUFFO, Michelle. *El proceso civil adversarial en la experiencia americana: el modelo americano del proceso de conotación dispositiva*. Trad. Beatriz Quintero. Bogotá: Temis, 2008. LANDSMAN, Stephan. Brief survey of the development of the adversary system.. LANGBEIN, John H. *The origins of adversary criminal trial*. New York: Oxford University Press, 2003. VOGLER, Richard. El sistema acusatorio en los procesos penales en Inglaterra y en Europa continental. In: WINTER, Lorena Bachmaier (Coord.). *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2008. VOGLER, Richard. Adversarialidad y el dominio angloamericano del proceso penal. In: AMBOS, Kai, LYNETT, Eduardo Montealegre (Comp.). *Constitución y sistema acusatorio: un estudio de derecho comparado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. DAMAŠKA, Mirjan. Models of Criminal Procedure, pp. 477-516; DAMAŠKA, Mirjan. *Evidence Law Adrift*. New Haven & London: Yale University Press, 1997.

a partir da Constituição Federal de 1988. É decididamente impensável, como se vê por esses exemplos, olhar para a modificação processual penal propalada sem se modificar a estrutura sob a qual se constrói o ainda vigente modelo brasileiro. Não há como se vestir a mesma roupa se o corpo muda.

Da mesma forma, como se tem percebido aproximação também em questão de comportamento judicial com o sistema *adversarial* de processo penal, em que o juiz tem mais o papel de árbitro do que de investigador em busca da dita verdade real, a previsão ainda de poderes instrutórios *ex officio* ao lado de previsões de livre disponibilidade das partes em matérias probatórias é outro complicador e sinalizador de que não se sabe o que se transplanta no Brasil.

Outro exemplo da pequena reflexão técnica sobre os transplantes jurídicos no Brasil se nota na pretensão de, com o advento de futuro Código de Processo Penal, instituir-se aqui a chamada *investigação defensiva*, que também tem como raiz o sistema norteamericano de processo penal e foi acolhida na Itália com reforma legislativa de 2000.

De um lado se imagina aproximação ao modelo de disponibilidade dos envolvidos de irem à cata de elementos de informação autonomamente mas, aqui, isso não seria acompanhado de alteração no vetusto artigo 14, do CPP, que prevê ser atribuição exclusiva do Delegado de Polícia o deferimento ou não de diligências a serem tomadas pela defesa, isso sem falar na própria limitação da própria atividade em si, quando comparada com a imaginada nos modelos paramétricos do transplante<sup>72</sup>.

Há outros exemplos que poderiam ser lembrados inclusive apegados à má prática dos próprios atores do sistema jurídico em lidar com normas já advindas de reforma como por exemplo se vê com a ordem de perguntas a serem feitas às testemunhas prevista no art. 212 do Código de Processo Penal, desconsiderada amiúde pelos próprios Magistrados.

---

<sup>72</sup> VIEIRA, Renato Stanzola. *Investigação defensiva: diagnóstico e possibilidades no processo penal brasileiro*. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; VASCONCELOS, Eneas Romero de (Coords.). *Polícia e investigação no Brasil*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 337-72; MALAN, Diogo Rudge. *Investigação defensiva no processo penal*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, a. 20, v. 96, 2012

O que aqui se pretende é apenas ilustrar que o transplante jurídico não é, em si mesmo, o ponto da crítica. O problema reside na não convivência harmônica das normas que não são alteradas com o advento das reformas. E essa crítica mina a eficiência pretendida de qualquer reforma, e também fulmina – sob qualquer prisma – a possibilidade de êxito e funcionalidade do transplante jurídico (ao menos se se parte da premissa de que se pretende efetivamente atingir alguma mudança com a nova legislação).

Outro detalhe é que as próprias mudanças não são, por vezes, precedidas de diagnósticos precisos sobre a funcionalidade do sistema no próprio país de origem. Vale lembrar da crítica feita pela própria doutrina processual penal norte americana sobre os vícios inerentes às práticas de *justiça consensual* (que vão da ‘overcharging’ à extorsão de confissão pura e simples às considerações sobre como o modelo mina o aspecto do contraditório inerente à noção mesma de processo)<sup>73</sup>, não refletidas majoritariamente no Brasil<sup>74</sup>, que tem se tornado receptáculo fértil dessas mesmas ideias.

## CONCLUSÕES

Carmen Miranda, que imortalizou a canção cujo trecho serviu de epígrafe a este trabalho, cantou sobre o repto que sofreu por ter ficado “muito rica” e não suportar mais “o breque do pandeiro”, mas se defendeu cantando que “diz mesmo eu te amo e nunca “I love you””, e que “enquanto houver Brasil na hora da comida eu sou do camarão enopadinho com chuchu.”

A típica mistura do que é nosso e do que é de fora é o que acontece com o processo penal brasileiro, desbaratado ante reformas que propalam

---

<sup>73</sup> STUNTZ, William J. *The collapse of American criminal justice*. Cambridge, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

<sup>74</sup> Dentre as vozes que excepcionam esse silêncio está a de PRADO, Geraldo. *Elementos para uma análise crítica da transação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. Também como marco crítico, o trabalho de VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial*. Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

seguir modelos de tendência retórica adversarial, mas que não esconde o viés autoritário e inquisitório ainda reinante aqui consagrado no Código vigente, e nem mesmo se questiona sobre as virtudes e defeitos no funcionamento do modelo transplantado no país de origem.

Esforçou-se no texto para, na seção própria em que se pretendeu tratar da abordagem teórica dos transplantes jurídicos do ponto de vista do direito comparado, contextualizar tanto a inevitabilidade do método e de seus efeitos práticos, quanto do juízo crítico que deve permear a admiração de um ou outro modelo. Essa pretensão veio acompanhada de uma contextualização das reformas processuais penais da América Latina nos últimos 30 anos, que coincidiu com a onda reformista do processo penal dos países latinoamericanos.

Pode parecer uma separação metodológica criticável a abordagem entre, de um lado, transplantes jurídicos e explorações conceituais correlatas e, de outro, o posicionamento sobre as motivações que redundaram na apropriação de determinados países (latinoamericanos) de regras jurídicas vindas de outros (o discurso “sul-norte”). Mas pareceu ser útil a junção dessas duas abordagens porque a conexão entre o sul e o norte se dá justamente (e inclusive) pelos transplantes jurídicos.

Esclarecido isso, as escolhas de conformações legislativas do processo penal brasileiro em tempos recentes são uma mistura de falta de cuidado de diagnóstico (com o que existe e se quer transplantar) e falta de responsabilidade no prognóstico (pois não há como se acomodarem modelos tão estranhos dentro do mesmo sistema jurídico enquanto a mimetização não passar de um aproveitamento tópico, sem qualquer justificativa e nem muito menos com compromisso com a estrutura na qual determinada norma estrangeira passará a incidir).

Por isso mesmo é que a preocupação é (ou deveria ser) com o que vem depois dos transplantes jurídicos. Mais de uma vez se afirmou no texto: o problema não é, em si mesmo, a ideia de transplante jurídico (a crítica que pode ser feita a isso é a de neocolonialismo, emulação por espírito de subserviência cultural, dependência econômica etc.), e sim, de “qual” transplante se trata, de “qual extensão” de determinado sistema se propõe alterar.

Miscelânea de ideias pode ser algo intuitivamente positivo na busca de melhores soluções para possível conformação legislativa. Mas

não é de miscelânea que se cuida, e sim de pólos que podem ser, nos exemplos discutidos na parte final deste texto, mutuamente repelentes.

Por tudo isso, repete-se o que se disse na introdução: não se quer avançar com a propositura de soluções ou de forma arrogante propor “o melhor” transplante ou coisa parecida.

O caminho que se trilha em termos de utilização de direito processual penal comparado no Brasil é errático, de ininteligível motivação, e deve ser repensado. Não se discute se, por determinada opção político-criminal, um sistema processual e suas características deva ser visto como melhor ou pior do que outro.

No Brasil a importação acrítica de pedaços de sistemas jurídicos – seja pelo não compromisso sistemático, seja pela falta de justificativa inclusive da escolha do modelo a se seguir sem se questionar sequer sua funcionalidade na origem – destrói a racionalidade do nosso próprio sistema processual penal.

Desconfigura-se o que existe – o que por si só impede de formular crítica responsável para a própria reformulação – e não há fidelidade ao modelo inicial que é aqui transplantado. Não se constrói sistema algum.

## **BIBLIOGRAFIA**

ANITUA, Gabriel Inácio. La Importación de Mecanismos Consensuales del Proceso Estadounidense, en las Reformas Procesales latinoamericanas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n. 1. p. 43-65, 2015. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.3>

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo penal norte-americano e sua influência. *Revista Brasileira de Direito Comparado. Instituto de Direito Comparado luso-brasileiro*, Rio de Janeiro, n. 19, p. 227-245, 2001.

CAIRNS, John W. Watson, Walton, and the History of Legal Transplants. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, v. 41, n. 3, p. 637-696, 2014.

CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. *Constituição Federal Brasileira (1891): comentada*. Brasília: Senado Federal, 2002.

DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and State authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven & London: Yale University Press, 1986.

DAMAŠKA, Mirjan. The uncertain fate of evidentiary transplants: Anglo-American and Continental Experiments. *The American Journal of Comparative Law*, v. 45, n. 4, p. 839-852, 1997. <https://doi.org/10.2307/841021>

DAMAŠKA, Mirjan. *Evidence Law Adrift*. New Haven & London: Yale University Press, 1997.

DAMAŠKA, Mirjan. Models of Criminal Procedure, *51 Zbornik PFZ* 477, p. 477-516, 2001.

ESQUIROL, Jorge L. The Failed Law of Latin America. *The American Journal of Comparative Law*, v. 56, n. 1, p. 75-124, 2008. <https://doi.org/10.5131/ajcl.2007.0003>

ESQUIROL, Jorge L. *Las ficciones del derecho latinoamericano*. Bogotá: Siglo del hombre editores, 2014.

ESQUIROL, Jorge L. El nuevo latinoamericanismo jurídico. In: BONILLA MALDONADO, Daniel (org.). *Geopolítica del conocimiento jurídico*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2015.

FOJANTI, Lena. *Legal Transfers as Processes of Cultural Translation: On the Consequences of a Metaphor*. Max Planck Institute for European Legal History. Research Paper Series n. 2015-09, p. 1-18, 2015.

HOBSBAWN, Eric. *Viva la Revolución. A era das utopias na américa latina*. Trad. Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

GLENN, Patrick H. On the use of biological Metaphors in Law: the case of Legal Transplants. *The Journal of Comparative Law*, p. 358-364, 2006.

GRANDE, Elisabetta. Legal Transplants and the inoculation effect. How American criminal procedure has affected continental Europe. *The American Journal of Comparative Law*, v. 64, p. 583-618, 2016. <https://doi.org/10.1093/ajcl/avw004>

GRAZIADEI, Michele. Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions. In: REINMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199296064.013.0014>

KAHN-FREUND, Otto. On uses and misuses of comparative law. *The Modern Law Review*, v. 37, n. 1, p. 1-27, jan. 1974. <http://dx.doi.org/10.1111/j.1468-2230.1974.tb02366.x>

LANDSMAN, Stephan. Brief survey of the development of the adversary system. *Ohio State Law Journal*, n. 44, p. 713-739, 1983.

LANGBEIN, John H. *The origins of adversary criminal trial*. New York: Oxford University Press, 2003. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199287239.001.0001>

LANGER, Maximo. La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado. In: MAIER, Julio B. J.; BOVINO, Alberto (comps.). *El Procedimiento Abreviado*. Editores del Puerto: Buenos Aires, 2001.

LANGER, Maximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. *Harvard International Law Journal*, v. 45, n. 1, p. 1-64, 2004.

LANGER, Maximo. Revolution in Latin American Criminal Procedure: Diffusion of Legal Ideas from the Periphery. *The American Journal of Comparative Law*, v. 55, n. 4, p. 617-676, 2007. <https://doi.org/10.1093/ajcl/55.4.617>

LANGER, Maximo. In the beginning was Fortescue: on the Intellectual Origins of the Adversarial and Inquisitorial Systems and Common and Civil Law in Comparative Criminal Procedure. In: ACKERMAN, Bruce; AMBOS, Kai; SIKIRIĆ, Hrvoje (eds.). *Visions of Justice*. Liber Amicorum Mirjam Damaška. Berlim: Cunker & Humblot, 2016.

LEGRAND, Pierre. The Impossibility of legal transplants. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, v. 4, n. 2, p. 111-124, jun. 1997. <https://doi.org/10.1177/1023263X9700400202>.

MALAN, Diogo Rudge. Investigação defensiva no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, a. 20, v. 96, 2012.

MALAN, Diogo Rudge. Ideologia Política de Francisco Campos: influência na legislação processual penal brasileira (1937-1941). In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Orgs.). *Autoritarismo e processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MALDONADO, Daniel Bonilla. Introducción. Teoría del Derecho y Transplantes Jurídicos: la estructura del debate. In: MALDONADO, Daniel Bonilla (Ed.). *Teoría del Derecho y transplantes jurídicos*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2009.

MALDONADO, Daniel Bonilla. *Constitutionalism of the Global South*. The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

MATTEI, Ugo. A theory of imperial law: a study on U.S. hegemony and the Latin resistance. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 10, n. 1, p. 382-448, 2003.

NELKEN, David. The Meaning of Success in Transnational Legal Transfers. 19 *Windsor Yearbook of Access to Justice*, p. 349-66, 2001.

NELKEN, David. Comparatists and transferability. In: LEGRAND, Pierre; MUNDAY, Rodrick (Eds.). *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

PRADO, Geraldo. *Elementos para uma análise crítica da transação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003.

SCHÜNEMAN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal Norte-Americano. In: SCHÜNEMAN, Bernd; GRECO, Luís (coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

STUNTZ, William J. *The collapse of American criminal justice*. Cambridge, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

TARUFFO, Michelle. *El proceso civil adversarial en la experiencia americana: el modelo americano del proceso de conotación dispositiva*. Trad. Beatriz Quintero. Bogotá: Temis, 2008.

TEUBNER, Gunther. Legal Irritants: good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergences. *The Modern Law Review*, vol. 61, n. 1, p. 11-32, jan. 1998. <https://doi.org/10.1111/1468-2230.00125>

VASCONCELLOS, Vinicius G. Barganha no processo penal e o autoritarismo “consensual” nos sistemas processuais: a justiça negocial entre a patologização do acusatório e o contragolpe inquisitivo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 953, p. 261-279, mar. 2015.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial*. Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

VIEIRA, Renato Stanziola. Traços adversariais no Projeto de Código de Processo Penal. Uma proposta par o estudo da paridade de armas. In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (Coords.). *70 Anos do Código de Processo Penal Brasileiro*. Balanço e perspectivas de Reforma. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

VIEIRA, Renato Stanziola. Investigação defensiva: diagnóstico e possibilidades no processo penal brasileiro. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; VASCONCELLOS, Eneas Romero de (Coords.). *Polícia e investigação no Brasil*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

VOGLER, Richard. Adversarialidad y el dominio angloamericano del proceso penal. In: AMBOS, Kai; LYNETT, Eduardo Montealegre (Comp.). *Constitución y sistema acusatorio: un estudio de derecho comparado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

VOGLER, Richard. *El sistema acusatorio en los procesos penales en Inglaterra y en Europa continental*. In: WINTER, Lorena Bachmaier (Coord.). *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid; Barcelona; Buenos Aires: Marcial Pons, 2008.

WATSON, Alan. *Legal transplants. An Approach to Comparative Law*. 2. ed. London: University of Georgia Press, 1993.

WEIGAND, Wolfgang. Americanization of Law: Reception or Convergence? In: FRIEDMAN, Lawrence M.; SCHEIBER, Harry N. (eds.) *Legal Culture and the Legal Profession*, Boulder: Westview Press, 1996.

ZILLI, Marcos. No acordo de colaboração entre gregos e troianos o cavalo é o prêmio. *Boletim do IBCCRIM*, n. 300, p. 3-5, nov. 2017.

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

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

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

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

### Dados do processo editorial

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

- Recebido em: 26/12/2017
- Controle preliminar e verificação de plágio: 26/12/2017
- Comunicação ao autor do deslocamento ao V4N2: 26/12/2017
- Avaliação 1: 26/02/2018
- Avaliação 2: 04/03/2018
- Avaliação 3: 14/03/2018
- Decisão editorial preliminar: 14/03/2018
- Retorno rodada de correções 1: 22/03/2018
- Decisão editorial preliminar 2: 31/03/2018
- Retorno rodada de correções 2: 04/04/2018
- Decisão editorial final: 07/04/2018

### Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Revisores: 3

### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

VIEIRA, Renato Stanziola. O que vem depois dos “legal transplants”? Uma análise do processo penal brasileiro atual à luz de direito comparado. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 2, p. 767-806, mai./set. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i2.133>



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

**Teoria da Prova Penal**

***Criminal Evidence Theory***



# Investigação criminal genética – banco de perfis genéticos, fornecimento compulsório de amostra biológica e prazo de armazenamento de dados

*DNA criminal investigation – DNA database, mandatory DNA collection and time limit for data retention*

## **Antonio Henrique Graciano Suxberger<sup>1</sup>**

Centro Universitário de Brasília – Brasília/DF

antonio.suxberger@uniceub.br

 <http://lattes.cnpq.br/9136957784681802>

 <http://orcid.org/0000-0003-1644-7301>

## **Valtan Timbó Martins Mendes Furtado<sup>2</sup>**

Centro Universitário de Brasília – Brasília/DF

valtanfurtado@hotmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/9867878238887034>

 <https://orcid.org/0000-0001-5165-5830>

---

**RESUMO:** O artigo aborda o uso de informações genéticas no direito processual penal brasileiro e seu regime legal a partir das inovações introduzidas pela Lei 12.654/2012, que inaugurou no Brasil a possibilidade de que investigados e sentenciados sejam compelidos a fornecer material biológico próprio para a alimentação de um banco de perfis genéticos cujos dados poderão ser confrontados no interesse de investigações criminais. Por meio de revisão da literatura

---

<sup>1</sup> Pós-Doutor em Direito e Democracia pelo IGC da Universidade de Coimbra, Doutor em Direito pela Universidade Pablo de Olavide (Sevilha, Espanha), Mestre em Direito pela Universidade de Brasília. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Professor da Fundação Escola Superior do MPDFT. Promotor de Justiça no Distrito Federal.

<sup>2</sup> Doutorando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Mestre em Direito pela Universidade Metropolitana de Santos. Procurador da República no Distrito Federal.

nacional e estrangeira sobre o tema, alguns assuntos fundamentais são abordados, como conceitos técnicos sobre bancos de perfis genéticos, o embate entre os direitos fundamentais atinentes à questão (especialmente intimidade e segurança pública) e modelos, estrangeiros e nacional, de banco de perfis genéticos. O artigo busca problematizar se a lei brasileira ofende a garantia constitucional da não autoincriminação. Além disso, propõe interpretação da lei especificamente dirigida à limitação temporal da manutenção dos perfis genéticos de indivíduos no banco de dados. O artigo problematiza o potencial da legislação brasileira sobre essa matéria para, sem ofensa a direitos fundamentais e uma vez implantados e adequadamente alimentados e gerenciados os bancos de dados, contribuir para aprimorar a efetividade da investigação criminal e da produção probatória no Brasil.

**PALAVRAS-CHAVE:** Banco de dados de perfis genéticos; Investigação criminal; Direitos fundamentais; Não autoincriminação.

**ABSTRACT:** *This paper examines the legal framing of DNA database and DNA investigations in Brazil. According to Law n. 12.654/2012, DNA may be extracted from both convicted criminals and people under investigation to create a profile to be placed in a national database in the hopes that it will enhance criminal investigations. From literature review and legislation analysis, this study provides basic information on DNA profiling and database, identifies conflicts between certain fundamental rights (specially privacy and public safety) and shows how DNA database for forensic purposes are framed in Brazil and abroad. The most important part of the paper (a) reaches the conclusion that Brazilian law respects the constitutional right to non self-incrimination and (b) proposes and interpretation of the law regarding the time limit for data retention. This essay aims to contribute to the necessary debate previous to Brazilian Supreme Court's decision on the constitutionality of Law n. 12.654/2012 and its limits. The paper reaches the conclusion that Brazilian law is potentially an efficient tool to improve the effectiveness of criminal investigation and evidence in Brazil.*

**KEYWORDS:** DNA database; Criminal investigation; Fundamental rights; Non self-incrimination.

---

## INTRODUÇÃO

Em Estados onde os bancos de dados de perfis genéticos já foram implementados em larga escala, como o Reino Unido e os Estados Unidos, os resultados no enfrentamento da criminalidade se fazem perceber. Dados de 2005 dão conta de que em um mês típico eram encontradas convergências ligando suspeitos a 30 homicídios, 45 estupros e 3.200 crimes envolvendo veículos, propriedades e drogas no Reino Unido, em virtude do uso da *UK National Criminal Intelligence DNA Database*, ou NDNAD, a base de dados de perfis genéticos daquele Estado (KADER; LING; LI, 2011, p. 49).

A segurança pública encontra-se em grave crise no Brasil. Para além da temática das falhas estruturais do sistema prisional, impressiona que o Estado brasileiro tenha apresentado, no ano de 2015, aproximadamente 60.000 homicídios (ATLAS DA VIOLÊNCIA, 2017). No entanto, os homicídios representam pouco mais de 11% do total de pessoas presas no Brasil (BRASIL, 2017, p. 43). É dizer: um dos crimes mais graves de nossa legislação, com números alarmantes, não tem recebido a devida abordagem do sistema de justiça criminal. E essa percepção em grande parte deriva da crise do modelo de investigação ainda presente no país.

A implementação efetiva do banco nacional de perfis genéticos, isoladamente, não será suficiente para aplacar essa crise, mas pode constituir um fator coadjuvante no aprimoramento da investigação de crimes graves, por meio da utilização de solução tecnológica compatível com o arcabouço jurídico que orienta a persecução penal como um todo.

A corrente contrária ao uso mais amplo dessa ferramenta tecnológica no enfrentamento do crime (que implica a obrigatoriedade de o investigado ou sentenciado tolerar a retirada de seu material biológico – cooperação passiva do imputado) levanta preocupações legítimas sobre os riscos de mau uso dos dados armazenados, que poderiam redundar em violações da intimidade, em especial a intimidade genética, e na estigmatização ainda maior da população carcerária e dos investigados mais pobres.

Adotadas as devidas cautelas no gerenciamento do Banco Nacional de Perfis Genéticos, da Rede Integrada de Perfis Genéticos e dos bancos da União, dos Estados e do Distrito Federal, assim como tomados os devidos cuidados técnicos na coleta, preservação e cadeia

de custódia das amostras, serão minimizados os riscos de mau uso e erro, ganhando os órgãos de persecução criminal um instrumento poderoso para elucidação dos fatos submetidos à investigação criminal, não somente para se obterem condenações, mas também para se evitarem condenações injustas. Denise Hammerschmidt sugere, para minimização dos riscos de mau uso e erro, a criação de uma agência reguladora dos laboratórios e congêneres destinados à identificação genética, bem como a criação de um tipo penal coibidor das distorções na utilização de dados genéticos (2012, p. 159)

A resposta à questão fundamental que procura divisar se a utilização do perfil genético como instrumento de identificação acarreta uma intervenção na intimidade genética passa por diferenciar os tipos de DNA que possam estar envolvidos, uma vez que apenas o DNA codificante compreende informações hereditárias do indivíduo (HAMMERSCHMIDT, 2017, p. 376).

Quanto à compatibilidade da coleta corporal compulsória de DNA com a garantia da não autoincriminação, é certo que bons argumentos existem em ambos os sentidos, mas é necessário enriquecer essa reflexão levando-se em conta a experiência estrangeira, a palavra das cortes internacionais de direitos humanos, a tendência de *funcionalização* do Direito Internacional e os reclamos de efetividade do processo penal.

O prazo de manutenção das informações e amostras genéticas de investigados e sentenciados no banco de dados também precisa ser definido, pois não se mostra proporcional ou legítimo sob o prisma da dignidade humana a permanência de registro *ad eternum*, pendendo sobre a cabeça do indivíduo a possibilidade de um falso positivo ou de um uso equivocado de seus dados como uma espada de Dâmocles, nem atenderia aos objetivos do banco de dados a exclusão precoce das informações nele constantes.

Ao Supremo Tribunal Federal (STF) cumprirá decidir sobre a constitucionalidade da lei instituidora do banco de perfis genéticos (Lei 12.654/2012) no recurso extraordinário (RE) 973.837/MG, questão na qual o Plenário do Pretório Excelso divisou a existência de repercussão geral. Certamente, aquela corte levará em consideração pontos de vista diversos, de caráter multidisciplinar, tendo para tanto realizado audiência pública em maio de 2017.

Este trabalho visa a contribuir com o debate, apresentando uma compilação de informações, opiniões e ideias de diversas fontes, sem sonegar o nosso entendimento sobre o que seja mais adequado para que o processo penal, neste particular aspecto, cumpra sua função com eficiência e respeito aos direitos fundamentais.

A preocupação que orienta o recorte temático do artigo dirige-se à exteriorização da ação estatal atinente aos bancos de dados de perfil genético. É dizer, para além da relevante discussão que se situa no plano dogmático, que ora critica ora enaltece o uso dessa ferramenta tecnológica como instrumento de investigação criminal, o artigo ocupa-se do arranjo institucional atinente a esses bancos. Assim, do ponto de vista teórico, conquanto situado no campo próprio do Direito Processual Penal, a vertente de investigação amolda-se ao que Diogo Coutinho chama de perspectiva funcional, isto é, dirigida a estudar e questionar as funções desempenhadas pelo direito nas políticas públicas e, se possível, aperfeiçoá-las desde uma perspectiva jurídica (2013, p. 182). Por isso, em vez de revisitar a discussão estritamente jurídica que confronta a intimidade genética com o uso de ferramentas tecnológicas mais sofisticadas para a efetividade da persecução penal, o artigo dirige-se à conformação da prática desses bancos de dados de perfil genético. Nessa perspectiva, se fará incursão na experiência estrangeira, em cotejo com o modo pelo qual se tem institucionalizado os bancos de dados de perfil genético no Brasil.

## **1. O QUE É E PARA QUE SERVE UM BANCO DE PERFIS GENÉTICOS**

Um banco de perfis genéticos constitui um repositório de impressões digitais do DNA (*DNA fingerprints*) ou “fotografias genéticas” de indivíduos e serve para identificá-los ou individualizá-los. Possui enorme valor forense, pois, a partir das sequências de DNA armazenadas, é possível afirmar com probabilidade extremamente alta que uma amostra biológica (sangue, raiz capilar, sêmen, osso, dente, saliva, suor, pele, urina etc.) se originou de determinada pessoa (KADER; LING; LI, 2011, p. 36-38).

A descoberta do uso do DNA para análise forense se deve ao Dr. Alec Jeffreys, da Universidade de Leicester, no Reino Unido, que usou pela primeira vez o termo *DNA fingerprinting* (coleta de impressão

digital do DNA) em uma pesquisa realizada em 1984. Referido método científico – também conhecido como *DNA profiling* (coleta de perfis de DNA) – consiste em isolar o material genético de alguém e transformar esse material em imagens discerníveis (KADER; LING; LI, 2011, p. 35-37).

Taysa Schiocchet informa que o perfil genético constitui-se de uma parte das informações contidas na amostra de DNA, extraídas de regiões denominadas não codificantes do DNA, o que implica, em princípio, que o perfil genético não revela características físicas ou de saúde do indivíduo, sendo sua única aplicação a individualização. Todavia, adverte que para muitos biólogos referida distinção entre a parte codificante e não codificante do DNA é falaciosa, pois esta segunda pode apresentar informações específicas sobre o sujeito analisado (2013, p. 521-522).

Emílio de Oliveira e Silva adota um conceito amplo de banco de dados genéticos, que engloba não só o “banco de dados de perfil genético” (em sentido estrito), ou seja, constituído apenas de informações codificadas virtualmente, mas também os bancos de dados que contêm material biológico, também chamados “biobancos”, de que são exemplos os bancos de sangue, sêmen, medula óssea, tecidos e órgãos (2014, p. 138). Um terceiro tipo de banco de dados é composto por arquivos de DNA, vale dizer, amostras de DNA, normalmente congeladas e com DNA já excluído do núcleo celular e pronto para análise em suas regiões codificantes e não codificantes (SCHIOCCHET, 2013, p. 524).

Schiochet entende, diversamente de Emílio Silva, que, tendo os biobancos finalidade terapêutica ou de pesquisa e os bancos de perfis genéticos finalidade de “(...) identificar, mais eficazmente, os autores de delitos, de modo a prevenir, inclusive, a reincidência”, não é adequado abarcar no conceito de biobanco também os bancos de perfis genéticos para fins de identificação criminal (SCHIOCCHET *et alli*, 2012, p. 33).

Emílio Silva, que sustenta ter a Lei 12.654/2012 tornado obrigatória a criação de um biobanco simultaneamente à do banco de perfis genéticos, como forma de assegurar ao imputado a realização de um novo exame, no exercício dos princípios do contraditório e da ampla argumentação (2014, p. 140), classifica os bancos de dados de DNA, segundo sua finalidade, em:

a) bancos de dados gerais: situação ora hipotética, embora haja iniciativas na Islândia e na Estônia, para finalidades médicas e com o

consentimento dos doadores, envolve o acesso às informações genéticas de toda a população, com finalidades genéricas, como “(...) obter informações genéticas populacionais, inclusive de grupos específicos de pessoas sujeitas ao padecimento de enfermidades hereditárias”;

b) bancos de dados profissionais: compostos por arquivos biológicos coletados de pessoas cuja área de atuação profissional represente riscos à saúde, mediante consentimento do trabalhador e para uso em caso de necessidade (exemplo: arquivo biológico das Forças Armadas dos Estados Unidos);

c) bancos de dados judiciais ou forenses: têm finalidades cíveis ou criminais, sendo as primeiras relativas “(...) à identificação de pessoas desaparecidas, por meio da comparação entre o DNA de pessoas não identificadas (normalmente restos cadavéricos) com os seus supostos familiares” e as criminais atinentes à “(...) investigação criminal, propiciando a identificação de pessoas por meio do cruzamento de informações genéticas recolhidas em locais de crimes e de amostras biológicas em pessoas investigadas ou condenadas.” (SILVA, 2014, p. 141-142).

Schiocchet (2013, p. 519), por sua vez, indica as seguintes áreas de utilização e finalidades das informações genéticas: (a) no âmbito da pesquisa; (b) no âmbito da medicina (fins diagnósticos); (c) na busca por desaparecidos (caso clássico argentino); (d) no âmbito da identificação civil, especialmente com o intuito de confirmar vínculos parentais; (e) no âmbito da política nacional de imigração; (f) no âmbito criminal, para fins de persecução penal.

Para os fins deste artigo, interessam especificamente os bancos de dados forenses com finalidade criminal, hipótese prevista na lei brasileira.

Devido ao avanço da tecnologia de coleta de perfis de DNA, algumas poucas células são suficientes para se criar um perfil genético, as quais podem derivar da saliva (que pode conter células bucais), do suor (que pode conter células da pele) ou do sêmen colhidos, por exemplo, de um envelope, uma garrafa, um chapéu, um par de óculos ou um lençol (KADER; LING; LI, 2011, p. 38).

A validação científica da prova, todavia, depende do respeito a procedimentos aptos à correta colheita e preservação da amostra:

Não raras vezes, as amostras são encontradas em superfícies não estéreis, podendo sofrer danos após o contato com a luz solar, micro-organismos e solventes. Isso pode levar a equívocos na interpretação.

[...]

Também não se pode desconsiderar a possibilidade de manipulação desta prova, não apenas no sentido mais simples, de falhas na cadeia de custódia da prova, laudos falsos, enxerto de provas etc., mas também a possibilidade de fraudar o próprio DNA (LOPES JR., 2016, p. 456).

A prova genética no processo penal é geralmente decisiva, embora se reconheça que ela deve ser sempre cotejada com outras provas e analisada criticamente. O DNA coletado na cena do crime pode refutar alegação do investigado de que não se encontrava no local, mas não se pode descartar a hipótese de ele ter estado ali em momento diverso daquele em que cometida a infração, ou mesmo a de estar contaminada a amostra. No estupro, a amostra biológica obtida a partir da coleta de fluido vaginal provavelmente será suficiente para a condenação, ficando pendente considerar se a conjunção carnal foi consensual ou não (KADER; LING; LI, 2011, p. 47).

Aury Lopes Jr. adverte que “a prova técnica, por mais sedutor que possa parecer o discurso da ‘verdade científica’, não é prova plena nem tem maior prestígio que as demais. Deve ser analisada no contexto probatório e pode ser perfeitamente refutada no ato decisório.” (2016, p. 458). Na mesma linha, Thiago Ruiz defende que, para que ocorra a condenação, a prova genética deve vir acompanhada de outros elementos, harmônicos em relação à prova pericial, que indiquem a culpabilidade do réu (2016, p. 85).

A prova genética pode ser fundamental também para a absolvição, evitando-se a condenação do inocente. Segundo dados divulgados pelo consagrado *Innocence Project*, 356 pessoas tiveram suas sentenças condenatórias revertidas a partir de provas de DNA nos Estados Unidos, 20 das quais aguardavam execução no “corredor da morte” (INNOCENCE PROJECT, sem data).

## 2. DIREITOS INDIVIDUAIS E OS DESAFIOS DA SEGURANÇA PÚBLICA

Com o avanço em escala global da criminalidade organizada e do terrorismo, o respeito aos direitos individuais na persecução criminal é desafiado constantemente pelo discurso da necessidade de se garantir a segurança da população.

No Brasil, a intensificação da violência observada nos últimos anos promete novos capítulos nesse embate. O país registrou 59.080 homicídios em 2015 (28,9 por 100 mil habitantes), segundo o Atlas da Violência 2017, publicado pelo Ipea e pelo FBSP (CERQUEIRA *et. alli*, 2017, p. 7). Das 50 cidades mais violentas do mundo, 19 se encontram no Brasil (ZOGBI, 2017). Entre 2011 e 2015, somando-se homicídios dolosos, latrocínios, lesões corporais seguidas de morte e mortes decorrentes de intervenção policial, houve 278.839 mortes violentas no país, contra 256.124 mortes violentas na Síria, país em guerra civil no mesmo período (BOCCHINI, 2016).

Diante desse quadro, o uso de informações e bancos de dados genéticos pode ser um importante agente de mudança no panorama de impunidade em se tratando de crimes violentos no Brasil, onde o percentual de elucidação de homicídios varia entre 5% e 8%, contra 90% dos Estados Unidos e do Reino Unido e 80% da França (CNMP, 2012, p. 22).

A eficácia do sistema de banco de perfis genéticos no Brasil dependerá, basicamente, da sua alimentação com o maior número de perfis de DNA possível (respeitando-se os protocolos de segurança e sigilo) e do seu uso adequado pelos agentes públicos, tudo dependendo do aval do Supremo Tribunal Federal, que julgará a constitucionalidade da lei instituidora do banco de perfis genéticos (Lei 12.654/2012) no RE 973.837/MG, em que já foi reconhecida a existência de repercussão geral.

Preocupações legítimas surgem no campo da intimidade, já que o DNA pode revelar, mais do que a simples identidade de alguém, inúmeras características físicas, propensão para doenças e comportamentos. Schiocchet observa, a propósito, que a parte não codificante do DNA, tida por parte dos estudiosos como insuscetível de revelar características físicas do indivíduo, pode no futuro próximo aportar outros tipos de informação, como a cor dos olhos, dado o avanço das pesquisas científicas (2013, p. 522).

O risco de discriminação a partir dos dados coletados, outrossim, não é desprezível. Ifeoma Ajunwa avalia, por exemplo, que o *Genetic Information Non-Discrimination Act – GINA* –, de 2009, lei norte-americana contra a discriminação genética, não tem sido eficaz em prevenir a discriminação pelos empregadores, que dispõem de acesso fácil a testes genéticos e, portanto, a uma série de informações aptas a gerar insidiosamente uma subclasse à qual é negada participação na economia liberal (2016, p. 113-114).

Se, por um lado, o uso da prova genética pode colocar em xeque direitos individuais – sobretudo os direitos à intimidade, à liberdade e à integridade física e a não produzir prova contra si mesmo –, por outro não se pode esquecer que a segurança pública também é um direito fundamental, de titularidade da sociedade, indispensável para a legitimação e o funcionamento do próprio Estado.

Tal direito fundamental exsurge da referência ao direito à segurança no *caput* dos arts. 5º e 6º e no preâmbulo do texto constitucional e já foi reconhecido pelo STF, por exemplo, no Agravo Regimental (AgR) no RE 639.337/SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello. “A natureza de direito fundamental da segurança pública”, leciona Thiago André Pierobom de Ávila, “é reforçada pelo reconhecimento de que se trata de um pré-requisito essencial para o exercício dos demais direitos fundamentais assegurados constitucionalmente” (2014, p. 162). Assim, direitos básicos como a vida, a liberdade, a incolumidade física e a propriedade não podem ser exercidos se for constante a ameaça gerada pela falta de segurança pública.

O embate entre os direitos fundamentais em questão (do indivíduo investigado e da sociedade) há de ser resolvido utilizando-se a máxima da proporcionalidade, tanto na análise da própria constitucionalidade em abstrato da lei quanto nos casos concretos em que o Estado-juiz for chamado a decidir sobre a coleta, o armazenamento e o uso de dados genéticos de pessoas investigadas ou condenadas criminalmente.

Necessário, porém, considerar nessa ponderação de interesses que o banco de dados jamais cumprirá sua função social se sua alimentação depender da voluntariedade da entrega de material genético por parte dos imputados ou de buscas e apreensões para a coleta de amostras biológicas dos investigados em locais que tenham frequentado ou

de objetos que tenham usado, pois a complexidade desse procedimento reduziria significativamente o número de perfis genéticos disponíveis para confronto, comprometendo a eficácia do sistema.

### **3. MODELOS ESTRANGEIROS DE BANCOS DE DADOS GENÉTICOS PARA FINS PENAIS**

O Reino Unido possui um sistema, criado em 1995, pelo qual se coletam cerca de 30 mil amostras de DNA todos os meses de locais ou suspeitos de crimes. No final de 2011, a base de dados, denominada *UK National Criminal Intelligence DNA Database*, ou NDNAD, já continha cerca de 5 milhões de perfis genéticos (SCHIOCCHET, 2012, p. 37).

Dados de 2005 dão conta de que em um mês típico eram encontradas convergências ligando suspeitos a 30 homicídios, 45 estupros e 3.200 crimes envolvendo veículos, propriedades e drogas. “Quando a informação de uma nova cena de crime era adicionada à base de dados, havia 40% de chance de uma imediata coincidência entre a amostra na cena do crime e a de um indivíduo determinado.” (KADER; LING; LI, 2011, p. 49).

Após sua condenação no caso *S. and Marper v. the United Kingdom*, julgado em 2008 pela Corte Europeia de Direitos Humanos, o Reino Unido readequou algumas regras sobre a retenção de perfis genéticos, por meio do *Protection of Freedoms Act*, de 2012 (cf. o item 7, abaixo).

Mesmo assim, o NDNAD segue sendo alvo de críticas, pois é alimentado a partir da coleta de amostras biológicas, pela polícia, de qualquer pessoa detida por delito incluído em um rol bastante amplo. Cristiane Chaves Lemos aduz que

As amostras são colhidas pela própria polícia, independente da sua relevância para a investigação policial, e ficam armazenadas no sistema da própria polícia, a nível nacional e integram o registro criminal daquelas pessoas *ad eternum*. A seletividade é evidente já que três em cada quatro jovens negros possuem registro nos bancos de dados e, junto a outras minorias étnicas, perfazem a quase totalidade dos perfis armazenados nos bancos de dados genéticos. (2014, p. 23-24).

Nos Estados Unidos, a base de dados nacional, autorizada pelo *DNA Identification Act* de 1994, chama-se *NDIS - National DNA Index System*. Seu acesso e pesquisa ocorrem por meio do *Combined DNA Index System (CODIS)*, *software* que conecta as bases de dados de todos os 50 estados a uma rede de computadores nacional. O CODIS é um *software* que procura automaticamente nos arquivos do *NDIS* perfis coincidentes de DNA. Assim como ocorre com o *AFIS (Automated Fingerprint Identification System)*, base de dados de impressões digitais, o CODIS compara os perfis de DNA encontrados na cena do crime com aqueles que constam do sistema, de indivíduos condenados por certos tipos de crime, como estupro, homicídio e abuso infantil, ou de outras cenas de crime (KADER; LING; LI, 2011, p. 49-50).

A mais significativa restrição à obtenção das amostras de suspeitos está na Quarta Emenda, que impõe de maneira geral que buscas e apreensões sejam justificadas por uma causa provável e autorizadas por um mandado judicial. A polícia geralmente obtém as amostras de DNA com o consentimento do suspeito ou mediante uma ordem judicial. A propósito, ainda no início da década de 2000, Crouse e Kaye (2001) noticiam que duas Cortes Estaduais norte-americanas (Vermont Supreme Court, no caso “*In re Non-Testimonial Identification Order Directed to R.H., 2000*”, e a Maryland Court of Special Appeals, no caso “*Wilson v. Maryland, 2000*”) refutaram ataques, amparados na Quarta Emenda, à prática de compelir, por ordem judicial, uma pessoa suspeita de um crime a se submeter a teste de DNA. Nesses casos, foi sublinhado que, se a amostra foi adquirida de maneira regular, a partir do estabelecimento pelo Estado de ao menos uma suspeita razoável, restaria afastado o pleito de exclusão do dado colhido e ainda se permitiria o cotejo com outras investigações em andamento. Ademais, em geral, os casos noticiados destacam que, adquirida legitimamente pelo Estado uma informação para um uso, ela pode ser utilizada para outros propósitos sem que isso constitua uma adicional invasão de privacidade (CROUSE; KAYE, 2001, p. 12-13).

A Suprema Corte norte-americana, vale dizer, possui visão bastante ampliativa sobre as hipóteses de coleta e retenção da identificação por meio de perfil genético. No caso *Maryland v. King* (2013), discutiu-se a constitucionalidade de uma lei estadual que autorizava a coleta do dado para identificação do perfil genético do investigado. Havendo

coincidência desse dado colhido com qualquer investigação frustrada por não elucidação da autoria (o chamado *cold case*, isto é, uma “caso frio” no qual a investigação resta inconclusa pela falta de elucidação do fato criminoso, especialmente pela não identificação da autoria), obtém-se seguidamente uma ordem judicial para uma segunda coleta de material genético do investigado, que então servirá de prova especificamente nesse caso então em aberto.

A orientação norte-americana, convém destacar, encontra ponto de divergência a respeito do decidido pela Corte Europeia de Direitos Humanos no precedente *Saunders vs. Reino Unido* (1996). No caso em que o Reino Unido foi levado à Corte Europeia, esta decidiu que a garantia do *nemo tenetur* não poderia ser invocado em face de materiais de titularidade do investigado que tenham sido obtidos compulsoriamente por meio de mandados, exames de sangue, urina, ar alveolar e tecidos corporais (inclusive para eventual exame de DNA).

Esse nível de discussão, que permitiria a reabertura de investigações já arquivadas (para o que se exige, nos termos do art. 18 do Código de Processo Penal, notícia de nova prova), ainda não foi alcançado no Brasil. Os vestígios materiais de investigação arquivada, em regra, não passam por identificação genética de modo automático. Por isso, a inexistência de base para cotejo. No entanto, trata-se de tema que, se superada a discussão sobre a constitucionalidade do banco de dados de perfil genético em si e caso avance e se popularize o uso dos bancos de dados genéticos, certamente alcançará esse nível de debate num futuro próximo.

Em Portugal, os bancos de dados de informação genética pessoal e médica surgiram em 2005 e, em 2008, foi criado um banco de perfis de DNA para fins de identificação cível e criminal. Pela Lei 5/2008, é proibido utilizar informação obtida a partir da análise das amostras para finalidades diversas de identificação civil e investigação criminal. A inclusão dos perfis de DNA na base de dados é voluntária ou decorrente de ordem judicial, no caso de condenação superior a três anos de reclusão (SCHIOCCHE, 2012, p. 39).

Na Espanha, a Lei Orgânica 10/2007 regula o uso do DNA para fins criminais, indicando no preâmbulo e no artigo 4º que, para evitar qualquer vulneração do direito à intimidade, somente poderão ser inscritos perfis de DNA reveladores da identidade e do sexo, excluindo-se os de

natureza codificante. O artigo 3º, por sua vez, informa que as amostras biológicas de suspeitos, detidos ou réus somente serão colhidas quando se tratar de delitos graves, que afetem a vida, a liberdade, a incolumidade ou a liberdade sexual, a integridade das pessoas, assim como nos casos de criminalidade organizada. Finalmente, de acordo com a disposição adicional terceira, a coleta de mostras que requeiram inspeções, reconhecimento ou intervenções corporais, sem intervenção do afetado, demandará autorização judicial motivada.

#### **4. O MODELO BRASILEIRO**

A Lei 12.654, de 28 de maio de 2012, instituiu entre nós a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e o fez alterando a Lei 12.037/2009, que dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, e a Lei 7.210/1984 – Lei de Execução Penal (LEP).

A primeira – a Lei da Identificação Criminal – foi acrescida dos seguintes dispositivos:

- a) a identificação criminal, desde que seja essencial às investigações policiais, poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético, por decisão judicial;
- b) os dados genéticos serão armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal;
- c) as informações genéticas não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero;
- d) os dados constantes dos bancos de dados terão caráter sigiloso;
- e) a exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito;
- f) a identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.

Já a LEP recebeu um novo artigo (9º-A), pelo qual:

- a) os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos na Lei dos Crimes Hediondos, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA, por técnica adequada e indolor;
- b) a autoridade policial poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético.

Percebe-se que duas situações distintas decorrem da Lei 12.654/2012: (a) a coleta de material genético, na fase de investigação criminal, como meio de identificação do investigado, ou seja, para se ter certeza sobre os reais dados qualificativos do provável autor de um crime, ou como meio de investigação, para se descobrir quem é a pessoa que cometeu infração; (b) a coleta de material genético de pessoas condenadas por crimes graves, para que figurem em banco de dados a ser utilizado eventualmente em persecuções criminais indeterminadas, de crimes que já foram<sup>3</sup> ou que vierem a ser cometidos.

Na primeira situação (item a), será necessário, para a identificação criminal, ocorrer a hipótese prevista no art. 3º, IV, da Lei 12.037/2009, que consiste na *essencialidade da identificação criminal para a investigação*, “segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa”. Não há dúvida de que, em tal hipótese, está-se diante de um meio de investigação no interesse de persecução criminal em curso.

Na segunda hipótese (item b), o sentenciado deve fornecer, como consequência da sentença penal condenatória (a lei não esclarece se transitada em julgado ou não – cf. o item 5, abaixo), amostra biológica de maneira compulsória, a qual originará um perfil genético que, uma vez confrontado com outros já armazenados, inclusive extraídos de cenas

---

<sup>3</sup> Embora geralmente se diga que esses dados genéticos de condenados, constantes do banco de dados, serão confrontados com dados relacionados a amstras colhidas no interesse de investigações de crimes futuros, pode também acontecer de haver coincidência entre o perfil genético do condenado e o relativo a um caso passado, arquivado por falta de pistas da autoria (*cold case*).

de crimes não elucidados, pode torná-lo suspeito de outro crime que, do contrário, provavelmente jamais seria esclarecido. Também pode acontecer de o sentenciado cometer novo crime e deixar na vítima, em um objeto ou em um local material do qual possa ser extraído seu perfil genético, gerando assim prova importante de autoria.

Sobre a coleta do material genético decorrente de sentença penal condenatória, Vinicius Gomes de Vasconcellos enfatiza a distinção fundamental em face da coleta que ocorre durante a investigação criminal, pois esta se dirige a caso concreto e específico, e aquela almeja a utilização do banco de dados para exames comparativos em relação a fatos futuros, “de forma aberta e indeterminada” (2014, p. 345). Também como critério distintivo, Vasconcellos menciona que, para a coleta realizada em investigação, exige-se a decisão judicial autorizativa da identificação; já a coleta do condenado, que é obrigatória e prescinde de decisão judicial específica, só tem relação com eventual decisão judicial quando se pretende acesso ao banco de dados em que armazenada a identificação (loc. cit.).

A lei prevê que a técnica de extração, no caso dos sentenciados, será *adequada e indolor*, não se vislumbrando motivo para que os investigados deixem de gozar de idêntica garantia, já que não poderiam receber tratamento menos digno do que o dos já condenados. Discutir-se-á se a extração de sangue constitui método indolor, pois se trata de uma forma de cooperação passiva do investigado que, segundo parte da doutrina (cf. o item 5, abaixo), não viola o princípio *nemo tenetur se detegere*.

Por outro lado, a lei é lacônica ao tratar do prazo para a exclusão do perfil genético do banco de dados. Fala a Lei de Identificação Criminal, em seu art. 7<sup>a</sup>-A, no término do prazo prescricional estabelecido em lei (ou seja, o prazo prescricional em abstrato, regulado pela pena máxima). Contudo, se o inquérito for arquivado, o réu for absolvido ou for declarada extinta a punibilidade, restará motivo para a manutenção do perfil genético do imputado no banco de dados? A lei deixa ao intérprete a tarefa de responder a essa pergunta.

Sem dúvida, a Lei 12.654/2012 é alvo de críticas severas. Contudo, ainda que a lei deixe a desejar em termos técnicos, no essencial tem seus méritos e pode trazer benefícios à sociedade no enfrentamento da criminalidade por meio do aprimoramento do aparato investigatório. Como se verá a seguir, à luz dos parâmetros estabelecidos no plano internacional,

a opção da Lei brasileira é por uma conformação “minimalista” do tema (COSTA, *et al.*, 2016, sem paginação).

Cumpra analisar as principais críticas de cunho jurídico à lei, que dizem respeito à vulneração de direitos fundamentais individuais do investigado ou sentenciado: a possível violação do direito de não ser obrigado a produzir prova contra si mesmo (princípio *nemo tenetur se detegere*) e a indefinição do prazo de manutenção dos dados genéticos dos indivíduos à disposição do Poder Público, gerando desproporcional risco à intimidade do imputado.

## **5. A COLETA COMPULSÓRIA DE MATERIAL GENÉTICO E A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO**

A garantia da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere* – “nada a temer por se deter”) protege o indivíduo contra a imposição estatal de que produza prova contra si mesmo.

Envolve, além do direito de permanecer calado (art. 5º, LXIII, da CF), o direito de ser informado disso quando de seu interrogatório, o direito de não ser constrangido a confessar, a inexigibilidade de dizer a verdade, o direito de não praticar qualquer comportamento ativo que possa incriminá-lo e o direito de não produzir prova incriminadora invasiva sem consentimento (NOVELINO, 2016, p. 407-409).

Karl Heinz Gössel ressalta que a proibição de autoincriminação no processo penal – decorrente do direito da personalidade – “(...) exclui toda obrigação do imputado de ter uma ativa participação em seu próprio procedimento, de sorte que o imputado não pode ser obrigado à realização de testes, reconstituições de fato ou provas caligráficas” (2007, p. 314).

De acordo com Wagner Marteleto Filho, a não autoincriminação atua no plano da regra – insculpida na Constituição em seu art. 5º, LXIII – e no plano do princípio. O primeiro plano, o da regra – insuscetível de intervenções, sob pena de vulneração da garantia –, identifica-se com o direito ao silêncio, “(...) especialmente com a liberdade de (não) produção de manifestação de conteúdo testemunhal nos interrogatórios formais”, bem como com o direito de não realizar uma conduta ativa (exemplos: fornecimento de padrão gráfico para exame grafotécnico, participação

em reconstituição do crime, alteração da expressão facial e produção de sopro em etilômetro) que aporte informação ao processo em seu prejuízo (MARTELETO FILHO, 2012, p. 64-65)

No plano do princípio, “(...) retoma-se a ideia de um âmbito de proteção amplo, consistente no direito de não cooperar com a produção de provas incriminatórias, e passível de restrições, porquanto não há espaço para absolutização de princípios” (MARTELETO FILHO, 2012, p. 65). Neste plano, admite restrições, em virtude da colisão com outros princípios, no que se refere às chamadas *cooperação passiva* e *cooperação inconsciente*, desde que tais restrições sejam legitimadas pela aplicação correta do princípio da proporcionalidade, não violem a dignidade pessoal do acusado, não impliquem riscos à sua vida ou saúde e estejam justificadas no caso concreto (MARTELETO FILHO, 2012, p. 90).

Cristiane Chaves Lemos critica em diversos aspectos a Lei 12.654/2012, inclusive considerando uma violência estatal atentatória da dignidade humana a intervenção corporal compulsória para retirada da amostra biológica. Afirma que, ausente a voluntariedade, a extração da amostra nunca será realizada de forma “adequada e indolor”, como quer a lei, pois será necessário o uso da força (2014, p. 18-19).

Quanto à modificação na LEP procedida pela Lei 12.654/2012, sustenta que a finalidade da alteração legislativa não é a identificação criminal, mas elucidar a autoria em um delito, em persecução penal futura, em violação ao *nemo tenetur*. Conclui argumentando que

O fato de o Estado custodiar um banco de dados com provas passíveis de serem utilizadas em um crime que ainda não ocorreu é um total retrocesso e desrespeito aos princípios e garantias constitucionais e processuais penais. Em oposição direta ao Direito Penal do Fato, permitir que informações orgânicas de uma pessoa estejam à disposição do Estado é retomar os postulados do Positivismo Penal e restringir a criminalidade, basicamente a fatores patológicos. (LEMOS, 2014, p. 20).

Na mesma linha, Aury Lopes Jr. sustenta que, com a obrigação do sujeito passivo (investigado – Lei 12.037/2009 – ou apenado – LEP) de se submeter a intervenção corporal para fornecimento de material

genético, “(...) fulminou-se a tradição brasileira de respeitar o direito de defesa pessoal negativo – *nemo tenetur se detegere*.” (2016, p. 450).

É importante enfatizar, contudo, que o princípio em questão, segundo abalizada doutrina nacional e estrangeira, não impede intervenções físicas que independam da colaboração ativa do investigado ou réu. Conforme leciona Wagner Marteleto Filho,

(...) a doutrina e jurisprudência alienígenas, tais como a alemã, a estadunidense, a portuguesa, a italiana e a espanhola, vêm sustentando, com fundamento nas respectivas legislações, a admissibilidade de se compelir o acusado a cooperar, passivamente, como coleta de prova, sem que haja qualquer ofensa à garantia contra a autoincriminação.

Acerca do tema, anota Roxin que o acusado não tem por que auxiliar as autoridades na persecução penal de forma ativa, porém tolerar “intervenções físicas, as quais podem perfeitamente subministrar uma contribuição decisiva na prova de sua culpabilidade”. (2012, p. 87).

Karl Heinz Gössel confirma, falando do direito alemão, que,

(...) na obtenção coativa de amostra de sangue, tal como ocorre na de fotografias e impressões digitais, a consecução do material celular necessário para as investigações genéticas não depende da colaboração ativa do imputado (como ocorre nas provas linguísticas, caligráficas e psicológicas do mesmo), de tal forma que da execução daquelas há de se derivar uma incidência sobre os direitos da personalidade. (2007, p. 314, tradução livre).

Além disso, pode-se apontar que a maioria dos países integrantes do Conselho da Europa já admite a coleta compulsória de material biológico para inclusão no banco de dados de perfil genético, sendo que esses bancos estão previstos na Áustria, Bélgica, República Checa, Dinamarca, Estônia, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Hungria, Irlanda, Itália, Letônia, Luxemburgo, Países Baixos, Noruega, Polônia, Espanha, Suécia e Suíça. O armazenamento dos perfis genéticos dos sentenciados é permitido, como regra geral, por tempo limitado após a condenação (SUXBERGER, 2015, p. 654).

É certo que a lei brasileira, ao afirmar que a coleta de material genético durante a investigação criminal, prevista na Lei 12.037/09, tem finalidade apenas de identificação, está sendo apenas parcialmente exata, pois será rara a situação em que os demais métodos de identificação – civil e criminal tradicional, por impressões digitais – deixarão brecha para a necessidade de identificação do indiciado por meio do DNA, que deve constituir a última opção, utilizável somente em caso de comprovada necessidade, dados os riscos envolvidos no que concerne ao direito à intimidade.

Na realidade, a lei brasileira, ao dizer que poderá ser provocada a autoridade judicial a deferir a identificação criminal genética por seu caráter essencial para a investigação, permite concluir que a coleta do DNA do investigado é um meio de obtenção de prova de sua participação no crime, seja pelo confronto do seu perfil genético com o obtido no local do crime, no corpo da vítima ou em um objeto ligado ao fato, seja pelo seu confronto com perfis genéticos armazenados no banco de dados que possa gerar uma convergência apta a induzir a determinadas conclusões.

Essa coleta, para fins de investigação criminal, não viola a garantia da não autoincriminação, pois, como visto acima, o investigado não está obrigado a adotar postura ativa no sentido de fornecer a prova, nem mesmo pode ser compelido a abrir a boca para a coleta de células da bochecha (*swab* bucal) se não quiser cooperar; neste caso, estará optando pela adoção de outro método pelo profissional que estiver cumprindo a decisão judicial, que dependa apenas de sua cooperação passiva, como a coleta de um pedaço de unha ou de uma amostra de sangue, ambos meios adequados e indolores.<sup>4</sup>

Finalmente, cumpre esclarecer que a Corte Europeia de Direitos Humanos, caso *S. Marper v. the United Kingdom*, como será visto no item 6, não considerou violadora do *nemo tenetur* a conduta de coletar e reter dados extraídos do DNA de pessoas não condenadas para fins investigatórios, mas sim desproporcional que essa retenção ocorresse por tempo

---

<sup>4</sup> A coleta de sangue pode ser considerada como método indolor, apesar de depender de uma breve picada no dedo do fornecedor do material genético, pois se necessita de quantidade irrisória de sangue para obtenção do DNA, que pode ser extraída por meio de dispositivo semelhante ao usado para controle da glicemia (tipo caneta).

indeterminado, pois isso representava violação da presunção de inocência, bem como que a retenção tivesse lugar independente da gravidade do crime e da idade do agente. De acordo com a Corte, “os princípios básicos da proteção de dados requerem que a retenção de dados seja proporcional em relação ao propósito da coleta e insistem em períodos limitados de estocagem” (CEDH, 2008, p. 31, tradução livre).

Assim, a Lei de Identificação Criminal brasileira atende aos *standards* do caso *S. Marper v. the United Kingdom*, pois nela há previsão expressa de prazo, proporcional à gravidade do crime (o prazo prescricional), para a exclusão dos perfis genéticos do banco de dados (art. 7º-A), e a coleta de material biológico depende da demonstração em decisão fundamentada de que a identificação por esse meio é essencial às investigações (o que aponta para um juízo de proporcionalidade).

No que tange aos dispositivos da LEP que impõem a extração de material genético de condenados por crimes graves para a finalidade de alimentação do banco de dados, trata-se de situação menos questionável do que a da identificação criminal do investigado, pois já não pesa contra a coleta do material genético a presunção de inocência: embora a lei não o diga, é interpretação razoável e consentânea com a presunção de não culpabilidade a de que somente com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória deve ser realizada a coleta do DNA do sentenciado – posição esta defendida por Suxberger (2015, p. 659) e Aury Lopes Jr. (2016, p. 454).

O armazenamento provisório de informação genética deve ser reservado para a situação prevista na Lei 12.037/09 – investigação criminal –, desde que a medida excepcional passe pelo teste de proporcionalidade e seja devidamente fundamentada em decisão judicial. No caso dos condenados por crimes de natureza hedionda ou cometidos com grave violência, o armazenamento se dá em caráter automático e definitivo (até o limite do prazo prescricional do crime), o que não se compatibiliza com a situação do condenado provisório.

Outro fator justificante da identificação por perfil genético, no caso previsto no art. 9º-A da LEP, é a constatação de que, diante dos altos índices de reincidência observados no Brasil e da gravidade dos crimes que justificam a medida de identificação, é do interesse público manter por certo período os dados genéticos do sentenciado, como forma de

proteção social, tanto pela inibição de novas condutas criminosas quanto pela facilitação da sua persecução criminal.

Sustenta-se que não há ofensa à garantia de *nemo tenetur* no caso do mencionado art. 9<sup>a</sup>-A da LEP, pois se trata de mero procedimento de classificação do condenado para dar início ao cumprimento da pena, não vinculado a alguma persecução criminal em curso. Anota que nenhum país do mundo confere à intimidade caráter absoluto para afirmar que o material para definição do perfil genético é inatingível e lembra que a LEP satisfaz com sobras os *standards* fixados pela Corte Europeia de Direitos Humanos para o registro em bancos de dados de perfis genéticos, pois o armazenamento se dá após o trânsito em julgado de condenações pelos mais graves crimes previstos na legislação e por tempo determinado (SUXBERGER, 2015, p. 659 e 662-663).

O mesmo autor argumenta, em favor da tese da possibilidade de coleta de material biológico para documentação do perfil genético para fins de identificação criminal, que a funcionalização e a humanização do Direito Internacional impõem soluções minimamente homogêneas entre os diversos Estados, devido ao estreitamento dos limites entre o direito nacional e o internacional (fenômeno da internacionalização do direito):

Defende-se, pois, uma interpretação constitucionalmente adequada de preceitos da ordem jurídica interna que, se resultantes da reprodução ou de aproximação de enunciados igualmente presentes na ordem internacional, observe o sentido e o alcance estabelecidos pelas instâncias formalizadas do Direito das Gentes sobre esses mesmos preceitos. Afinal, se a característica de universalização dos direitos e garantias passa por sua *humanização*, não se mostra adequada a maior ou menor garantia de implementação a depender dos influxos dessa ou daquela ordem interna que positiva, em seus textos normativos, preceitos de forma assemelhada ou idêntica a que fazem as Convenções e Tratados firmados pelos Estados. Nisso reside a relevância da *funcionalização* do Direito Internacional, a permitir o socorro interpretativo a respeito do sentido e do alcance de normas e garantias internas ainda que cotejadas com diplomas igualmente internos (SUXBERGER, 2015, p. 652-653).

O STF possui julgados assentando a inadmissibilidade de que se exijam condutas ativas do imputado, como a participação compulsória

em reconstituição (RHC 64.354/SP), o fornecimento de material gráfico para exame grafotécnico (HC 77.135/SP) e a submissão forçada ao teste etilométrico (HC 93.916/PA), mas não se debruçou ainda sobre a exigência de conduta passiva, como o fornecimento de material genético para a realização de perícia criminal. Isso deve ocorrer no já mencionado RE 973.837/MG, no qual foi reconhecida a existência de repercussão geral. A única decisão semelhante foi proferida na RCL 2.040/DF (“Caso Gloria Trevi”), em que foi autorizada a coleta, logo após o parto, de material genético da placenta da suposta vítima de estupro, que teria sofrido a violência sexual por parte de policiais federais na sede da Superintendência Regional do órgão em Brasília. Este caso, contudo, não é um precedente perfeito sobre a questão, devido às suas peculiaridades, especialmente o fato de não ter havido intervenção corporal em sentido estrito, pois o material genético foi extraído da placenta já expelida (MARTELETO FILHO, 2012, p. 226), e a existência, na avaliação da proporcionalidade, do interesse público no esclarecimento dos fatos, inclusive para a preservação da honra dos servidores públicos suspeitos.

## 6. PRAZO DE MANUTENÇÃO DO PERFIL GENÉTICO NO BANCO DE DADOS

No julgamento do caso *S. and Marper v. the United Kingdom*, a Corte Europeia de Direitos Humanos considerou que o Reino Unido violou o artigo 8 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que trata do direito ao respeito pela vida privada e familiar, uma vez que aquele Estado praticava a retenção *por tempo indeterminado* de perfis de DNA, amostras celulares e impressões digitais de qualquer pessoa, de qualquer idade, suspeita de qualquer “recordable offence”, ou seja, de qualquer ilícito penal do qual a polícia deva guardar registro (de maneira geral, ilícitos passíveis de prisão, mas no conceito também estão incluídos alguns delitos que não implicam prisão, como mendicância e *taxi touting*<sup>5</sup>).

---

<sup>5</sup> *Taxi touting* é uma infração penal consistente em assediar pessoas na rua, em *hubs* de transporte (como aeroportos, estações de trem e paradas de ônibus) ou em locais de entretenimento, para que elas contratem um serviço de transporte automotor.

No histórico julgamento, foi reputada desproporcional a retenção, por tempo indeterminado, dos perfis de DNA, das amostras celulares e das impressões digitais de pessoas suspeitas de crimes, mas não condenadas, por não se vislumbrar um equilíbrio justo entre os interesses público e privado, sendo considerada a retenção uma interferência no direito dos requerentes de respeito pela sua vida privada injustificada pelo interesse público e incompatível com uma sociedade democrática.

Após a condenação, o Reino Unido readequou algumas regras sobre a retenção de perfis genéticos, por meio do *Protection of Freedoms Act*, de 2012, que manteve a retenção obrigatória por tempo indeterminado do material e do perfil genético apenas dos condenados pelos crimes mais graves e daquelas pessoas que, embora não acusadas ou condenadas, ostentam prévia condenação por determinados tipos de infração penal. Os condenados por crimes menos graves, com idade abaixo dos 18 anos, passaram a ter seu material e perfil genético retidos por cinco anos mais o eventual tempo de prisão, quando se tratar de sua primeira condenação. Ainda, entre os não condenados, foram estabelecidos prazos determinados para a retenção (exceto, como visto acima, se previamente condenados por determinados tipos de delito). Assim, não mais vigora no Reino Unido a retenção por tempo indeterminado de perfis genéticos e amostras de DNA, sem discriminação de acordo com a gravidade do crime e a situação do agente.

É corolário da dignidade da pessoa humana que não se prolongue *ad eternum* a retenção pelo Estado da identificação genética do indivíduo, seja para que este não esteja sujeito a investigação e estigmatização permanentes, seja para que não corra o risco de invasão de privacidade em função do possível mau uso ou da quebra indevida do sigilo da informação.

André Nicolitt e Carlos Ribeiro Wehrs sustentam que a manutenção por tempo indeterminado de informações genéticas de condenados não é compatível com o art. 5º, XLVII, *b*, da Constituição, que veda penas de caráter perpétuo, uma vez que se trata de efeito da condenação (portanto, passível de ser visto como parte da imposição da pena). Aduzem, outrossim, que a obrigação de extração de DNA de condenados que não tenha utilidade além da própria fiscalização posterior e perpétua dos sentenciados traduz-se em violação, por analogia, do art. 4º, n. 3, da Convenção Americana de Direitos Humanos (2016, p. 204-205).

No caso da lei brasileira, embora esteja claro que é limitada no tempo a permanência do perfil genético no banco de dados, não é isento de dúvidas que prazo é esse em todas as hipóteses: a LEP não indica por quanto tempo o perfil genético do condenado deverá permanecer no banco de dados e a Lei de Identificação Criminal não distingue as situações de continuidade da persecução criminal, arquivamento do inquérito e rejeição de denúncia – com e sem coisa julgada material –, extinção da punibilidade e absolvição, que aparentemente mereceriam tratamento individualizado.

A Lei 12.037/2009 diz apenas em seu art. 7º-A que “a exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito”, ensejando a interpretação de que, ainda que seja arquivado o inquérito, rejeitada a denúncia ou absolvido o réu por qualquer fundamento, o perfil genético incluído no banco de dados a título de identificação criminal por necessidade da investigação ali será mantido, até que se esgote o prazo prescricional do delito.

Claro que essa solução não é compatível com o devido processo legal em seu aspecto material (*substantive due process*), que se impõe contra a atuação estatal desprovida do mínimo de razoabilidade, ou seja, contra atos arbitrários do Estado.

A regra do art. 7º-A somente deve prevalecer enquanto a persecução criminal tiver seguimento e nos casos em que, embora interrompida, ela possa ser retomada, como no arquivamento por falta de determinação de autoria (em que, surgindo novas provas, é possível a reabertura da investigação).

Não havendo, contudo, possibilidade de persecução criminal contra o investigado ou réu, por exemplo, pelo arquivamento por atipicidade ou pela absolvição, tem ele o direito de ver retirado do banco de dados seu perfil genético e eventual amostra biológica, imediatamente, pois o motivo que determinou sua coleta (aquela persecução criminal específica) não subsiste. Não se tratando de pessoa condenada definitivamente, não se justifica que figurem suas informações em banco de dados no interesse de persecuções criminais futuras.

O texto legal, reconheça-se, não é claro. No entanto, parece evidente que a presença dos dados de perfil genético do investigado, se incluído em banco de dados de perfil genético, deve ser seguidamente dali

retirado em caso de arquivamento da investigação. O texto legal autoriza intelecção no sentido de que o perfil genético oriundo da identificação criminal determinada judicialmente não deve integrar ou compor o banco. No entanto, não haveria sentido jurídico em impedir o cotejo dessa identificação com casos eventualmente abertos pela mesma razão jurídica que se autoriza esse tipo de apuração também em face de outros meios de identificação que não o pelo perfil genético (biometria, impressões datiloscópicas, etc.). Esse cotejo, vale dizer, independe da inclusão ou não em banco. O fundamental, como regra de garantia daquele que se submeteu a identificação criminal por decisão judicial, centra-se em respeitar a dicção do art. 7.º-A, que, independentemente da razão autorizativa da inclusão da identificação por perfil genético no banco de dados, o perfil deverá ser excluído após o prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito então apurado na investigação que ensejou a determinação judicial de identificação por perfil genético ou após a apuração encontrar solução definitiva em juízo.

Imagine-se um indivíduo indiciado e processado por estupro, cuja identificação criminal por meio da coleta de material biológico tenha sido determinada judicialmente. Uma vez absolvido, seu *status* jurídico continua sendo o de primário e de bons antecedentes, em nada podendo ser diferenciado do indivíduo que jamais foi sequer investigado (presunção de inocência). Portanto, nada justificaria a permanência do seu perfil genético por longos 16 anos – prazo prescricional do crime do art. 213, *caput*, do CP – no banco de dados.

Nesse sentido, Aury Lopes Jr. apresenta solução coerente quando propõe a aplicação, por analogia, do art. 7º da Lei de Identificação Criminal ao caso do indivíduo sujeito à identificação genética, ou seja, interrompida a persecução criminal definitivamente, por rejeição da denúncia ou absolvição – acrescentamos o arquivamento que produza coisa julgada material –, tem ele o direito de requerer a retirada do seu material genético e dos respectivos registros do banco de dados (2016, p. 453-454).

No caso dos definitivamente condenados, ante a lacuna legislativa, o retrocitado autor sustenta a aplicação, por analogia, do instituto da reabilitação (art. 93 e seguintes do CP), permitindo-se a retirada dos registros após dois anos da extinção da pena (LOPES JR., 2016, p. 455).

Neste último caso, pensa-se ser mais correta posição divergente, entendendo que a melhor solução é recorrer analogicamente ao art. 7º-A da Lei 12.037/2009, ou seja, somente excluir o perfil genético e descartar eventual material armazenado após transcorrido o prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito, não pela pena em concreto, mas pela pena em abstrato, porque, como visto acima, a inclusão do perfil genético dos condenados definitivamente por crimes graves revela interesse sobretudo para o futuro (inibição e investigação de possíveis reincidências penais), não atendendo ao interesse público primário – proteção ao direito fundamental à segurança – e, portanto, à *mens legis*, a exclusão dessas informações após período demasiado breve. A solução alvitrada responde às preocupações de “estigmatização perpétua” (TAVARES; GARRIDO; SANTORO, 2016), pois o caráter de temporalidade do banco fica assente e consoante com os padrões hauridos da ordem internacional.

O texto legal é plurissignificativo, mas tal inteligência busca guardar um mínimo de coerência em face daquelas situações em que a inclusão se dê por força de identificação compulsória e, por isso, a exclusão nem sempre aguardará a solução definitiva de imputação deduzida em juízo.

## CONCLUSÕES

Embora a Lei de Identificação Criminal e a Lei de Execução Penal, com as alterações introduzidas pela Lei 12.654/2012, tratem a inclusão de perfis genéticos de investigados e sentenciados em banco de dados como uma forma de simples identificação criminal, trata-se também e sobretudo de um instrumento de investigação criminal potencialmente ensejador de mais eficiência na persecução criminal brasileira, que apresenta estatísticas pobres, como a que aponta um índice de elucidação de homicídios entre 5% e 8% (INSTITUTO SOU DA PAZ, 2017).

Considerando a necessidade de assegurar à população o direito fundamental à segurança pública em um momento de grave crise nessa área, abrir mão de um meio investigativo que tem se mostrado eficaz em outros países somente se justificaria se a lesão ou ameaça a outros direitos fundamentais fosse desproporcionalmente significativa, o que não se verifica na situação vertente, pois, adotadas as cautelas e

procedimentos técnicos devidos e instituídos mecanismos de respeito ao sigilo dos dados armazenados, a intervenção corporal e o risco à privacidade são diminutos.

A ponderação dos interesses envolvidos não pode desprezar, mercê da funcionalização do Direito Internacional, o fato de que a maioria dos países europeus e os Estados Unidos mantêm bancos de dados alimentados com informações genéticas a partir da coleta compulsória, quando necessário, de material biológico dos investigados ou condenados e o de que o modelo brasileiro satisfaz os *standards* delineados pela Corte Europeia de Direitos Humanos, já que se trata (a) da obtenção de informações genéticas de pessoas investigadas, após decisão judicial cuja fundamentação indique que a medida passa no teste da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*), por tempo determinado, ou (b) da obtenção de informações genéticas de pessoas condenadas pelos crimes mais graves previstos na legislação brasileira, também por tempo limitado.

A garantia da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*) não é ofendida quando do imputado não se exige colaboração ativa para a coleta da amostra biológica. Assim, não ocorre violação da referida garantia quando o Estado obriga o investigado ou condenado a colaborar passivamente, simplesmente não resistindo ao ato legal de retirada da sua amostra biológica de maneira adequada e indolor (como no caso da coleta de unha ou sangue).

Uma vez obtido legitimamente pelo Estado o perfil genético de alguém, tal informação poderá ser utilizada para finalidades de persecução criminal não inicialmente previstas, como por exemplo reavivar investigação arquivada por indefinição quanto à autoria delitiva, em caso de convergência entre aquele perfil genético e o constante do banco de dados, vinculado a amostra biológica colhida no local do crime cuja investigação havia sido interrompida.

A retenção da informação genética pelo Estado em nenhuma hipótese deve ser ilimitada no tempo. Se tiver como base a Lei de Identificação Criminal (art. 5º, parágrafo único), os dados deverão ser excluídos imediatamente quando ocorrer o arquivamento ou a rejeição da peça de acusação, desde que com formação de coisa julgada material, e a absolvição. No caso de prosseguimento efetivo da persecução criminal ou de

sua interrupção sem coisa julgada material (*e.g.*, arquivamento por falta de provas), a exclusão deve ocorrer imediatamente após transcorrido o prazo prescricional do crime investigado.

Se a retenção da informação genética tiver como supedâneo a LEP (art. 9º-A), o perfil genético do sentenciado deverá permanecer no banco de dados pelo prazo prescricional do crime pelo qual condenado (aplicação analógica do art. 7º-A da Lei de Identificação Criminal). Como forma de atender ao interesse público de proteção da coletividade contra a reincidência, em vez de se utilizar a pena em concreto como parâmetro para a fixação desse prazo, como é da tradição brasileira após o trânsito em julgado da sentença para a acusação, mais adequado se mostra usar o prazo prescricional pela pena em abstrato, como literalmente se deduz do referido art. 7º-A da Lei 12.037/2009.

A Lei 12.654/2012 instituiu de maneira bastante concisa e lacunosa o sistema de identificação criminal mediante a retenção de perfis genéticos no Brasil, deixando para a jurisprudência a tarefa de completar os espaços vazios; da definição do STF sobre a constitucionalidade dos seus dispositivos e sobre os limites de utilização do banco de dados genéticos dependerão os resultados úteis desse meio de investigação no país.

## REFERÊNCIAS

AJUNWA, Ifeoma. Genetic data and civil rights. *Harvard Civil Rights–Civil Liberties Law Review*, v. 51, p. 75-114, 2016. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2460897>

ATLAS DA VIOLÊNCIA 2017. Daniel Cerqueira et al. (orgs.). Rio de Janeiro: Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) e Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), junho de 2017.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. A atuação do Ministério Público na concretização do direito fundamental à segurança pública. *Revista do Conselho Nacional do Ministério Público*, v. 4, p. 159-189, 2014.

BOCCHINI, Bruno. *Brasil tem mais mortes violentas do que a Síria em guerra, mostra anuário*. EBC Agência Brasil, 28 out. 2016. Disponível em <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2016-10/brasil-tem-mais-mortes-violentas-do-que-siria-em-guerra-mostra>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Estratégia Nacional de Justiça e Segurança Pública. Relatório Nacional da Execução da Meta 2: um diagnóstico da investigação de homicídios no país*. Brasília. CNMP, 2012. Disponível em <[www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Enasp/relatorio\\_enasp\\_FINAL.pdf](http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Enasp/relatorio_enasp_FINAL.pdf)>. Acesso em: 30 jan. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN Atualização — Junho de 2016*. Org. Thandara Santos. Colaboração: Marlene Inês da Rosa et. al. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

CERQUEIRA *et. alli*. *Atlas da violência 2017*. Rio de Janeiro: Ipea e Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2017. Disponível em: <[http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/06/FBSP\\_atlas\\_da\\_violencia\\_2017\\_relatorio\\_de\\_pesquisa.pdf](http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/06/FBSP_atlas_da_violencia_2017_relatorio_de_pesquisa.pdf)>. Acesso em: 18 set. 2017.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *S. and Marper vs. Reino Unido* (n. 30562/04 e n. 30566/04). Sentença de 4 de dezembro de 2008. Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Saunders vs. Reino Unido* (n. 19187/91). Sentença de 17 de dezembro de 1996. Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Org.). *A política pública como campo multidisciplinar*. São Paulo: Unesp; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013. p. 181-200.

CROUSE, Cecelia; KAYE, D. H. The retention and subsequent use of suspect, elimination, and victim DNA samples or records: a report to the National Commission on the future of DNA evidence. 6 fev. 2001. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2050686>

GÖSSEL, K. H. Las investigaciones genéticas como objeto de prueba en el Proceso Penal. In: GÖSSEL, Karl Heinz. *El Derecho procesal penal en el Estado de Derecho*. Tomo I. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni Editores, 2007, p. 295-326.

ESPANHA. Ley Orgánica 10/2007, de 8 de outubro, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN. Disponível em: <<https://www.boe.es/boe/dias/2007/10/09/pdfs/A40969-40972.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2017.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. US Supreme Court. Maryland v. King 569 U.S. 12-207, 2013. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/569/12-207/>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

HAMMERSCHMIDT, Denise. *Identificación genética, discriminación y criminalidad: un análisis de la situación jurídico penal em España y en Brasil*. Curitiba: Juruá, 2012.

HAMMERSCHMIDT, Denise. A constitucionalidade do banco de dados de perfis genéticos. In: HAMMERSCHMIDT, D., LIMA, L. P. A (org.). *Ciências Penais e Juízes criminais: 1º Fórum Nacional de Juizes Criminais - FONAJUC*. Curitiba: Juruá, 2017. Volume I.

INNOCENCE PROJECT. *DNA exonerations in the United States*. [sem data]. Disponível em: <<https://www.innocenceproject.org/dna-exonerations-in-the-united-states/>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

INSTITUTO SOU DA PAZ. *Onde mora a impunidade? Por que o Brasil precisa de um indicador nacional de esclarecimento de homicídios*. São Paulo: Instituto Sou da Paz, 2017. Disponível em: <[http://www.soudapaz.org/upload/pdf/index\\_isdp\\_web.pdf](http://www.soudapaz.org/upload/pdf/index_isdp_web.pdf)>. Acesso em: 30 jan. 2018.

KADER, M.; LING, S. T. W.; LI, S. K. L. The use of DNA forensic evidence in criminal justice. *Singapore Law Review*, v. 35, p. 35-52, 2011.

LEMOS, Cristiane Chaves. A coleta de perfil genético como forma de identificação criminal – entre a lógica do controle e a fragilidade processual penal. Disponível em: <[http://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2017/03/cristiane\\_lemos\\_2014\\_2.pdf](http://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2017/03/cristiane_lemos_2014_2.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2017.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTELETO FILHO, Wagner. *O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

NICOLITT, André; WEHRS, Carlos Ribeiro. *Intervenções corporais no processo penal e a nova identificação criminal: Lei 12.654/2012*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed., Salvador: JusPodivim, 2016.

RUIZ, Thiago. *A prova genética no processo penal*. São Paulo: Almedina, 2016.

SANTOS, Filipe; COSTA, Susana; RICHTER, Vitor. O Banco de dados genéticos no Brasil: Os desafios operacionais e legais de um processo de modernização. In: FONSECA, Claudia; MARICATO, Glaucia; DUARTE, Larissa Costa; BESEN, Lucas Ribili (org.). *Ciência, Medicina e Perícia nas Tecnologias de Governo*. Porto Alegre: CEGOV; UFRGS, 2016. Capítulo 6.

SCHIOCCHET, Taysa et alli. *Banco de perfis genéticos para fins de persecução criminal*. Série Pensando o Direito, v. 43. Brasília: Ministério da Justiça, 2012.

SCHIOCCHET, Taysa. A regulamentação da base de dados genéticos para fins de persecução criminal no Brasil: reflexões acerca do uso forense do DNA. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 18, n. 3, p. 518-529, set.-dez. 2013. <https://doi.org/10.14210/nej.v18n3.p518-529>

SILVA, C. F. O. da; MADRID, F. de M. L. A utilização de bancos de dados de perfis genéticos para fins de persecução penal. *ETIC*, v. 12, n. 12, 2016.

SILVA, Emílio de Oliveira e. *Identificação genética para fins criminais: análise dos aspectos processuais do banco de dados de perfil genético implementado pela Lei n. 12.654/2012*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. A funcionalização como tendência evolutiva do Direito Internacional e sua contribuição ao regime legal do banco de dados de identificação de perfil genético no Brasil. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 649-665, 2015. <https://doi.org/10.5102/rdi.v12i2.3708>

TAVARES, N. L. F.; GARRIDO, R.G.; SANTORO, A. E. R. O bando de perfis genéticos e a estigmatização perpétua: uma análise do art. 9.º-A da Lei 7.210/84 à luz da Criminologia crítica. *Revista Jurídica (FIC)*, v. 4, p. 207-226, 2016.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Novas tecnologias e antigos clamores punitivos na justiça criminal: considerações em busca de critérios para a utilização de exames genéticos no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 110, p. 329-366, set.-out. 2014.

ZOGBI, Paula. *As 50 cidades mais violentas do mundo – 19 delas no Brasil*. InfoMoney, 10 abr. 2017. Disponível em <<http://www.infomoney.com.br/minhas-financas/turismo/noticia/6337904/cidades-mais-violentas-mundo-delas-brasil>>. Acesso em: 18 set. 2017.

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

*Agradecimentos (acknowledgement)*: Os autores agradecem aos revisores e editores do artigo, pelo profícuo debate e pelas considerações que ensejarão melhor reflexão sobre o tema.

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

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

- *Antonio Henrique Graciano Suxberger*: projeto e esboço inicial, revisão crítica com contribuições substanciais, aprovação da versão final.
- *Valtan Timbó Martins Mendes Furtado*: projeto e esboço inicial, coleta e análise de dados, levantamento bibliográfico, revisão bibliográfica, redação, revisão crítica com contribuições substanciais, aprovação da versão final.

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

### Dados do processo editorial

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

- Recebido em: 10/12/2017
- Deslocamento ao V4N2 comunicado aos autores: 19/12/2017
- Controle preliminar e verificação de plágio: 24/02/2018
- Avaliação 1: 25/02/2018
- Avaliação 2: 03/03/2018
- Avaliação 3: 12/03/2018
- Avaliação 4: 15/03/2018
- Decisão editorial preliminar: 31/03/2018
- Retorno rodada de correções: 02/05/2018
- Decisão editorial final: 04/05/2018

### Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-assistente: 1 (MJV)
- Revisores: 4

### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

SUXBERGER, Antonio H. G.; FURTADO, Valtan T. M. M. Investigação criminal genética – banco de perfis genéticos, fornecimento compulsório de amostra biológica e prazo de armazenamento de dados. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 2, p. 809-842, mai./ago. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i2.122>



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

**Processo Penal  
Internacional e  
Cooperação Jurídica**

---

*International Criminal  
Procedure and  
International Cooperation*

---



# A (possibilidade de) não execução do mandado de detenção europeu fundamentada no tratamento ou pena cruel ou degradante

*The (possibility of) not execution of European arrest warrant based on cruel or degrading treatment or penalty*

## Vinícius Wildner Zambiasi<sup>1</sup>

Universidade de Coimbra – Coimbra/Portugal

viniciuszambiasi@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/0141807914494309>

 <https://orcid.org/0000-0003-0019-0476>

## Paloma Marita Cavol Klee<sup>2</sup>

Universidade de Coimbra – Coimbra/Portugal

palomacavol@hotmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/1292076329416040>

 <https://orcid.org/0000-0001-5437-1286>

---

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo estudar o instituto do Mandado de Detenção Europeu, que surge como substituto imediato do mecanismo de extradição para as relações de captura e entrega de pessoas dentro do território da União Europeia. A partir da metodologia dedutiva, buscou-se embasamento doutrinário, legal e jurisprudencial para se alcançar as conclusões presentes. Para tanto, deve-se analisar o seu contexto de surgimento, suas principais

---

<sup>1</sup> Possui graduação em Direito pela Universidade de Passo Fundo (2014), especialização em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (2016) e é mestrando em Ciências Jurídico-Criminais na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2018).

<sup>2</sup> Possui graduação em Direito pela Universidade de Passo Fundo (2014), especialização em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (2016) e é mestranda em Direito Constitucional na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2018).

diretrizes de funcionamento e seu alicerce fundamental, qual seja o princípio do reconhecimento mútuo. Por fim, com a análise jurisprudencial de dois casos expoentes da matéria, busca-se responder a problemática basilar: a possibilidade do sujeito-alvo sofrer tratamento cruel ou degradante no sistema prisional do Estado-Membro executor pode ser tratada como hipótese de não execução da entrega?

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos Humanos; Direito Penal Europeu; Mandado de Detenção Europeu; Pena ou tratamento cruel ou degradante.

**ABSTRACT:** *The purpose of this article is to study the institute of the European Arrest Warrant, which appears as an immediate replacement of the extradition mechanism for the relations of capture and delivery of persons within the territory of the European Union. Based on the deductive methodology, we searched for doctrinal, legal and jurisprudential grounds to reach the present conclusions. Therefore, it's necessary to analyze the context of emergence, your main operating guidelines and the principle of mutual recognition. Lastly, with the jurisprudential analysis of two relevant cases, it is sought to answer the basic: the possibility of the subject suffering cruel or degrading treatment in the prison system of the executing Member State can be treated as a hypothesis of not delivery?*

**KEYWORDS:** *Human rights; European Criminal Law; European Arrest Warrant; Cruel or degrading punishment or treatment.*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 A cooperação em matéria penal na União Europeia. 1.1 Evolução histórica: breves detalhes sobre a cooperação. 1.2 O princípio do reconhecimento mútuo. 2 O Mandado de Detenção Europeu. 2.1 Generalidades do instrumento. 2.2 A proteção de direitos fundamentais e o caráter securitário do espaço penal europeu. 2.2.1 A salvaguarda aos direitos fundamentais na Decisão-Quadro. 2.2.2 Direitos e garantias fundamentais na UE: Tratados e leis de transposição. 2.2.3 Autoridades judiciárias de emissão e execução: como agir? 3 Análise jurisprudencial. 3.1 O caso Soering. 3.2 O caso Aranyosi e Căldăraru. Conclusão. Referências.

---

## INTRODUÇÃO

O Mandado de Detenção Europeia (MDE) foi criado pela Decisão-Quadro 2002/584/JAI para ser um instrumento de entrega de pessoas dentro do espaço europeu, mais célere e menos burocrático que a extradição, embasado na livre circulação de decisões judiciais em matéria penal e no princípio do reconhecimento mútuo entre os Estados-Membros, a fim de assegurar o Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça (ELSJ)<sup>3</sup>.

Diante da tendência securitária adotada pela União Europeia (UE) e da implementação do MDE sem que houvesse um grau suficiente de harmonização entre as legislações penais nacionais, a aplicação deste instrumento implica no surgimento de alguns questionamentos, especialmente no campo da proteção aos direitos e garantias fundamentais<sup>4</sup>. Desta forma, tenciona-se elucidar o contexto político-social vivido quando da criação do instrumento, observando até onde se pode expandir o “caráter securitário” do espaço penal sem que haja violação de direitos fundamentais.

Ademais, o presente estudo apresenta como problemática basilar uma questão de interpretação e contrassenso de aplicabilidade entre o MDE e o nível de proteção já consagrado pela comunidade europeia, buscando responder se nos casos em que a entrega do sujeito configurar concreta probabilidade de violação dos direitos fundamentais do sujeito, através da sua submissão a tratamento ou pena de caráter cruel ou degradante, tal circunstância poderá ser utilizada como hipótese de não execução, em que pese o legislador europeu não tenha

---

<sup>3</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo; CAEIRO, Pedro. Comentário. In: *Jurisprudência Cunha Rodrigues - Comentários*, Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2013, p. 29. Disponível em <<https://www.fd.uc.pt/~pcaeiro/2013%20Dias%20-%20Caeiro,%20Coment%C3%A1rio%20Advocaten%20voor%20de%20Wereld.pdf>>. Acesso em 03 mai. 2018. Motivos pelos quais os autores destacam que o MDE se tornou “num poderoso instrumento de cooperação judiciária”.

<sup>4</sup> Para maiores aprofundamentos sobre a questão, veja-se: WEYEMBERGH, Anne. *European Added Value Assessment: The EU Arrest Warrant: Critical assessment of the existing European arrest warrant framework decision: Annex I*. Brussels: European Parliament, 2014. Disponível em: <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/510979/IPOL-JOIN\\_ET\(2013\)510979\(ANN01\)\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/510979/IPOL-JOIN_ET(2013)510979(ANN01)_EN.pdf)>. Acesso em 03 mai. 2018.

destacado tal cenário expressamente na DQ.<sup>5</sup>Outrossim, a partir do uso da metodologia dedutiva, não obstante o aproveitamento de legislação e doutrina, busca-se a partir de análise jurisprudencial encontrar um ponto de equilíbrio entre o binômio segurança-liberdade<sup>5</sup>, evitando o esvaziamento da função desempenhada pelo MDE (e a eventual impunidade decorrente), mas sem desconsiderar que o sujeito procurado ostenta a condição de cidadão, e que independente do crime pelo qual está sendo procurado ou foi condenado, faz jus a todos os direitos, garantias e proteções que historicamente os Estados-Membros se comprometeram a respeitar.

## 1. A COOPERAÇÃO EM MATÉRIA PENAL NA UNIÃO EUROPEIA

### 1.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA: BREVES DETALHES SOBRE A COOPERAÇÃO

Os Tratados de Maastricht (1993) e Amsterdam (1999) foram um importante avanço na matéria penal em âmbito europeu, pois previram, respectivamente, a cooperação da justiça e assuntos internos (JAI) entre os Estados-Membros, e a criação do espaço de liberdade, segurança e justiça, ou seja, um espaço sem fronteiras internas, onde se assegura a livre circulação de pessoas, serviços, capitais e mercadorias, visando o interesse do cidadão.

Se esses marcos demonstraram o interesse da UE em não se limitar somente ao “mercado comum”<sup>6</sup>, e sim na construção de um espaço penal europeu, tal perspectiva ficou ainda mais clara a partir do Conselho Europeu de Tampere (1999), com a indicação de ações e prazos para a promoção de objetivos como o acesso à justiça, a adoção de medidas repressivas ou preventivas no combate à criminalidade, a criação da Eurojust (2002) e o reforço da Europol<sup>7</sup>. De modo que a partir do “grau de

<sup>5</sup> Traduzido neste trabalho entre o paradoxo da “interpretação literal da Decisão-Quadro e primazia da entrega” e a “salvaguarda aos direitos fundamentais dos sujeitos”.

<sup>6</sup> RODRIGUES, Anabela; MOTA, José Luís Lopes da. *Para uma Política Criminal Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 36.

<sup>7</sup> *Idem*, p. 90-91 e 93.

integração econômica e de solidariedade política”, elevou-se a confiança entre os Estados-Membros ao “domínio judiciário”<sup>8</sup>.

Por fim, além da criação da Procuradoria Europeia – espécie de Ministério Público com atuação na União Europeia, a celebração do Tratado de Lisboa (2009) representa novos contornos para o ELSJ (Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça), pois “deixa de ser apenas o lugar onde a União procura facultar aos cidadãos um elevado nível de proteção e torna-se consubstancial à própria União, na sua representação de si própria”<sup>9</sup>. Contudo, a previsão de que a intervenção da UE em matéria penal se dará através de medidas de prevenção contra a criminalidade, recorrendo a providências de coordenação e cooperação das autoridades policiais e judiciárias, reconhecimento mútuo de decisões judiciais e aproximação das legislações penais internas<sup>10</sup>, é cristalino que este espaço penal europeu é mais “securitário” do que preocupado com garantias, liberdades e proteção dos indivíduos<sup>1112</sup>.

---

<sup>8</sup> KERCHOVE, Gilles *apud* RODRIGUES, Anabela... *Para uma Política...*, p. 93.

<sup>9</sup> CAEIRO, Pedro. Fundamento, conteúdo e limites da jurisdição penal do estado: O caso português, Tese (Doutorado em 2008) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2010, p. 559.

<sup>10</sup> UNIÃO EUROPEIA. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). Artigo 67.º, n.º 3 e artigo 86.º, n. 1º. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=pt>>. Acesso em 22 dez. 2016. .

<sup>11</sup> RODRIGUES, Anabela. *O direito penal europeu emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 120-121 e 125-126. Ao passo que emerge um direito penal europeu (no âmbito da União Europeia) a partir da harmonização dos ordenamentos jurídico-penais internos, aponta-se que tal política criminal segue uma diretriz eminentemente securitária, não somente pela crescente demanda de segurança, como também na exasperação da intervenção penal no adiantamento das barreiras punitivas e previsão de definições demasiadamente amplas, bem como na majoração da moldura penal aplicada a determinados delitos, assumindo a pena privativa de liberdade como regra geral e desconsiderando soluções alternativas à segregação prisional.

Como exemplo prático, pode-se citar a evolução do quadro legislativo de combate ao terrorismo na União Europeia, especialmente com o advento das Decisões-Quadro 2002/475/JAI e 2008/919/JAI e da nova Diretiva 2017/541, onde tais tendências securitárias se apresentam de forma bastante acentuadas.

<sup>12</sup> VALENTE, Manuel. *Do Mandado de Detenção Europeu*. Almedina, Coimbra, 2006, p. 32.

É possível explicar essa opção de política criminal no fato de que a globalização, os avanços tecnológicos e a expansão da liberdade de circulação no território europeu surtiram efeitos nas formas e modalidades de condutas criminosas<sup>1314</sup>, facilitando o cometimento de delitos, especialmente de caráter organizado, econômico e transnacional, bem como de atentados terroristas<sup>1516</sup>. Exigiu-se, portanto, que o direito penal fosse adaptado aos novos anseios, necessidades e realidades sociais.

Desse modo, afirma-se que o espaço penal comum é consequência da nova fase da legislação criminal da UE, que inicialmente visa “comunitarizar”<sup>17</sup> em busca da harmonização e pluralização dentro do seu território, sem olvidar os valores e princípios previamente partilhados pela comunidade europeia<sup>18</sup>. Contudo, essas disposições são colocadas em voga especialmente após o atentado terrorista de 11 de setembro de 2001<sup>19</sup>.

No supracitado contexto do ELSJ, a DQ<sup>20</sup> 2002/584/JAI de 13 de Junho de 2002 estabelece a livre circulação de decisões judiciais e entrega de sujeitos no território da UE<sup>21</sup>, a partir da confiança recíproca

<sup>13</sup> CAEIRO, Pedro. *Fundamento, conteúdo e limites...*, p. 424.

<sup>14</sup> JUNIOR, Mário Elias Soltoski. O controlo da dupla incriminação e o mandado de detenção europeu. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 16, n. 3, p. 476, jul./set. 2006.

<sup>15</sup> VALENTE, Manuel. *Do Mandado de Detenção Europeu...*, p. 14 e 23-24.

<sup>16</sup> RODRIGUES, Anabela; MOTA, José Luís Lopes da. *Para uma Política...*p. 15.

<sup>17</sup> RODRIGUES, Anabela. *O direito penal europeu emergente...*, p. 38.

<sup>18</sup> VALENTE, Manuel. *Do Mandado de Detenção Europeu...*, p. 27.

<sup>19</sup> RODRIGUES, Anabela. *O direito penal europeu emergente...*, p. 188.

<sup>20</sup> A Decisões-Quadro, criada no Tratado de Amsterdam e substituída pela Diretiva com o advento do Tratado de Lisboa (tratam-se de instrumentos bastante semelhantes, apresentando diferenças no quórum necessário para aprovação), representa o exercício das competências da UE através de um ato legislativo e vinculativo que visa harmonizar o direito comunitário do ELSJ, por meio da transposição do seu conteúdo ao ordenamento jurídico interno dos Estados-Membros.

Conforme prevê o artigo 288 do TFUE (que trata das Diretivas), o Estado-Membro fica vinculado somente ao resultado a ser alcançado, enquanto os meios e formas são de livre escolha pelas instâncias nacionais.

<sup>21</sup> CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. 2002/584/JAI: Decisão-quadro do Conselho, de 13 de Junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu

nos sistemas de administração de justiça dos Estados-Membros. Criava-se assim o MDE, primeiro instrumento de cooperação judiciária em matéria penal próprio da União Europeia, em substituição ao procedimento ordinário de extradição<sup>22</sup>.

Deste modo, o MDE inaugura uma nova era em matéria penal no da União Europeia, pois ao substituir o antigo e moroso procedimento de extradição<sup>23</sup>, aponta sua finalidade precípua: o aprimoramento do nível de cooperação entre os Estados-Membros da UE<sup>24</sup> por meio de um instrumento mais simplificado e célere na entrega de sujeitos<sup>25,26</sup>, norteado pelo “modelo vertical de cooperação” (ao contrário do horizontal, peculiar ao mecanismo de extradição<sup>27</sup>).

## 1.2. O PRINCÍPIO DO RECONHECIMENTO MÚTUO

Diante da inexistência, ao menos por ora, de um direito supranacional e de aplicação direta e imediata pelos Estados-Membros<sup>28</sup>, o

---

e aos processos de entrega entre os Estados-Membros. Considerando n.º 6. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32002F0584&from=PT>>. Acesso em 12 dez. 2016..

<sup>22</sup> VALENTE, Manuel. *Do Mandado de Detenção Europeu...*, p. 14.

<sup>23</sup> CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. 2002/584/JAI.... Considerando n.º 5 e n.º 11.

<sup>24</sup> CAEIRO, Pedro; FIDALGO, Sónia. O mandado de detenção europeu na experiência portuguesa: tópicos da primeira década. In: *Temas de Extradção e Entrega*, Almedina Editora, Coimbra, 2015, p. 164.

<sup>25</sup> SOUZA, Eduardo Emanuel Dall’Agnol de; OLIVEIRA, Rafael Serra. Sobre a detenção e as medidas de coação nos processos de extradição e de entrega (em execução do mandado de detenção europeu). In: *Temas de Extradção e Entrega*, Almedina Editora, Coimbra, 2015, p. 132.

<sup>26</sup> SMITH, Emily. Running before We can walk? Mutual recognition at the expense of Fair Trials in Europe’s Area of Freedom, Justice and Security. *New Journal of European Criminal Law*, Bruxelas, v. 4, n. 1-2, p. 84, mar. 2013. <https://doi.org/10.1177/203228441300400106>.

<sup>27</sup> CAEIRO, Pedro; O procedimento de entrega previsto no Estatuto de Roma e sua incorporação no Direito Português. *O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa*. Coimbra Editora. Coimbra. 2004, p. 75.

<sup>28</sup> VALENTE, Manuel. *Do Mandado de Detenção Europeu...*, p. 35.

princípio do reconhecimento mútuo<sup>29</sup> passa a ser a “pedra angular” da cooperação judiciária no âmbito da UE<sup>30</sup>, de modo que o MDE simboliza sua primeira consagração a nível jurídico-penal europeu<sup>31</sup>.

Embasado na confiança recíproca<sup>32</sup> entre os Estados-Membros, este princípio preconiza que decisões emanadas de acordo com a legislação interna e por autoridades judiciárias competentes de determinado Estado devem ter efeito pleno e direto sobre todo o território da União<sup>33</sup>. Deste

<sup>29</sup> MATOS, Ricardo Jorge Bragança de. O princípio do reconhecimento mútuo e o mandato de detenção europeu. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 14, n. 3, p. 330, jul./set. 2004. Concebeu-se a aplicação do reconhecimento mútuo na seara criminal no Conselho Europeu de Cardiff (1998). Até então, sua utilização se dava somente no Primeiro Pilar, como forma de afirmação e promoção de direitos individuais.

<sup>30</sup> CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. 2002/584/JAI.....Considerando n.º 6.

<sup>31</sup> RODRIGUES, Anabela. *O direito penal europeu emergente...*, p. 191.

<sup>32</sup> SMITH, Emily. Running before We can walk?..., p. 83-84. A autora indica que a confiança recíproca é a base do reconhecimento mútuo, podendo-se concluir que reconhecimento mútuo e confiança recíproca não representam meros sinônimos. O princípio do reconhecimento mútuo pressupõe níveis mínimos de confiança recíproca entre os Estados-Membros envolvidos na relação (por mínimo, entende-se ao menos uma “confiança desconfiada”), especialmente no que diz respeito aos seus sistemas de administração de justiça penal e salvaguarda de direitos fundamentais.

Entretanto, a autora ainda reforça que o princípio do reconhecimento mútuo foi baseado em “suposições equivocadas sobre a proteção de direitos básicos” (tradução nossa), seja porque determinados Estados-Membros ainda não oferecem proteções suficientes para suspeitos e réus, seja pelo uso extensivo/abusivo da prisão preventiva em diversas partes da União Europeia, fatores estes que causam sérios abalos na relação de confiança entre os entes estatais envolvidos.

<sup>33</sup> RODRIGUES, Anabela. *O direito penal europeu emergente...*, p. 192. Neste sentido, a nova concepção de auxílio judiciário mútuo entre os Estados-Membros é verificada já na alteração da terminologia adotada pelos instrumentos legais, pois os termos “Estado-requerente” e “Estado-requerido” foram substituídos por Estado “interceptor” ou “de emissão” e Estado “notificado” ou “de execução”, respectivamente. Além disso, a expressão “recusa” de execução, que daria a ideia de juízo discricionário sobre a decisão de agir ou não, dá lugar aos “motivos de não execução”, rompendo com o antigo conceito de “*exequatur*”. Como última nota, destaca-se também que o reconhecimento mútuo extingue a diferenciação entre cooperação judiciária primária (quando determinado Estado, por si só, executa a decisão emanada por autoridade estrangeira) e secundária (quando o Estado emite uma decisão acerca de

modo, as autoridades judiciárias dos demais Estados-Membros devem contribuir para a execução dessas decisões dentro das suas fronteiras, como se elas próprias a tivessem proferido<sup>34</sup>.

Embora não se desconsidere a impossibilidade de se harmonizar todo o ordenamento jurídico-penal<sup>3536</sup> e que a harmonização deve ser pressuposto do reconhecimento mútuo (e não o contrário)<sup>37</sup>, esta é “primordial para dar aos cidadãos um sentimento comum de justiça” no espaço comum de liberdade<sup>38</sup>. Neste diapasão, mesmo que não seja a finalidade principal do princípio em questão, sua consagração no cenário europeu representa gradativo aumento da harmonização das legislações nacionais<sup>3940</sup>.

---

pedido emanado por autoridade estrangeira), já que tal princípio opera como alternativa ao auxílio penal secundário.

<sup>34</sup> MATOS, Ricardo Jorge Bragança de. O princípio do reconhecimento mútuo...p. 327-328.

<sup>35</sup> RODRIGUES, Anabela *apud* JUNIOR, Mário Elias Soltoski. O controlo da dupla incriminação..., p. 482.

<sup>36</sup> LIMA, José Antônio Farah Lopes de. *Direito Penal Europeu*. JH Mizuno, Leme/SP, 2007, p. 73-76. Não obstante se registrem a existência de projetos doutrinários como o *Corpus Iuris*, encabeçado por Delmas-Marty, que buscava “responder à contradição de manter aberta as fronteiras aos infratores e fechada aos órgãos encarregados da repressão”, unificando os processos penais na proteção dos interesses financeiros no âmbito da União Europeia.

<sup>37</sup> DÌEZ, Carlos Gómez-Jara *apud* BULNES, Mar Jimeno. La adopción de medidas cautelares de carácter personal con motivo de la ejecución de una orden europea de detención y entrega. *Revista Penal*, Valencia, n. 16, p. 108, jul. 2005.

<sup>38</sup> RODRIGUES, Anabela. *O direito penal europeu emergente...*, p. 204-205.

<sup>39</sup> VIEGAS, Vera Lúcia. Teoria da harmonização jurídica: alguns esclarecimentos. *Novos estudos jurídicos*, Itajaí, v. 9, n. 3, p. 629, set./dez. 2004. A autora vislumbra graus mínimos e máximos de harmonização jurídica. Enquanto o mínimo representa meras disposições jurídicas sendo tornadas comuns entre diferentes ordenamentos nacionais, o máximo simboliza a plena unificação legislativa entre os sistemas em questão.

<sup>40</sup> PEREIRA, Luís Silva. Alguns aspectos da implementação do regime relativo ao mandado de detenção europeu: lei n. 65/2003 de 23 de agosto. *Revista do Ministério Público de Lisboa*, Lisboa, v. 24, n. 96, out./dez. 2003, p. 43. Exemplifica ser inconcebível aceitar que um sujeito seja “entregue a qualquer outro país para enfrentar um tipo de reação criminal em que nunca poderia ser condenado em Portugal”.

Ainda, não obstante o legislador europeu ter optado pela construção de um espaço único europeu incutido pelas ideias de eficácia, celeridade processual, realização da justiça e descoberta da verdade<sup>41</sup>, privilegiando medidas de carácter securitário sobre as garantias, liberdades e direitos dos cidadãos (sobretudo processuais), fato é que a política criminal de livre circulação de decisões judiciais na União Europeia surge diante das dificuldades práticas no âmbito da persecução penal, pois a diminuição do controle de circulação de pessoas possibilitou que agentes com finalidades lícitas e ilícitas tivessem livre movimentação no território europeu. Ou seja, os criminosos podiam se locomover livremente em zonas onde as decisões judiciais ainda encontravam barreiras<sup>42</sup>.

Assim, pode-se concluir que a adoção do reconhecimento mútuo na seara penal é consequência indispensável da fluidez da sociedade atual, especialmente dentro de um espaço comunitário e com as características do europeu. Contudo, ao passo que sua aplicabilidade fica condicionada a relação de confiança recíproca entre os Estados-Membros, é imprescindível que os sistemas de justiça criminal dos países envolvidos, “tanto na pertinência das disposições legais”, quanto na “correta aplicação dessas disposições”, compartilhem dos mesmos valores fundamentais do mundo ocidental, em especial os princípios basilares de liberdade, democracia e de direitos humanos, e por óbvio, aliados à existência de mecanismos internos suficientes para sua proteção<sup>4344</sup>.

Motivo pelo qual se torna imperioso reforçar que a cooperação judiciária em matéria penal é indissociável de certo grau de harmonização entre as legislações dos Estados-Membros (especialmente nas garantias

---

<sup>41</sup> VALENTE, Manuel. *Do Mandado de Detenção Europeu...*, p. 56, 59, 64 e 287.

<sup>42</sup> JUNIOR, Mário Elias Soltoski. *O controlo da dupla incriminação...*, p. 477.

<sup>43</sup> MATOS, Ricardo Jorge Bragança de. *O princípio do reconhecimento mútuo...*, p. 328.

<sup>44</sup> PEREIRA, Luís Silva. *Alguns aspectos...*, p. 64. Neste sentido, o autor afirma que “[r]econhecimento mútuo significa possuir absoluta confiança num sistema legal de um país estrangeiro, que se encontra muito próximo do nosso, porque construído sobre os mesmos alicerces e interligado por um padrão mínimo comum”, de modo que o reconhecimento e execução de decisões emanadas por autoridades judiciárias estrangeiras significa a renúncia de parte da soberania penal de determinado Estado, a fim de construir o espaço único europeu.

e proteções), sob pena da “posição jurídica da pessoa se transformar em objeto de instrumentalização do direito penal – incidência de uma política securitária por meio de uma aparente política criminal”<sup>45</sup>.

Isto significa que se o reconhecimento mútuo ocupa a posição de princípio basilar na construção do ESLJ, a harmonização é a via que possibilita que este espaço seja edificado de forma congruente com a tradição penal da União Europeia<sup>46,47</sup>, sendo imprescindível que haja o chamado “travejamento de uma política penal europeia”<sup>48</sup>.

Tudo isso a fim de evitar o surgimento de medidas isoladas e que não se enquadram em nenhum modelo de justiça penal previamente estruturado, sem olvidar a tendência securitária e repressiva adotada pelo legislador no espaço penal europeu<sup>49</sup>, em detrimento aos direitos e garantias fundamentais, que tão arduamente foram conquistados ao longo da história<sup>50</sup>.

---

<sup>45</sup> VALENTE, Manuel. *Do Mandado de Detenção Europeu...*, p. 295.

<sup>46</sup> *Idem*, p. 81.

<sup>47</sup> BULNES, Mar Jimeno. Orden europea de detención y entrega: garantías esenciales. *Revista Aranzadi de derecho y proceso penal*, Navarra, n. 19, p. 24. 2008. Problema prático da adoção do reconhecimento mútuo sem que haja um nível mínimo de harmonização do direito penal europeu: inexistente no ordenamento jurídico espanhol o delito chamado de “corrupção” (termo que integra a lista dos 32 crimes que prescindem o controle da dupla incriminação na execução do MDE), ao passo que a única disposição neste sentido é a “corrupção de menores”, prevista no art. 189 do CP. Ademais, o legislador espanhol optou por criminalizar as condutas de suborno, fraude e arrecadação ilegal de tributos somente no âmbito da Administração Pública, inexistindo qualquer regulamentação neste sentido para as atividades de caráter privado. Neste mesmo sentido, a indefinição de conceitos como “arma” ou “sabotagem”, também constantes no supracitado rol, podem gerar interpretações divergentes entre os Estados-Membros da União.

<sup>48</sup> RODRIGUES, Anabela. *O direito penal europeu emergente...*, p. 229-230. Neste mesmo sentido a autora aponta que “[a]s dúvidas levantadas à construção do espaço penal europeu estão ligadas, por vezes, à ausência de um sistema que garanta, de forma adequada e suficiente, o controle do respeito das liberdades fundamentais”, de modo que para a abolição da dupla incriminação no MDE, não importa mais “que crime é”, bastando somente que “seja crime”.

<sup>49</sup> VALENTE, Manuel. *Do Mandado de Detenção Europeu...*, p. 295. O próprio MDE, por exemplo, prescinde o controle da dupla incriminação ao invés de buscar a aproximação das legislações penais.

<sup>50</sup> RODRIGUES, Anabela. *O direito penal europeu emergente...*, p. 199.

## 2. O MANDADO DE DETENÇÃO EUROPEU

### 2.1. GENERALIDADES DO INSTRUMENTO

Conforme já adiantado, o MDE foi consagrado a nível europeu através da DQ 2002/584/JAI de 13 de Junho de 2002<sup>51</sup>, tendo sido transposto para o ordenamento jurídico interno português pela Lei n.º 65/2003 de 23 de agosto<sup>52</sup>, sem desconsiderar as pertinentes alterações desencadeadas na CRP, das quais se destaca a Lei Constitucional n.º 1/2001 de 12 de dezembro<sup>53</sup>, responsável por introduzir algumas exceções à proibição de entrega de cidadãos portugueses, harmonizando o direito interno com a DQ em questão<sup>5455</sup>.

Ao instrumentalizar o princípio do reconhecimento mútuo em âmbito criminal, o MDE é a forma de requisição e entrega de pessoas dentro do espaço único europeu, a partir de uma decisão emanada pela

<sup>51</sup> PATRICIO, Helena. The European arrest warrant in the case law of the Court of Justice. *UNIO Eu Law Journal*, Braga, v. 0, n. 0, p. 63, jul. 2014. Disponível em <[http://www.unio.cedu.direito.uminho.pt/Uploads/UNIO%200%20-%20Helena%20Patricio\\_pt.pdf](http://www.unio.cedu.direito.uminho.pt/Uploads/UNIO%200%20-%20Helena%20Patricio_pt.pdf)>. Acesso em 03 mai. 2018. Destacam-se as revisões efetuadas através das seguintes Decisões-Quadro: 2006/783/JAI, 2008/909/JAI, 2008/947/JAI e 2009/299/JAI.

<sup>52</sup> PORTUGAL. Lei n.º 65/2003, de 23 de agosto. Mandado de Detenção Europeu. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=298&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=298&tabela=leis)>. Acesso em 26 dez. 2016.

<sup>53</sup> PORTUGAL. Lei n.º 1/2001, de 12 de dezembro. Quinta revisão constitucional. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=12&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=12&tabela=leis)>. Acesso em 26 dez 2016. Para maiores informações, consultar o artigo 33 da Constituição da República Portuguesa.

<sup>54</sup> CAEIRO, Pedro; FIDALGO, Sónia. O mandado...*Temas de Extradicação e Entrega...*, p. 160 e 161.

<sup>55</sup> MERCOSUL. *Decisão N° 48/10 do Conselho do Mercado Comum (CMC)*. Acordo sobre o Mandado Mercosul de Captura e Procedimentos de Entrega entre Estados-partes do Mercosul e Estados Associados. Foz do Iguaçu, 16 de dezembro de 2010. A título de curiosidade, destaque-se que o Mercosul apresenta um instrumento semelhante: o Mandado Mercosul de Captura.

Para maiores informações, veja-se: VENANCI, Daiana Seabra. O Mandado de Detenção Europeu vs. O Mandado de Captura do Mercosul: Uma análise comparativa. *Revista do Programa de Direito da União Europeia: revista do módulo europeu do Programa Jean Monnet da FGV Direito Rio*, Rio de Janeiro, n. 2, p. 27-54, p. 27-54.

autoridade judiciária “de emissão”, direcionada à autoridade judiciária “de execução”, para que esta promova a localização, detenção e entrega do sujeito, a fim de submetê-lo a procedimento criminal com pena máxima não inferior a doze meses, ou cumprimento de pena ou medida de segurança privativas de liberdade, com pena máxima não inferior a quatro meses<sup>56</sup>.

A decisão é emitida nos termos do direito interno do Estado-Membro de emissão, e deverá ser reconhecida pela autoridade judiciária de execução de maneira plena e direta, independentemente da existência de diferenças entre os ordenamentos jurídicos em causa<sup>57</sup>, o que significa que mesmo que não possa tratar a questão de modo idêntico, a autoridade judiciária de execução deve acolher aquela decisão como se fosse emanada dentro da sua própria jurisdição<sup>58</sup>.

Ainda, destaca-se que ao efetuar a “abertura de fronteiras” das decisões judiciais<sup>59</sup>, o MDE resulta na substituição do obsoleto procedimento de extradição na relação entre os Estados-Membros do espaço único europeu<sup>60</sup>, já que se trata de um mecanismo mais célere e menos burocratizado. Contudo, observe-se que a extradição não é excluída

---

<sup>56</sup> CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. 2002/584/JAI... Artigos 1.º, 2.º e 6.º. Está expresso na DQ que a pena ou medida de segurança devem obrigatoriamente ser de natureza privativa de liberdade, além de ser quantificada a duração mínima das segregações, sendo possível concluir que delitos de menor potencial lesivo e/ou punidos com pena pecuniária, ou infrações administrativas jamais serão objeto de um MDE. Justifica-se esta opção do legislador diante de todo o aparato judicial acionado para a entrega de uma pessoa, sem desconsiderar o grande impacto que isso causa na sua vida social.

<sup>57</sup> MATOS, Ricardo Jorge Bragança de. Mandado de detenção europeu. *Revista do Ministério Público de Lisboa*, Lisboa, v. 27, n. 106, abr./jun. 2006, p. 164-165.

<sup>58</sup> GRAÇA, António da. *O Regime Jurídico do Mandado de Detenção Europeu*. Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 15. O autor cita a decisão proferida no Acórdão do STJ, de 27.04.2011, nos autos do processo n.º 26/11.9YRGMR. S1 – 3ª secção.

<sup>59</sup> DESCAMPS, Marie-Hélène *apud* JUNIOR, Mário Elias Soltoski. O controlo da dupla..., p. 481.

<sup>60</sup> CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. 2002/584/JAI... Considerando números 7 e 11.

do ordenamento jurídico dos Estados-Membros, sendo preservada nas relações destes com Estados terceiros<sup>61</sup>.

A execução do MDE desencadeia a detenção do sujeito ainda dentro do território do Estado-Membro em que se encontrar, sendo que esta privação de liberdade é de natureza “cautelar, precária, temporária e provisória”, e tem por objetivo a sua entrega para a autoridade judicial de emissão, onde será processado criminalmente ou submetido ao cumprimento de pena ou medida de segurança privativas de liberdade<sup>62</sup>.

Contudo, observe-se que a manutenção da detenção é facultativa, de modo que a autoridade judiciária de execução pode optar por conceder a qualquer momento a liberdade provisória ao sujeito, nos termos do seu direito nacional interno, desde que adote as devidas e necessárias providências para evitar eventual fuga<sup>63</sup>.

De acordo com o explanado anteriormente, o reconhecimento mútuo foi adotado como princípio basilar do MDE, pois permite a simplificação e celeridade do procedimento<sup>64</sup>, já que é, em tese, implementado dentro do espaço único europeu, o qual envolve Estados-Membros que são norteados pelos mesmos princípios e garantias fundamentais, celebrados na própria adesão à União Europeia<sup>65</sup>.

Como consequências práticas da adoção do reconhecimento mútuo, verificam-se determinadas hipóteses em que há dispensa do controle

<sup>61</sup> RODRIGUES, Anabela. *O direito penal europeu emergente...*, p. 194.

<sup>62</sup> VALENTE, Manuel. *Do Mandado de Detenção Europeia...*, p. 123-124.

<sup>63</sup> CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. 2002/584/JAI... Artigo 12.º.

<sup>64</sup> E-JUSTICE. *European Arrest Warrant*. Disponível em <[https://e-justice.europa.eu/content\\_european\\_arrest\\_warrant-90-pt.do?clang=en](https://e-justice.europa.eu/content_european_arrest_warrant-90-pt.do?clang=en)>. Acesso em 02 mai. 2018. No que tange à desburocratização, suas principais diferenças em relação ao procedimento ordinário de extradição é a disposição de prazos estritos para o seu cumprimento, a desnecessidade do princípio da dupla incriminação para 32 categorias de crimes, a ausência de influência política na decisão e a possibilidade de entrega de nacionais. O resultado disso é que um processo de entrega a partir do MDE dura em média 14 a 16 dias se houver consentimento de entrega pelo sujeito. Caso não haja o consentimento, o tempo-médio sobe para cerca de dois meses, o que ainda representam números bastante significativos em comparação aos intermináveis processos de extradição, que podem demorar anos até serem cumpridos.

<sup>65</sup> GRAÇA, António da. *O Regime Jurídico...*, p. 18.

da dupla incriminação<sup>66</sup>, concendo caráter de quase automaticidade da execução do mandado diante dos excepcionais motivos obrigatórios e facultativos de não execução<sup>67</sup>, e a dispensa do comando político na decisão de entrega, mantendo-se somente o controle judiciário<sup>68</sup>.

Realizados os pertinentes apontamentos sobre o contexto em que surge e os preceitos básicos deste mecanismo, passemos agora a analisar o grau de proteção aos direitos humanos corporificado na DQ e nos demais Tratados adotados pela União Europeia, verificando se estas disposições possuem efeito vinculante à atuação das autoridades judiciárias.

## 2.2. A PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E O CARÁTER SECURITÁRIO DO ESPAÇO PENAL EUROPEU

A entrega da pessoa desencadeada pelo MDE, não obstante seja imprescindível para a realização do julgamento ou do cumprimento da pena ou medida de segurança privativas de liberdade em outro Estado-Membro, sob a perspectiva dos direitos fundamentais, representa o modo mais gravoso de cooperação<sup>69</sup>, pois implica na detenção e posterior entrega do sujeito para autoridade judiciária estrangeira através de um mecanismo que aboliu os controles político e de dupla incriminação (este parcialmente) sobre a decisão<sup>70</sup>, além de implicar nas conhecidas consequências de ordem pessoal, social e familiar oriundas da submissão ao processo penal e ao sistema carcerário.

Tal panorama proporciona que o MDE, da forma como é estruturado e no contexto de política criminal europeia em que surge, apresente algumas dicotomias na seara da proteção aos direitos e garantias fundamentais dos sujeitos, sendo extremamente pertinente que façamos uma análise mais aprofundada sobre as disposições incorporadas (ou não) no âmago do instrumento legal, que versam sobre a salvaguarda de direitos.

---

<sup>66</sup> CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. 2002/584/JAI.... Artigo 2.º n.º 2.

<sup>67</sup> CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. 2002/584/JAI.... Artigos 3.º e 4.º.

<sup>68</sup> VALENTE, Manuel. *Do Mandado de Detenção Europeu...*, p. 92.

<sup>69</sup> CAEIRO, Pedro; O procedimento de entrega..., p. 72.

<sup>70</sup> VALENTE, Manuel. *Do Mandado de Detenção Europeu...*, p. 165 e 167.

### 2.2.1. A SALVAGUARDA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA DECISÃO-QUADRO

Pelo até então exposto, pode-se concluir que diante dos princípios que ditam o funcionamento do espaço único europeu em matéria penal e do teor da DQ que institui o MDE, a execução do pedido de entrega é tida como a regra geral, o que concede caráter de quase automaticidade no cumprimento deste instrumento de cooperação entre os Estados-Membros.

Todavia, diante do modelo processual penal europeu vigente, é consequência lógica que não se pode admitir que um mecanismo desta natureza seja admitido sob quaisquer circunstâncias. Portanto, os motivos de não execução, mesmo que aplicados de maneira excepcional, representam importante salvaguarda de direitos e garantias fundamentais no MDE, já que freiam eventuais avanços de um processo penal punitivista e repressivo.

Deste modo, ao se deparar com pedido de entrega via MDE, além de verificar as formalidades gerais do pedido<sup>71</sup>, a autoridade judicial de execução deve atentar à inexistência de motivos de não execução obrigatória<sup>72</sup>, que são considerados pela doutrina como a “balança na perigosa promulgação da eficácia e da segurança em prejuízo da liberdade individual”<sup>73</sup>.

Além disso, deve atentar também aos motivos de não execução facultativa<sup>74</sup>, que conferem à autoridade judiciária de execução um “*potestas decidendi* livre e de refúgio face à quase automática vinculação de execução do MDE”<sup>75</sup>, de modo que esta margem de discricionariedade permite um juízo de ponderação entre os interesses protegidos no caso em tela<sup>76</sup>, servindo tanto para equilibrar o binômio liberdade-segurança, como para evitar decisões desproporcionais e que violem dos direitos do sujeito<sup>77</sup>.

<sup>71</sup> CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. 2002/584/JAI... Artigo 8.º.

<sup>72</sup> *Idem*. Artigo 3.º. Os motivos de não execução obrigatória elencados na DQ são a anistia, o princípio do *ne bis in idem* e a idade do agente.

<sup>73</sup> VALENTE, Manuel. *Do Mandado de Detenção Europeu...*, p. 182.

<sup>74</sup> CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. 2002/584/JAI... Artigo 4.º. Por sua vez, despontam como motivos de não execução facultativa do MDE a prescrição, o princípio do *ne bis in idem*, a territorialidade do delito, a nacionalidade ou local de residência do agente, dentre outros.

<sup>75</sup> VALENTE, Manuel. *Do Mandado de Detenção Europeu...*, p. 191.

<sup>76</sup> *Idem*, *Ibidem*.

<sup>77</sup> *Idem*, p. 187.

Por fim, também existem condições especiais de execução do MDE<sup>78</sup>, que podem ser exigidas pela autoridade judiciária de execução ao Estado-Membro de emissão, a fim de minimizar eventuais divergências existentes nas legislações penais dos Estados envolvidos, bem como proteger os direitos e garantias fundamentais do agente.

Ocorre que nenhum dos três dispositivos legais supracitados<sup>79</sup> indicam expressamente que a violação de direitos e garantias fundamentais, em especial a submissão a pena ou tratamento cruel ou degradante<sup>80</sup>, são considerados motivos suficientes para desencadear a não execução do MDE, tendo esta lacuna sido mantida na transposição da DQ para o ordenamento jurídico interno de alguns países, como é o caso de Portugal (através da Lei n.º 65/2003)<sup>81,82</sup>.

---

<sup>78</sup> CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. 2002/584/JAI... Artigo 5.º. São casos excepcionais que permitem que a autoridade judicial de execução busque garantias da autoridade de emissão antes de executar o MDE.

<sup>79</sup> Ou seja, os artigos 3º, 4º e 5º da Decisão-Quadro 2002/584/JAI.

<sup>80</sup> TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. Caso Irlanda contra Reino Unido. Demanda n.º 5310/71, de 18 de janeiro de 1978. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-181585> [https://www.unodc.org/tldb/pdf/CASE\\_OF\\_IRELAND\\_v.\\_THE\\_UNITED\\_KINGDOM.doc](https://www.unodc.org/tldb/pdf/CASE_OF_IRELAND_v._THE_UNITED_KINGDOM.doc)>. Acesso em 15 jan. 2017.. A decisão refere em três tipos distintos de maus tratos: Tratamento desumano é o que “se não causar lesões físicas, ao menos leva a um intenso sofrimento físico e mental (...), podendo ocasionar em distúrbios psiquiátricos durante o interrogatório”. Tratamento degradante, por sua vez, “causa na vítima sentimentos de medo, angústia e inferioridade, capaz de humilhar e rebaixar, possivelmente quebrando sua resistência física ou moral”. Tortura, por fim, é o emprego de tratamentos desumanos ou degradantes visando “extrair confissões, nomes ou informações”.

<sup>81</sup> UNIÃO EUROPEIA. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)...Artigo 228,º. . Atentar à possibilidade dos países, ao transpor essa DQ, acrescentar tais violações no rol de não-execução, pois não obstante existam vozes que defendam a aplicação direta destes instrumentos, o artigo em questão é categórico ao apontar que “[a] diretiva vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios”. Atente-se ainda que Diretivas e Decisões-Quadro possuem semelhante finalidade e estrutura, diferenciando-se somente no quórum de aprovação, o que não é relevante para a perspectiva aqui tratada.

<sup>82</sup> TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA. *Processo n.º 71/14.2YRCBR*. Relatora Alice Santos, Coimbra, 14 de maio de 2014. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/5918957b67be7f6480257cde>>

Deste modo, não obstante a omissão do legislador, questiona-se a possibilidade prática de não execução do MDE quando houver probabilidade/possibilidade de que o sujeito entregue seja submetido a tratamento ou penal cruel e degradante no âmbito carcerário do Estado de emissão<sup>83</sup>. Para buscar uma solução ao problema posto, imprescindível analisar o conteúdo da DQ que institui o MDE em conjunto com os demais Tratados vigentes na UE. O Considerando n.º 10 da DQ alude que embora o MDE seja baseado “num elevado grau de confiança”, caso o Estado-Membro de emissão cometa alguma “violação grave e persistente”<sup>84</sup> dos princípios elencados no artigo 6.º, n.º 1, do TFUE<sup>85</sup>, a autoridade de execução está autorizada a suspender a entrega da pessoa.

O artigo supracitado do TFUE aponta às garantias enunciadas na CDFUE<sup>86</sup>, que dentre outras disposições, prescreve que “[n]inguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas desumanos ou degradantes”, e que “[n]inguém pode ser afastado, expulso ou extraditado para um Estado onde corra sério risco de ser sujeito a pena de morte, a tortura ou a outros tratos ou penas desumanos ou degradantes”<sup>87</sup>.

---

003647bd?OpenDocument&Highlight=0,Processo,71%2F14.2YRCBR>. Acesso em 02 mai. 2018. Destaca-se que a legislação portuguesa utiliza o requisito de entrega facultativo apontado no artigo 5.º, n. 3º da Decisão-Quadro. Assim, Portugal exige que nacional entregue para ser submetido a procedimento criminal em país estrangeiro, seja posteriormente devolvido ao país luso, caso condenado, para que cumpra aqui a pena ou medida de segurança privativas de liberdade impostas.

<sup>83</sup> VALENTE, Manuel. *Do Mandado de Detenção Europeu...*, p. 328. Tendo em vista a vasta gama de situações que podem configurar “pena ou tratamento cruel ou degradante”, o autor aponta alguns exemplos de situações que colocam em risco a integridade do sujeito, como as péssimas condições carcerárias, a natureza do delito cometido, ou as características pessoais do agente, como orientação sexual ou religião, que dependendo do contexto social do Estado de emissão, podem configurar risco pessoal para o agente, especialmente dentro do âmbito carcerário.

<sup>84</sup> CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. 2002/584/JAI.... Considerando n.º 10. Tal suspensão somente poderá se dar quando o Conselho verificar tais violações por meio do procedimento previsto no artigo 7.º, n.º 1, do TFUE.

<sup>85</sup> Sigla de “Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia”.

<sup>86</sup> Sigla de “Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia”.

<sup>87</sup> UNIÃO EUROPEIA. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE). Artigos 4.º e 19.º, n. 2. Disponível em: <<http://eur-lex.europa>.

Ademais, além de consagrar o respeito aos direitos fundamentais pela DQ, o Considerando n.º 12 expressa a observância dos princípios reconhecidos no artigo 6.º do TUE<sup>88</sup> e da CDFUE. Ainda, exprime que o MDE não será executado quando verificado que o processamento ou a punição da pessoa se dá em razão do seu sexo, raça, religião, ascendência étnica, nacionalidade, língua, opinião política ou orientação sexual<sup>89</sup>.

Outrossim, ao passo que o Considerando n.º 13 declara a proibição de afastamento, expulsão ou extradição de uma pessoa para Estado “onde corra sério risco de ser sujeito a pena de morte, tortura ou a outros tratos ou penas desumanos ou degradantes”<sup>90</sup>, o artigo 1.º, n.º 3, apresenta uma limitação geral à aplicação deste instrumento<sup>91</sup>, já que refere que a DQ não altera a obrigação de respeito dos direitos e princípios fundamentais constantes no artigo 6.º do TUE<sup>92</sup>, tratado anteriormente.

Finalmente, o artigo 23.º, n.º 4 expressa a chamada “suspensão de entrega por motivos humanitários”, que consiste na possibilidade de suspensão temporária da execução do MDE quando forem verificados motivos válidos para se acreditar que a entrega da pessoa poderá colocar sua vida ou saúde em risco. Todavia, por se tratar de mera suspensão, é imperioso destacar que a entrega deverá ser efetuada tão logo cessem os motivos que a ensejaram<sup>93</sup>.

Diante do exposto, mesmo que o legislador da UE tenha optado por não consagrar expressamente tal hipótese dentro dos róis de não execução (obrigatórias ou facultativas), ou de condições especiais para execução do MDE, a DQ não é completamente omissa sobre a questão, pois conforme o teor dos dispositivos supracitados, impede-se que haja

---

[eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:12016P/TXT&from=PT](http://eu.legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:12016P/TXT&from=PT). Acesso em 29 dez. 2016.

<sup>88</sup> Sigla de “Tratado da União Europeia”.

<sup>89</sup> CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. 2002/584/JAI.... Considerando n.º 12.

<sup>90</sup> CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. 2002/584/JAI.... Considerando n.º 13.

<sup>91</sup> BERTONE, Nicola *apud* VALENTE, Manuel. *Do Mandado de Detenção Europeu...*, p. 297.

<sup>92</sup> CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. 2002/584/JAI.... Artigo 1º, n.º 3.

<sup>93</sup> CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. 2002/584/JAI.... Artigo 23º, n.º 4.

interpretação do mecanismo de entrega de forma contrária e violadora dos princípios, direitos e garantias consagrados na CEDH<sup>94</sup>.

Com isso, tendo em vista que a salvaguarda de direitos e garantias fundamentais é alicerce da própria relação de confiança mútua entre os Estados-Membros, somente a partir dela é que se pode tencionar a construção de um “espaço penal europeu comum humanizante”<sup>95</sup>. Portanto, existem fundamentos interpretativos e jurídicos no corpo da própria DQ que desterram a possibilidade de entrega do sujeito, quando houver probabilidade de submissão a pena ou tratamento cruel ou degradante.

### 2.2.2. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NA UE: TRATADOS E LEIS DE TRANSPOSIÇÃO

Seguindo na linha apresentada no ponto anterior, insta salientar que os argumentos favoráveis à não execução do MDE em caso de probabilidade/possibilidade de submissão do sujeito a pena ou tratamento cruel ou degradante no sistema carcerário do Estado-Membro executor não se restringem somente ao campo da DQ.

Inicialmente, destaca-se que a legitimidade da inclusão pelos Estados-Membros nas leis de transposição a hipótese expressa de não execução do MDE quando verificada violação de direitos humanos já foi alvo de debate político, tendo o Conselho se manifestado no sentido de que a proteção aos direitos fundamentais já é inerente à própria função jurisdicional, sendo desnecessária e redundante qualquer inclusão expressa neste aspecto. Nessa mesma linha, entendeu também que a incorporação dessa nova possibilidade no rol de hipóteses de não execução condicionaria a autoridade de execução a verificar situações dessa natureza em todos os pedidos de entrega recebidos, o que poderia gerar abalo na relação de confiança mútua entre os Estados-Membros envolvidos<sup>9697</sup>.

<sup>94</sup> VALENTE, Manuel. *Do Mandado de Detenção Europeu...*, p. 201.

<sup>95</sup> *Idem*, p. 325.

<sup>96</sup> ZARZA, María Ángeles Gutiérrez. La evaluación de los Estados miembros en el Tercer Pilar de la Unión Europea: el caso particular de la Orden de Detención Europea (I). *Revista Aranzadi de derecho y proceso penal*, Navarra, n. 16, p. 167-168, 2006.

<sup>97</sup> WEYEMBERGH, Anne. *European Added Value Assessment...*, p. 32. Não obstante países como Polônia e Romênia sejam conhecidos pela (quase)

Tal fato reforça a incoerência na suposição de que a violação de princípios e garantias fundamentais, nomeadamente a submissão a pena ou tratamento cruel ou degradante em âmbito penitenciário, possa encontrar respaldo em eventuais fundamentos de proteção elevada dos cidadãos ou de suporte ao espaço de liberdade, segurança e justiça, pois “[a] liberdade da pessoa e os direitos fundamentais pessoais afetados pelo MDE [...] não podem ser maniatados e manuseados como meros instrumentos de *potestas*”<sup>98</sup>. Portanto, é substancial que as regras específicas ao MDE sejam interpretadas e aplicadas em conformidade com as normas de proteção da CEDH e da própria UE.

Destarte, caberá às autoridades judiciárias envolvidas, tanto de emissão quanto de execução (especialmente esta, pois é quem possui o efetivo poder de decisão sobre a entrega) interpretar a DQ nos termos supramencionados. Devem, portanto, pautar sua atuação não a partir de visão estritamente formal e pragmática de detenção do sujeito e cumprimento do mandado, mas sim pela aplicação do mecanismo em consonância com as disposições legais que promovem o respeito aos direitos e garantias fundamentais<sup>99</sup>.

A despeito da supracitada posição do Conselho, outro argumento que deve ser destacado é a questão da legislação interna dos Estados-Membros. Caso haja omissão do legislador nacional ao transpor o teor da DQ, não elencando a hipótese de não execução do MDE diante a possibilidade de violações de direitos e garantias fundamentais<sup>100</sup>, resta como possibi-

---

banalização do instrumento, não respeitando graus mínimos de proporcionalidade na emissão de mandados, ao passo que possuem sistemas carcerários bastante deficitários.

<sup>98</sup> VALENTE, Manuel. *Do Mandado de Detenção Europeu...*, p. 198-199.

<sup>99</sup> *Idem*, *Ibidem*.

<sup>100</sup> ITÁLIA, Legge 22 aprile 2005. Artigo 18.º, alíneas “a” a “h”. Disponível em: <<http://www.camera.it/parlam/leggi/05069l.htm>>. Acesso em 30 dez. 2016. Tendo em vista que a DQ é um instrumento que vincula o Estado somente em relação a finalidade a ser atingida, possibilitando certa liberdade sobre os meios utilizados, ao contrário de Portugal e Espanha, a Itália transpôs a DQ ao ordenamento interno, promovendo o alargamento para dezenove hipóteses de não execução do MDE, incluindo a “cláusula humanitária de não-discriminação” e o “perigo de morte, tortura ou tratamento desumano ou degradante”. Disponível em: <<http://www.camera.it/parlam/leggi/05069l.htm>>. Acesso em 06 jan. 2017.

lidade recorrer às salvaguardas constitucionais, uma vez que o texto da Constituição prevalece perante o direito infra-constitucional<sup>101</sup>.

No específico caso português, o texto constitucional é categórico ao destacar que “[n]ão é admitida a extradição, nem a entrega a qualquer título [...] por crimes a que corresponda, segundo o direito do Estado requisitante, pena de morte ou outra de que resulte lesão irreversível na integridade física”, bem como “[n]inguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos”<sup>102</sup>.

O artigo 204.º da CRP reforça essa posição ao dispor expressamente que o juiz é investido no dever constitucional de fiscalizar e deixar de aplicar determinada norma quando verificar que ela se encontra em desacordo com as normas e princípios salvaguardados pela Constituição.

Salienta-se ainda a existência de outros instrumentos legais que versam neste sentido, como a Lei da Cooperação Judiciária em Matéria Penal (Lei n.º 144/99, de 31 de agosto) e a Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes (adotada pela Resolução 39/46 da ONU em 1984 e vigorando em Portugal desde 1989).

A primeira possibilita a recusa no pedido de cooperação quando o fato delituoso for punido com pena de morte, ou se a sanção puder resultar em lesão irreversível à integridade da pessoa<sup>103</sup>. A segunda, por sua vez, representa importante ferramenta no combate a violações desta natureza, já que além de dispor expressamente a proibição da expulsão, devolução ou extradição quando houver fundados motivos que deste fato poderá decorrer torturas ou maus tratos, prevê ainda o comprometimento dos Estados signatários a proibirem estas violações dentro dos seus territórios de jurisdição<sup>104</sup>.

<sup>101</sup> VALENTE, Manuel. *Do Mandado de Detenção Europeu...*, p. 196.

<sup>102</sup> PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa (CRP). Artigos 33, n.º 6 e 25.º, n. 2. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/crp.html>>. Acesso em 29 dez. 2016..

<sup>103</sup> PORTUGAL. Lei n.º 144/1999, de 31 de agosto. Lei de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal. Artigo 6.º, alínea “e”. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=295&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=295&tabela=leis)>. Acesso em 29 dez. 2016.

<sup>104</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução 39/46*, de 10 de dezembro de 1984. Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas

Por fim, cita-se também a DUDH (1948), o PIDCP (1966, mas vigorando em território português a partir de 1978) e a CEDH (1950, entrando em vigor em 1953), que nos artigos 5.<sup>o105</sup>, 7.<sup>o106</sup> e 3.<sup>o107</sup>, respectivamente, declaram expressamente a vedação à tortura, penas ou tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos.

Diante do exposto, compreendemos que mesmo que se busque fomentar a livre circulação de decisões judiciais em matéria penal no espaço único europeu, é incompatível com os fundamentos basilares que originam a UE e o próprio Estado de Direito democrático a ideia de que eventuais violações de direitos e garantias fundamentais estariam “justificadas” sob o manto da confiança mútua. Nesta esteira, afirma-se que “[o] princípio do primado dos direitos, liberdades e garantias sobrepõe-se a qualquer tentativa de atropelamento dos mesmos”<sup>108</sup>, podendo-se encontrar argumentos de sustentação dessa posição na DQ, na CRP, na legislação ordinária portuguesa e ainda em Tratados e Convenções.

### 2.2.3. AUTORIDADES JUDICIÁRIAS DE EMISSÃO E EXECUÇÃO: COMO AGIR?

A proibição de penas ou tratamentos cruéis ou degradantes representa o primeiro corolário de manifestação do princípio da humanidade

---

cruéis, desumanos ou degradantes. Art. 3.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 1 e Art. 16.<sup>o</sup> n.<sup>o</sup> 1. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/tortura/lex221.htm>>. Acesso em 05 jan. 2017.

<sup>105</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 10 de dezembro de 1948. Artigo 5.<sup>o</sup>. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf> <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh.html>>. Acesso em 05 jan. 2017.

<sup>106</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), de 23 de março de 1976. Artigo 7.<sup>o</sup>. Disponível em: <[http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/2\\_pacto\\_direitos\\_civis\\_politicos.pdf](http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/2_pacto_direitos_civis_politicos.pdf)>. Acesso em 05 jan. 2017.

<sup>107</sup> UNIÃO EUROPEIA. Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), adotada em 4 de novembro de 1950 e vigorando na ordem internacional a partir de 1953. Artigo 3.<sup>o</sup> “[n]inguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes”. Disponível em: <[https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf)>. Acesso em 15 jan. 2017.

<sup>108</sup> VALENTE, Manuel. *Do Mandado de Detenção Europeu...*, p. 208.

no Direito Penal<sup>109</sup>, verificando-se sua violação tanto na aplicação de penas de morte ou de prisão demasiadamente longas, como também na forma que o sujeito é tratado dentro do sistema carcerário, o qual deve proporcionar um ambiente salubre, espaçoso e suficientemente adequado à ressocialização do agente<sup>110</sup>.

Por todo o exposto, tal questão é bastante delicada e coloca em voga a importância da atuação das autoridades judiciárias de emissão e execução no MDE, as quais deverão sempre pender ao equilíbrio na balança da justiça, evitando a impunidade, mas não a qualquer custo – isto é, sem atropelo de direitos e garantias fundamentais.

Conforme exaustivamente tratado, é inegável que a execução do MDE se mantém como regra geral, de modo que não basta qualquer alegação para obstar o seu cumprimento, sob pena de haver o esvaziamento da aplicabilidade do mecanismo, a impunidade de delitos e a criação de territórios de refúgio para os criminosos, especialmente porque se tem conhecimento de que ao menos quarenta e sete Estados-Membros do Conselho da Europa enfrentam problemas no âmbito penitenciário<sup>111</sup>.

Dessa forma, o sujeito-alvo do MDE que acreditar estar na iminência de ser submetido a tratamento ou pena cruel ou degradante em âmbito carcerário do Estado-Membro de execução deverá trazer fundamentos concretos que possam sustentar seu ponto e embasar a decisão de não-entrega pela autoridade de execução. A título de exemplo, a existência de registros recentes de violações similares no Estado de emissão pode servir como indício, inclusive cominando na suspensão do procedimento de entrega.

Por sua vez, sugere-se que ambas as autoridades judiciárias somente emitam e executem o MDE após realizarem um juízo reflexivo de

<sup>109</sup> ARZAMENDI, José Luis de la Cuesta. El principio de humanidad en derecho penal. *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, San Sebastian, n. 23, p. 212. 2009.

<sup>110</sup> *Idem*, p. 220.

<sup>111</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Conclusões do Advogado-Geral Yves Bot. Demanda n.º C-404/15 e c-659/15 PPU, de 3 de março de 2016. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=portugal&docid=174758&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&oc=c=first&part=1&cid=1066462#ctx1>>. Acesso em 16 jan. 2017.

adequação, necessidade e proporcionalidade<sup>112</sup> sobre a situação fática, considerando a natureza do delito (especialmente o grau de lesividade e se cometido ou não mediante violência) e a sanção penal que poderá ser aplicada ou será executada, evitando a banalização do instrumento<sup>113</sup>.

Deste modo, no específico caso da autoridade de execução que se deparar com pedido de não-execução dessa natureza por parte do sujeito-alvo, isto é, colacionado por fundamentos concretos de possibilidade submissão a tratamento ou penal cruel ou degradante no sistema carcerário do Estado-Membro de emissão, compreendemos que o julgador deverá verificar cautelosamente tais elementos, sendo prudente que requisite ao Estado-Membro de emissão todas as informações que entender necessárias para elucidar eventuais dúvidas e embasar sua decisão.

Por sua vez, caso seja comprovado que o sistema prisional do Estado-Membro de emissão apresenta substanciais deficiências que possam efetivamente violar os direitos fundamentais do sujeito-alvo, a autoridade judiciária de execução deverá decretar a suspensão do pedido de execução enquanto o problema não for solucionado, inclusive sendo facultativa a revogação da detenção do sujeito, desde que adotadas medidas para evitar eventual fuga<sup>114115</sup>.

---

<sup>112</sup> TRIBUNAL DE ESTUGARDA. *Decisão de 25 de fevereiro de 2010*. Disponível em: <[http://www.fd.unl.pt/Anexos/10757\\_4.pdf](http://www.fd.unl.pt/Anexos/10757_4.pdf)>. Acesso em 17 jan. 2017. Neste sentido decidiu o Oberlandesgericht Stuttgart, afirmando que a emissão de Mandado de Detenção Europeu deve ser pautada sob o princípio da proporcionalidade, tendo em vista o crime praticado e a sanção a ser aplicada.

<sup>113</sup> Para aprofundar a questão do princípio da proporcionalidade no âmbito do MDE, recomenda-se a leitura de: JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Do princípio da proporcionalidade e sua aplicação no mandado de detenção europeu. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 435-472, jan./abr. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.114>.

<sup>114</sup> CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. 2002/584/JAI... Artigos 12.º e 23.º n.º 4.

<sup>115</sup> TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES. *Processo n.º 11/10.8YRG-MR*. Relator Cruz Buchó, Guimarães, 21 de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579e-c004d3832/1597a455ec8820de802578310054b727?OpenDocument>>. Acesso em 17 jan. 2017. A título de curiosidade, aponta-se que o Tribunal da Relação de Guimarães decidiu através do presente julgado que motivos humanitários constituem fundamento para a suspensão da entrega do sujeito, embora não possam ensejar na não execução.

Contudo, atente-se que a simples assunção de compromissos pelo Estado-Membro de emissão não deve ser vista como fundamento suficiente para embasar a execução do MDE em causa, sendo imprescindível que as garantias prestadas estejam efetivamente previstas no ordenamento penal e processual penal interno, vinculando a atuação das autoridades judiciais<sup>116</sup>.

Por outro lado, se mesmo com as garantias e compromissos prestados a autoridade judiciária de execução entender que persistem os riscos de submissão a pena ou tratamento cruel ou degradante no âmbito carcerário do Estado-Membro de emissão, somente então poderá decidir pela não execução do MDE, sem que tal recusa viole o princípio do reconhecimento mútuo.

Nesta senda, insta salientar que o juízo de proporcionalidade feito pela autoridade judicial de execução<sup>117</sup> eventualmente poderá apresentar possibilidades alternativas de resolução do caso, como o processamento do sujeito-alvo no próprio Estado-Membro de execução (caso este tenha competência para tanto), ou especialmente que possa cumprir lá a pena ou medida de segurança restritiva de liberdade eventualmente impostas (quando se tratar de nacional ou residente<sup>118</sup>).

Ademais, se após todo o este percurso ainda restarem dúvidas sobre a possibilidade ou não de violação de direitos e garantias com a execução do MDE, é sensato que a autoridade judicial de execução submeta a questão à apreciação do TJUE, por meio do instrumento denominado reenvio prejudicial<sup>119</sup>, a fim de garantir a aplicação uniforme do direito no espaço europeu.

Acreditamos que a adoção das precauções descritas acima é extremamente necessária para que não haja desequilíbrio na utilização do MDE, por um lado evitando a banalização do seu uso, mediante atropelo e violação de direitos e garantias fundamentais, e por outro, impedindo

<sup>116</sup> VALENTE, Manuel. *Do Mandado de Detenção Europeu...*, p. 320.

<sup>117</sup> *Idem*, p. 334.

<sup>118</sup> Possibilidade prevista no artigo 4.º, n.º 6 da DQ, e no artigo 12.º, n.º 1, “g” da Lei n.º 65/2003.

<sup>119</sup> Para maiores informações sobre este procedimento: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=URISERV%3A114552>>. Acesso em 16 jan. 2017.

o esvaziamento da sua aplicabilidade e consequente impunidade que daí poderia advir.

Pelo exposto, concluímos ser cristalino que a autoridade judicial de execução não ocupa simples “posição servil”<sup>120</sup> no MDE, pois se o sujeito procurado comprovar o real e concreto risco de violação dos seus direitos fundamentais, deve-se suspender imediatamente a execução do pedido de entrega, bem como possibilitar que o Estado-Membro de emissão corrija os problemas. Ideia essa baseada principalmente no fato de que dentre todos os Tratados e Convenções já citados, verifica-se a posição de destaque ocupada pela garantia de proteção contra tratamentos desumanos ou degradantes, inclusive, tendo essa salvaguarda sido elevada ao *status* de direito absoluto e sem possibilidade de derrogação pela CEDH<sup>121</sup>.

Como derradeira nota, os fundamentos legais dentro do quadro da DQ para embasar a decisão de não-execução do MDE pelos motivos expostos acima seriam: (i) – pelo artigo 1.º número 3.º da DQ 2002/584/JAI; e/ou (ii) – pelas demais disposições consagradas na CEDH e demais Tratados, sob o argumento de que além da DQ que institui o MDE não estar em desacordo com suas disposições, a entrega de sujeito nas condições aqui narradas, como será visto na sequência, pode inclusive acarretar a responsabilização “por ricochete” do Estado-Membro de execução<sup>122</sup>.

### 3. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL EUROPEIA

#### 3.1. O CASO SOERING<sup>123</sup>

O primeiro julgado que merece destaque é o “Caso Soering contra Reino Unido”, de 7 de julho de 1989, em que o alemão Jens Soering,

<sup>120</sup> VALENTE, Manuel. *Do Mandado de Detenção Europeu...*, p. 125.

<sup>121</sup> UNIÃO EUROPEIA. Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH)... Artigo 15.º, n. 2 . “[a] disposição precedente não autoriza nenhuma derrogação ao artigo 2.º, salvo quanto ao caso de morte resultante de actos lícitos de guerra, nem aos artigos 3.º, 4.º (parágrafo 1) e 7.º”.

<sup>122</sup> RODRIGUES, Anabela. *O direito penal europeu emergente...*, p. 208.

<sup>123</sup> TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. Soering contra Reino Unido. Demanda n.º 14038/88, de 7 de julho de 1989. Disponível: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-164736>>. Acesso em 15 jan. 2017.

detido na Inglaterra e aguardando sua extradição para os EUA, diante da acusação de ter assassinado os pais da namorada em março de 1985, no Estado da Virgínia. Após o crime, o jovem fugiu com sua companheira até serem encontrados pela polícia inglesa em abril de 1986.

Diante do pedido de extradição, as autoridades britânicas peticionaram aos EUA, requerendo garantias de que o Soering não seria condenado à pena de morte. Todavia, o único compromisso prestado pelo Procurador da Virgínia e pelo Governo Federal norte-americano (que sequer possuía competência legal para falar em nome do Estado da Virgínia) é que durante o julgamento, seria referido que o Reino Unido pugnava para que o jovem não fosse condenado à pena capital.

Ainda, em 11 de março de 1987, a Alemanha pleiteou a extradição de Soering, alegando a competência do tribunal alemão para realização do julgamento, diante da nacionalidade do arguido. Embora o acusado tenha concordado com a sua entrega ao país natal, as autoridades inglesas preteriram este pedido em relação ao estadunidense.

Deste modo, embora o Secretário de Estado inglês tenha determinado em 3 de agosto de 1988 a entrega de Soering às autoridades norte-americanas, esta não chegou a ser concretizada, pois o caso foi submetido ao julgamento do TEDH, de modo que o Presidente da Comissão órgão julgador comunicou o governo britânico em 11 de agosto de 1988, para que aguardasse a decisão antes de efetuar a extradição.

O TEDH decidiu que caso o Reino Unido extraditasse Soering para os EUA, estaria violando a proibição de tratamento desumano ou degradante disposta no artigo 3.º da CEDH<sup>124</sup>, não pela eventual aplicação de pena de morte, que à época não era vedada pelo artigo 2.º (situação modificada com o Protocolo n.º 6), e sim pelo fenômeno denominado “síndrome do corredor da morte” (*death row phenomenon*).

Conforme o entendimento do TEDH, esta síndrome envolve dois aspectos distintos: o primeiro é o elemento temporal, que considera o longo tempo de espera entre a condenação e a execução da pena

---

<sup>124</sup> UNIÃO EUROPEIA. Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH)... Art. 3º. “[n]inguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes”.

capital<sup>125</sup>, diante do grande número de recursos disponíveis (justificáveis pela gravidade da pena a ser imposta), e que ocasiona diversos efeitos psicológicos no sujeito, como nervosismo e ansiedade<sup>126</sup>.

O segundo elemento diz respeito às condições carcerárias que o sujeito estará submetido durante este longo período. No caso em tela, a prisão de Mecklenburg<sup>127</sup> segrega os condenados à pena de morte dos demais detentos e submete-os a níveis mais rígidos de segurança, reduzindo ainda mais a sua liberdade.

Desta forma, a convergência do aspecto temporal e das condições carcerárias, o fato de que Soering tinha somente dezoito anos de idade à época do crime, e a existência de laudos psiquiátricos apontando quadro clínico de perturbação mental, o TEDH realizou um juízo de proporcionalidade e decidiu que eventual extradição para os Estados Unidos implicaria em extrapolação dos limites estabelecidos no já citado artigo 3.º da CEDH.

Soma-se a isso que a possibilidade de extradição do jovem para a Alemanha, além de impedir a pena de morte (não adotada no ordenamento jurídico alemão) e a eventual submissão a tratamento cruel ou degradante, evitaria a impunidade do agente, “alcançando um justo equilíbrio entre os interesses em jogo”<sup>128</sup>.

Assim, o Caso Soering é de grande importância, pois além de apontar um direito implícito à não extradição, foi o primeiro caso internacionalmente reconhecido pelo TEDH que indicou a possibilidade de responsabilizar Estado signatário da CEDH que extradite determinada pessoa, mesmo que para outro Estado não signatário, quando houver sério risco de que a entrega acarrete pena ou tratamentos ou cruéis ou degradante.

---

<sup>125</sup> TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. Soering contra Reino Unido... §56.. Destaca-se que o tempo médio entre o julgamento e a execução no Estado da Virgínia varia entre seis e oito anos.

<sup>126</sup> CARDOSO, Raquel Preciosa Tomás. *Os Direitos Fundamentais nos procedimentos de entrega de pessoas procuradas*. Dissertação (Mestrado em 2013) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013, p. 25.

<sup>127</sup> TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. Soering contra Reino Unido.... §135 e seguintes.

<sup>128</sup> VALENTE, Manuel. *Do Mandado de Detenção Europeu...*, p. 332-333.

A especial relevância do caso em tela reside no longínquo entendimento do TEDH de que havendo conflito entre a expectativa de extradição para cumprimento de sanção penal, ainda que por crime grave, e a garantia da manutenção da sua dignidade humana, tende-se a priorizar este em detrimento daquele. Reforça-se isso, inclusive, com a possibilidade de responsabilização “colateral” em relação ao Estado que ignorando tais circunstâncias, extraditar o sujeito.

Desta forma, compreendemos que tal entendimento pode perfeitamente ser transposto à realidade discutida no presente estudo. Ainda que se substitua o pedido de extradição (relação vertical) pelo mandado de entrega (relação horizontal), conforme apontado, diversos países da União Europeia apresentam significativas insuficiências nos seus sistemas prisionais. Portanto, ainda que baseado no reconhecimento mútuo e na confiança recíproca, não há motivos razoáveis para que uma ordem de entrega prevaleça sobre a dignidade humana<sup>129</sup>.

### 3.2. O CASO ARANYOSI E CĂLDĂRARU<sup>130131</sup>

O derradeiro caso a ser analisado no presente estudo diz respeito aos processos C-404/15 e C-659/15 PPU, destacando-se as conclusões

<sup>129</sup> TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. *M.M.S. contra Bélgica e Grécia*. Demanda n.º 30696/09, de 21 de janeiro de 2011. § 353 Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-103050>>. Acesso em 03 mai. 2018. Quanto a isso, no julgamento do caso em tela o TEDH afirmou que o mero fato de adesão a tratados internacionais e existência de leis internas que garantam a salvaguarda de direitos fundamentais não são, por si só, suficientes para assegurar proteção adequada contra o risco de submissão do sujeito maus-tratos, quando no caso em tela houverem fontes confiáveis de que as autoridades tolerem práticas contrárias aos princípios da CEDH.

<sup>130</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Acórdão. Demanda n.º C-404/15 e c-659/15 PPU*, de 5 de abril de 2016. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=175547&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=380998>>. Acesso em 16 jan. 2017.

<sup>131</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Conclusões do Advogado-Geral Yves Bot. Demanda n.º C-404/15 e c-659/15 PPU*, de 3 de março de 2016. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=portugal&docid=174758&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1066462#ctx1>>. Acesso em 16 jan. 2017.

do Advogado-Geral Yves Bot (3 de março de 2016) e a decisão emanada pelo TJUE (5 de abril de 2016).

A autoridade judicial alemã, ora de execução, ingressou com um reenvio prejudicial perante o TJUE, a fim de verificar a (i)licitude da entrega de Pál Aranyosi e Robert Căldăraru, por meio de MDE, às autoridades judiciárias da Hungria e Roménia, respectivos Estados de emissão.

Pál Aranyosi foi acusado de cometer crimes furto e dano na Hungria, e o MDE objetivava sua entrega para submissão a procedimento penal. Por seu turno, Robert Căldăraru já havia sido condenado por dirigir veículo sem carta de condução, sendo que o MDE visava a sua entrega para cumprimento de pena privativa de liberdade de um ano e oito meses em estabelecimento prisional romeno.

A autoridade de execução questionou a (i)licitude das entregas, pois além das autoridades de emissão não informarem quais seriam os estabelecimentos prisionais em que os sujeitos seriam detidos, é notório que ambos os países apresentam gravíssimos problemas estruturais no sistema carcerário, como elevados índices de superlotação, conforme já fora destacado em prévios julgamentos que envolveram as duas nações<sup>132133</sup>. Outrossim, além de não cumprir com as condições carcerárias mínimas exigidas pela UE, as autoridades judiciárias de emissão não prestaram garantias de que iriam direcionar esforços para garantir a não submissão dos sujeitos a pena ou tratamento cruel ou degradante.

Ademais, o Advogado-Geral Yves Bot afirma que além do legislador europeu ter optado por não incluir expressamente a violação de direitos

---

<sup>132</sup> TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. *Iacov Stanciu contra Roménia*. Demanda n.º 35972/05, de 24 de julho de 2012. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-112420>>. Acesso em 16 jan. 2017. O sistema carcerário romeno é caótico a ponto de confinar detentos em espaço inferior a 2m<sup>2</sup>, de modo que as celas são demasiadamente pequenas, superlotadas, sujas, sem aquecimento ou água quente para banho, existindo inúmeros recursos pendentes no TEDH sobre a temática.

<sup>133</sup> TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. *Varga e Outros contra Hungria*. Demandas n.º 14097/12, 45135/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13 e 64586/13, de 10 de março de 2015. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-152784>>. Acesso em 16 jan. 2017. Por outro lado, o TJUE cita que o TEDH já se pronunciou mais de 450 vezes sobre casos de violação ao artigo 3.º da CEDH na Hungria, todos por conta das más condições carcerárias apresentadas pelo país.

e garantias fundamentais como hipótese de não execução obrigatória ou facultativa, o MDE é um mecanismo exclusivamente judiciário, utilizado na repressão da criminalidade e garantia da ordem pública, de modo que a não execução da entrega colocaria em perigo os direitos, a liberdade e a segurança dos demais cidadãos da UE, diante do risco de impunidade ocasionado. Posição a qual, conforme já explicitado no presente trabalho, discordamos.

A solução apontada por Yves Bot é no sentido de aplicação do princípio da proporcionalidade na emissão do MDE, diante das graves consequências que são geradas na vida do sujeito com sua entrega para outro Estado-Membro. Deste modo, entende que eventuais dúvidas devem ser submetidas à apreciação do TJUE.

Nesta linha, pertinente destacar a manifesta ausência de proporcionalidade na emissão do MDE contra Pál Aranyosi, pois a própria autoridade judiciária húngara informou posteriormente que a pena privativa de liberdade não seria imprescindível, havendo outras medidas sancionatórias menos gravosas e que poderiam ser aplicadas.

Por outro lado, a decisão do TJUE foi no sentido de que a autoridade judicial de execução deve verificar se há incompatibilidade das condições carcerárias com os direitos e garantias fundamentais consagrados pela UE, pois a proibição de penas ou tratos desumanos ou degradantes é revestida de caráter absoluto, independente do crime pelo qual o sujeito está sendo acusado ou foi condenado.

Assim, caso a autoridade de execução disponha de elementos concretos que comprovem o risco de submissão a tratamento ou pena cruel ou degradante, deve considerá-los para embasar sua decisão, desde que tais informações sobre a condição carcerária do respectivo Estado-Membro de emissão sejam objetivas, atualizadas e críveis, podendo fundamentar sua decisão a partir de acórdãos do TEDH, relatórios ou demais documentos oriundos do Conselho da Europa.

Contudo, os julgadores destacam que o artigo 1.º, n.º 3º da DQ não deve ser interpretado em um primeiro momento como motivo de não execução, e sim como causa de suspensão do MDE, pois a mera existência de risco real de tratamento ou pena cruel ou degradante não configura motivo suficiente para ensejar não execução do instrumento, de modo que a autoridade de execução deve observar a iminência e concretude deste risco frente ao caso em tela. Ou seja, não basta a existência de elementos

que comprovem o déficit carcerário no Estado-membro de emissão, sendo necessários fatos concretos que comprovem que naquele caso específico, a entrega do sujeito desencadeará em violações.

Ademais, somente após a troca de informações entre as autoridades judiciais, compromissos prestados e não cumpridos e o decurso de prazo razoável, é que então poderá não executar o MDE, que até então se encontrava meramente suspenso.

Por fim, vislumbra-se em ambos os casos aqui tratados o perigo que circunda a falta de proporcionalidade na emissão do MDE, pois se não fosse a decisão do TJUE, ambos os sujeitos poderiam ter sido submetidos a violações extremamente graves (considerando as condições carcerárias dos países), e desarrazoadas, tendo em vista o baixo grau de lesividade dos delitos que cometeram.

Surge, portanto, exemplo prático de como o MDE não pode ser emitido e executado de maneira automática, devendo abarcar juízos de proporcionalidade de acordo com o caso concreto, por ambas as autoridades judiciárias envolvidas, sob pena de se instaurar um verdadeiro retrocesso na matéria de direitos e garantias fundamentais.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A cooperação internacional em matéria penal foi a solução encontrada pelo legislador europeu para lidar com a metamorfose desencadeada na criminalidade a partir da globalização e pela diminuição de fronteiras em determinados espaços. Desta forma, o MDE surge para acelerar o procedimento de entrega de pessoas dentro do âmbito europeu, substituindo o moroso mecanismo de extradição.

Contudo, além da ideologia securitária, este instrumento surge quando as legislações internas dos Estados-Membros, especialmente em material penal processual e material, ainda não se encontram suficientemente harmonizadas. Como consequência a isso, começam a surgir questionamentos e ponderações, especificamente no campo da proteção efetiva de direitos humanos<sup>134</sup>, tendo-se concluído com o presente estudo

---

<sup>134</sup> KLIP, André. *European Criminal Law*. Intersentia, 2009, p. 376 e 380. Neste sentido, ao referir que “international co-operation is increasingly used in

que é inviável pensar na construção de um espaço penal europeu comum, sem que este salvaguarde os direitos e garantias fundamentais que tão arduamente foram alcançados ao longo da evolução da sociedade.

Assim, verificado eventual conflito entre a cooperação judicial e o resguardo aos direitos fundamentais, não existem dúvidas de que este deverá prevalecer sobre aquele – amparando-se aqui no entendimento firmado pelo TEDH desde o “caso Soering”, e recentemente explicitado pelo TJUE no caso Aranyosi e Căldăraru, não sendo plausível colocar a celeridade ou a eficácia de um mecanismo de entrega em patamar de maior importância do que direitos como a vida, a liberdade ou a integridade física.

É inviável aquiescer que pessoas tenham sua dignidade violada em nome da “realização da justiça” ou da “manutenção da segurança”, por mais que o legislador europeu tenha conferido um caráter securitário ao espaço único europeu através da DQ aqui estudada. Entende-se, portanto, que o respeito aos princípios e garantias fundamentais segue como o elemento basilar de toda a estrutura da UE em matéria penal, sendo inclusive aspecto basilar de sustentação da relação de confiança recíproca e do reconhecimento mútuo entre os Estados-Membros<sup>135</sup>, embora seja importante cuidar para que não haja o esvaziamento da aplicabilidade do MDE, de modo que a postura de recusa de execução somente deverá ser adotada prontamente em casos extremados, devendo-se optar primeiramente pelo diálogo com a autoridade judicial de emissão, e a eventual suspensão do mecanismo de entrega.

De qualquer modo, o argumento de que a relação de confiança mútua entre os Estados-Membros pressupõe que todos respeitam e preservam os mesmos valores e direitos fundamentais consagrados pela comunidade europeia cai por terra se observarmos que esta salvaguarda se restringe ao campo formal, sendo que a realidade prática demonstra reiteradas violações aos direitos dos sujeitos, especialmente os que se encontram reclusos no sistema penitenciário.

---

criminal trials makes the direct application of human rights norms more difficult”, o autor destaca que “[c]o-operation can, therefore, bring about responsibility for the acts of others”, justamente como foi decidido no *Caso Soering*.

<sup>135</sup> RODRIGUES, Anabela; MOTA, José Luís Lopes da. *Para uma Política...*, p. 50.

Portanto, é possível concluir que o princípio do reconhecimento mútuo encontra uma limitação intrínseca na obrigação que os Estados-Membros têm de zelar pelos direitos e garantias fundamentais, devendo a probabilidade de tratamento ou pena cruel ou degradante do sujeito ser considerado motivo suficiente para não execução do MDE, não obstante a omissão expressa do legislador, sob pena de haver um desnivelamento do binômio segurança-liberdade na comunidade europeia.

Pelo exposto neste estudo, sugere-se a aplicação de um juízo de proporcionalidade pelas autoridades judiciárias de emissão e execução, especialmente quando os fatos versarem sobre delitos de menor potencial ofensivo ou forem cometidos sem violência, a fim de evitar situações absurdas como a de Căldăraru, que foi condenado pelo crime de condução de automóvel sem habilitação, e teve contra si emitido um MDE para cumprir pena privativa de liberdade inferior a dois anos em um sistema prisional decadente, que proporciona menos de 2m<sup>2</sup> por pessoa.

Finaliza-se esta pesquisa com um pensamento de Beccaria, que ainda no longínquo século XVIII alertava que “o rigor das penas deve ser relativo ao estado atual da nação”, sendo necessárias “impressões fortes e sensíveis para impressionar o espírito grosseiro de um povo que sai do estado selvagem”, ao passo que quando “as almas se abrandam no estado de sociedade” e “o homem se tornar mais sensível”, tais penas deverão ser menos rigorosas<sup>136</sup>.

Este ensinamento secular ainda é extremamente pertinente, devendo permear não somente discussões sobre a duração das penas, mas também quanto a sua natureza e forma de execução, tencionando a ressocialização mediante o respeito aos direitos humanos, e evitando ao máximo tratamentos de caráter desumano ou cruel em âmbito carcerário, conforme a (infeliz) realidade frequentemente nos demonstra.

---

<sup>136</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Versão para Ebook. 1764. p. 32. Disponível em: <[livros01.livrosgratis.com.br/eb000015.pdf](http://livros01.livrosgratis.com.br/eb000015.pdf)>. Acesso em 04.01.2017.

## REFERÊNCIAS

ARZAMENDI, José Luis de la Cuesta. El principio de humanidad en derecho penal. Eguzkilore: *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, San Sebastian, n. 23, p. 209-225, 2009.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Versão para Ebook. 1764. Disponível em: <livros01.livrosgratis.com.br/eb000015.pdf>. Acesso em 04 jan. 2017.

BULNES, Mar Jimeno. La adopción de medidas cautelares de carácter personal con motivo de la ejecución de una orden europea de detención y entrega. *Revista Penal*, Valencia, n. 16, p. 106-122, jul. 2005.

BULNES, Mar Jimeno. Orden europea de detención y entrega: garantías esenciales. *Revista Aranzadi de derecho y proceso penal*, Navarra, n. 19, p. 13-32, 2008.

CAEIRO, Pedro. *Fundamento, conteúdo e limites da jurisdição penal do estado: O caso português*, Tese (Doutorado em 2008) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2010.

CAEIRO, Pedro. O procedimento de entrega previsto no Estatuto de Roma e sua incorporação no Direito Português. In: *O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, p. 69-157, 2004.

CAEIRO, Pedro; FIDALGO, Sónia. O mandado de detenção europeu na experiência portuguesa: tópicos da primeira década. In: *Temas de Extradução e Entrega*, Coimbra: Almedina Editora, p. 159-194, 2015.

CARDOSO, Raquel Preciosa Tomás. *Os Direitos Fundamentais nos procedimentos de entrega de pessoas procuradas*. Dissertação (Mestrado em 2013) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013.

CATENA, Víctor Moreno. La orden europea de detención en España. *Revista del Poder Judicial*, Madrid, n. 78, p. 11-38, 2005.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. 2002/584/JAI: *Decisão-quadro do Conselho, de 13 de Junho de 2002*, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32002F0584&from=PT>>. Acesso em 12 dez. 2016.

DIAS, Jorge de Figueiredo; CAEIRO, Pedro. Comentário. In: *Jurisprudência Cunha Rodrigues - Comentários*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2013, p. 14-29. Disponível em <<https://www.fd.uc.pt/~pcaeiro/2013%20>

Dias%20-%20Cairo,%20Coment%C3%A1rio%20Advocaten%20voor%20de%20Wereld.pdf>. Acesso em 03 mai. 2018.

E-JUSTICE. *European Arrest Warrant*. Disponível em <[https://e-justice.europa.eu/content\\_european\\_arrest\\_warrant-90-pt.do?clang=en](https://e-justice.europa.eu/content_european_arrest_warrant-90-pt.do?clang=en)>. Acesso em 02 mai. 2018.

GRAÇA, António da. *O Regime Jurídico do Mandado de Detenção Europeu*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

ITÁLIA, *Legge 22 aprile 2005*. Disponível em: <<http://www.camera.it/parlam/leggi/05069l.htm>>. Acesso em 30 dez. 2016.

JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Do princípio da proporcionalidade e sua aplicação no mandado de detenção europeu. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 435-472, jan./abr. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.114>.

JUNIOR, Mário Elias Soltoski. O controlo da dupla incriminação e o mandado de detenção europeu. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 16, n. 3, p. 475-496, jul./set. 2006.

KLIP, André. *European Criminal Law: an integrative approach*. Antwerp-Oxford-Portland: Intersentia, 2009.

LIMA, José António Farah Lopes de. *Direito Penal Europeu*. JH Mizuno, Leme/SP, 2007.

MATOS, Ricardo Jorge Bragança de. Mandado de detenção europeu. *Revista do Ministério Público de Lisboa*, Lisboa, v. 27, n. 106, p. 163-167, abr./jun. 2006.

MATOS, Ricardo Jorge Bragança de. O princípio do reconhecimento mútuo e o mandado de detenção europeu. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 14, n. 3, p. 325-367, jul./set. 2004.

MERCOSUL. *Decisão N° 48/10 do Conselho do Mercado Comum (CMC)*. Acordo sobre o Mandado Mercosul de Captura e Procedimentos de Entrega entre Estados-partes do Mercosul e Estados Associados, Foz do Iguaçu, 16 de dezembro de 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos* (DUDH), de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf> <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh.html>>. Acesso em 05 jan. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos* (PIDCP), de 23 de março de 1976. Disponível em: <[http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/2\\_pacto\\_direitos\\_civis\\_politicos.pdf](http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/2_pacto_direitos_civis_politicos.pdf)>. Acesso em 05 jan. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução 39/46*, de 10 de dezembro de 1984. Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/tortura/lex221.htm>>. Acesso em 05 jan. 2017.

PATRICIO, Helena. The European arrest warrant in the case law of the Court of Justice. *UNIO Eu Law Journal*, Braga, v. 0, n. 0, p. 62-82, jul. 2014. Disponível em <[http://www.unio.cedu.direito.uminho.pt/Uploads/UNIO%200%20-%20Helena%20Patricio\\_pt.pdf](http://www.unio.cedu.direito.uminho.pt/Uploads/UNIO%200%20-%20Helena%20Patricio_pt.pdf)>. Acesso em 03 mai. 2018.

PEREIRA, Luís Silva. Alguns aspectos da implementação do regime relativo ao mandado de detenção europeu: lei n. 65/2003 de 23 de agosto. *Revista do Ministério Público de Lisboa*, Lisboa, v. 24, n. 96, p. 39-65, out./dez. 2003.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa (CRP)*. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/crp.html>>. Acesso em 29 dez. 2016.

PORTUGAL. *Lei n.º 1/2001, de 12 de dezembro*. Quinta revisão constitucional. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=12&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=12&tabela=leis)>. Acesso em 26 dez. 2016.

PORTUGAL. *Lei n.º 65/2003, de 23 de agosto*. Mandado de Detenção Europeu. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=298&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=298&tabela=leis)>. Acesso em 26 dez. 2016.

PORTUGAL. *Lei n.º 144/1999*, de 31 de agosto. Lei de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=295&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=295&tabela=leis)>. Acesso em 29 dez. 2016.

RODRIGUES, Anabela. *O direito penal europeu emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

RODRIGUES, Anabela; MOTA, José Luís Lopes da. *Para uma Política Criminal Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

SMITH, Emily. Running before We can walk? Mutual recognition at the expense of Fair Trials in Europe's Area of Freedom, Justice and Security. *New Journal of European Criminal Law*, Bruxelas, v. 4, n. 1-2, p. 82-98, mar. 2013. <https://doi.org/10.1177/203228441300400106>.

SOUZA, Eduardo Emanuel Dall’Agnol de; OLIVEIRA, Rafael Serra. Sobre a detenção e as medidas de coação nos processos de extradição e de entrega (em execução do mandado de detenção europeu). In: *Temas de Extradicação e Entrega*, Coimbra: Almedina Editora, p. 115-158, 2015.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA. *Processo n.º 71/14.2YRCBR*. Relatora Alice Santos, Coimbra, 14 de maio de 2014. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/5918957b67be7f6480257cd003647bd?OpenDocument&Highlight=0,Processo,71%2F14.2YRCBR>>. Acesso em 02 mai. 2018.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES. *Processo n.º 11/10.8YRGMR*. Relator Cruz Bucho, Guimarães, 21 de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/1597a455ec8820de802578310054b727?OpenDocument>>. Acesso em 17 jan. 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Acórdão*. Demanda n.º C-404/15 e c-659/15 PPU, de 5 de abril de 2016. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=175547&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=380998>>. Acesso em 16 jan. 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Conclusões do Advogado-Geral Yves Bot*. Demanda n.º C-404/15 e c-659/15 PPU, de 3 de março de 2016. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=portugal&docid=174758&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1066462#ctx1>>. Acesso em 16 jan. 2017.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. *Caso Irlanda contra Reino Unido*. Demanda n.º 5310/71, de 18 de janeiro de 1978. Disponível em: <[https://www.unodc.org/tldb/pdf/CASE\\_OF\\_IRELAND\\_v.\\_THE\\_UNITED\\_KINGDOM.doc](https://www.unodc.org/tldb/pdf/CASE_OF_IRELAND_v._THE_UNITED_KINGDOM.doc)>. Acesso em 15 jan. 2017.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. *Iacov Stanciu contra Roménia*. Demanda n.º 35972/05, de 24 de julho de 2012. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-112420>>. Acesso em 16 jan. 2017.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. *M.M.S. contra Bélgica e Grécia*. Demanda n.º 30696/09, de 21 de janeiro de 2011. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-103050>>. Acesso em 03 mai. 2018.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. *Soering contra Reino Unido*. Demanda n.º 14038/88, de 7 de julho de 1989. Disponível: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-164736>>. Acesso em 15 jan. 2017.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. *Varga e Outros contra Hungria*. Demandas n.º 14097/12, 45135/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13 e 64586/13, de 10 de março de 2015. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-152784>>. Acesso em 16 jan. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:12016P/TXT&from=PT>>. Acesso em 29 dez. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH)*, adotada em 4 de novembro de 1950 e vigorando na ordem internacional a partir de 1953. Disponível em: <[https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf)>. Acesso em 15 jan. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=pt>>. Acesso em 22 dez. 2016.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Do Mandado de Detenção Europeia*. Coimbra: Almedina, 2006.

VENANCI, Daiana Seabra. O Mandado de Detenção Europeu vs. O Mandado de Captura do Mercosul: Uma análise comparativa. *Revista do Programa de Direito da União Europeia*: revista do módulo europeu do Programa Jean Monnet da FGV Direito Rio, Rio de Janeiro, n. 2, p. 27-54, p. 27-54.

VIEGAS, Vera Lúcia. Teoria da harmonização jurídica: alguns esclarecimentos. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 9, n. 3, p. 617-655, set./dez. 2004.

WEYEMBERGH, Anne. *European Added Value Assessment: The EU Arrest Warrant: Critical assessment of the existing European arrest warrant framework decision: Annex I*. Brussels: European Parliament, 2014. Disponível em: <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/510979/IPOL-JOIN\\_ET\(2013\)510979\(ANN01\)\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/510979/IPOL-JOIN_ET(2013)510979(ANN01)_EN.pdf)>. Acesso em 03 mai. 2018.

ZARZA, María Ángeles Gutiérrez. La evaluación de los Estados miembros en el Tercer Pilar de la Unión Europea: el caso particular de la Orden de Detención Europea (I). *Revista Aranzadi de derecho y proceso penal*, Navarra, n. 16, p. 159-172, 2006.

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

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

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

- *Vinicius Wildner Zambiasi:* projeto e esboço inicial, coleta e análise de dados, levantamento bibliográfico e jurisprudencial, redação, aprovação da versão final.
- *Paloma Marita Cavol Klee:* projeto e esboço inicial, levantamento bibliográfico e jurisprudencial, revisão bibliográfica, revisão crítica com contribuições substanciais e aprovação da versão final.

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

### Dados do processo editorial

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

- Recebido em: 23/02/2018
- Controle preliminar e verificação de plágio: 06/03/2018
- Avaliação 1: 19/03/2018
- Avaliação 2: 21/03/2018
- Avaliação 3: 22/04/2018
- Decisão editorial preliminar: 01/05/2018
- Retorno rodada de correções 1: 03/05/2018
- Decisão editorial final: 15/05/2018

### Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-associado: 1 (CRG)
- Revisores: 3

### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

ZAMBIASI, Vinícius W.; KLEE, Paloma M. C. A (possibilidade de) não execução do mandado de detenção europeu fundamentada no tratamento ou pena cruel ou degradante. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 2, p. 845-886, mai./ago. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i2.139>



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

## **Crítica Científica**

***Scientific critic (reader's letter)***



# Crítica científica de “Investigação criminal genética – banco de perfis genéticos, fornecimento compulsório de amostra biológica e prazo de armazenamento de dados” - Apontamentos sobre a inconstitucionalidade da Lei 12.654/2012

*Scientific criticism of “DNA criminal investigation – DNA database, mandatory DNA collection and time limit for data retention” - Notes on the unconstitutionality of Law 12.654/2012*

**Rodrigo Grazinoli Garrido<sup>1</sup>**

Universidade Federal do Rio de Janeiro - Rio de Janeiro/RJ

grazinoli.forenses@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/4027138006793482>

 <https://orcid.org/0000-0002-6666-4008>

---

**RESUMO:** Esta crítica científica partiu do que foi proposto pelo artigo “Investigação criminal genética – banco de perfis genéticos, fornecimento compulsório de amostra biológica e prazo de armazenamento de dados”, na busca de oferecer evidências doutrinárias e empíricas que permitissem ampliar o diálogo acadêmico sobre a implantação do Banco Nacional de Perfis Genético (BNPG). Para tanto, realizou-se pesquisa exploratória e qualitativa, desenvolvida a partir de documentação da doutrina, trabalhos empíricos, julgados e normas relacionadas ao banco brasileiro e congêneres estrangeiros. É possível reconhecer a possibilidade do uso de referenciais diversos do apresentado pelo artigo em comentário e, assim, o alcance de conclusões contrárias no que se refere, especialmente à ofensa ao princípio *nemo tenetur se detegere* na aplicação da Lei 12.654/2012. Além disso, limitações importantes quando à relação entre a redução

---

<sup>1</sup> Pós-Doutor em Genética pela UFRJ; Mestre e Doutor em Ciências pela UFRJ e UFRRJ, respectivamente; Jovem Cientista do Nosso Estado - FAPERJ; Professor Adjunto FND-UFRJ e do PPGD-UCP; Perito Criminal IPPGF-PCERJ.

de taxas de crime e o incremento dos bancos de perfis genéticos precisam ser enfatizadas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Lei 12.654/2012; DNA forense; constitucionalidade.

**ABSTRACT:** *This scientific criticism was based on what was proposed by the article "DNA criminal investigation - DNA database, mandatory DNA collection and time limit for data retention" - Notes on the unconstitutionality of Law 12.654/2012", in the search to offer doctrinal and empirical evidences that allowed to expand the academic dialogue on the implantation of the National Database of Genetic Profiles (BNPG). For that, we conducted exploratory and qualitative research, developed from documentation of doctrine, empirical work, judgments and rules related to the Brazilian and foreign databases. It is possible to recognize the possibility of using different references from the one presented by the article in question and, thus, the scope of contrary conclusions, particularly regarding the offense to the principle nemo tenetur is detegere in the application of Law 12,654 / 2012. Furthermore, important limitations in relation to the reduction of crime rates and the increase in DNA databases need to be emphasized.*

**KEYWORDS:** Law 12.654/2012; forensic DNA; constitutionality.

---

## INTRODUÇÃO

O artigo “Investigação criminal genética – banco de perfis genéticos, fornecimento compulsório de amostra biológica e prazo de armazenamento de dados”, buscou lançar luz sobre tema atualíssimo no contexto da persecução penal brasileira: a implantação do Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG).

O tema é tão importante que questionamentos sobre constitucionalidade da doação obrigatória de DNA para a composição do BNPG pelos condenados por crimes praticados, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes hediondos, na forma do art. 9º-A da Lei 12.654/2012, já alcançou o STF. Por meio do Recurso Extraordinário nº 973.837, o assunto teve reconhecida sua repercussão geral.

Também a pesquisa científica sobre o tema deve buscar, necessariamente, ir além da persecução penal, alcançando os limites de nossa

Constituição na luta por resguardar direitos individuais e coletivos. Nesse ponto, o artigo analisado apresentou significativo incremento após a rodada de avaliação, sobretudo alargando a revisão da literatura nacional e internacional em busca de apresentar as diferentes visões sobre o tema. Isto deve ser pontuado, pois demonstra o papel do processo de revisão, como momento indispensável não só para apontar problemas e, eventualmente, rejeitar o trabalho, mas para incrementar o diálogo acadêmico e atuar ativamente no estabelecimento de uma obra que irá contribuir com o desenvolvimento da área.

Contudo, o cerne da questão, a possível ofensa ao princípio *nemo tenetur se detegere*, ao se aplicar a Lei 12.654/2012, em especial seu art. 9º-A, ainda pode ser mais explorado. Além disso, faz-se necessário enfatizar as limitações da relação entre bancos de perfis genéticos e resolução de crimes e, por fim, apresentar normatizações do BNPG que passaram despercebidas pelo artigo. Assim, por meio de pesquisa exploratória e qualitativa, desenvolvida a partir de documentação indireta de fontes secundárias, como livros e artigos, e primárias, oriundas de leis, decretos e resoluções, buscou-se ampliar o diálogo acadêmico, na proposta de revelar algumas opiniões que buscam complementar a análise realizada pelo artigo.

## **1. POSSÍVEIS REFLEXOS DO BNPG NA SEGURANÇA PÚBLICA**

Talvez uma das características que melhor representa os nossos dias seja o medo do crime. Em uma complexa relação de causa e efeito, essa realidade tem influenciado o que nos é apresentado pela mídia; o nosso estilo de vida; a demanda por elaboração e aplicação de leis; e, de forma geral, nossa saúde. A segurança pública e privada passou a ser pano de fundo, virtualmente, de toda discussão (LEMES e GARRIDO, 2017, p. 218).

Dessa forma, não é de se estranhar que um dos pontos escolhidos pelo artigo para justificar o estabelecimento do BNPG sejam as estatísticas criminais e, mais especificamente, os índices de elucidação de crimes de homicídios.

Não há dúvida de que os bancos de perfis genético estabelecem uma nova forma de investigação, contribuindo para a resolução de crimes,

sobretudo homicídios e estupro (GARRIDO e RODRIGUES, 2015, p. 96). O artigo reconhece que a constituição e utilização dos bancos de perfis genéticos para esse campo é coadjuvante. No entanto, estabelece que:

[...] o uso de informações e bancos de dados genéticos pode ser um importante agente de mudança no panorama de impunidade em se tratando de crimes violentos no Brasil [...]. A eficácia do sistema de banco de perfis genéticos no Brasil dependerá, basicamente, da sua alimentação com o maior número de perfis de DNA possível. (SUXBERGER e FURTADO, 2018, p. 817)

Esta relação direta entre a constituição do banco e a redução da criminalidade foi encontrada também na opinião de estudantes de Ensino Médio e Superior que responderam a inquérito realizado por Garrido e Winter (2017, p. 124). Contudo, tal percepção se perde, quando a mesma pergunta é feita para profissionais, especialmente para aqueles da área do Direito. Estes últimos parecem já ter percebido que a redução dos índices de criminalidade depende de ações muito mais complexas, não podendo se vincular exclusivamente aos resultados desses bancos. Na verdade, este tipo de argumento serve muito bem à mídia e à demanda por leis ainda mais gravosas (GARRIDO e WINTER, 2017, p. 124).

A forma de relacionar o BNPG com os níveis de criminalidade utilizada pelo artigo segue o mesmo tratamento que a mídia de massa dá ao tema, como observado por Garrido, Garrido e Winter (2018, p. 74). Além de enfatizar a relação direta entre a constituição dos bancos de perfis genéticos e a redução da criminalidade, a mídia enfatiza propostas de antecipação do risco e de aumento da punibilidade. Em continuação, a mídia ainda aproveita para transmitir uma representação fantasiosa, com certas abordagens cinematográficas, do trabalho do perito e da utilização do BNPG. Por fim, ao enfatizar tal agenda, a mídia a faz em detrimento de outra função importante do BNPG, seu uso na localização de paradeiro.

O tamanho do banco parece também não se relacionar diretamente à taxa de resolução de crimes. É claro que uma análise matemática simples permitiria reconhecer que em países como o Brasil, em que o banco de perfis genéticos com fins criminais ainda está sendo constituído, haverá um incremento inicial, pois qualquer resultado obtido desta relação será inédito. Contudo, naqueles países em que os bancos

já estão bem estabelecidos, como UK, o desempenho do banco não está necessariamente relacionado ao seu tamanho (WALLACE, 2008, p. S29; SANTOS, MACHADO e SILVA, 2013, p. 7).

O perigo é que a ênfase nesta relação fortalece uma visão anticipatória de risco, e, por isso, necessariamente discriminatória, e o clamor, cada vez mais evidente, pelo rápido incrementado dos bancos. Para tanto, é comum a flexibilização das normas que determinam os grupos de doadores compulsórios ou daquelas que dizem respeito ao tempo de manutenção dos perfis no banco, ofendendo direitos fundamentais.

Diga-se de passagem, a lei brasileira não estabelece esse período de manutenção do perfil obtido compulsoriamente através dos dispositivos alterados da LEP pela Lei 12.654/2012. Além disso, vale ressaltar que o depósito e cruzamento de dados genéticos de condenados, mantidos no banco depois do cumprimento das penas, gerou, em 2008, a condenação do Reino Unido pela Corte Europeia de Direitos Humanos no caso *S. and Marper vs. The United Kingdom* (UK, 2008).

## **2. A FALÁCIA SOBRE A COLETA INDOLOR E A COOPERAÇÃO PASSIVA DO INVESTIGADO**

No que se refere à coleta do material biológico, do ponto de vista técnico, há que se deixar claro que a obtenção de sangue, seja venoso, com uso de seringa e agulha, ou capilar, por meio de lanceta ou caneta usada na determinação de glicemia, está praticamente abolido dos laboratórios de DNA forense. Também não é rotineiro a obtenção de fragmento de unha para referência de vivos colhida por laboratórios forenses, como suscitado pelo artigo. Os fragmentos de unha até são utilizados como evidências questionadas nos casos de suspeita de o doador ter arranhado uma vítima. Atualmente, o uso do suabe oral, que busca células da mucosa da boca é o mais utilizado.

Por lógico, é possível acompanhar o artigo quando considera ser o suabe oral um método fisicamente indolor. Todavia, não é possível o mesmo reconhecimento para a punção venosa ou a lancetação dactilar, p.ex. Todavia, o mais complexo não é a determinação do nível de dor, mas o papel do doador nessas coletas e, assim, o nível da intervenção em seus corpos.

Não parece possível assumir sem crítica a posição do artigo quanto à passividade do doador. Na verdade, nenhum método de obtenção de amostra biológica, dependente apenas da “cooperação passiva do doador”. Exemplo desta posição foi dado por Nicolitt e Wehrs (2015, p. 144). Estes autores consideram mesmo a coleta de suabe oral uma intervenção corporal, pois há ingerência sobre o corpo vivo da pessoa humana e a afetação de direitos fundamentais. Para estes autores as intervenções podem ser: 1) consentidas e não consentidas; 2) invasivas e não invasivas.

Na verdade, se analisado de forma ampla, torna-se difícil fazer valer a demanda de uso de método indolor do art. 9º-A da lei 12.652/2012. Algumas perspectivas foram dadas pela Resolução nº 3 do Comitê Gestor do Banco Nacional de Perfis Genéticos, quando se estabeleceu que na recusa da doação o procedimento não deve ser realizado. Todavia, o artigo em crítica desconhece as resoluções do comitê gestor e estabelece que “se não quiser cooperar; neste caso, estará optando pela adoção de outro método pelo profissional que estiver cumprindo a decisão judicial” (SUXBERGER e FURTADO, 2018, p. 828).

Ademais, o artigo não faz menção ao Decreto nº 7.950/2013, que instituiu o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos e, assim, o Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG), o qual publica estas Resoluções.

Na verdade, a posição contrária ao artigo, de que deve haver restrições à coleta obrigatória, sem consentimento, mesmo que por meio de suabe oral, advém de dados empíricos. Em Garrido e Garrido (2013, p. 302), é possível observar que alguns doadores, recusavam-se a abrir a boca para a realização do procedimento de coleta da mucosa, preferindo doar sangue. Assim, não é tão simples reconhecer o que “dói” em uma pessoa, principalmente quando se relaciona a algumas partes do corpo que podem significar mais do que objetivamente podemos notar externamente.

Esse é o caso da boca. Alves (2012, p. 84) nos diz que a palavra boca está rotineiramente relacionada a situações ou expressões que se relacionam a mistério, desejo, sentimento, intenção, segredo. Esse autor continua, considerando que a boca é o lugar de satisfação não só das necessidades alimentares, mas sexuais, como entendido por Freud. Assim, para alguns, abrir a boca e permitir que se passe um suabe pode ser

equiparada ao ato de apresentar a genitália. Além disso, há a vergonha em apresentar uma boca doente, o que certamente não seria incomum para uma população em que o acesso ao atendimento odontológico tem se restringido a situações de emergência e com serviços mutiladores (SPEZZIA, CARVALHEIRO e TRINDADE, 2015, p. 109).

Vale destacar também que mesmo que se estabeleça um processo de consentimento por parte do doador, este deve ser considerado com muita cautela, pois a situação policial parece infantilizar os doadores que, na maioria das vezes, são pessoas já fragilizadas tanto pela vida, quanto pela situação em que estão envolvidos. Também de forma empírica, constatou-se que muitos doadores de material biológico no Instituto de Pesquisa e Perícias em Genética Forense da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro, sequer liam os termos e pouco compreendiam do mesmo. Consentiam, pois não viam outra saída (GARRIDO e GARRIDO, 2013, p. 303). Assim, quando são capazes de expressar autônoma e completamente sua decisão em doar, o ato de dispor do seu corpo nunca é passivo.

Assim, justificar que não há agressão ao princípio de *nemo tenetur se detegere*, “[...] quando o Estado obriga o investigado ou condenado a colaborar passivamente, simplesmente não resistindo ao ato legal de retirada da sua amostra biológica de maneira adequada e indolor (como no caso da coleta de unha ou sangue)” (SUXBERGER e FURTADO, 2018, p. 836), não parece ter sustentação tão simples.

### **3. IDENTIFICAÇÃO OU PRODUÇÃO DE PROVA: O USO DO BNPG**

Também, não parece viável sustentar que o BNPG “se trata de mero procedimento de classificação do condenado para dar início ao cumprimento da pena” (SUXBERGER e FURTADO, 2018, p. 830), de modo que o uso do banco teria função meramente identificadora e não de produção de prova, não ofendendo o princípio da não autoincriminação.

O próprio artigo, em crítica, mostra o interesse probatório dos perfis genéticos, quando menciona em suas conclusões que:

Se a retenção da informação genética tiver como supedâneo a LEP (art. 9º-A), o perfil genético do sentenciado deverá permanecer

no banco de dados pelo prazo prescricional do crime pelo qual condenado (aplicação analógica do art. 7º-A da Lei de Identificação Criminal). Como forma de atender ao interesse público de proteção da coletividade contra a reincidência, em vez de se utilizar a pena em concreto como parâmetro para a fixação desse prazo, como é da tradição brasileira após o trânsito em julgado da sentença para a acusação, mais adequado se mostra usar o prazo prescricional pela pena em abstrato, como literalmente se deduz do referido art. 7º-A da Lei 12.037/2009. (SUXBERGER e FURTADO, 2018, p. 837)

De imediato, vale destacar as palavras de André Nicolitt e Carlos Wehrs, quando reconhecem que a nova lei introduziria “aparato científico probante, a nosso ver travestido de forma de identificação” (2014, p. 135). A mesma percepção tem Maria Elizabeth Queijo, reconhecendo que a utilização do banco de perfis genéticos tem a pretensão de comprovar autoria/participação em delito, sendo a finalidade “inegavelmente probatória” (2013, p. 14).

Tecnicamente, a lei 12.654/2012 coloca em pé de igualdade o método de identificação por DNA e métodos clássicos de identificação criminal, como fotografia e papiloscopia. Contudo, “[...] a prova genética, alcançou posição de destaque nas varas criminais e de família, tornando-se um recurso ‘irresistível e imperioso’ e deixando de ser meio complementar de prova para fundamentar as decisões dos magistrados” (GARRIDO e RODRIGUES, 2015, p. 101).

Além disso, o poder de ferir a intimidade, a privacidade e de intervir no corpo do doador é, virtualmente, ilimitada, quando se fala em Biologia Molecular (CUNHA e SCHIOCCHET, 2018, p. 134). A perda da privacidade, por sua vez, parece estar entre as maiores preocupações de parcela da população portuguesa e brasileira, quando se fala em uso de seu material genético mantido em bancos de dados como fins criminais (MACHADO e SILVA, 2013, p. 134; GARRIDO e WINTER, 2017, p. 122).

Não há espaço para aprofundar aqui o assunto, mas é preciso ficar claro que na ausência de um banco universalizado para identificação civil, não é possível o uso de amostras colhidas de um brasileiro para se confirmar sua identidade, senão por comparação com amostras familiares. No que se refere ao “familiar searching”, não regulamentado no Brasil, haveria ainda implicações nitidamente inconstitucionais, pois

o perfil coletado dos condenados poderia ser utilizado para identificar familiares e vice-versa, ultrapassando a pessoalidade da pena.

É claro que toda a discussão entre uso do DNA para a identificação ou para a produção de prova, isto é, para a comparação com como evidências de crime, acaba por retornar à problemática de o banco de perfis genéticos agredir às garantias do Pacto de São José da Costa Rica, no que se refere à não autoincriminação. Por outro lado, se houver o consentimento do doador, de forma livre de vícios e esclarecido, expressão real de sua autonomia, não há o que se falar em lesão à direitos fundamentais (GARRIDO e GARRIDO, 2013, p. 300). Essa deveria ser a forma de coleta no contexto da identificação criminal, na hipótese do inciso IV do art. 3º da Lei 12.037/2009, podendo inclusive ser de interesse da defesa.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Dentro dos limites de uma crítica científica e considerando as questões observadas, relacionadas à coleta obrigatória do material biológico, a determinação do perfil genético e seu armazenamento em banco de dados que servirá necessariamente para a produção de prova, é forçoso concluir diversamente do artigo analisado.

Tal tecnologia aplicada à persecução penal fere direitos fundamentais, mormente o de não autoincriminação e de privacidade, consagrados internacionalmente e em nossa Constituição Federal de 1988. Ademais, afeta a presunção de inocência, e, em virtude da carência de termo certo para a exclusão do perfil coletado de forma compulsória, “assemelhando-se a uma espécie de pena privativa de direitos de caráter perpétuo que não respeita o princípio da individualização da pena” (TAVARES, GARRIDO e SANTORO, 2016 p. 216-217).

Reconhece-se de toda forma, o papel da pesquisa para o desenvolvimento do tema e como forma de estimular outros ensaios inéditos sobre o assunto, seria interessante aproveitar a oportunidade para deixar uma série de questões que merecem aprofundamento, tais como: as limitações econômicas para a implantação BNPG; as relações entre as instituições de perícia oficial, administração penitenciária e justiça no que tange a gestão do BNPG; análises empíricas sobre os sujeitos doadores de material genético; possibilidade de uso do banco para pesquisa familiar; contradições existentes

entre os atores que gerenciam o comitê gestor e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos; os interesses de grandes corporações fornecedoras de reagentes e equipamentos para as análises genéticas e seus papéis nas decisões sobre o BNPG; controle de qualidade dos laboratórios vinculados ao Banco Nacional de Perfis Genéticos e a cadeia de custódia da prova.

## REFERÊNCIAS

ALVES, E.G.R. Alguns Conhecimentos da Psicologia Necessários para o Cirurgião-Dentista, e Outros profissionais da Saúde. In: NIGRI, A.L. (Org) *A Odontologia à Luz do Direito*. Ed. Rubio. p. 77-102, 2012.

CUNHA, A.S.; SCHIOCCHET, T. Bancos de Perfis Genéticos para Fins de Persecução Criminal: Implicações Jurídicas à Privacidade, Intimidade e Estigmatização Genéticas. In: SCHIOCCHET, T.; GARRIDO, R.G. (Org). *Bancos de Perfis Genéticos para Fins de Persecução Criminal: Práticas Periciais e Impactos Jurídico-Sociais* (I). Multifoco, p. 127-154, 2018.

GARRIDO, R. G.; GARRIDO, F.de S.R.G. Consentimento informado em genética forense. *Acta bioeth.*, v. 19, n. 2, p. 299-306, 2013. <http://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2013000200015>

GARRIDO, R.G.; RODRIGUES, E. L. O Banco de Perfis Genéticos Brasileiro Três Anos após a Lei nº 12.654. *Revista de Bioética y Derecho*, v. 35, p. 94-107, 2015. <http://dx.doi.org/10.1344/rbd2015.35.14284>

GARRIDO, R.G., GARRIDO, F. de S.R.G.; WINTER, BC. de A. O Banco Nacional de Perfis Genéticos na Mídia de Massa. In: SCHIOCCHET, T. e GARRIDO, R.G. (Org). *Bancos de Perfis Genéticos para Fins de Persecução Criminal: ensaios sobre o Direito Brasileiro* (II). Multifoco, p. 69-86, 2018.

LEMES, M. A.; GARRIDO, R. G. Transformações das Instituições de Segurança Pública Brasileiras e seus Reflexos no Reconhecimento do Mandato e na Accountability. *Direito & Paz*, v. 36, p. 217-233, 2017. Disponível em: <<http://www.revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/article/view/604>>. Acesso em: 06 mai. 2018.

MACHADO, H. e SILVA, S. “Would you Accept Having your DNA Profile Inserted in the National Forensic DNA Database? Why?” Results of a Questionnaire Applied in Portugal”, *Forensic Science International: Genetics*, 8(1), p.132-136, 2013. <https://doi.org/10.1016/j.fsigen.2013.08.014>

NICOLITT, A.; WEHRS, C. R. *Intervenções corporais no Processo Penal e a nova identificação criminal*. Lei 12.654/2012. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

QUEIJO, M. E. O princípio *nemo tenetur se detegere* e a coleta de material genético: identificação criminal ou colaboração na produção da prova? *Boletim IBCCRIM*, n. 250, p. 13-15, set. 2013.

SANTOS, F.; MACHADO, H.; SILVA, S. Forensic DNA databases in European countries: Is size linked to performance? *Life Sciences, Society and Policy*. 2013. <https://doi.org/10.1186/2195-7819-9-12>

SPEZZIA, S.; CARVALHEIRO, E.M.; TRINDADE, L.deL. Uma análise das políticas públicas voltadas para os serviços de saúde bucal no Brasil. *Rev. Bras. Odontol.*, v. 72, n. 1-2, p. 109-113. 2015. Disponível em: <<http://revista.aborj.org.br/index.php/rbo/article/viewFile/603/468>>. Acesso em: 06 mai. 2018.

TAVARES, N. L. F.; GARRIDO, R.G.; SANTORO, A. E. R. O Banco de Perfis Genéticos e a Estigmatização Perpétua: uma Análise do art. 9º-A da Lei 7.210/84 à Luz da Criminologia Crítica. *Revista Jurídica (FIC)*, v. 4, p. 207-226, 2016.

UK. Case of S. and Marper V. The United Kingdom. 2008. Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2012/9/contents/enacted>>. Acesso em: 3 jun. 2014.

WALLACE, H. The UK National DNA Database: Balancing crime detection, human rights and privacy. *EMBO Rep.* 7 (Spec No): S26–S30, 2006. <https://doi.org/10.1038/sj.embor.7400727>.

WINTER, B.C. de A.; GARRIDO, R.G. Privacidade à Toda Prova: percepções de Brasileiros Sobre o Banco Nacional de Perfis Genéticos. *Revista DUC In Altum - Cadernos de Direito*. vol. 9, nº 17, p. 115-127, 2017. <http://dx.doi.org/10.22293/2179-507x.v9i17.467>

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

*Agradecimentos (acknowledgement):* À FAPERJ, pela bolsa JCNE e ao Prof. Dr. Antonio Eduardo Ramires Santoro, pelas discussões valiosas sobre o tema.

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

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

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

#### Dados do processo editorial – crítica científica

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

- |   |                                   |
|---|-----------------------------------|
| ▪ Recebido em: 06/05/2018                                 | <b>Equipe editorial envolvida</b> |
| ▪ Controle preliminar e verificação de plágio: 09/05/2018 | ▪ Editor-chefe: 1 (VGV)           |
| ▪ Retorno rodada de correções: 10/05/2018                 |                                   |
| ▪ Decisão editorial final: 20/05/2018                     |                                   |

#### COMO CITAR ESTA CRÍTICA CIENTÍFICA:

GARRIDO, Rodrigo Grazinoli. Crítica científica de “Investigação criminal genética – banco de perfis genéticos, fornecimento compulsório de amostra biológica e prazo de armazenamento de dados” - Apontamentos sobre a inconstitucionalidade da Lei 12.654/2012. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 2, p. 889-900, mai./ago. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i2.163>



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