



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

Volume 4 - Nº 03 - set./dez. 2018

ISSN 2525-510X

<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i3>

*Dossiê “Trânsito Julgado Penal, Princípio de Legalidade, Princípio de Culpabilidade”*



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; Universidade Estadual de Goiás – Goiânia/GO)

### 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/Itália)

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. Dr. Francesco Caprioli (Università degli Studi di Torino/Itália)

### EDITORES-ASSISTENTES / ASSISTANT-EDITORS

Prof. Dr. 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 Patané, Università degli Studi di Catania, Itália

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

Alexandre Morais da Rosa (Universidade Federal de Santa Catarina - Florianópolis/SC)  
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)  
André Ferreira de Oliveira (Universidade de Coimbra/Portugal)  
André Luis Jardini Barbosa (Faculdade Autônoma de Direito - São Paulo)  
Bruno Tadeu Buonicore (Universidade de Frankfurt/Alemanha)  
Camilin Marcie de Poli (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - Porto Alegre/RS)  
Carlo Fiorio (Università degli Studi di Perugia/Itália)  
Carolina Costa Ferreira (Instituto de Direito Público - Brasília/DF)

Chiavelli Fazenda Falavigno (Universidade de São Paulo - São Paulo/SP)

Cristina Rego Oliveira (Universidade de Coimbra/Portugal)

Débora Carvalho Fioratto (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - Belo Horizonte/MG)

Décio Franco David (Universidade Federal do Paraná - Curitiba/PR)

Denise Provasi Vaz (Universidade Paulista - São Paulo/SP)

Dyellber Oliveira Araújo (Universidade de Coimbra/Portugal)

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

Franklyn Roger Alves Silva (Universidade Estadual do Rio de Janeiro - Rio de Janeiro/RJ)

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

Isabel Maria Fernandes Branco (Universidade de Coimbra/Portugal)

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

Laura Scomparin (Università degli Studi di Torino/Itália)

Leonardo Costa de Paula (Faculdade Cenecista - Rio de Janeiro/RJ)

Livia Giuliani (Università degli Studi di Pavia/Itália)

Luiza Borges Terra (Universidad Pablo de Olavide/Espanha)

Luiza Nivea Dias Pessoa (Universidade de Coimbra/Portugal)

Marcella Alves Mascarenhas Nardelli (Universidade Federal de Juiz de Fora – Juiz de Fora/MG)

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

Maria Carolina de Melo Amorim (Faculdade Mauricio de Nassau - Recife/PE)

Massimo Ceresa-Gastaldo (Università Bocconi di Milano/Itália)

Paolo Ferrua (Università degli Studi di Torino/Itália)

Pedro Rocha Amorim (Universidade de Coimbra/Portugal)

Priscilla Placha Sá (Universidade Federal do Paraná - Curitiba/PR)

Raphael Lima Ribeiro (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - Belo Horizonte/MG)

Raphael Boldt de Carvalho (Faculdade de Direito de Vitória - Vitória/ES)

Reinaldo Santos de Almeida Júnior (Universidade Federal do Rio de Janeiro - Rio de Janeiro/RJ)

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

Renzo Orlandi (*Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna/Itália)  
Rodrigo Piquet Saboia de Mello (Universidade Federal do Rio de Janeiro - Rio de Janeiro/RJ)  
Serena Quattrococo (Università del Piemonte Orientale/Itália)  
Thadeu Augimeri de Goes Lima (Universidade de São Paulo - São Paulo/SP)

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

Aline Pires de Souza Machado de Castilhos (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - Porto Alegre/RS)  
Ana Morell (Universidade Católica de Petrópolis/RJ)  
Antonio Eduardo Ramires Santoro (Universidade Federal do Rio de Janeiro e Universidade Católica de Petrópolis/RJ)  
Barbara Lavarini (Università degli Studi di Torino/Itália)  
Décio Franco David (Universidade Estadual do Norte do Paraná - Jacarezinho/PR)  
Fabio Salvatore Cassibba (Università degli Studi di Parma/Itália)  
Fauzi Hassan Choukr (Faculdades de Campinas - Campinas/SP)  
Francisco de Assis de França Júnior (Universidade de Coimbra/Portugal)  
Gilson Bonato (Faculdade de Educação Superior do Paraná – Curitiba/PR)  
José Daniel Cesano (Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales/ Argentina)  
Leaned Matos Hidalgo (Universidad de Granma – Cuba)  
Manfredi Bontempelli (Università degli Studi di Milano/Itália)  
Roberta Eggert Poll (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - Porto Alegre/RS)  
Rodrigo Grazinoli Garrido (Universidade Federal do Rio de Janeiro e Universidade Católica de Petrópolis/RJ)  
Silvana Vieira Azevedo (Universidade Federal do Rio de Janeiro/RJ)

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



# Sumário

## **911 Editorial**

- 913 Editorial: A “teoria do processo penal” e as suas relações entre continentes

*Editorial: The “theory of criminal procedure” and its relations between continents*

**Bruna Capparelli**

**Nereu José Giacomolli**

- 921 Editorial: Como elaborar um artigo científico para publicação

*Editorial: How to prepare a scientific article for publication*

**Armando Dias Ramos**

## **931 Dossier: Trânsito em julgado penal, princípio de legalidade, princípio de culpabilidade**

**Dossier: Criminal res iudicata, principle of legality, principle of culpability**

- 933 Editoriale del Dossier “Giudicato penale, principio di legalità, principio di colpevolezza”

*Editorial of Dossier “Criminal res iudicata, principle of legality, principle of culpability”*

*Editorial do dossiê “Trânsito em julgado penal, princípio de legalidade, princípio de culpabilidade”*

**Francesco Caprioli**

- 953 I limiti oggettivi del *ne bis in idem* in Italia tra fonti nazionali ed europee

*The objective limits of the ne bis in idem in Italy between national and European rules*

*Os limites objetivos do ne bis in idem na Itália entre fontes nacionais e europeias*

**Fabio Salvatore Cassibba**

- 1003 **Violazione delle garanzie “processuali” della CEDU e rimedi post-iudicatum**  
*Violation of ECHR “procedural” guarantees and post-iudicatum remedies*  
*Violações das garantias “processuais” da CEDH e remédios post-iudicatum*  
**Barbara Lavarini**
- 1053 **La resistenza del giudicato alla violazione del principio di legalità penale**  
*The resistance of res judicata to the violation of the principle of penal legality*  
*A resistência da “coisa julgada” diante da violação do princípio de legalidade penal*  
**Manfredi Bontempelli**
- 1095 **Arquivamento do Inquérito Policial: uma análise sobre a imutabilidade dos seus efeitos**  
*Decision to close the Policial Investigation: an analysis of the immutability of its effects*  
**Antonio Eduardo Ramires Santoro**
- 1119 **A leitura do Supremo Tribunal Federal sobre o sistema recursal e o início da execução da pena: a pauperização do comparatismo à brasileira**  
*Supreme Court case law on the appeal system and the beginning of sentencing executing: the poverty of Brazilian comparative law*  
**Fauzi Hassan Choukr**
- 1143 **Execução antecipada da pena: entre a garantia do estado de inocência, a coisa julgada e as teorias absolutas da pena**  
*Early implementation of the penalty: between the guarantee of the state of innocence, res judicata and the absolute theories of the penalty*  
**Décio Franco David**  
**Gilson Bonato**

**1175 *Fundamentos de Direito Processual Penal***

***Fundamentals of Criminal Procedure***

- 1177 **Realidades normativas de la persona jurídica como tercero civilmente responsable en los procesos penales cubanos**  
*Normative realities of the juridical person as civil responsible third in the Cuban criminal process*



*Realidades normativas da pessoa jurídica como terceiro civilmente responsável no processo penal cubano*

***Leaned Matos Hidalgo***

1217 Breve ensaio sobre a legitimidade do ativismo judicial no processo penal: limites e consolidação como prática jurídica

*Brief essay about the legitimacy of judicial activism in criminal procedure: limits and consolidation as legal practice*

***Aline Pires de Souza Machado de Castilhos***

***Roberta Eggert Poll***

**1247 *Persecução penal: investigação, júízo oral e etapa recursal***

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

1249 Armed Forces as Security Agency and The Competence of Military Courts: The Prospect of Democratic Breakdown

*Forças Armadas na Segurança Pública e a Competência dos Tribunais Militares: Possível Rompimento Democrático*

***Rodrigo Grazinoli Garrido***

***Ana Morell***

***Silvana Vieira Azevedo***

**1275 *Teoria da Prova Penal***

***Criminal Evidence Theory***

1277 Pessoas coletivas e os programas de *compliance*: a problemática da prova compartilhada com o processo penal de pretensão democrática

*Legal persons and compliance programs: the problem of proof shared with the criminal process of democratic pretension*

***Francisco de Assis de França Júnior***

**1319 *Processo Penal em perspectiva interdisciplinar***

***Criminal Procedure in an Interdisciplinary Perspective***

1321 Entre leyes y saberes: normas procesales, ejecución penitenciaria y formación de los abogados en Córdoba (1887/1940)

*Between laws and knowledge: procedural rules, execution penitentiary and training of lawyers in Cordoba (1887/1940)*

*Entre leis e saberes: normas processuais, execução penitenciaria e formação dos advogados em Córdoba (1887/1940)*

**José Daniel Cesano**


## **Editorial**





# Editorial: A “teoria do processo penal” e as suas relações entre continentes

*Editorial: The “theory of criminal procedure”  
and its relations between continents*

## **Bruna Capparelli**

Doutora em Processo Penal pela Università di Bologna (Itália).  
Doutora em Ciências Criminais pela PUCRS (em regime de cotutela).  
Bacharel em Direito pela Università di Bologna (Itália).  
*Associate editor* da RBDPP.  
bruna.capparelli2@unibo.it  
 <http://orcid.org/0000-0003-1249-2658>

## **Nereu José Giacomolli**

Doutor em Direito Processual Penal pela Universidad Complutense de Madri (Espanha).  
Coordenador de Pesquisa – PUCRS.  
Professor titular de Direito Processual Penal – PUCRS.  
*Editor chefe* da RBDPP.  
nereu@giacomolli.com  
 [lattes.cnpq.br/5969235847033808](https://lattes.cnpq.br/5969235847033808)  
 <http://orcid.org/0000-0003-1753-0334>

---

**RESUMO:** Neste editorial os autores expõem as premissas dos pontos de consolidação para uma “teoria do processo penal” e das suas relações entre os estudiosos italianos e latinos, assentando algumas orientações que guiam a RBDPP.

**PALAVRAS-CHAVE:** Processo Penal italiano; Processo Penal na América Latina; Pontos de intersecção; RBDPP.

**ABSTRACT:** *In this editorial, the Authors expose the premises of consolidation points for a “theory of the criminal procedure” and its relations between Italian and Latin academics, laying down some guidelines that guide RBDPP.*

**KEYWORDS:** *Italian Criminal Procedure; Criminal Procedure in Latin America; Points of intersection; RBDPP.*

---

A pesquisa, os pesquisadores, a justiça penal. Em tempos como os nossos de extrema dificuldade para os destinos da Universidade, nos locais dedicados à comunicação se discute muito sobre as atuais quantificações mercantis do produto “pesquisa” e acerca das abstratas classificações em estratos e em medianas das publicações, em busca de respostas imediatas a problemas bem mais profundos e complexos.

Outro fator de interesse para nossos fins é o aumento da tendência à “superespecialização”, pela qual, como é notório, com sempre maior frequência surgem novos periódicos que circunscrevem o argumento dos trabalhos publicados em setores cada vez mais restritos. Uma segregação especialística que torna mais difícil a pesquisa interdisciplinar nos espaços de sobreposições entre diferentes disciplinas, as quais, todavia, são certamente reconhecidas como as mais férteis pelos pesquisadores dotados de maior criatividade e capacidade de síntese.

Ademias, hoje acredita-se – ou pensa-se que seja indispensável sustentar – que a força de uma matéria consista em rígidas separações científicas. Esta bandeira merece respeito e sem dúvidas ainda possui relevância. Todavia, uma disciplina não pode conter tudo aquilo que conta, porque o postulado da autonomia não é útil sem sua totalidade. O processo penal perpassa o terreno de várias outras áreas do conhecimento e saber, e, para compreendê-lo a fundo, como se atua, a sua indigência e suas virtudes, não é possível ignorar as críticas das áreas limítrofes.

Neste complexo quadro delineado se insere a RBDPP: embora permanecemos persuadidos de que o diálogo interdisciplinar constitua uma base elementar, quase escolástica para o processo penal hodierno, e conscientes de que um modelo de jurista superespecializado possa parecer para alguns pouco atraente, assim de como seja ainda forte o sentimento nostálgico no que tange à figura de um estudioso que invocava a “teoria geral única de processo” para a resolução de intrigantes questões jurídicas relativas as incitações impostas pela justiça penal, a RBDPP lança um desafio.

Apesar de considerar legítimas as nostalgias do passado, como aquelas que cada um de nós nutre em seu íntimo, por exemplo, pela romântica figura do “médico de família” – capaz de solucionar, imediatamente, qualquer problema–, se pretendemos permanecer aos passos com os tempos e tentar melhorar a função pública cuja pesquisa e didática são

predispostos, seria mais conveniente apartar essas nostalgias. Podemos não aprovar o norte seguido pelo mundo, mas não podemos pretender que ele paralise para que possamos descer. Em vez disso, seria muito mais produtivo tentar compreender o movimento e ficarmos bem ancorados às próprias referências, para que não sejamos ejetados.

Entendendo a exploração desta forma, temos então boas razões para sustentar a ideia de um Direito Processual Penal que se autodetermine por categorias próprias, que avance, que se afirme com (e por) público consenso dos estudiosos. Esta é uma visão que seduz verdadeiramente, e está, ainda, em busca de prosélitos. Mas – pelo menos nos nossos dias – a experiência desilude. Por trás daquelas nostalgias citadas acima se escondem não somente riscos e perigos, mas realidades diversas, às vezes malignas: conclusões exibidas por quem não conhece a fundo, ocasiões para estocadas científicas anteriores a qualquer aprofundamento, “bandeiras balançadas” que fragilizam o Direito Processual Penal e que não raramente interferem, quando o percurso está ainda em fase de formação.

Com seu projeto editorial, a RBDPP reverbera uma advertência, partindo do desengano em relação à reivindicação “coral” de uma visão do Processo Penal meramente instrumental.

Relativamente a dita instrumentalidade do Direito Processual sobre o Direito Penal substancial, evidenciá-la é útil ao fim de afirmar uma função que se pode definir fisiologicamente própria do processo penal: de fato, o processo seria somente um dispositivo continuamente imóvel, privado de voz se não fosse destinado a dar concreta aplicação às regras sobre delitos e penas. Ao contrário, é indispensável precisar que o Direito Penal material adquire concreta aplicação e atuação não somente quando se aplica uma sanção penal, abstratamente imposta, a um ou mais sujeitos contra um ou mais crimes legalmente investigados, mas também quando em face a accertamentos de fato, ou de interpretações de normas, emerge que, em relação a um determinado fato, não deve incidir alguma sanção contra o réu, no que diz respeito ao fato contestado.

Entretanto, como é notório, a estrutura do vigente Código de Processo Penal descreve percursos idôneos a confluir em atos processuais aplicativos de sanções qualificáveis como penal ou, em alternativa, certificados pela não aplicação de tais sanções, antepondo-se regras mirantes a delinear um quadro normativo de sujeitos e atos destinados

a comparecer na cena de todo o *iter* procedimental e oferecer uma disciplina de institutos cuja relevância é largamente transversal (*id est*: o tema das provas e das medidas cautelares, os vários aspectos da execução de medidas durante ou ao fim do processo, a formação do trânsito em julgado e de seus efeitos penais ou extrapenais, as relações jurisdicionais com autoridades estrangeiras). O resultado é um catálogo de matérias que dificilmente seria possível imaginar como estranhas ao denominado Direito Processual Penal, visto que de cada uma delas se descreve uma disciplina, em suas diferentes etapas e variações, chegando a compor um verdadeiro “procedimento” penal.

Que na Itália o Direito Processual Penal tenha adquirido, ao longo do tempo, uma autonomia própria quanto à categoria conceitual e institutos jurídicos, é um dado incontroverso<sup>1</sup>. Ademais, a estes propósitos, é suficiente percorrer a evolução dos programas acadêmicos italianos que levaram em 1938 a instituir o ensinamento autônomo do Processo Penal, visto que, até aquele ano, o Direito Processual era parte integrante dos cursos de Direito Penal<sup>2</sup>.

Justamente a partir de 1938 a cadeira de Processo Penal se transforma em um curso próprio, embora continue sendo atribuído, em custódia, aos docentes de Direito Penal substancial<sup>3</sup>.

Como se recordará, a partir da segunda metade dos anos 50, as universidades italianas iniciam a recrutar docentes que se dedicarão, de modo exclusivo, ao ensino do Direito Processual Penal.

<sup>1</sup> Cfr. CONSO, Giovanni. *Istituzioni di diritto processuale penale*, Milano: Giuffrè, 2º ed., 1967.

<sup>2</sup> Por todos: ORLANDI, Renzo. Il metodo della ricerca nelle scienze penalistiche. Uno sguardo alle discipline processuali. In: *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna: Bononia University Press, 2016, p. 99 – 114 e ORLANDI, Renzo. La prolusione di Rocco e le dottrine del processo penale. *Criminalia*, 2010, p. 2 s.

<sup>3</sup> Neste sentido, uma decisiva contribuição se individualiza na cisão operada em 1938 na tabela dos cursos curriculares para a obtenção da licenciatura em Direito, entre o Direito Penal e Procedimento Penal, antes disciplinados conjuntamente com a denominação “Direito e Processo Penal”. Hoje, o Direito Processual Penal, distinto do Direito Penal, marca um dos específicos setores científicos individualizados dentro da grande área de Ciências Jurídicas pelo decreto ministerial de 23 de dezembro de 1999 designando também uma das «atividades formativas indispensáveis» para a obtenção da «licenciatura em Direito», segundo a definição dada pelo D.M. de 25 de novembro de 2005.



Contudo, se para a cultura jurídica italiana hodierna a alteridade do Direito Penal substancial e do Direito Processual Penal pode se dizer aceita, em um contexto que consagrou até mesmo em nível acadêmico, uma dignidade científica e didática entre as duas disciplinas, formalmente separadas, o mesmo não pode se dizer acerca do ensino da matéria e das atividades de pesquisa no ordenamento brasileiro, onde ainda prevalece um certo prejuízo em relação ao reconhecimento de um Direito Processual Penal tecnicamente rigoroso, e, sobretudo, autônomo<sup>4</sup>.

De fato, a uma análise mais atenta, é possível individuar uma espécie de semi-encobrimento do Processo Penal enquanto tal, reconduzido, na maior parte das vezes, a um apêndice do Penal substancial, sobreposto a uma organização e atuação prática dos ensinamentos universitários (basta examinarmos o número de horas/aula dedicadas ao ensino do direito material e a correspondência didática de direito processual penal).

Por outro lado, são diversos os ilustres doutrinadores processuais penalistas italianos cuja fama ultrapassou desde muito tempo o atlântico, influenciando determinantemente inteiras gerações de estudiosos em toda a América Latina<sup>5</sup>: além dos grandes clássicos como Francesco Carrara<sup>6</sup> – somente para citar um exemplo –, em uma fase mas recente encontramos mestres do calibre de Giovanni Conso<sup>7</sup>, Franco Cordero<sup>8</sup>,

---

<sup>4</sup> Na mesma direção: CHIAVARIO, Mario. (Voz) Diritto processuale penale. *Enciclopedia del Diritto*, 2016, Milano: Giuffrè, p. 255 s.

<sup>5</sup> V., entre muitos, PELLEGRINI GRINOVER, Ada. Lineamenti generali del nuovo processo penale dell'America Latina: Argentina, Brasile e Codice modello per l'America Latina. *Giusto proc.*, 1990, 32 s.; PELLEGRINI GRINOVER, Ada. Lineamenti generali del nuovo processo penale in America Latina e punti di convergenza con il modello italiano. In CHIAVARIO, Mario. (a cura di). *Il nuovo codice di procedura penale visto dall'estero* (Atti del seminario di Torino, 4-5 maggio 1990), Milano: Giuffrè, 1991, 137 s. e ARMIENTA CALDERÓN, Gonzalo. La nueva reforma procesal penal mexicana. In MASSA, M.; SCHIPANI, S. (a cura di). *Un "Codice Tipo" di Procedura Penale per l'America Latina* (Atti del Convegno Internazionale, Roma 11/13 settembre 1991), (Roma e America. Collana di studi giuridici latino-americani, 7), Padova: Cedam, 1994, 315 s.

<sup>6</sup> CARRARA, Francesco. *Programma del corso di diritto criminale*, 1863.

<sup>7</sup> CONSO, Giovanni. *I fatti giuridici processuali penali: perfezione ed efficacia*, 1955.

<sup>8</sup> CORDERO, Franco. *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1956.

Luigi Ferrajoli<sup>9</sup>, Massimo Nobili<sup>10</sup>, Paolo Ferrua<sup>11</sup>, Vittorio Grevi<sup>12</sup>, Ennio Amodio<sup>13</sup>, Mario Chiavario, Giulio Illuminati<sup>14</sup>.

O nosso desafio, portanto, é criar uma ocasião de diálogo, de interação, de manter vivas as interseções desta florida e tradicional parceria entre o Processo Penal italiano e o Processo Penal na América Latina, de abrir um novo canal através dos nossos Autores e Revisores, embora que com seleção e com os mascaramentos que impõem a deontologia.

O resultado é algo que não coincide com os gêneros editoriais mais comuns, permanecendo teimosa a opinião que o fio destinado a ligar as partes mais heterogêneas da Revista não estejam somente em predileções pessoais.

## BIBLIOGRAFIA

AMODIO, Ennio. *Estetica della giustizia penale*, Milano: Giuffrè, 2016.

AMODIO, Ennio. *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Milano, 1977, p.173 s.

ARMIENTA CALDERÓN, Gonzalo. *La nueva reforma procesal penal mexicana*. In MASSA, M.; SCHIPANI, S. (a cura di). *Un "Codice Tipo" di Procedura Penale per l'America Latina* (Atti del Convegno Internazionale, Roma 11/13 settembre 1991), (Roma e America. Collana di studi giuridici latino-americani, 7), Padova: Cedam, 1994, 315 s.

<sup>9</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, 2009.

<sup>10</sup> NOBILI, Massimo. *La disciplina costituzionale del processo: appunti di procedura penale dal corso del Prof. Massimo Nobili*, 1976 e NOBILI, Massimo. *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974.

<sup>11</sup> FERRUA, Paolo. *Il "giusto processo"*, Bologna: Zanichelli, 2012 e FERRUA, Paolo. *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*, Milano, 1981.

<sup>12</sup> GREVI, Vittorio. *Nemo tenetur se detegere: interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972.

<sup>13</sup> AMODIO, Ennio. *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Milano 1977, p.173 s. e, mais de recente, AMODIO, Ennio. *Estetica della giustizia penale*, Milano: Giuffrè, 2016.

<sup>14</sup> ILLUMINATI, Giulio. *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979.

- CARRARA, Francesco. Programma del corso di diritto criminale, 1863.
- CHIAVARIO, Mario. Processo e garanzie della persona, Milano, 1976.
- CHIAVARIO, Mario. (Voz) Diritto processuale penale. *Enciclopedia del Diritto*, 2016, Milano: Giuffrè, p. 255 s.
- CONSO, Giovanni. I fatti giuridici processuali penali: perfezione ed efficacia, 1955.
- CONSO, Giovanni. Istituzioni di diritto processuale penale, Milano: Giuffrè, 2° ed., 1967.
- CORDERO, Franco. Le situazioni soggettive nel processo penale, Torino, 1956.
- FERRAJOLI, Luigi. Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale, Laterza, 2009.
- FERRU, Paolo. Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali, Milano, 1981.
- FERRU, Paolo. Il “giusto processo”, Bologna: Zanichelli, 2012.
- GREVI, Vittorio. *Nemo tenetur se detegere*: interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano, Milano, 1972.
- ILLUMINATI, Giulio. La presunzione d'innocenza dell'imputato, Bologna, 1979.
- NOBILI, Massimo. Il principio del libero convincimento del giudice, Milano, 1974.
- NOBILI, Massimo. La disciplina costituzionale del processo: appunti di procedura penale dal corso del Prof. Massimo Nobile, 1976.
- ORLANDI, Renzo. Il metodo della ricerca nelle scienze penalistiche. Uno sguardo alle discipline processuali. In: *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna: Bononia University Press, 2016, p. 99 – 114.
- ORLANDI, Renzo. La prolusione di Rocco e le dottrine del processo penale. *Criminalia*, 2010, p. 2 s.
- PELLEGRINI GRINOVER, Ada. Lineamenti generali del nuovo processo penale dell'America Latina: Argentina, Brasile e Codice modello per l'America Latina. *Giusto proc.*, 1990, 32 s.
- PELLEGRINI GRINOVER, Ada. Lineamenti generali del nuovo processo penale in America Latina e punti di convergenza con il modello italiano. In CHIAVARIO, Mario (a cura di). *Il nuovo codice di procedura penale visto dall'estero* (Atti del seminario di Torino, 4-5 maggio 1990), Milano: Giuffrè, 1991, 137 s.

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

*Agradecimentos:* os autores agradecem o prof. Vinicius Gomes de Vasconcellos pela atenta e valiosa revisão do editorial.

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

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

- *Bruna Capparelli:* projeto e esboço inicial, levantamento bibliográfico, revisão bibliográfica, redação, aprovação da versão final.
- *Nereu Giacomolli:* revisão crítica e complementação bibliográfica, redação, 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.

### COMO CITAR ESTE EDITORIAL:

CAPPARELLI, Bruna; GIACOMOLLI, Nereu. A “teoria do processo penal” e as suas relações entre continentes. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 3, p. 913-920, set./dez. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i3.194>



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

# Editorial: Como elaborar um artigo científico para publicação


*Editorial: How to prepare a scientific article for publication*


**Armando Dias Ramos<sup>1</sup>**

Universidade Autónoma de Lisboa/Portugal

Editor-assistente da RBDPP

[a.dias.ramos@gmail.com](mailto:a.dias.ramos@gmail.com)

 [publons.com/a/1417779/](https://publons.com/a/1417779/)

 [orcid.org/0000-0003-0711-2366](https://orcid.org/0000-0003-0711-2366)

---

**RESUMO:** A produção científica nunca foi tão escrutinada como nos dias que correm. Na era da informática e da informação partilhada a proliferação de revistas científicas *online* leva a que exista um duplo controle sobre as publicações. Não poderemos descurar que a credibilidade das revistas em linha está diretamente relacionada com a qualidade e originalidade dos artigos científicos publicados. Por outro lado, existe um maior controle sobre os artigos publicados, verificando-se exaustivamente se o mesmo não apresenta plágios. A função de controlo interpares (*double-blind peer review*) revela-se essencial ao permitir um escrutínio e a validação dos artigos científicos que se pretendem publicar. Escrever um artigo para publicação requer conhecimentos e técnicas apropriadas, caso contrário não estaremos na presença de um artigo científico, mas de um mero artigo de opinião. Ao longo deste editorial traçamos algumas linhas que poderão conduzir os nossos leitores, eventuais futuros autores, a um aperfeiçoamento na investigação, redação e posterior publicação de um artigo científico.

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito – Ciências Jurídicas, na Universidade Autónoma de Lisboa / Professor Adjunto convidado no Instituto Politécnico de Beja / Professor Adjunto convidado no Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Lisboa / Professor convidado na Pós-Graduação de Gestão de Fraude Organizacional no Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Coimbra / Docente na Escola de Polícia Judiciária / Inspetor-chefe da Polícia Judiciária.

**PALAVRAS-CHAVE:** Metodologia; Artigo Científico; Publicação; Redação de artigos científicos.

**ABSTRACT:** *Scientific production has never been as thoroughly examined/debated as nowadays. In the era of Computer Science and of shared information, the proliferation of scientific magazines online leads to a double control carried out on publications. We mustn't neglect that the credibility of in line magazines is directly related to the quality and originality of the published scientific articles. On the other hand, there is a wider control over an article before it is published, checking thoroughly if it shows no plagiarism. The double-blind peer review becomes essential when allowing a scrutiny and the validation of the scientific articles intended to be published. To write an essay requires knowledge and appropriate techniques, otherwise we will not be producing a scientific article but a mere opinion piece. Throughout this editorial we draw some guidelines that could lead our readers, probable authors in the future, to an improvement in their research, writing and after publication.*

**KEY WORDS:** *Methodology; Scientific Article; Publication; Writing of Scientific Articles.*

---

A tarefa de escrever um artigo científico poderá ser árdua por exigir uma investigação cuidada e evitar redundâncias de artigos já publicados. Para minimizar o trabalho o seu autor deve debruçar-se sobre matérias nas quais se sinta à vontade ou tenha um domínio mais exaustivo. Esta técnica facilita, desde logo, o trabalho que o autor irá ter nos próximos passos até à conclusão do seu artigo. Deverá não se cair na tentação de escrever artigos para publicação apenas para construir um currículo. A demanda de um artigo científico deve ser encarada como uma função nobre, que exige muitas pesquisas, leituras e confronto de ideias entre os diversos autores, levando a que no final resulte um texto que contribua para o avanço da ciência na área em que se está a escrever.

Será, desde já, pertinente debruçarmo-nos sobre o que se deverá entender por cientificidade de um artigo. Como nos ensina UMBERTO ECO, “uma pesquisa é científica quando responde aos seguintes requisitos: 1) A pesquisa debruça-se sobre um objeto reconhecível e definido de tal modo que seja igualmente reconhecível pelos outros; [...] 2) A pesquisa

deve dizer sobre esse objeto coisas que não tenham já sido ditas ou rever com uma ótica diferente coisas que já foram ditas; [...] 3) A pesquisa deve ser útil aos outros; [...] e, 4) A pesquisa deve fornecer os elementos para a confirmação e para a rejeição das hipóteses que apresenta e, portanto, deve fornecer os elementos para uma possível continuação pública”<sup>2</sup>. Outros autores utilizam a expressão “método”, como o conjunto de procedimentos que compõem um projeto de investigação<sup>3</sup>.

Não se deverá confundir artigo científico com uma tese ou dissertação, embora o grau de exigência deva ser o mesmo. O artigo deverá ser um relatório de uma investigação realizada, no qual se vertem os problemas ou questões iniciais, o desenvolvimento efetuado e as conclusões. Diferentemente, a tese ou dissertação abarca um estudo mais aprofundado e exige a aplicação de outros métodos de investigação<sup>4</sup>.

O labor científico de um artigo começa, desde logo, pela delimitação da escolha do tema a tratar e pela busca do *estado da arte* nesse quadrante<sup>5</sup>. Uma breve pesquisa, em índices bibliotecários<sup>6</sup>, permite aferir se o tema

---

<sup>2</sup> ECO, *Como se faz uma tese em ciências humanas*, pp. 51 a 56.

<sup>3</sup> “A definição de método é complexa e pode sugerir certa gama de diferentes significados. Martin Heidegger lembra-nos que, etimologicamente, método é uma palavra de raiz grega e que significa “o caminho pelo qual sigo uma coisa”. No mesmo sentido, Friedrich Rapp afirma que “*en su sentido más estricto por ‘método’ ha de entenderse una manera consecuente de proceder que se aplica para alcanzar un determinado fin*””, Cit. OLIVEIRA, «Método Jurídico e interpretação do direito: Reflexões programáticas sobre a concretização dos direitos coletivos», p. 98. Entre outros vide QUIVY E CAMPENHOUDT, *Manual de investigação em ciências sociais*, p. 48; STAKE, *The Art of case study research*, p. 47; MILES e HUBERMAN, *Analyse des Données Qualitatives. Recueil de Nouvelles Méthodes*, p. 17.

<sup>4</sup> Numa dissertação ou tese o método de investigação científica poderá abarcar substancialmente diferente. Existem, entre outros, o método etnográfico, experimental, pesquisa textual ou de campo, triangulação de vários métodos, etc. GERRING, *Case Study Research, Principles and Practices*, p. 1

<sup>5</sup> Devem-se evitar assuntos sobre os quais recentemente foram feitos estudos, o que torna difícil uma nova abordagem, MARCONI e LAKATOS, *Fundamentos de Metodologia Científica*, 5.ª Edição, São Paulo: Editora Atlas, 2003, cit. p. 45.

<sup>6</sup> Para além das bibliotecas universitárias, as consultas podem ser feitas no repositório científico de acesso aberto de Portugal (<https://www.rcaap.pt>), no Scielo, Crossref Metadata Search, Google Académico ou na Biblioteca IBC-CRIM, entre outros.

escolhido é discutido na doutrina e, a partir das primeiras leituras, verificar se as posições dos doutrinadores são consentâneas ou, pelo contrário, divergentes. Não existindo celeuma no tema que se tem em vista abordar será de repensar escrever sobre ele. Efetivamente, a produção científica visa acrescentar algo ao que já existe nessa matéria e dar um contributo de evolução na discussão desse tema. Um tema que seja unânime na doutrina acaba por ser um “não tema”, tornando-se desinteressante e, acima de tudo, tem fortes probabilidades de nunca ser publicado<sup>7</sup>.

Após as primeiras leituras o autor deverá decidir pela viabilidade da sua investigação, elaborando um projeto de índice e as questões que pretenderá ver respondidas. É importante formular hipóteses, desenvolver as mesmas no corpo do texto que vai elaborar e concluir com as suas soluções para os problemas formulados. Como refere C. ROBERTO HERNÁNDEZ SAMPIERI *et al*, as hipóteses indicam-nos o caminho que estamos provando ou tratando provar<sup>8</sup>. Os quesitos ou hipóteses não necessitam de ser verdadeiros, podem ou não ser comprovados com o desenrolar da investigação<sup>9</sup>. O que as distingue é a circunstância de não serem uma afirmação de facto, antes indagações com o fito de se obter uma resposta. O embrião do artigo científico acaba por ganhar a sua forma primária e ao longo do trabalho poderá sofrer alterações, quer por força de novas interrogações, que venham a surgir, quer de outras pesquisas bibliográficas mais centradas no tema em investigação.

WILLIAM E. MAGNUSSON<sup>10</sup> estabelece cinco regras básicas para a escrita de um artigo. Segundo este coordenador de pesquisas em ecologia,

---

<sup>7</sup> VASCONCELLOS, «A função do periódico científico e do editor para a produção do conhecimento no Direito e nas ciências criminais», disponível online em <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.34> [acedido em 25 de junho de 2018].

<sup>8</sup> COLLADO SAMPIERI e BATISTA LUCIO, *Metodología de la investigación*, p. 76.

<sup>9</sup> “[É] uma dificuldade, ainda sem solução, que é mister determinar com precisão, para intentar, em seguida, seu exame, avaliação crítica e solução”, cit. VERA, *Metodologia da pesquisa científica*. Vide também MIÑANO LACAROS, «Presentación del problema bajo una metodología reflexiva para la investigación científica», pp. 109-112.

<sup>10</sup> MAGNUSSON, «How to Write Backwards», *Bulletin of the Ecological Society of America*, p. 88, disponível em <http://www.jstor.org/stable/20168029> [acedido em 23 de julho de 2018].



do Instituto Nacional de Pesquisas da Amazônia, o artigo deverá começar pelo fim, escrevendo as conclusões, passando pelos resultados, métodos de investigação e discussão do tema, até finalmente a introdução. O processo dessas cinco regras permite obter um texto coerente, contendo a informação necessária para apresentar as perguntas e desenvolver as mesmas, para as quais as conclusões a que chegou.

A escolha da forma como se redige um artigo, começando pelo fim, pelo meio ou pelo princípio, deverá partir do seu próprio autor. Não deveremos seguir regras de outros autores só por estes entenderem que o método deles é mais eficiente e profícuo. Cada autor deverá adaptar para si uma forma de escrita, na qual se sinta confortável, desenvolvendo um raciocínio científico que confronte as ideias já existentes e a inovação que lhe pretende dar.

Tratando-se de um artigo deverá limitar-se o número de questões, uma vez que um número elevado poderá levar a que não se aprofunde o cerne da questão e tornem o texto demasiado extenso<sup>11</sup>. Duas a três questões será o ideal, podendo existir subitens nas questões, conforme a complexidade das mesmas, mas não muito extensas.

Quanto às fontes de investigação, deveremos abrir um parêntesis para uma chamada de atenção que se impõe. Com a proliferação da internet torna-se mais fácil efetuar pesquisas recorrendo a motores de busca. Até aqui tudo bem. Efetivamente cada vez mais as bibliotecas e os repositórios das universidades têm o seu acervo documental em páginas da internet. Não se deverá utilizar referências, num artigo científico, quando as mesmas se encontram em páginas que não nos permitem aferir a veracidade do texto ou do seu autor<sup>12</sup>. O recurso a citações muito extensas deverá ser evitado, mas a serem feitas deverão ser efetuadas a partir dos textos originais, levando a uma certeza inequívoca quanto ao

---

<sup>11</sup> Diferentemente numa tese de mestrado ou doutoramento as questões poderão ser em maior número, uma vez que há lugar a uma maior dilação de páginas para abordar as mesmas. Um artigo científico, por regra, deverá ter entre 15 a 25 páginas.

<sup>12</sup> Muito menos recorrendo a páginas da *Wikipédia*. Como nos diz CASTRO AMORAS e VILHENA AMORAS, «A pesquisa no ensino superior: um ensaio sobre metodologia científica», p. 132, “*Por exemplo, há pessoas que afirmam certas informações que não estão adequadamente classificados*”.

texto e autoria das mesmas<sup>13</sup>. Na impossibilidade de se consultar a fonte original pode-se recorrer a uma citação já mencionada por outro autor, devendo fazer-se a menção, neste caso, ao autor que efetuou a citação na sua obra. A expressão *apud* indica que a citação não foi retirada do texto original, mas de um texto de outro autor que citou o original que agora estamos a incluir no nosso artigo. Deverá por isso fazer-se referência tanto ao autor da expressão citada como ao autor de onde se foi retirar a referida expressão<sup>14</sup>.

Desta forma evita-se que existam plágios, facto este que tem vindo a crescer cada vez mais em universidades e que tem levado à anulação de títulos académicos a ilustres conhecidos, como já sucedeu na Alemanha por exemplo<sup>15</sup>.

O artigo deverá ter de forma autonomizada, no mínimo, três partes: introdução, desenvolvimento e conclusão (ou considerações finais). É na introdução que se deverá abordar o tema que se vai desenvolver e colocar as questões que incidem sobre a necessidade de abordar o tema. É também aqui, ainda que de forma sumária, que se poderá incidir sobre o *estado da arte* no tocante ao assunto em discussão. A introdução é o cotejo do tema e serve para cativar o leitor na continuação da leitura do texto. Deve expor o tema e as questões principais que se vão desenvolver, deixando espaço para que o leitor se possa apaixonar sobre o tema que se

---

<sup>13</sup> As citações com mais de 3 linhas inseridas no corpo do texto, que não constem em nota de rodapé, deverão ser autonomizadas em separado, escritas em itálico e sem necessidade de colocação entre aspas.

<sup>14</sup> Exemplo: “[a]ssim, depois de recebido, lido e guardado no computador do destinatário, um e-mail deixa de pertencer à área de tutela das telecomunicações, passando a valer como um normal escrito”. RAMOS, A prova digital em processo penal: o correio eletrónico, 2.ª Edição, Lisboa: Chiado Editora, 2017, p. 61 *apud* ANDRADE, “Bruscamente no Verão Passado”, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

<sup>15</sup> Referimo-nos ao caso do Ministro da Defesa Karl-Theodor zu Guttenberg que lhe foi caçado o título de Doutor por ter plagiado a tese de Doutoramento. Vide <http://www.tvi24.iol.pt/internacional/alemanha/ministro-da-defesa-apanhado-a-plagiar-doutoramento> [acedido em 2 de agosto de 2018]. Na RBDPP encontra os pressupostos de integridade ética dos autores em <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies#custom-2> [acedido em 2 de agosto de 2018]. Em português do Brasil o termo usado para situações como a que referimos é “cassação de título académico”.

vai desenvolvendo e o levem até à leitura das conclusões. Não deverá ser muito extensa, deve, por isso, focalizar-se no tema do artigo e ser direto na abordagem que se vai efetuar.

No desenvolvimento o autor poderá “dar asas” à escrita, tendo sempre como escopo os quesitos que apresentou na introdução. É nesta parte do texto que o autor deverá apresentar as diversas teorias e posições doutrinárias/jurídicas que existem sobre o tema, em ordem às questões que formulou. O seu contributo, quer inovando quer contradizendo ou apoiando determinada posição doutrinária deverá ficar expressa nesta parte do artigo.

Por último a conclusão deverá ser o repisar dos quesitos que pronunciou e as conclusões a que chegou, sendo uma súmula de todo o artigo. Nesta última fase do artigo o autor poderá também aventar novas hipóteses de trabalho a desenvolver no futuro relativamente a situações que não se debruçou, por saírem do âmbito do artigo.

Importante na escrita de um artigo científico é o modo de utilização das notas de rodapé. Uma nota de rodapé serve para complementar o corpo do texto ou para fazer referência a um ou vários autores que citamos no texto. Serve essencialmente para que no corpo do texto não exista descontinuidade com o que vem sendo escrito, relevando para o fim de página observações ou explicações que profusamente complementam o texto. Há diversas formas de efetuar referência aos autores que se consultaram para a escrita do artigo. Desde logo o redator do artigo deverá ter em atenção o modo que é utilizado na edição onde pretende publicar o seu artigo e usar a mesma. Tal não só facilita o trabalho dos editores como contribui para uma uniformização da publicação<sup>16</sup>.

O estilo Harvard é o mais utilizado nas ciências sociais correspondendo à referência no modelo autor-data (ex. Costa Andrade, 2000, p. 17). Em Portugal a Norma Portuguesa sobre referências bibliográficas (NP 405) utiliza o nome do autor (primeiro o apelido e posteriormente os restantes nomes), título da obra, local de publicação:

---

<sup>16</sup> No que à RBDPP diz respeito poderá encontrar as mesmas em: <<https://drive.google.com/file/d/0ByaGv-08dNr5X3JSc1FKektxeVU/view>> [acedido em 28 de julho de 2018].

Editora, ano de publicação e ISBN<sup>17</sup>. De referir que das páginas web consultadas deverá ser constar o *link* de acesso, bem como a data em que tal consulta foi efetuada. Tal procedimento permite que se caso a página deixe de estar *online* se possa recorrer a arquivos da internet para consultar a referida página e constatar o que ali se encontrava publicado nessa data<sup>18</sup>.

Dos vários estilos de efetuar referência aos autores deverá optar-se por um e utilizar o mesmo uniformemente em todo o artigo. Por último referimos ainda que as expressões cuja tradução não seja realizada, tais como locuções latinas ou estrangeirismos, devem ser escritos em itálico.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORAS, Fernando Castro e AMORAS, Aluana Vilhena, «A pesquisa no ensino superior: um ensaio sobre metodologia científica», *Estação científica (UNI-FAP)*, Macapá, v. 6, n. 3, set/dez 2016, DOI: <http://dx.doi.org/10.18468/est-cien.2016v6n3.p127-136>

ASTI VERA, Armando. *Metodologia da pesquisa científica*. Porto Alegre: Globo, 1976.

ECO, Umberto, *Como se faz uma tese em ciências humanas*, 13.<sup>a</sup> Edição, Lisboa: Editorial Presença, 2007.

GERRING, Jonh, *Case Study Research, Principles and Practices*, New York: Cambridge University Press, 2007.

MAGNUSSON, William E., «How to Write Backwards», *Bulletin of the Ecological Society of America*, Vol. 77, N.º. 2 (Apr., 1996), p. 88, disponível em <http://www.jstor.org/stable/20168029>

---

<sup>17</sup> A título de exemplo veja-se em <https://www.uc.pt/fcdef/documentosbiblioteca/Bibliotecadigital/NP> [acedido em 3 de agosto de 2018] ou MEIRIM, *Como pesquisar e referir em Direito*. O autor ensina-nos diferentes modalidades de referir, desde as monografias, aos sites, à jurisprudência de tribunais, etc, justificando que “o nosso trabalho é potenciador da elaboração de outros textos, sendo por isso importante que a sua divulgação pública obedeça a certas convenções, respeite algumas regras básicas.”

<sup>18</sup> Entre outros sugerimos a consulta do site [www.archive.org](http://www.archive.org).

MARCONI, Marina de Andrade e Lakatos, Eva Maria, *Fundamentos de Metodologia Científica*, 5.<sup>a</sup> Edição, São Paulo: Editora Atlas, 2003.

MIÑANO LACAROS, Juan Guillermo «Presentación del problema bajo una metodología reflexiva para la investigación científica», *QUIPUKAMAYOC, Revista de la Facultad de Ciencias Contables*, Vol. 22 N.º 42 pp. 109-112 (2014) UNMSM, Lima – Perú, <http://dx.doi.org/10.15381/quipu.v22i42.11043>

MEIRIM, José Manuel, *Como pesquisar e referir em Direito*, Coimbra Editora, 2008.

MILES, M. e Huberman, M., *Analyse des Données Qualitatives. Recueil de Nouvelles Méthodes*, 2<sup>a</sup> edição. Bruxelles: De Boeck Université, 2003.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de, «Método Jurídico e interpretação do direito: Reflexões programáticas sobre a concretização dos direitos coletivos», *Revista Brasileira de Direito*, IMED, Vol. 9, n.º 2, jul-dez 2013. <https://doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v9n2p90-129>

QUIVY, R.; CAMPENHOUDT, L., *Manual de investigação em ciências sociais*, Lisboa: Grádiva, 1992.

RAMOS, Armando Dias, *A prova digital em processo penal: o correio eletrônico*, 2.<sup>a</sup> Edição, Lisboa: Chiado Editora, 2017.

SAMPIERI, C. Roberto Hernández; Collado, Carlos Fernández e Lucio, Pilar Batista, *Metodología de la investigación*, México: McGraw-Hill, 1991.

STAKE, R., *The Art of case study research*, Thousand Oaks, CA: Sage Publications, 1995.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. A função do periódico científico e do editor para a produção do conhecimento no Direito e nas ciências criminais. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 3, n.º 1, 2017. Disponível online em: <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.34>

### **Informações adicionais e declarações do autor (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 editorial.

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

*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.

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

RAMOS, Armando D. Editorial: Como elaborar um artigo científico para publicação. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 3, p. 921-930, set./dez. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i3.192>



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

**Dossiê:**  
**Trânsito em julgado penal,**  
**princípio de legalidade,**  
**princípio de culpabilidade**

*Dossier:*  
*Criminal res iudicata, principle*  
*of legality, principle of culpability*





# Editoriale del Dossier “Giudicato penale, principio di legalità, principio di colpevolezza”


*Editorial of Dossier “Criminal res iudicata, principle of legality, principle of culpability”*


*Editorial do dossiê “Trânsito em julgado penal, princípio de legalidade, princípio de culpabilidade”*

**Francesco Caprioli<sup>1</sup>**

Università degli Studi di Torino/Italia

francesco.caprioli@unito.it

 <http://lattes.cnpq.br/4231343800121534>

 <http://orcid.org/0000-0003-4038-809X>

---

**ABSTRACT:** Che significato ha l'espressione “medesimo fatto” contenuta nell'art. 649 del codice italiano di procedura penale, che regola il principio del *ne bis in idem* (divieto di secondo giudizio)? Il fatto oggetto del secondo procedimento deve essere considerato nella sua dimensione esclusivamente naturalistica, indipendentemente dalla sua qualificazione penalistica? In che misura opera il divieto di secondo giudizio quando la legge penale tollera la duplicazione del trattamento sanzionatorio, o quando l'ordinamento prevede per lo stesso fatto, in aggiunta alle sanzioni penali, sanzioni civili o amministrative di rilevante gravità? In che misura può attribuirsi forza esecutiva alle sentenze irrevocabili che abbiano condannato l'imputato per un fatto non previsto dalla legge come reato, o abbiano inflitto una pena illegale? L'autore riflette su queste e altre simili tematiche – ampiamente discusse nell'ordinamento processuale penale italiano –, nell'intento di stimolare il dibattito sul tema della *res iudicata*, sia in una prospettiva di carattere generale, sia,

---

<sup>1</sup> Professore Ordinario di Diritto Processuale Penale – Università degli Studi di Torino. *Associate editor* RBDPP, volume 4 numero 3.

più specificamente, nei suoi rapporti con i principi di colpevolezza e di legalità penale.

**PAROLE CHIAVE:** Giudicato; principio del *ne bis in idem*; principio di legalità.

**ABSTRACT:** *What's the meaning of the locution "medesimo fatto" in the Art. 649 of the Italian Criminal Procedure Code, that regulates the ne bis in idem principle (double jeopardy clause)? The fact object of the second judgment must be considered on its exclusively naturalistic dimension, no matter what the juridical qualification is according to the criminal law rules? In which measure the prohibition of second judgment operates when the criminal law rules tolerate the duplication of the sanctioning treatment, or when the legal system determines for the same fact, beyond penalty sanctions, administrative or civil punishment of considerable gravity? In which measure the conviction by definitive sentence is subject to revision based on wrong facts evaluation about the responsibility of the accused? Do the criminal sentences which inflict an illegal penalty or that condemn the accused for a fact that is not provided by law as a crime, have execution power? The author deals with these and other similar issues - widely discussed on Italian criminal procedure - in order to stimulate the debate about the theme of criminal res iudicata, on the general perspective and, more specifically, focusing on its relations with the principles of culpability and legality.*

**KEYWORDS:** *res iudicata; double jeopardy clause; rule of law.*

**RESUMO:** *Que significado tem a expressão "mesmo fato" contida no art. 649 do código italiano de processo penal, que regulamenta o princípio do ne bis in idem (proibição de segundo julgamento)? O fato objeto do segundo procedimento deve ser considerado em sua dimensão exclusivamente naturalística, independentemente de sua qualificação penal? Em que medida opera a proibição de segundo julgamento quando a lei tolera a duplicação do tratamento sancionatório, ou quando o ordenamento prevê para o mesmo fato, além de sanções penais, sanções civis ou administrativas de relevante gravidade? Em que medida se pode atribuir força executiva às sentenças irrevogáveis que tenham condenado o imputado por um fato não previsto pela lei como crime, ou que tenham infligido uma pena ilegal? Neste editorial, reflete-se sobre estas e similares temáticas - amplamente discutidas no ordenamento processual penal italiano -, com a intenção de estimular o debate sobre o tema da res iudicata, seja em uma perspectiva de caráter geral, seja,*

*mais especificamente, em suas relações com os princípios de culpabilidade e legalidade penal.*

**PALAVRAS-CHAVE:** *res iudicata; princípio do ne bis in idem; princípio de legalidade.*

**SOMMARIO:** Introduzione. – 1. Il concetto di “*same offence*” nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo e i suoi riflessi sull’ordinamento italiano. – 2. *Segue: Ne bis in idem* e “doppio binario sanzionatorio”. – 3. Giudicato e principio di legalità penale.

---

## INTRODUZIONE

Sul tema del giudicato penale e dei suoi margini normativi di stabilità si sono recentemente aperti, nell’ordinamento processuale italiano, almeno tre delicati fronti problematici.

Il primo investe – sull’onda di un drammatico caso giudiziario – il tradizionale tema dei limiti oggettivi del principio *ne bis in idem*. Cosa intende la legge italiana (art. 649 c.p.p.) quando vieta di procedere *ex novo* per il “medesimo fatto”? Il fatto oggetto del secondo giudizio deve essere considerato nella sua dimensione esclusivamente naturalistica, al netto della qualificazione giuridica che ne offre l’ordinamento? In che misura opera il divieto di secondo giudizio quando la legge penale sostanziale tollera la duplicazione del trattamento sanzionatorio (cioè tollera il *bis in idem* sostanziale)?

Il secondo attiene alle caratteristiche che deve possedere il primo giudizio perché operi la preclusione di cui all’art. 649 c.p.p. Deve trattarsi necessariamente di un giudizio che la legge interna qualifica come penale, o il divieto di *bis in idem* è destinato a operare anche quando l’imputato abbia già subito, per il medesimo fatto, un processo finalizzato all’irrogazione di sanzioni amministrative o civili di rilevante afflittività?

Il terzo concerne i limiti di tenuta del giudicato penale a fronte di palesi violazioni dei principi *nulla poena sine lege*, *nullum crimen sine lege*, *nulla poena sine culpa*. Hanno realmente forza esecutiva le

sentenze penali irrevocabili che infliggano una pena illegale o condannino l'imputato per un fatto non previsto dalla legge come reato? In che misura sono suscettibili di revisione le sentenze definitive di condanna basate su erronee valutazioni in fatto in ordine alla responsabilità dell'imputato?

Su questi interrogativi sono stati invitati a riflettere – nello specifico dell'ordinamento italiano e non solo – gli autori del presente *dossier*. Aleggiano sullo sfondo più ampie tematiche, che hanno inevitabilmente guadagnato la scena dell'analisi critica: il rapporto tra giudice e legge processuale, tra certezza del diritto e certezza dei diritti, tra legalità e giustizia.

## **1. IL CONCETTO DI “SAME OFFENCE” NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO E I SUOI RIFLESSI SULL'ORDINAMENTO ITALIANO**

La Corte europea dei diritti dell'uomo intende in chiave marcatamente storico-naturalistica la nozione di “*offence*” intorno alla quale ruota il precetto contenuto nell'art. 4 del Settimo Protocollo addizionale alla Convenzione europea («*no one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State*»). Stando a una giurisprudenza ormai consolidata, riferita prevalentemente a fattispecie di “doppio binario” sanzionatorio amministrativo-penale, ma applicabile anche all'ipotesi della duplicazione di giudizi che siano entrambi formalmente penali, la norma convenzionale – espressione del principio del *ne bis in idem* processuale e non solo del principio del *ne bis in idem* sostanziale, in quanto posta a garanzia del diritto dell'imputato a non essere ripetutamente perseguito e giudicato, e non solo del diritto a non essere ripetutamente condannato<sup>2</sup> – andrebbe intesa come «divieto di perseguire e giudicare una persona per un secondo reato quando all'origine di questo vi siano fatti identici o fatti

<sup>2</sup> Corte eur., 23 giugno 2015, Butnaru e Bejan-Piser c. Romania, in <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{“itemid”:\[“001-155355”\]}>](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{“itemid”:[“001-155355”]}>). Ultimo accesso: 30 settembre 2018.

“sostanzialmente” uguali a quelli all’origine del primo reato»<sup>3</sup>; ai fini dell’accertamento della sussistenza del *bis in idem*, non si tratterebbe dunque di verificare «se gli elementi costitutivi degli illeciti siano o meno identici, ma se i fatti ascritti ai ricorrenti [nei due contesti processuali] siano riconducibili alla stessa condotta»<sup>4</sup>; il divieto opererebbe in presenza di fatti «sostanzialmente identici», avuto riguardo alla «inestricabilità nel tempo e nello spazio» delle «concrete circostanze» che coinvolgono il medesimo imputato<sup>5</sup>.

Esisteva dunque, fino a poco tempo fa, un palese contrasto tra l’opinione espressa dalla Corte europea circa i limiti oggettivi di operatività del principio del *ne bis in idem* convenzionale (tendenzialmente riconducibili all’equazione *same offence* = medesima condotta) e l’opinione espressa dalla Corte di cassazione italiana circa i limiti oggettivi di operatività del principio del *ne bis in idem* interno. Per quest’ultima, il “medesimo fatto” *ex art. 649 c.p.p.* avrebbe dovuto leggersi come sinonimo di medesima condotta e *medesimo evento*, da intendersi anche come medesimo evento in senso giuridico, ossia come lesione del medesimo bene giuridico protetto: con la conseguenza che il *ne bis in idem* processuale non avrebbe avuto ragione di operare quando l’imputato non corresse il rischio di un indebito *bis in idem* sostanziale. «Ai fini dell’applicazione del principio del *ne bis in idem* – si affermava –, per medesimo fatto deve intendersi identità degli elementi costitutivi del reato e cioè condotta, evento e nesso di causalità, considerati non solo nella loro dimensione storico-naturalistica, *ma anche in quella giuridica, potendo una medesima condotta violare contemporaneamente diverse disposizioni di legge*»<sup>6</sup>; «poiché

---

<sup>3</sup> Corte eur., Grande Camera, 10 febbraio 2009, Zolotukhine c. Russia, in <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-91222"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>. Ultimo accesso: 30 settembre 2018.

<sup>4</sup> Corte eur., 4 marzo 2014, Grande Stevens c. Italia, in <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-146249"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>. Ultimo accesso: 30 settembre 2018.

<sup>5</sup> Corte eur., 27 novembre 2014, Lucky Dev c. Svezia, in <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-148184"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>. Ultimo accesso: 30 settembre 2018; Corte eur., 27 gennaio 2015, Rinas c. Finlandia, in <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-150668"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>. Ultimo accesso: 30 settembre 2018.

<sup>6</sup> Per tutte Cass., Sez. V, 11 dicembre 2008, Palanza, in <<http://www.italgiure.giustizia.it>>, Massime penali Corte Cassazione, n. 243330. Ultimo accesso: 30 settembre 2018.

all'unicità di un determinato fatto storico può far riscontro una *pluralità di eventi giuridici* (come si verifica nell'ipotesi di concorso formale di reati), il giudicato formatosi con riguardo ad uno di tali eventi non impedisce l'esercizio dell'azione penale in relazione ad un altro (inteso sempre in senso giuridico) pur scaturito da un'unica condotta»<sup>7</sup>. Non sfugga il paradosso: nell'interpretazione dell'art. 4 del Settimo protocollo addizionale alla Convenzione europea, la Corte di Strasburgo intende sostanzialmente la parola "reato" (*offence*) come sinonimo di fatto; nell'interpretazione dell'art. 649 c.p.p., la Corte di cassazione intendeva sostanzialmente la parola "fatto" come sinonimo di reato.

Della questione è stata recentemente investita la Corte costituzionale italiana. Chiamato a pronunciarsi in un delicato processo per omicidio doloso plurimo a carico di un imputato che, in un precedente processo, era già stato definitivamente prosciolto per le medesime condotte, qualificate come omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro e come disastro colposo (c.d. processo "Eternit"), il giudice per l'udienza preliminare di Torino ha in primo luogo osservato come nulla astrattamente impedisse una lettura convenzionalmente orientata dell'art. 649 c.p.p. volta a far coincidere il medesimo fatto con la medesima condotta, ma come una simile lettura avrebbe assunto – al cospetto della granitica giurisprudenza di segno contrario della Corte di cassazione – i connotati «di un'isolata ed eccentrica interpretazione adeguatrice», destinata a «un ben prevedibile "capovolgimento" nei gradi di giudizio successivi».

Ciò premesso, il giudice ha ritenuto che per adeguare l'ordinamento interno ai dettami della Corte europea non rimanesse altra via che sollevare un'eccezione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. nella parte in cui limitava l'applicazione del principio del *ne bis in idem* «all'esistenza del medesimo "fatto giuridico", nei suoi elementi costitutivi, sebbene diversamente qualificato, invece che all'esistenza del medesimo "fatto storico" così come delineato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, per violazione dell'art. 117 comma 1 Cost. in relazione all'art. 4 Protocollo 7 CEDU»<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Cass., Sez. IV, 11 novembre 2004, Antoci, <<http://www.italgiure.giustizia.it>>, Massime penali Corte Cassazione, n. 231134. Ultimo accesso: 30 settembre 2018.

<sup>8</sup> G.U.P. Torino, 24 luglio 2015, Schmidheiny, in <<https://www.penalecontemporaneo.it>>, 27 novembre 2015. Ultimo accesso: 30 settembre 2018.

Il giudice delle leggi italiano ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 649 c.p.p. «nella parte in cui esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale fra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale»<sup>9</sup>. In questo modo la Corte ha opportunamente ribadito che il principio del *ne bis in idem* processuale può e deve operare anche laddove l'imputato non rischi un'indebita duplicazione di sanzioni. Essa tuttavia ha avuto il torto di avallare l'orientamento giurisprudenziale che identifica il fatto – sia pure nella sua dimensione naturalistica, non giuridica – con i tre elementi della condotta, del nesso di causalità e dell'evento in senso naturalistico (con la conseguenza che, mutando l'evento, muta il fatto e il secondo giudizio non è precluso). La Corte non si è fatta carico delle due obiezioni che si fanno solitamente al riguardo: così ragionando, che significato può attribuirsi alla clausola “*neppure se diversamente considerato per il grado*” contenuta nell'art. 649 c.p.p.? E soprattutto, che cosa succede se *post rem iudicatam* si aggrava l'offesa nei confronti della medesima persona? Ad esempio, Tizio ferisce Caio e viene condannato per lesioni gravissime: si può nuovamente procedere a suo carico se Caio, dopo il passaggio in giudicato della sentenza, muore a causa delle ferite riportate? Sembrerebbe di sì, secondo la stessa Corte costituzionale, perché muta l'evento e quindi muta il fatto: tant'è che la stessa Corte riconosce che l'impostazione del giudice rimettente (fatto = condotta pura e semplice) avrebbe «rassicurato al massimo grado l'imputato già giudicato in via definitiva, che per tale via si [sarebbe sottratto] a un nuovo processo penale [...] nei casi in cui si [fosse] aggravata l'offesa nei confronti della medesima persona». Ma che ne sarebbe, in un simile caso, della pena già inflitta? Si potrebbe applicare nel secondo giudizio – senza violare il principio di legalità penale – una seconda pena diminuita della prima? E inoltre, che ne sarebbe dell'esigenza, sottesa al principio del *ne bis in idem*, di consentire al soggetto già giudicato, come afferma la stessa Corte costituzionale, di «sottrarsi alla spirale di reiterate iniziative penali per il medesimo fatto», cioè di sviluppare liberamente

---

<sup>9</sup> Corte cost., 21 luglio 2016, n. 200, in <<https://www.cortecostituzionale.it>>. Ultimo accesso: 30 settembre 2018. Il “concorso formale di reati”, nell'ordinamento italiano, si ha quando un soggetto tiene una condotta riconducibile a due diverse figure di reato, e la legge consente che sia punito per entrambi i reati.

la propria personalità al riparo da ulteriori riattivazioni della macchina giudiziaria con riferimento a quell'episodio della sua vita?

In breve, c'erano forse le condizioni perché la Corte costituzionale si schierasse con quella dottrina (ormai maggioritaria) che fa coincidere il "fatto" ex art. 649 c.p.p. con la condotta e con il suo oggetto materiale anziché con l'evento (naturalistico e giuridico). Tanto più che è la stessa sentenza costituzionale ad ammettere che nella giurisprudenza europea sull'art. 4 del Protocollo aggiuntivo «vi sono indizi» per ritenere che la Corte europea intenda lo "stesso fatto" come comprensivo dell'oggetto fisico della condotta, mentre non ce ne sono per ritenere che la Corte intenda lo stesso fatto come comprensivo dell'evento (alla luce della giurisprudenza europea, tutto ciò che può dirsi è che «non si può escludere» che nel fatto rientri l'evento, «purché recepito con rigore nella sola dimensione materiale»). Sulla base di questa premessa – e in ossequio alla clausola "neppure se diversamente considerato per il grado" –, il secondo giudizio deve ritenersi precluso nei casi di passaggio dal tentativo al reato consumato e nei casi di reato progressivo (percosse-lesioni-omicidio e simili): ma, nel caso Eternit, si sarebbe potuto comunque procedere per omicidio con riferimento, quanto meno, alle morti e alle lesioni non giudicate nel processo per disastro doloso<sup>10</sup>.

La sentenza costituzionale merita dunque sicuro apprezzamento nella parte in cui ripudia l'equazione "fatto = condotta + evento in senso giuridico": né, del resto, la Corte costituzionale avrebbe potuto decidere altrimenti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Ma anziché avallare l'equazione giurisprudenziale "fatto = condotta + nesso causale + evento in senso naturalistico", il giudice italiano delle leggi avrebbe dovuto aderire all'interpretazione dell'art. 649 c.p.p. che fa coincidere il fatto con la condotta e il suo oggetto materiale.

---

<sup>10</sup> Nel primo processo, le condotte di omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro e di disastro colposo erano state contestate all'imputato con l'aggravante di avere cagionato la malattia o il decesso di circa duemila persone per effetto dell'esposizione all'amianto (lavoratori operanti presso gli stabilimenti dell'imputato, loro familiari, cittadini abitanti nelle zone limitrofe agli stabilimenti). Nel processo per omicidio plurimo, l'imputato doveva invece rispondere di 258 decessi, 72 dei quali non erano stati contestati in precedenza.



## 2. *SEGUE: NE BIS IN IDEM* E “DOPPIO BINARIO SANZIONATORIO”

A partire dal *leading case* costituito dalla sentenza della Grande Camera 10 febbraio 2009, *Zolotukhine c. Russia*, la Corte europea dei diritti dell'uomo, nell'interpretazione del divieto convenzionale di *bis in idem* sancito dall'art. 4 del Settimo Protocollo addizionale alla Convenzione, ribadisce costantemente l'irrilevanza della qualificazione giuridica attribuita al fatto per cui si procede: la nozione di “*same offence*”, come abbiamo già accennato, viene rigidamente ancorata al dato storico-naturalistico (stesso fatto) anziché al dato formale-giuridico (stesso reato).

Sulla base di questa premessa, la Corte europea è giunta a ritenere violato il principio del *ne bis in idem* convenzionale anche quando il soggetto venga giudicato in sede penale dopo essere stato giudicato per il medesimo fatto in sede amministrativa, quanto meno laddove la sanzione qualificata come amministrativa dall'ordinamento interno possa definirsi “sostanzialmente penale” alla luce dei criteri elaborati dalla stessa Corte europea (*in primis*, la natura dell'illecito e l'afflittività della sanzione), e, conseguentemente, debba riconoscersi natura penale anche alla relativa procedura accertativa. Con specifico riferimento all'ordinamento italiano, va segnalata in particolare, a quest'ultimo riguardo, la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, sezione 2, 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*, che ha condannato lo Stato italiano per violazione del *ne bis in idem* convenzionale in un caso in cui i ricorrenti, ritenuti responsabili di condotte di manipolazione del mercato finanziario, erano stati condannati prima dalla Consob in sede amministrativa – con sentenza passata in giudicato – per violazione dell'art. 187-ter del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico della Finanza), e poi dal giudice penale – con sentenza non ancora passata in giudicato al momento della presentazione del ricorso – per violazione dell'art. 185 del medesimo testo unico<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Riscontrata la violazione del divieto di doppio giudizio, la Corte, oltre a condannare l'Italia alla rifusione delle spese processuali e al risarcimento del danno morale, aveva stabilito che il procedimento penale ancora aperto nei confronti dei ricorrenti avrebbe dovuto concludersi nel più breve tempo possibile e senza conseguenze pregiudizievoli per questi ultimi: ma nel frattempo la Corte di cassazione aveva già dichiarato l'intervenuta prescrizione del reato.

Successivamente alla sentenza Grande Stevens, la Corte europea è tornata a occuparsi del problema del “doppio binario” sanzionatorio nella sentenza della Grande Camera 15 novembre 2016, A e B contro Norvegia, che ha introdotto notevoli limitazioni alla regola dell’operatività del divieto di secondo giudizio. Tale divieto opererebbe infatti solo in presenza di uno “stretto legame materiale e temporale” tra le due procedure sanzionatorie. In applicazione del criterio del legame materiale, la duplicazione dei giudizi e delle sanzioni andrebbe considerata tollerabile allorché: 1) le due procedure (con le relative sanzioni formalmente o sostanzialmente penali) perseguano “finalità sociali differenti” o investano “diversi aspetti della medesima condotta”; 2) la doppia sanzione sia prevedibile e proporzionata al disvalore del fatto; 3) esistano adeguate interazioni tra le procedure (nei termini, ad esempio, di una possibile sospensione di un processo in attesa della definizione dell’altro, di circolazione delle prove, di pregiudizialità tra le decisioni); 4) sia prevista qualche forma di presa in carico dei risultati sanzionatori della prima procedura da parte del procedimento che si conclude per ultimo, al fine, appunto, di rendere il trattamento sanzionatorio complessivo proporzionato al disvalore del fatto.

Si trattava di criteri giudicati, non a torto, troppo vaghi dal giudice Pinto de Albuquerque nella sua opinione dissenziente. Sull’operatività del legame temporale – si era fatto osservare – potrebbero incidere fattori casuali; quanto al criterio delle differenti finalità della sanzione, il rischio è smentire il parametro della natura “sostanzialmente penale” della sanzione amministrativa; mentre il criterio delle sanzioni rivolte a “diversi aspetti della medesima condotta” sembrerebbe configgere con il presupposto stesso dell’*idem factum*. Non è un caso che la Corte europea sia pervenuta, in seguito, a conclusioni che si direbbero ridimensionare significativamente l’inatteso *revirement* contenuto nel precedente arresto. La connessione essenziale tra i procedimenti è stata ritenuta assente in ragione della limitata sovrapposizione cronologica dei medesimi (il processo penale si era concluso molto tempo dopo quello amministrativo), e del fatto che la raccolta e la valutazione delle prove era stata in larga misura indipendente nei due processi. Si è dunque ravvisata una violazione dell’art. 4 del Settimo protocollo aggiuntivo: e ciò, nonostante la Corte Suprema islandese,

nel determinare la pena per gli imputati, avesse tenuto conto della già avvenuta irrogazione della sanzione amministrativa (Corte europea 18 maggio 2017, Jóhannesson e a. c. Islanda).

Dopo la sentenza Grande Stevens, la giurisprudenza italiana aveva nel frattempo dovuto confrontarsi con altri casi di doppio binario sanzionatorio amministrativo-penale potenzialmente lesivi del *ne bis in idem* convenzionale. Per adeguarsi ai dettami della Corte europea erano stati intrapresi diversi percorsi esegetici. Talora si era ritenuta praticabile una interpretazione convenzionalmente conforme dell'art. 649 c.p.p. (benché nella norma codicistica il divieto di secondo giudizio sia testualmente riferito solo a chi sia stato "prosciolto o condannato *con sentenza o decreto penale* divenuti irrevocabili"). Talora si era ipotizzata una diretta vigenza dei principi espressi dalla Corte Edu nell'ordinamento interno, in quanto il giudice italiano, si era sostenuto, dovrebbe applicare e tenere conto delle decisioni Cedu certamente come interpretazione conforme, ma anche, se necessario, in via diretta. Talora, ritenuto insuperabile in via interpretativa il riferimento testuale contenuto nell'art. 649 c.p.p. alle sentenze e ai decreti penali, si era optato per l'eccezione di legittimità costituzionale della norma codicistica per violazione dell'art. 117 Cost. (in relazione all'art. 4 Prot. n. 7 Cedu) nella parte in cui consente di sottoporre nuovamente a giudizio l'imputato che abbia già subito un procedimento formalmente amministrativo ma sostanzialmente penale: ma le eccezioni erano state dichiarate inammissibili dalla Corte costituzionale<sup>12</sup>. Talora,

---

<sup>12</sup> Di particolare interesse Corte cost., 12 maggio 2016, n. 102 (in <<http://www.giurcost.org/decisioni/2016/0102s-16.html>>. Ultimo accesso: 30 settembre 2018), che ha dichiarato inammissibile per il carattere perplesso della motivazione sulla non manifesta infondatezza un'eccezione sollevata da Cass., Sez. V, 10 novembre 2014, Chiarion, in <<https://www.penalecontemporaneo.it>>, 17 novembre 2014, ultimo accesso: 30 settembre 2018, in materia di abuso di informazioni privilegiate (in via subordinata rispetto a un'eccezione concernente l'art. 187-bis T.U.F., il giudice *a quo* dubitava della legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. «nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio al caso in cui l'imputato sia stato giudicato, con provvedimento irrevocabile, per il medesimo fatto nell'ambito di un procedimento amministrativo per l'applicazione di una sanzione alla quale debba riconoscersi natura penale ai sensi della Cedu e dei relativi Protocolli»). L'eccezione è stata dichiarata inammissibile in quanto – ha osservato la Corte costituzionale – «il giudice *a quo* investe l'art. 649 cod. proc. pen. pur nella convinzione che tale via conduca a una

infine, si era sostenuto che, quanto meno nelle materie afferenti al diritto dell'Unione Europea, il giudice penale potesse prosciogliere l'imputato per *bis in idem* applicando non già l'art. 649 c.p.p. ma direttamente l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea adottata a Nizza il 7 dicembre 2000, di immediata applicabilità nel nostro ordinamento («*no one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings for an offence for which he or she has already been finally acquitted or convicted within the Union in accordance with the law*»), tenuto conto anche del fatto che l'art. 52 § 3 della CDFUE impone di attribuire ai diritti riconosciuti dalla Carta, quanto meno, lo stesso «significato» e la stessa «portata» dei «corrispondenti» diritti riconosciuti dalla Convenzione europea e dai suoi Protocolli («*in so far as this Charter contains rights which correspond to rights guaranteed by the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the meaning and scope of those rights shall be the same as those laid down by the said Convention. This provision shall not prevent Union law providing more extensive protection*»).

---

soluzione di incerta compatibilità con la stessa Costituzione. [Esso infatti] evidenzia che l'accoglimento [dell'eccezione proposta] determinerebbe un'incertezza quanto al tipo di risposta sanzionatoria – amministrativa o penale – che l'ordinamento ricollega al verificarsi di determinati comportamenti, in base alla circostanza aleatoria del procedimento definito più celermente. Infatti, l'intervento additivo richiesto non determinerebbe un ordine di priorità, né altra forma di coordinamento, tra i due procedimenti – penale e amministrativo – cosicché la preclusione del secondo procedimento scatterebbe in base al provvedimento divenuto per primo irrevocabile, ponendo così rimedio – come osserva la Corte rimettente – ai singoli casi concreti, ma non in generale alla violazione strutturale da parte dell'ordinamento italiano del divieto di *bis in idem*, come censurata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, nel caso Grande Stevens». In questo modo la Corte costituzionale – e la stessa Corte di cassazione in veste di giudice rimettente – toccavano il nervo scoperto del problema. Intervenire solo sul *ne bis in idem* processuale (in sede interpretativa ma anche normativa) per risolvere il problema del doppio binario sanzionatorio amministrativo-penale – senza regolare in alcun modo i rapporti tra i due procedimenti (in termini di necessaria sospensione dell'uno in pendenza dell'altro, di pregiudizialità ecc.) – espone l'ordinamento al rischio di rendere aleatoria e irragionevole la risposta sanzionatoria ai comportamenti puniti nei due diversi contesti. La sentenza della Corte costituzionale conteneva dunque un forte invito – rivolto agli interpreti e al legislatore – a spostare l'attenzione sul versante del *ne bis in idem* sostanziale amministrativo-penale.

Per questa via, attraverso lo strumento del rinvio pregiudiziale di interpretazione di cui all'art. 267 TFUE, la questione è giunta in più di un'occasione sul tavolo della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Interpellata dai giudici italiani con tre questioni pregiudiziali, la Corte del Lussemburgo<sup>13</sup> si direbbe avere scelto una linea compromissoria. Ad avviso del giudice europeo, il principio del *ne bis in idem* potrebbe essere limitato con l'obiettivo di tutelare gli interessi e i mercati finanziari dell'Unione, purché in misura non eccedente quella strettamente necessaria per il raggiungimento di tali obiettivi. Il cumulo fra "procedimenti/sanzioni penali" e "procedimenti/sanzioni amministrativi di natura penale" a carico della medesima persona per i medesimi fatti non rappresenterebbe *tout court* una violazione del divieto di *bis in idem* europeo, ma una semplice "limitazione" tollerabile alle condizioni dettate dall'art. 52 par. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea («eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere diritti e le libertà altrui»). In particolare, una normativa nazionale che autorizzi un cumulo di procedimenti e di sanzioni con natura penale nei confronti dell'*eadem persona* e con riferimento all'*idem factum*, dovrebbe: a) essere finalizzata ad un obiettivo di interesse generale tale da giustificare un simile cumulo di procedimenti e di sanzioni, fermo restando che detti procedimenti e dette sanzioni devono avere scopi complementari; b) stabilire regole chiare e precise che consentano al soggetto accusato di prevedere quali atti e omissioni possano costituire oggetto di siffatto cumulo di procedimenti e di sanzioni; c) garantire che i procedimenti siano coordinati tra di loro per limitare a quanto strettamente necessario l'onere supplementare che un cumulo di procedimenti comporta per gli interessati; d) garantire che

---

<sup>13</sup> Corte giust. UE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, C-524/15, Menci; Corte giust. UE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, C-537/16, Garlsson Real Estate e a.; Corte giust. UE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, C-596/16 e C-597/16, Di Puma e Zecca (le suddette pronunce sono reperibili in <[https://curia.europa.eu/en/content/juris/c2\\_juris.htm](https://curia.europa.eu/en/content/juris/c2_juris.htm)>. Ultimo accesso: 30 settembre 2018).

la severità del complesso delle sanzioni imposte sia limitata a quanto è strettamente necessario rispetto alla gravità dell'illecito in questione. Spetterebbe inoltre al giudice nazionale accertare volta per volta, «tenuto conto del complesso delle circostanze del procedimento principale, che l'onere risultante concretamente per l'interessato dall'applicazione della normativa nazionale in discussione nel procedimento principale e dal cumulo dei procedimenti e delle sanzioni che la medesima autorizza non sia eccessivo rispetto alla gravità del reato commesso»<sup>14</sup>.

Difficile sottrarsi a un'impressione di grande incertezza. Lungi dal tracciare coordinate interpretative univoche e stabili, la Corte di Giustizia, così come la Corte Europea dei diritti dell'uomo, finisce per condizionare l'operatività del divieto di secondo giudizio a una diagnosi affidata caso per caso al giudice nazionale, da compiersi sulla base di indici sintomatici di estrema vaghezza. Difficile ritenere, in un simile contesto, che il principio del *ne bis in idem* possa conservare la sua funzione di garanzia fondamentale per l'individuo sottoposto a processo.

### 3. GIUDICATO E PRINCIPIO DI LEGALITÀ PENALE

Ancora meno univoci e stabili sono gli esiti cui la giurisprudenza italiana è pervenuta in tema di resistenza del giudicato penale alla accertata illegalità della condanna inflitta o della pena irrogata.

Il riferimento è alla condanna divenuta irrevocabile per un fatto che non era *più* previsto dalla legge come reato al momento della sua commissione<sup>15</sup> o al momento del passaggio in giudicato della sentenza<sup>16</sup>; alla condanna divenuta irrevocabile per un fatto che non era *ancora* previsto dalla legge come reato al momento della sua commissione<sup>17</sup>;

<sup>14</sup> Corte giust. UE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, C-524/15, Menci, cit.

<sup>15</sup> Cass., Sez. un., 29 ottobre 2015, Mraidi, in <<http://www.italgiure.giustizia.it>>, Massime penali Corte Cassazione, n. 266872. Ultimo accesso: 30 settembre 2018.

<sup>16</sup> Cass., Sez. I, 2 dicembre 2014, Santiago Peralta, in <<http://www.italgiure.giustizia.it>>, Massime penali Corte Cassazione, n. 261984. Ultimo accesso: 30 settembre 2018.

<sup>17</sup> Cass., Sez. I, 11 ottobre 2016, Dell'Utri, in <<http://www.italgiure.giustizia.it>>, Massime penali Corte Cassazione, n. 267861. Ultimo accesso: 30 settembre 2018.

alla condanna divenuta irrevocabile con la quale venga inflitta una pena principale o accessoria non prevista dalla legge<sup>18</sup>; alla condanna divenuta irrevocabile con la quale venga inflitta una pena prevista da una norma successivamente dichiarata incostituzionale o ritenuta dalla Corte europea contrastante con le norme della Convenzione<sup>19</sup>. Sono tutte situazioni nelle quali la legge processuale non prevede espressamente la caducazione del giudicato, benché l'esecuzione della pena possa apparire ingiusta, intollerabile, irragionevole. Che fare, dunque? In prima battuta, si dovrebbero interpretare estensivamente, nei limiti del possibile, le norme del codice che sottraggono forza esecutiva al giudicato (ad esempio l'art. 673 c.p.p., che si riferisce all'ipotesi dell'*abolitio criminis* successiva all'irrevocabilità): si potrebbe lavorare sul concetto di "non esecutività" della sentenza cui allude l'art. 670 c.p.p. e allargarne per quanto possibile le maglie. E quando l'unica soluzione praticabile sarebbe la creazione di una norma che semplicemente non esiste, si dovrebbe sollevare un'eccezione di legittimità costituzionale.

Ma non è sempre così che hanno ragionato giurisprudenza e dottrina in questi ultimi anni. Si è scelta una via più breve: ritenere immanente al sistema processuale un implicito e generale potere del giudice dell'esecuzione di rimediare a palesi casi di illegalità della pena. Il presupposto è che i diritti fondamentali contino più del diritto, vengano prima della legge, e la magistratura sia tenuta ad assicurarne la tutela indipendentemente e a prescindere da espliciti riconoscimenti legislativi. Nell'opinione delle Sezioni unite, in presenza di «evidenti e pregnanti compromissioni in atto, [...] con effetti negativi perduranti,

---

<sup>18</sup> Cass., Sez. I, 3 marzo 2009, Alfieri, in <<http://www.italgiure.giustizia.it>>, Massime penali Corte Cassazione, n. 243742. Ultimo accesso: 30 settembre 2018; Cass., Sez. I, 13 ottobre 2010, Di Marco, in <<http://www.italgiure.giustizia.it>>, Massime penali Corte Cassazione, n. 248300. Ultimo accesso: 30 settembre 2018.

<sup>19</sup> Cass., Sez. un., 24 ottobre 2013, Ercolano, in <<http://www.italgiure.giustizia.it>>, Massime penali Corte Cassazione, n. 258649. Ultimo accesso: 30 settembre 2018; Cass., Sez. un., 29 maggio 2014, Gatto, in <<http://www.italgiure.giustizia.it>>, Massime penali Corte Cassazione, n. 260696. Ultimo accesso: 30 settembre 2018; Cass., Sez. un., 26 febbraio 2015, Marcon, in <<http://www.italgiure.giustizia.it>>, Massime penali Corte Cassazione, n. 264858. Ultimo accesso: 30 settembre 2018.

[di] un diritto fondamentale della persona, quale certamente è quello che incide sulla libertà», il giudicato non potrebbe dunque non cadere: sono situazioni che andrebbero «emenda[te] dallo “stigma dell’ingiustizia”»; l’ordinamento italiano non potrebbe «sottrarsi al dovere di rimuover[le]», anche «a costo di porre in crisi il “dogma” del giudicato»<sup>20</sup>.

A scolpire il nuovo paradigma garantistico è una formula oggi molto in voga tra i cultori italiani dell’esecuzione penale: il giudice “garante della legalità della pena” *in executivis*<sup>21</sup>. La tutela dei diritti del condannato – quanto meno, dei diritti connessi ai canoni *nullum crimen sine lege e nulla poena sine lege* – si trasferisce interamente dalla legge processuale al giudice.

Inutile dire che, in questo modo, a uscirne compromesso è il principio di legalità processuale. Poco importa che ciò avvenga al fine di rafforzare le garanzie individuali (anziché di indebolirle, come più spesso accade): neppure in questo caso gli sconfinamenti dal dettato normativo sono tollerabili. A vietarlo è l’assetto costituzionale sottostante al principio di legalità: la separazione dei poteri, l’autonomia e l’indipendenza della magistratura. Ma non è tutto: sottratta al governo della legge e affidata al governo degli uomini, la tutela dei diritti individuali – oltre a perdere legittimazione politica – si fa estemporanea, arbitraria, effimera. Nessuna autentica certezza dei diritti interviene a rimpiazzare la (pur claudicante) certezza del diritto.

A confermare questo assunto sono proprio gli sviluppi più recenti della giurisprudenza di legittimità sul tema dei rapporti tra giudicato e legalità penale.

Alle altisonanti affermazioni di principio contenute nelle prime pronunce in argomento (il principio di legalità della pena che «non sopporta di essere sacrificato» sull’altare del giudicato, il giudice dell’esecuzione che deve farsi «garante della legalità della pena» anche oltre il dettato della legge processuale ecc.) la dottrina aveva efficacemente replicato che, in termini assiologici, il confronto tra i diritti fondamentali della persona e l’intangibilità del giudicato è indubbiamente impari,

<sup>20</sup> Cass., Sez. un., 19 aprile 2012, Ercolano, cit.

<sup>21</sup> Cass., Sez. un., 29 maggio 2014, Gatto, cit.



essendo netto il *gap* a vantaggio dei primi: ma che l'assetto complessivo dei rapporti tra gli interessi in gioco, dovendo rispondere a criteri di razionalità sistematica, non avrebbe potuto rimanere affidato all'approccio casistico della giurisprudenza. Il rischio era che, nel sanare inaccettabili disequaglianze, si finisse per alimentarne altre. Ad esempio, c'era da chiedersi perché il valore del giudicato dovesse ritenersi inevitabilmente recessivo rispetto alla violazione del principio *nulla poena sine lege* e non anche rispetto alla violazione del principio *nulla poena sine culpa*. Che dire, infatti, delle sentenze irrevocabili di condanna che siano il frutto di una valutazione grossolanamente errata delle risultanze processuali (non aggredibili, in quanto tali, con il rimedio straordinario della revisione)? Se il giudicato deve fatalmente cadere al cospetto di «evidenti e pregnanti compromissioni in atto, con effetti negativi perduranti, dei diritti di libertà dell'individuo»<sup>22</sup>, perché queste sentenze dovrebbero ritenersi intangibili? Perché rimanere vincolati, in un simile caso, al miope catalogo legale delle ipotesi di revisione?

Non stupisce, dunque, che in seguito la Corte di cassazione abbia parzialmente mutato opinione. Una prima significativa svolta si è registrata in materia di pene accessorie illegali. Le Sezioni unite hanno fatto rilevare come molte norme del codice di rito – ivi compreso l'art. 630 c.p.p. in materia di revisione delle sentenze di condanna – «consent[ano] espressamente la caducazione del giudicato, ma con il limite della intangibilità delle valutazioni compiute dal giudice della cognizione». Ciò non potrebbe non valere anche nei casi di violazione del principio di legalità penale: dunque, la condanna a una pena accessoria non prevista dalla legge si presterebbe ad essere emendata in sede esecutiva *solo quando l'errore del giudice della cognizione sia stato di tipo percettivo e non di tipo valutativo*<sup>23</sup>. Soluzione apprezzabile, che fa diligentemente i conti con il sistema (benché il criterio possa risultare spesso di problematica applicazione): ma non può sfuggire il contrasto con le solenni affermazioni di principio contenute nelle precedenti sentenze.

---

<sup>22</sup> Cass., Sez. un., 19 aprile 2012, Ercolano, cit.

<sup>23</sup> Cass., Sez. un., 27 novembre 2014, Basile, in <[https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1423835760SU\\_%206240\\_15\\_BASILE.pdf](https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1423835760SU_%206240_15_BASILE.pdf)>, 8 marzo 2015. Ultimo accesso: 30 settembre 2018.

Alle stesse conclusioni si direbbero essere pervenute le Sezioni unite nel caso Mraidi, cioè nell'ipotesi della condanna per un fatto non più previsto dalla legge come reato al momento della sua commissione<sup>24</sup>. Ma qui il giudice di legittimità richiama ambigualmente un *distinguo* già contenuto nella sentenza Basile: se quella illegalmente applicata è una pena «avulsa dal sistema», la sua emenda *in executivis* può ritenersi consentita anche quando l'errore del giudice sia stato di tipo valutativo. Le ricadute sulla questione specificamente affrontata sono alquanto nebulose: è «avulsa dal sistema» anche la pena inflitta per un fatto non più previsto dalla legge come reato? L'errore consistente nell'aver trascurato l'intervenuta *abolitio criminis* può venire corretto anche se frutto di un'erronea valutazione del giudice?

In sintesi, l'incertezza regna sovrana su chi sia stato condannato illegalmente. E non basta: nella fase ascendente della sua evoluzione giurisprudenziale, la Cassazione aveva stabilito che il giudice dell'esecuzione, per ripristinare la legalità violata, avrebbe anche potuto esercitare poteri discrezionali nel rideterminare la pena, poiché «se la legge processuale demanda al giudice una determinata funzione, allo stesso giudice [deve ritenersi] conferita la titolarità di tutti i poteri necessari al [suo] esercizio»<sup>25</sup>. Ma anche qui la prospettiva è presto mutata: «l'intervento del giudice dell'esecuzione è ammesso *sempre che non implichi valutazioni discrezionali* in ordine alla specie e alla durata della pena»<sup>26</sup>. In applicazione di questo principio, le Sezioni unite si sono spinte a ritenere irreparabile *in executivis* perfino l'errore consistente nel punire con la reclusione un reato di competenza del giudice di pace, dal momento che qui sarebbe «l'intero modello sanzionatorio a dover essere rielaborato», sulla base di un «nuovo giudizio del tutto eccentrico rispetto al pur accresciuto ambito entro

---

<sup>24</sup> Cass., Sez. un., 29 ottobre 2015, Mraidi, cit. («il giudice dell'esecuzione può revocare, ai sensi dell'art. 673 c.p.p., una sentenza di condanna pronunciata dopo l'entrata in vigore della legge che ha abrogato la norma incriminatrice, allorché l'evenienza di *abolitio criminis* non sia stata rilevata dal giudice della cognizione»).

<sup>25</sup> Cass., Sez. un., 29 maggio 2014, Gatto, cit.

<sup>26</sup> Cass., Sez. un., 27 novembre 2014, Basile, cit.

il quale può trovare spazio l'intervento del giudice dell'esecuzione»<sup>27</sup>. Ma così argomentando – e costringendo il ricorrente a varcare le soglie del carcere per un reato che la legge non punisce con la pena detentiva carceraria – non si sacrifica scandalosamente il principio di legalità «sull'altare del giudicato»<sup>28</sup>? Non si consente «a uno Stato democratico di assist[ere] inerte all'esecuzione di pene non conformi [...] alla Carta fondamentale»<sup>29</sup>?

### **Informações adicionais e declarações do autor (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 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):* o autor declara que as considerações contidas no parágrafo terceiro são parcialmente reproduzidas de CAPRIOLI, Francesco. *Il giudice e la legge processuale: il paradigma rovesciato. Indice penale*, 2017, p. 967 s. 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.

<sup>27</sup> Cass., Sez. un., 26 giugno 2015, Butera, in <<http://www.italggiure.giustizia.it>>, *Massime penali Corte Cassazione*, n. 265109. Ultimo accesso: 30 settembre 2018.

<sup>28</sup> Cass., Sez. I, 3 marzo 2009, Alfieri, cit.

<sup>29</sup> Cass., Sez. un., 24 ottobre 2013, Ercolano, cit.

#### COMO CITAR ESTE EDITORIAL:

CAPRIOLI, Francesco. Editoriale del Dossier “Giudicato penale, principio di legalità, principio di colpevolezza”. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 3, p. 933-952, set./dez. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i3.193>



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

# I limiti oggettivi del *ne bis in idem* in Italia tra fonti nazionali ed europee


*The objective limits of the ne bis in idem in  
Italy between national and European rules*


*Os limites objetivos do ne bis in idem na  
Itália entre fontes nacionais e europeias*

**Fabio Salvatore Cassibba<sup>1</sup>**

Università degli Studi di Parma – Parma/Italia

fabiosalvatore.cassibba@unipr.it

 <http://lattes.cnpq.br/4632998127399040>

 <https://orcid.org/0000-0002-8971-8064>

---

**RIASSUNTO:** È assunto consolidato che il *ne bis in idem* costituisca un diritto fondamentale, protetto da una pluralità di fonti nazionali (art. 649 c.p.p.) e sovranazionali europee (art. 50 CDFUE e 4 prot. n. 7 CEDU). Sennonché, proprio la “tutela multilivello” dei diritti fondamentali che connota l’ordinamento italiano rischia – paradossalmente – di trasformarsi in un ostacolo alla più ampia operatività della garanzia. Le previsioni che individuano i presupposti della garanzia sul piano nazionale e su quello europeo si caratterizzano per un contenuto eterogeneo (identità del fatto; identità dell’infrazione), destinato ad incidere negativamente sull’individuazione della portata oggettiva del divieto di secondo giudizio. D’altra parte, l’interpretazione delle medesime previsioni da parte della giurisprudenza nazionale, ordinaria e costituzionale, e delle Corti sovranazionali rende ancor più incerti i confini dell’effetto preclusivo generato da una decisione irrevocabile. Si allude, in modo particolare, alle ipotesi in cui il *ne bis in idem* venga in gioco in relazione al “doppio binario sanzionatorio”, in forza

---

<sup>1</sup> Professore Associato di Diritto processuale penale – Università degli Studi di Parma.

del quale un medesimo fatto viene sanzionato, al contempo, sul terreno penale e su quello amministrativo. La ricostruzione della portata di garanzia assegnata all'art. 649 c.p.p. deve muovere dalla valorizzazione del principio di legalità processuale e implica, dunque, da un lato, di ricondurre a unità il presupposto rappresentato dalla medesimezza dell'oggetto dei diversi procedimenti; dall'altro, di scongiurare soluzioni casistiche, contrarie al principio di legalità, in rapporto al presupposto della duplicazione dei diversi procedimenti aventi il medesimo oggetto.

**PAROLE-CHIAVE:** Processo penale italiano; fatto nel processo penale; giudicato; *ne bis in idem*.

**ABSTRACT:** *It is sure that the ne bis in idem constitutes a fundamental right, protected by a plurality of national (article 649 of the Italian Criminal Procedure Code) and European rules (article 50 CDFUE and article 4 protocol n. 7 ECHR). However, precisely the "multilevel protection" of fundamental rights that characterizes the Italian system risks - paradoxically - to become an obstacle to the wider operation of the guarantee. The provisions that identify the content of the double jeopardy both at national and European level are based upon different concept (identity of the fact; identity of the offence), with a negative effect about the identification of the objective limits of the ne bis in idem. At the same time, the interpretation of the same provisions by the national judges, ordinary and constitutional, and by the Supranational Courts makes the boundaries of the ne bis in idem generated by a final decision even more uncertain. We refer to the hypotheses in which the ne bis in idem is linked with "parallel proceedings", where the same fact is sanctioned both by penal and administrative dispositions. The reconstruction of the guarantee provided for by the art. 649 of the Italian Criminal Procedure Code shall strengthen the legality principle and the implies, therefore, on one hand, to reconsider the sameness of the object of the different proceedings; on the other hand, to avoid casuistic solutions, in contrast with to the legality principle, about the duplication of the different proceedings having the same object.*

**KEY-WORDS:** *Italian Criminal procedure; factual basis in Italian criminal trial; final decision; double-jeopardy.*

**RESUMO:** *É premissa consolidada que o ne bis in idem constitua um direito fundamental, protegido por uma pluralidade de fontes nacionais (art. 649 do c.p.p. italiano) e supranacionais (art. 50 CDFUE*

e 4º protocolo CEDH). Entretanto, exatamente a “tutela multinível” dos direitos fundamentais que caracteriza o ordenamento italiano – paradoxalmente – corre o risco de se transformar em um obstáculo à mais ampla operabilidade dessa garantia. Ademais, nos panoramas italiano e europeu, as previsões que especificam os pressupostos para a aplicabilidade dessa garantia se caracterizam por um conteúdo heterogêneo (identidade do fato; identidade da infração), destinado a incidir negativamente sobre a definição da perspectiva objetiva da proibição de dupla persecução. Por outro lado, a interpretação das mesmas previsões por parte da jurisprudência italiana, ordinária e constitucional, e pelas Cortes supranacionais torna ainda mais incertos os confins do efeito preclusivo gerado por uma decisão irrevogável. Em particular, alude-se as hipóteses em que o *ne bis in idem* entre em jogo em relação ao “duplo binário sancionatório”, por força do qual o mesmo fato é sancionado, contemporaneamente, em campo penal e em campo administrativo. A reconstrução da perspectiva da garantia atribuída ao art. 649 do c.p.p. italiano deve partir da valorização do princípio de legalidade processual e implica, portanto, por um lado, a recondução da unidade do pressuposto representado pelo mesmo objeto dos diferentes procedimentos; por outro lado, evitar soluções casuísticas, contrárias ao princípio de legalidade, em relação ao pressuposto da duplicação dos diferentes procedimentos que se refiram ao mesmo fato.

**PALAVRAS-CHAVE:** Processo penal italiano; fato no processo penal; trânsito em julgado; *ne bis in idem*.

**SOMMARIO:** 1. Il *Ne bis in idem*: un diritto fondamentale dai malsicuri confini normativi. 2. La coincidenza fra disciplina nazionale e sovranazionale circa l'identità del fatto. 2.1. Identità del fatto e *ne bis in idem* nelle fonti sovranazionali. 2.2. Identità del fatto e *ne bis in idem* nel codice di procedura penale italiano. 2.3. Le prassi elusive del *ne bis in idem* nella giurisprudenza nazionale e la reazione della Corte costituzionale. 3. La “nuova frontiera”: *ne bis in idem* e doppio binario sanzionatorio. 3.1 *Ne bis in idem* e doppio binario sanzionatorio nelle fonti sovranazionali. 3.2. *Ne bis in idem* e doppio binario sanzionatorio nell'ordinamento nazionale. Bibliografia.

---

## 1. IL *NE BIS IN IDEM*: UN DIRITTO FONDAMENTALE DAI MALSICURI CONFINI NORMATIVI

La garanzia del *ne bis in idem*<sup>2</sup> sconta nell'ordinamento nazionale gli effetti negativi d'un paradosso: considerata dalla dottrina<sup>3</sup> e dalla più recente giurisprudenza alla stregua d'un diritto fondamentale<sup>4</sup>, resta condizionata da malsicuri confini normativi. Alla base dell'incertezza sta il sistema di "tutela multilivello" dei diritti fondamentali, proprio dell'ordinamento italiano<sup>5</sup>, caratterizzato da un labirintico intreccio delle

<sup>2</sup> Sul tema la letteratura è vastissima: fatti salvi gli ulteriori richiami nel corso del presente, fra i lavori più recenti, cfr., anche per il rinvio agli ampi apparati bibliografici, BONTEMPELLI, Manfredi. *La litispendenza penale*, Giuffrè, 2017, spec. p. 52 s.; CAPRIOLI, Francesco. *Il principio del ne bis in idem*, in CAPRIOLI, Francesco; VICOLI, Daniele. *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, 2011, p. 67 s.; CORDERO, Franco. *Procedura penale*, Giuffrè, 2012, p. 1201 s.; MANCUSO, Enrico Maria, *Il giudicato nel processo penale*, in UBERTIS, Giulio, VOENA; Giovanni Paolo (diretto da). *Trattato di procedura penale*, XLI.1, Giuffrè, 2012, p. 42 ss.; RAFARACI, Tommaso. *Ne bis in idem*, in *Enc. dir., Annali*, III, Giuffrè, 2010, p. 857 ss.

<sup>3</sup> Cfr. GALANTINI, Novella. *Il divieto del doppio processo per lo stesso fatto come diritto della persona*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 101 ss.; RAFARACI, Tommaso. *Ne bis in idem*, cit., p. 858.

<sup>4</sup> Così, fra le molte, C. giust. UE, grande camera, 26 febbraio 2013, C-617/10, Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson, § 16 ss.; v. anche C. giust. UE, grande camera, 27 maggio 2014, C-129/14 PPU, Zoran Spasic, § 51 ss. Dal punto di vista interno, che il *ne bis in idem* integri un diritto fondamentale a tutela dell'imputato è espressamente affermato, in rapporto all'art. 50 CDFUE, da Cass., sez. VI, 15 novembre 2016, Resnelli, in *Dir. pen. cont.*, ed. on-line, 7 aprile 2017, p. 8, con nota di I. Gittardi, disponibile in <http://www.penalecontemporaneo.it>, ultimo accesso il 24 agosto 2018. Dal canto suo, la Corte costituzionale da tempo considera il *ne bis in idem* come un «principio di civiltà giuridica»: cfr. C. cost., ord. 5 maggio 1995 n. 150, in *GU*, I serie speciale, n. 19 del 10 maggio 1995, disponibile all'indirizzo [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it); da ultimo, C. cost., sent. 21 luglio 2016 n. 200, in *Cass. pen.*, 2017, p. 60 ss.

<sup>5</sup> Sul tema, fra i numerosi contributi, BUZZELLI, Silvia. *Processo penale europeo*, in *Enc. dir., Annali*, II, tomo I, Giuffrè, 2008, p. 701 ss.; CAPRIOLI, Francesco. *Giudicato e illegalità della pena: riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte costituzionale*, in BARGIS, Marta (a cura di). *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, Giuffrè, 2013, p. 263 ss.; CASSESE, Sabino. *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Donzelli, 2009, p. 1 ss.; DANIELE, Marcello. *La triangolazione delle garanzie processuali tra Diritto dell'Unione europea, Cedu e sistemi nazionali*, in *Dir. pen. cont.*, ed. on-line del 6 aprile 2016, p. 1 ss., disponibile in <http://www.penalecontemporaneo.it>,



fonti nazionali e sovranazionali che regolano la materia<sup>6</sup>, per di più, fra loro contenutisticamente eterogenee e fondate su vocaboli a basso coefficiente di determinatezza.

Quanto ai presupposti della garanzia, pesa l'ambiguità semantica delle previsioni nazionali e sovranazionali. Il *ne bis in idem* è ancorato dall'art. 649 comma 1 c.p.p. alla medesimezza del «fatto»<sup>7</sup>; dagli art. 4 prot. n. 7 CEDU e 50 CDFUE (come, del pari, dall'art. 14 comma 7 PIDU) alla medesimezza dell'«*infractio*» o dell'«*offence*»<sup>8</sup>. Così, sulla base del dato letterale, la norma nazionale riveste una portata garantistica maggiore di quelle sovranazionali, perché vanta una sfera operativa più estesa: comunque lo si voglia intendere, il concetto di medesimo «fatto» appare più ampio di quello di «offesa» o «infrazione», che riveste con una qualificazione normativa il “nudo fatto” oggetto del giudizio.

Quanto all'effetto preclusivo, le fonti nazionali e sovranazionali la regolano in modo diverso. L'art. 649 comma 1 c.p.p. preclude il nuovo esercizio dell'azione penale per lo stesso fatto nei confronti del soggetto già irrevocabilmente prosciolto o condannato, indipendentemente dall'esito

---

ultimo accesso il 24 agosto 2018; DINACCI, Filippo Raffale. *Interpretazione “europeisticamente” orientata tra fonti normative e resistenze giurisprudenziali*, in GAITO, Alfredo (a cura di). *I principi europei del processo penale*, cit., p. 58 ss.; DI GIOVINE, Ombretta, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato della legge a quello dell'interpretazione*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2013, fasc. 1, p. 159 ss.; GALLIANI, Davide. *Sul mestiere del giudice, tra Costituzione e Convenzione*, disponibile in <[www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)>, ultimo accesso il 24 agosto 2018; GAMBINI, Rosanna. *Armonizzazione dei diritti nazionali nel segno della giurisprudenza europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1169 ss.; KOSTORIS, Roberto-Ettore. *La tutela dei diritti fondamentali*, in KOSTORIS, Roberto-Ettore (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Giappichelli, 2017, p. 84 ss. MANES, Vittorio. *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike, 2012, p. 135 ss.; MAZZA, Oliviero. *Giustizia penale in trasformazione: profili d'indagine*, in *Arch. pen.*, 2012, fasc. 1, p. 17 ss.; UBERTIS, Giulio. *Sistema multilivello dei diritti fondamentali e prospettiva abolizionista del processo contumaciale contumaciale* (2009), in *Id.*, *Argomenti di procedura penale*, vol. III, Giuffrè, 2011, p. 185 ss.

<sup>6</sup> Per riprendere la felice metafora di MANES, Vittorio. *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, cit.

<sup>7</sup> Sulla polisemia del vocabolo nel lessico processual-penalistico, v. *infra*, § 2.

<sup>8</sup> Su questi profili e sull'interpretazione offerta dalla giurisprudenza sovranazionale in materia, v. *infra*, § 2.

dell'ipotetico secondo giudizio. Gli art. 4 prot. n. 7 CEDU e 50 CDFUE – lungi dall'escludere la *reprosecution* per il medesimo reato – contemplanò un duplice, alternativo effetto preclusivo: il già proscioltò o condannato non può essere nuovamente «perseguito o condannato» per quel reato. In altri termini, in forza delle norme europee la garanzia del *ne bis in idem* – non vieta affatto la doppia decisione, invece sempre vietata dall'art. 649 comma 1 c.p.p.<sup>9</sup>, quando il secondo epilogo abbia esito favorevole per l'imputato. Così, rispetto a quanto appena evidenziato in ordine ai presupposti nazionali e sovranazionali della garanzia, qui i termini s'invertono: sulla base del dato letterale sono gli art. 4 prot. n. 7 CEDU e 50 CDFUE a rivestire un significato maggiormente garantista rispetto all'art. 649 comma 1 c.p.p.<sup>10</sup>. Se è vero che quest'ultimo anticipa l'operatività della garanzia, precludendo il secondo processo, è altrettanto vero che, così facendo, esclude *a priori* l'epilogo ampiamente favorevole all'imputato all'esito del secondo processo, che, a sua volta, potrebbe costituire titolo per la revoca del giudicato di condanna ai sensi dell'art. 669 c.p.p.

V'è di più. La nuova frontiera della garanzia del *ne bis in idem* – il cui confine è oltremodo incerto – è, oggi, rappresentata dal rapporto fra il divieto di secondo giudizio e il “doppio binario sanzionatorio”, operante quando lo stesso fatto è sanzionato, al contempo, dalla legge penale e dalla legge amministrativa<sup>11</sup>. Emerge, qui, un sensibile contrasto

<sup>9</sup> Cfr. MANCUSO, Enrico Maria. *Art. 4 prot. 7 - Divieto di secondo giudizio*, in UBERTIS, Giulio; VIGANÒ, Francesco (diretto da). *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Giappichelli, 2016, p. 374 ss.

<sup>10</sup> Così, MAZZA, Oliviero. *L'insostenibile convivenza fra ne bis in idem europeo e doppio binario sanzionatorio per i reati tributari*, in *Rass. Trib.*, 2015, n. 4, p. 1035, la cui ricostruzione è ripresa da BONTEMPELLI, Manfredi. *La litispendenza penale*, cit., p. 64-65. V., pure, FALCINELLI, Daniela, *Il fatto di reato sullo sfondo del ne bis in idem nazional-europeo*, in *Arch. pen.*, 2017, fasc. 1, spec. p. 69.

<sup>11</sup> Sul tema la letteratura è amplissima: cfr., senza pretesa di completezza, e fatti salvi gli ulteriori riferimenti nel corso del presente lavoro, AMALFITANO, Chiara, D'AMBROSIO, Raffaele. *Art. 50 - Diritto a non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato*, in MASTROIANNI, Roberto, POLLICINO, Oreste, ALLEGREZZA, Silvia, PAPPALARDO, Fabio, RAZZOLINI, Orsola (a cura di). *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, p. 1031 ss.; BONTEMPELLI, Manfredi. *La litispendenza penale*, Milano, 2017, p. 64 ss. e 201 ss.; Id., *Ne bis in idem e legalità penale nel processo per gli abusi di mercato*, in *Arch. pen.*, 2016, n. 2, p. 389 ss.; CAIANIELLO, Michele. *Ne bis in idem e illeciti tributari per omesso versamento dell'Iva: il rinvio*

fra l'ordinamento nazionale e quelli sovranazionali. Da un lato, mentre in forza dell'art. 649 c.p.p. solo un provvedimento formalmente penale, passato in giudicato, è suscettibile di sprigionare l'effetto preclusivo in ordine al fatto oggetto del giudizio, gli art. 50 CDFUE e 4 prot. n. 7 CEDU - nell'interpretazione datane dalla Corte di giustizia e dalla Corte europea<sup>12</sup> - assegnano l'identico effetto preclusivo anche ad un provvedimento formalmente pronunciato da un'autorità amministrativa ma avente

---

della questione alla Corte costituzionale, in *Dir. pen. cont.*, ed. on-line del 15 maggio 2015, p. 1 ss., disponibile in <http://www.penalecontemporaneo.it>, ultimo accesso il 24 agosto 2018; CASSIBBA, Fabio. *Disorientamenti giurisprudenziali in tema di ne bis in idem e procedimenti paralleli*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, fasc. 6, p. 1098 ss.; CORSO, Piermaria. *Prospettive evolutive del ne bis in idem*, in *Arch. pen.*, 2017, fasc. 1, p. 13 ss.; DI BITONTO, Maria Lucia. *Una singolare applicazione dell'art. 649 c.p.p.*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 441 ss.; DOVA, Massimiliano. *Ne bis in idem e reati tributari: una questione ormai ineludibile*, in *Dir. pen. cont.*, ed. on-line dell'11 dicembre 2014, disponibile in <http://www.penalecontemporaneo.it>, ultimo accesso il 24 agosto 2018; GALATINI, Novella. *Il principio del ne bis in idem tra doppio processo e doppia sanzione*, in *Giur. it.*, 2015, p. 217 ss.; Ead., *Postilla ad uno scritto in tema di ne bis in idem*, in *Dir. pen. cont.*, ed. on-line del 30 gennaio 2017, p. 1 ss., disponibile in <http://www.penalecontemporaneo.it>, ultimo accesso il 24 agosto 2018; Ead., *Il 'fatto' nella prospettiva del divieto di secondo giudizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 1205 ss.; MANACORDA, Stefano. *Equazioni complesse: il ne bis in idem "incipite" sul "doppio binario" per gli abusi di mercato al vaglio della giurisprudenza*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 515 ss.; MANCUSO, Enrico Maria. *Ne bis in idem e giustizia sovranazionale*, in MANCUSO, Enrico Maria. *Ne bis in idem e giustizia sovranazionale*, GIARDA, Angelo; PERINI, Andrea; VARRASO, Gianluca (a cura di). *La nuova giustizia penale tributaria*, Padova: Cedam, 2016, p. 533 ss. *La nuova giustizia penale tributaria*, Padova, 2016, p. 533 ss.; MAZZA, Oliviero. *L'insostenibile convivenza fra ne bis in idem europeo e doppio binario sanzionatorio per i reati tributari*, cit., p. 1033 ss.; NASCIMBENE, Bruno. *Ne bis in idem, diritto internazionale, diritto europeo*, in *Eurojus*, ed. on-line del 22 marzo 2018, disponibile in <http://www.eurojus.it>, ultimo accesso il 24 agosto 2018; PAULESU, Pier Paolo. *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione*, in KOSTORIS, Roberto Ettore (a cura di). *Manuale di procedura penale europea*, cit., p. 478 ss.; RIVELLO, Pier Paolo. *I rapporti tra giudizio penale e tributario ed il rispetto del principio del ne bis in idem*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, fasc. 1, p. 101 ss., disponibile in <http://www.penalecontemporaneo.it>, ultimo accesso il 24 agosto 2018; VIGANÒ, Francesco. *Art. 4 Prot. n. 7 - Diritto a non essere giudicato o punito due volte*, in UBERTIS, Giulio; VIGANÒ, Francesco (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, cit., p. 383 ss.

<sup>12</sup> V. *infra*, § 3.1.

natura “sostanzialmente” penale, in forza degli “*Engel criteria*”, volti, per l'appunto, a delimitare la “*matière pénale*”<sup>13</sup>.

In prospettiva generale, la complessità e il diverso contenuto delle fonti che regolano il divieto di secondo giudizio amplificano la discrezionalità interpretativa del giudice, indebolendone la soggezione soltanto alla legge e determinando l'aggiramento del canone della legalità processuale, reclamati dagli art. 101 comma 2 e 111 comma 1 Cost. Come si vedrà, interpretazioni antiletterali dell'art. 649 comma 1 c.p.p., da un lato, e degli art. 4 prot. n. 7 CEDU e 50 CDFUE, dall'altro, sono state fornite tanto dalla giurisprudenza nazionale quanto da quella sovranazionale<sup>14</sup>.

Dal punto di vista dell'ordinamento nazionale, emerge la «meta-morfosi in atto [nei] rapporti fra giudice e legge penale»<sup>15</sup>, con il rischio di «consegn[are nelle mani del primo] le chiavi della legalità processuale»<sup>16</sup>:

<sup>13</sup> Così definiti perché elaborati, per la prima volta, da C. eur. dir. uomo, sent. 8 giugno 1976, Engel c. Paesi Bassi e mai più messi in discussione. Sul tema, *infra*, § 3.

<sup>14</sup> V. *infra*, § 2.

<sup>15</sup> CAPRIOLI, Francesco. *Giudicato e illegalità della pena: riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte costituzionale*, cit., p. 263.

<sup>16</sup> MAZZA, Oliviero. *La Corte assediata e il garantismo efficiente (note a margine della Carta di Napoli)*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, fasc. 5, p. 8. Sulla crisi della legalità processuale nel sistema italiano, anche per opera delle suggestioni offerte dalla giurisprudenza sovranazionale, cfr., fra i molti, LORUSSO, Sergio. *Interpretazione, legalità processuale e convincimento del giudice*, in *Dir. pen. cont.*, ed. on-line del 10 giugno 2015, disponibile in <<http://www.penalecontemporaneo.it>>, ultimo accesso il 24 agosto 2018; MAZZA, Oliviero. *Il pregiudizio effettivo fra legalità processuale e discrezionalità del giudice*, in *Giust. pen.*, 2015, III, c. 697 ss.; Id., *L'irruzione delle corti sovranazionali, Aa.Vv., Legge e potere nel processo penale. Pensando a Massimo Nobile*, Cedam, 2017, p. 182 ss.; Id., *Ideologie della riforma Orlando*, in TESTAGUZZA, Alessandra (a cura di). *Esercitazioni penali sostanziali e processuali. Pensieri in ordine sparso*, Cedam, 2018, p. 229; NEGRI, Daniele. *Splendori e miserie della legalità processuale. Genealogie culturali, èthos delle fonti, dialettica tra le Corti*, *ivi*, p. 43 s.; UBERTIS, Giulio. *Equità e proporzionalità versus legalità processuale: eterogenesi dei fini*, in *Arch. pen.*, 2017, n. 2, p. 389 ss. Più in generale, v., già, AMODIO, Ennio. *Crisi della legalità processuale, filosofia della rassegnazione e autorevolezza dei giuristi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 432 ss.; GALANTINI, Novella. *Considerazioni su principio di legalità processuale*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1989 ss.; NOBILI, Massimo. *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale* (1995), in *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, p. 181 ss.; PADOVANI, Tullio. *Il crepuscolo della legalità nel*

il “diritto vivente” prevale vieppiù su quello “vigente”<sup>17</sup>, rovesciando il classico «paradigma» della primazia della legge formale sul formante giurisprudenziale<sup>18</sup>. Più precisamente, il dovere di osservare i vincoli derivanti dagli obblighi internazionali – imposto dall’art. 117 comma 1 Cost. anzitutto al legislatore ma pure ai giudici comuni – fa sì che gli operatori siano alla spasmodica ricerca di un significato dell’art. 649 c.p.p. coerente, al contempo, con i canoni costituzionali<sup>19</sup>, con quelli convenzionali e con quelli del diritto dell’Unione europea.

La faticosa tessitura della tela di Penelope da parte dei giudici nazionali, volta a rivestire di un univoco contenuto la garanzia del *ne bis in idem*, comporta una pesante contropartita in rapporto alla certezza del diritto e delle situazioni giuridiche soggettive. Il divieto di secondo giudizio – in linea di principio, destinato ad una sicura espansione sistematica, proprio in virtù della sua natura di diritto fondamentale<sup>20</sup> – risulta

---

*processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale, in Ind. pen., 1999, p. 527 ss.*

<sup>17</sup> FERRUA, Paolo. *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 1265 ss.

<sup>18</sup> Così, CAPRIOLI, Francesco. *Il giudice e la legge processuale: il paradigma rovesciato*, in *Ind. pen.*, 2017, p. 967 ss.

<sup>19</sup> Benché difetti di un espresso riconoscimento da parte della Carta costituzionale, sulla copertura costituzionale del *ne bis in idem* concorda, pur con vari accenti, la dottrina: v., anche per ulteriori riferimenti, BONTEMPELLI, Manfredi. *La litispendenza penale*, cit., p. 55 ss.; CAPRIOLI, Francesco. *Il principio del ne bis in idem*, cit., p. 73 ss.; MANCUSO, Enrico Maria. *Il giudicato nel processo penale*, cit., p. 431 ss. Nella giurisprudenza costituzionale, da ultimo, C. cost., sent. 21 luglio 2016 n. 200, cit., p. 60 ss.

<sup>20</sup> In generale, cfr. i vari contributi raccolti in FERRAJOLI, Luigi. *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di VITALE, Ermanno, Bari: Laterza, 2008, *passim*.

Da altro punto di vista, merita, poi, ricordare che le Sezioni unite hanno – dopo aver ravvisato nel *ne bis in idem* un principio generale dell’ordinamento – ne hanno esteso la sfera lungo tutto l’arco del procedimento, anche prima del formarsi del giudicato, a condizione che proceda il medesimo ufficio del pubblico ministero: cfr. Cass., sez. un., 28 giugno 2005, Donati ed altro, in *Cass. pen.*, 2006, p. 28 ss., sulla quale v., altresì, MONTAGNA, Mariangela. *Ne bis in idem e sentenza non irrevocabile: si allarga l’ambito della preclusione*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 134 ss.; più di recente, CONTI, Carlotta. *La preclusione nel processo penale*, Giuffrè, 2014, p. 74 ss.; MANCUSO, Enrico Maria. *Il giudicato nel processo penale*, cit., spec. p. 456 ss. Nel senso, invece, che l’art. 649 c.p.p., letto in

sempre esposto a ridefinizioni. Da qui, un triplice rischio: che il *ne bis in idem* non si risolva in un diritto concreto ed effettivo bensì resti teorico ed illusorio<sup>21</sup>; che la sua portata non sia prevedibile dai consociati<sup>22</sup>; che i titolari del diritto fondamentale non siano al riparo da disparità di trattamento per opera della prassi.

## 2. LA COINCIDENZA FRA DISCIPLINA NAZIONALE E SOVRANAZIONALE CIRCA L'IDENTITÀ DEL FATTO

A dispetto dell'appena evidenziata eterogeneità contenutistica fra l'art. 649 c.p.p., da un lato, e gli art. 4 prot. 7 CEDU e 50 CDFUE, dall'altro, i sistemi di tutela nazionale e sovranazionali mostrano una significativa coincidenza in ordine ai presupposti del *ne bis in idem*, frutto d'una travagliata elaborazione giurisprudenziale.

### 2.1. IDENTITÀ DEL FATTO E *NE BIS IN IDEM* NELLE FONTI SOVRANAZIONALI

Benché gli art. 4 prot. 7 CEDU e 50 CDFUE fondino il divieto di secondo giudizio sul presupposto della medesimezza dell'offesa o dell'infrazione, è significativo che la giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo abbiano operato una radicale ridefinizione della portata delle previsioni in parola. Superando il dato testuale, i giudici di Strasburgo e di Lussemburgo sono pervenuti ad una concezione del divieto ancorata alla medesimezza del fatto<sup>23</sup>.

---

chiave sistematica, non impedisce che un secondo processo possa validamente sorgere prima che intervenga il giudicato nel primo, RAFARACI, Tommaso. *Le nuove contestazioni nel processo penale*, Giuffrè, 1996, spec. p. 273.

<sup>21</sup> Per impiegare un'affermazione assolutamente consolidata nel *case-law* della Corte europea dei diritti dell'uomo: per tutte, fra le moltissime, con riguardo ad una vicenda di grande rilievo, anche mediatico, C. eur. dir. uomo, sez. IV, sent. 7 luglio 2015, Cestaro c. Italia, § 207 ss.

<sup>22</sup> Benché la prevedibilità della portata della garanzia costituisca l'oggetto della consolidata giurisprudenza di Strasburgo: cfr., per tutte, C. eur. dir. uomo, grande camera, 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia, § 130.

<sup>23</sup> L'evoluzione della giurisprudenza della Corte europea è evidenziata, fra gli altri, da DE AMICIS, Gaetano. *Ne bis in idem e "doppio binario" sanzionatorio*:

Premesso che la concisione del dato letterale non permette di comprendere con certezza se in sede di redazione dell'art. 4 prot. n. 7 CEDU si fosse inteso dare rilievo alla qualifica giuridica del fatto o alla sola nozione naturalistica dell'*idem factum*<sup>24</sup>, l'approccio tipicamente casistico e pragmatico della Corte europea, fondato sulla valorizzazione delle peculiarità della vicenda, ha comportato, per lungo tempo, significative oscillazioni nella giurisprudenza di Strasburgo<sup>25</sup>.

Per un primo indirizzo, la nozione di «*infractio*» o di «*offence*» che compare nell'art. 4 prot. 7 CEDU va intesa in senso formale, ossia secondo un'accezione che appare maggiormente aderente al tenore della previsione. La *riprosecution* non è esclusa quando, pur in presenza della medesima condotta, quest'ultima sia capace di violare diverse fattispecie incriminatrici, come accade per la figura del concorso formale eterogeneo di reati<sup>26</sup>. Per un secondo indirizzo, il presupposto è suscettibile di una più ampia lettura, animata dallo scopo di non marginalizzare la garanzia del *ne bis in idem*: rileva l'identità del fatto materiale<sup>27</sup>, a sua volta apertamente

---

*prime riflessioni sugli effetti della sentenza "Grande Stevens" nell'ordinamento italiano*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2014, fasc. 3-4, p. 203, disponibile in <http://www.penalecontemporaneo.it>, ultimo accesso il 24 agosto 2018, e da FERRUA, Paolo. *La sentenza costituzionale sul caso Eternit: il ne bis in idem tra diritto vigente e diritto vivente*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 78 ss.

<sup>24</sup> In tali precisi termini, MANCUSO, Enrico Maria. *Art. 4 prot. 7 – Diritto a non essere giudicato o punito due volte*, cit., p. 380.

<sup>25</sup> Cfr., per tutti, GALANTINI, Novella. *Il 'fatto' nella prospettiva del divieto di secondo giudizio*, cit., p. 1212 ss.

<sup>26</sup> Cfr., fra le altre, C. eur. dir. uomo, sez. I, sent. 6 giugno 2012, Sailer c. Austria, § 25; sez. III, sent. 29 maggio 2001, Franz Fischer c. Austria, § 25; sent. 23 ottobre 1998, Oliveira c. Svizzera, § 27.

<sup>27</sup> Il *leading case* del *revirement* giurisprudenziale è rappresentato da C. eur. dir. uomo, grande camera, sent. 10 febbraio 2009, Sergey Zolotukhin c. Russia. Da un diverso punto di vista, merita comunque evidenziare che la protezione offerta dall'art 4 prot. 7 CEDU non è assoluta. La Corte europea ha evidenziato che, quando vengano in gioco gravissimi delitti, caratterizzati - sul piano internazionale - dall'imprescrittibilità del reato, il proscioglimento irrevocabile per estinzione del reato sul piano nazionale dovuta al decorso del termine di prescrizione non preclude un secondo giudizio per il medesimo fatto, occorrendo assicurare una tutela effettiva ai diritti fondamentali protetti dagli art. 2 e 3 CEDU (diritto alla vita e divieto di tortura): cfr., con riguardo a crimini di guerra, C. eur. di. uomo, grande camera, sent. 27 maggio 2014, Marguš c. Croazia. Sul tema v. anche C. cost., sent. 21 luglio 2016 n. 200, cit.,

ispirata all'interpretazione già fornita dalla Corte di giustizia a proposito dell'identico tenore dell'art. 50 CDFUE<sup>28</sup>.

La duplice esigenza, da un lato, di procedere a un'«armonizzazione» delle diverse letture offerte dai giudici di Strasburgo a proposito della portata dell'art. 4 comma 1 Prot. n. 7 Conv. eur. dir. uomo<sup>29</sup>, dall'altro, di assicurare una protezione effettiva contro la *riprosecution* in favore dell'imputato già condannato o proscioltto<sup>30</sup> è stata, così, al centro di una decisiva pronuncia della grande camera della Corte europea<sup>31</sup>, che - superando ogni residua ambiguità semantica proveniente dall'art. 4 prot.

---

p. 65; in dottrina, sulla portata dell'art. 649 c.p.p. in rapporto alla pronuncia europea, LAVARINI, Barbara. *Il 'fatto' ai fini del ne bis in idem nella legge italiana e nella CEDU: la Corte costituzionale alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, fasc. 1, p. 60 ss. Più in generale, sulle implicazioni, sostanziali e processuali, dell'effettiva protezione dei diritti fondamentali in parola, cfr. CASSIBBA, Fabio; COLELLA, Angela. *Art. 3 - Proibizione della tortura*, in UBERTIS, Giulio; VIGANÒ, Francesco (a cura di). *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, cit., p. 64 ss.

<sup>28</sup> Così, PAULESU, Pier Paolo. *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione*, cit., p. 416; analogamente, VERVAELE, John. *Ne bis in idem: verso un principio costituzionale transnazionale in UE?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 53; v. anche DELLA MONICA, Giuseppe. *Ne bis in idem*. In GAITO, Alfredo (a cura di). *I principi europei del processo penale*, Dike, 2016, p. 331 ss.; BRANCACCIO, Matilde; FIDELBO, Giorgio. *Ne bis in idem: percorsi giurisprudenziali e recenti approdi della giurisprudenza nazionale ed europea*, Relazione di orientamento dell'Ufficio del Massimario penale, 21 marzo 2017, in *www.cortedicassazione.it*, p. 13 ss.cit., p. 2 ss.; ZAGREBELSKY, Vladimiro. *Le sanzioni Consob, l'equo processo e il ne bis in idem nella C.e.d.u.*, in *Giur. it.*, 2014, p. 1199 ss. Nella giurisprudenza di Lussemburgo v., fra le altre, C. giust. UE, sez. II, sent. 9 marzo 2006, C-436/04, Léopold Henri Van Esbroek; C. giust. UE, sez. II, sent. 28 settembre 2006, C-150/05, Jan Leo Van Straaten.

<sup>29</sup> Così, C. eur. dir. uomo, grande camera, sent. 10 febbraio 2009, Sergey Zolotukhin c. Russia, § 78. V. anche, C. eur. dir. uomo, sez. II, sent. 27 novembre 2014, Lucky Dev c. Svezia, § 52.

<sup>30</sup> Merita evidenziare che, in almeno una occasione, la Corte europea ha ritenuto che la condanna in sede amministrativa-penale per i medesimi fatti già oggetto di sentenza penale di assoluzione passata in giudicato violasse la presunzione d'innocenza sancita dall'art. 6 comma 2 CEDU: così, C. eur. dir. uomo, sez. I, sent. 30 aprile 2015, Kapetanios e altri c. Grecia, § 49 ss.

<sup>31</sup> Cfr., in tal senso, C. eur. dir. uomo, grande camera, sent. 10 febbraio 2009, Zolotukhin c. Russia, § 80; nonché, più di recente, sez. IV, sent. 20 maggio 2014, Pirttimäki c. Finlandia, § 49.



7 CEDU - ha stabilizzato l'orientamento incentrato sulla concezione naturalistica del fatto rilevante ai fini del *ne bis in idem*.

L'odierno assetto poggia su due pilastri. Sul piano metodologico, il vaglio circa la medesimezza del fatto non si risolve nel mero confronto fra le accuse contestate nei due procedimenti: l'esposizione del fatto oggetto del processo costituisce solo un «utile punto di partenza»<sup>32</sup>, occorrendo un'analisi scrupolosa sulle specifiche vicende, anche alla luce delle coordinate spaziali e temporali in cui si dipanano le condotte considerate<sup>33</sup>. Sul piano contenutistico, vale un criterio basato strettamente sull'«identità del fatto materiale» ascrivito all'imputato nei due procedimenti, senza che rilevi la diversa qualificazione giuridica<sup>34</sup>: il presupposto è integrato quando i procedimenti abbiano ad oggetto «fatti identici» o un «fatto che sia sostanzialmente il medesimo». In breve, l'identità materiale del fatto è data dalla «medesima condotta» tenuta dall'imputato, nell'identico contesto spaziale e temporale<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> Cfr. C. eur. dir. uomo, sez. II, sent. 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri c. Italia, § 220; grande camera, sent. 10 febbraio 2009, Zolotukhin c. Russia, § 83.

<sup>33</sup> Per C. eur. dir. uomo, grande camera, sent. 10 febbraio 2009, Zolotukhin c. Russia, § 82, occorre avere riguardo ad un «complesso di concrete circostanze fattuali relative al medesimo imputato, inscindibilmente avvinte sul piano temporale e spaziale».

<sup>34</sup> C. eur. dir. uomo, grande camera, sent. 10 febbraio 2009, Zolotukhin c. Russia, § 79.

<sup>35</sup> Così, C. eur. dir. uomo, sez. II, sent. 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri c. Italia, § 224 e 227. Da ultimo, cfr. C. eur. dir. uomo, sez. I, sent. 30 aprile 2015, Kapetanios e altri c. Grecia, § 64; sez. IV, 27 gennaio 2015, Rinas c. Finlandia, § 45; sez. II, sent. 27 novembre 2014, Lucky Dev c. Svezia, § 52. Restano, così, superate le «ambiguità della Corte europea ... emergent[i], per un verso, dalla reputata legittimità di una duplice condanna relativa a uno stesso fatto nell'ipotesi di concorso formale di reati con assorbimento della pena più lieve da parte di quella più grave ..., e, per contro, dalla ritenuta violazione del precetto pattizio in un caso in cui il medesimo comportamento aveva originato due contrastanti decisioni attraverso una difforme qualificazione giuridica operata da organi nazionali dissimili» (UBERTIS, Giulio. *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Cortina, 2009, p. 46; v. pure PAULESU, Pier Paolo. *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione*, cit., p. 349).

Tocca appena notare che, quando all'imputato vengano contestate condotte identiche ma reiterate nel tempo e nello spazio, la garanzia pattizia non opera (cfr., ad esempio, C. eur. dir. uomo, sez. III, sent. 5 ottobre 2006, Marcello Viola c. Italia, § 88 ss.): qui, si è in presenza di una pluralità di episodi

In una prospettiva sovranazionale ancora diversa merita, infine, evidenziare che l'interpretazione oggi consolidata della Corte di Strasburgo e della Corte di Lussemburgo si pone in linea con il tenore dell'art. 54 CAAS, che basa l'operatività del *ne bis in idem* internazionale sulla medesimezza dei «fatti» oggetto dei diversi procedimenti, intesa in senso storico-naturalistico, ritenendosi irrilevante la qualifica o il bene giuridico leso<sup>36</sup>.

## 2.2. IDENTITÀ DEL FATTO E *NE BIS IN IDEM* NEL CODICE DI PROCEDURA PENALE ITALIANO

Come anticipato, l'art. 649 comma 1 c.p.p. condiziona il divieto di secondo giudizio al presupposto della medesimezza del fatto per cui si procede nuovamente contro il medesimo imputato, rispetto a quello già oggetto della sentenza passata in giudicato, con l'ulteriore, espressa precisazione che la diversa considerazione del fatto «per titolo, grado e circostanze» non basta ad escludere il *ne bis in idem*.

Dunque, la portata della garanzia dipende, anzitutto, dal significato che s'intende assegnare al vocabolo "fatto".

E' agevole intuire che il "fatto" ricopre un ruolo sistematico chiave, intersecando «punti vitali del processo penale»<sup>37</sup>: nella sua accezione

---

autonomi, che possono essere contestati cumulativamente nel medesimo processo o autonomamente in separate vicende: cfr., da ultimo, C. eur. dir. uomo, sez. II, sent. 27 novembre 2014, Lucky Dev c. Svezia, § 55; C. eur. dir. uomo, sez. IV, sent. 20 maggio 2014, Pirttimäki c. Finlandia, § 49 ss.

<sup>36</sup> Sul concetto di *idem factum* ai fini del *ne bis in idem* internazionale, oltre al contributo monografico di GALANTINI, Novella. *Il principio del ne bis in idem internazionale nel processo penale*, Milano, 1984, *passim*, v., fra gli altri, CAPRIOLI, Francesco. *Il principio del ne bis in idem*, cit., p. 70 ss.; MANCUSO, Enrico Maria. *Il giudicato nel processo penale*, cit., p. 525 ss.; PISAPIA, Alice. *Riflessioni sul principio del ne bis in idem alla luce delle recenti pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2013, spec. p. 3280 ss.; RAFARACI, Tommaso. *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione in materia penale nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione Europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 625 ss.; VIGANÒ, Francesco. *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2014, fasc. 3-4, p. 234 ss., disponibile in <http://www.penalecontemporaneo.it>, ultimo accesso il 24 agosto 2018

<sup>37</sup> DOSI, Ettore. *La sentenza penale di proscioglimento*, Giuffrè, 1955, p. 132.

classica, il procedimento penale opera come strumento di garanzia dell'imputato in vista dell'accertamento della sua responsabilità per un fatto di cui - sin dalle indagini preliminari e, poi, nella fase processuale - si assume la conformità ad una fattispecie incriminatrice. Senonché, il lessico del legislatore processuale penale non viene in soccorso a chi voglia assegnare al concetto di fatto un significato univoco<sup>38</sup>. Nella disciplina positiva, il “fatto” è indubbiamente espressione polisemica<sup>39</sup>, perché il relativo concetto viene in gioco in una molteplicità di ambiti non riducibili a unità. Occorre, anzi, rifuggire dalla tentazione di fornire una nozione omnicomprensiva alla locuzione, perché si rischierebbe di aggirare la funzione tipica rivestita dal fatto nei diversi ambiti<sup>40</sup>: quest'ultimo muta a seconda delle finalità al cui soddisfacimento mira, di volta in volta, l'ordinamento processuale<sup>41</sup>.

Per quanto qui maggiormente preme, è decisiva la necessità d'identificare l'oggetto del giudizio. A dispetto dell'impiego codicistico di espressioni apparentemente sinonimiche (come, ad esempio, “stesso fatto” o “medesimo fatto”), occorre distinguere il relativo significato a seconda che si abbia riguardo all'identificazione del fatto a scopi “endoprocessuali” oppure “extraprocessuali”<sup>42</sup>.

---

<sup>38</sup> Come, del resto, accade anche in ambito sostanziale: cfr., per tutti, FIANDACA, Giovanni. *Fatto nel diritto penale*, in *D. disc. pen.*, V, Utet, 1991, p. 153.

<sup>39</sup> Cfr., in tal senso, FIANDACA, Giovanni. *Fatto nel diritto penale*, cit., p. 153; GUARNIERI, Giuseppe. *Regiudicata (diritto processuale penale)*, in *Noviss. d. it.*, XV, Utet, 1968, p. 231; PAGLIARO, Antonio. *Fatto (dir. proc. pen)*, in *Enc. dir.*, XVI, Giuffrè, 1967, p. 962. In generale, sulla nozione di fatto nel processo penale, cfr., per tutti, RAFARACI, Tommaso. *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit., *passim*; UBERTIS, Giulio. *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Giuffrè, 1979, *passim*.

<sup>40</sup> Ammoniva dal rischio di «evitare il pericolo di generalizzare [la] nozione di ‘fatto’», al fine di applicarla ai differenti ambiti del diritto processuale penale, PAGLIARO, Antonio. *Fatto (dir. proc. pen)*, cit., p. 962. V. anche, di recente, RIVELLO, Pier Paolo. *La nozione di “fatto” ai sensi dell’art. 649 c.p.p. e le perduranti incertezze interpretative ricollegabili al principio del ne bis* in idem, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1411 ss.

<sup>41</sup> Così, con riguardo ai criteri d'identificazione del fatto alla luce del principio del *ne bis in idem*, DE LUCA, Giuseppe. *Giudicato, Diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, 1989, p. 10

<sup>42</sup> In tal senso v., volendo, CASSIBBA, Fabio. *L'imputazione e le sue vicende*, in UBERTIS, Giulio; VOENA, Giovanni Paolo (diretto da), *Trattato di procedura penale*, vol. XXXI, Giuffrè, 2016, p. 22 ss.

Sul primo versante, viene in gioco l'esigenza d'individuare il fatto in rapporto all'evoluzione dell'accusa nel corso del processo, una volta esercitata l'azione penale: la necessaria premessa è che, se il contenuto dell'accusa è suscettibile di essere descrittivamente modificato, nondimeno il giudizio deve vertere sempre sul medesimo fatto<sup>43</sup>. Dunque, l'identità del fatto trova qui come parametro di valutazione l'enunciato descrittivo dell'imputazione<sup>44</sup>.

Sul secondo versante, vengono in gioco i rapporti fra diversi procedimenti che, in ipotesi, vertono sul medesimo fatto: rileva la litispendenza penale<sup>45</sup>, come accade, per l'appunto, quando si tratti di cogliere la portata del *ne bis in idem* (art. 649 comma 1 c.p.p.)<sup>46</sup>. Qui,

<sup>43</sup> Cfr., fra gli altri, CORDERO, Franco. *Considerazioni sul principio d'identità del fatto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, p. 939 ss.; DOMINIONI, Oreste. *L'esercizio dell'azione penale (l'imputazione)* (1970), in *Le parti nel processo penale. Profili sistematici e problemi*, Giuffrè, 1985, p. 134; RAFARACI, Tommaso. *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit., p. 20 ss. e *passim*.

<sup>44</sup> In presenza della necessità di procedere a modificare l'imputazione, la verifica circa il permanere dell'identità del fatto a seguito della modifica contenutistica dell'imputazione si esaurisce nel raffronto fra l'enunciato oggetto dell'imputazione originaria e quello oggetto dell'imputazione "modificata". La conclusione non muta quando, nei giudizi d'impugnazione, il giudice è investito del potere di verificare il rispetto del vincolo di correlazione fra l'accusa contestata nell'imputazione e quella effettivamente oggetto della sentenza impugnata. Anche in tal caso, dev'essere assicurata la piena identità fra il fatto contestato nell'imputazione e quello ritenuto in sentenza: posto che il giudizio è operazione decisoria a «tema obbligato» [KOSTORIS, Roberto Ettore. *Giudizio (diritto processuale penale)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VI, Roma, 1997, p. 8], il giudice non deve assumere una decisione sul merito dell'accusa che esorbi dai confini previamente tracciati dal pubblico ministero.

<sup>45</sup> Sul tema, con ampiezza, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, cfr. BONTEMPELLI, Manfredi. *La litispendenza penale*, cit., *passim*.

<sup>46</sup> Senza esorbitare dell'oggetto del lavoro, è appena il caso di notare che la stessa conclusione vale quando occorra risolvere il conflitto pratico fra giudicati (art. 669 c.p.p.), oppure ai fini della litispendenza nel caso dell'insorgere di un conflitto di competenza (art. 28 comma 1 c.p.p.), o dell'applicazione della disciplina della retrodatazione dell'efficacia della misura cautelare nel caso delle c.d. contestazioni a catena (art. 297 comma 3 c.p.p.). Analogo discorso, poi, opera in ordine al concetto di «medesimo fatto» ex art. 345 comma 1 c.p.p., la cui individuazione è decisiva ai fini del vaglio circa la riproponibilità dell'azione penale a seguito della sopravvenienza di una condizione di procedibilità, o, ancora, *mutatis mutandis*, in ordine alla "diversità" del procedimento ai fini della c.d. circolazione delle intercettazioni, la cui utilizzabilità è

sarebbe irragionevole basare il giudizio d'identità del fatto sulla riscontrata identità contenutistica dell'accusa elevata rispettivamente nelle due vicende giudiziarie. Se la litispendenza fosse risolta sulla base della sovrapposibilità contenutistica delle due accuse, il giudizio sull'identità del fatto nei diversi procedimenti potrebbe non avere mai esito positivo. Il "fatto" sarebbe sempre descrivibile in modo "diverso": una «variante qualunque della seconda domanda»<sup>47</sup> basterebbe ad escludere la medesimezza del fatto, a tutto discapito delle esigenze di garanzia e di certezza delle situazioni giuridiche. Se così è, il criterio volto a verificare l'identità del fatto si basa su una nozione più ampia, che prescinde dallo stretto contenuto dell'imputazione. Il giudizio d'identità riposa sulla descrizione della condotta e dell'eventuale evento naturalistico, individuato alla luce dell'oggetto materiale su cui essa ricade (condotta c.d. transitiva)<sup>48</sup>. In questo senso, la nozione di fatto processualmente rilevante coincide con quella accolta nell'ambito della c.d. teoria bipartita del reato<sup>49</sup>, essendo irrilevanti, invece, i profili attinenti alla colpevolezza.

Più precisamente, ai fini del *ne bis in idem* si è in presenza del medesimo fatto quando la variazione descrittiva dell'episodio non investa gli appena rammentati elementi nucleari dell'episodio oggetto della sentenza passata in giudicato<sup>50</sup>. Dunque, ogni variazione delle

---

regolata dall'art. 270 c.p.p. in chiave derogatoria e restrittiva rispetto al regime ordinario di ammissibilità.

<sup>47</sup> Così, circa la portata dell'effetto preclusivo sprigionato dal giudicato su un certo fatto, CORDERO, Franco. *Procedura penale*, cit., p. 1206.

<sup>48</sup> Così, ancora, CORDERO, Franco. *Considerazioni sul principio d'identità del fatto*, cit., spec. p. 939 ss. V. anche CAPRIOLI, Francesco. *Il principio del ne bis in idem*, cit., p. 85 ss.; CORDERO, Franco. *Procedura penale*, cit., p. 1206.

<sup>49</sup> Cfr. ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XIV ed. aggiornata e integrata da L. Conti, Giuffrè, 1997, p. 215 ss.; MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*, Cedam, 2017, p. 102.

<sup>50</sup> In tal senso si orienta l'indirizzo largamente prevalente: cfr. CAPRIOLI, Francesco. *Il principio del ne bis in idem*, cit., p. 85 ss.; CORDERO, Franco. *Procedura penale*, cit., p. 1207 ss.; PAGLIARO, Antonio. *Fatto (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XVI, Giuffrè, 1967, p. 964; RAFARACI, Tommaso. *Ne bis in idem*, cit., p. 872. Sul tema, v. pure CALLARI, Francesco. *La firmitas del giudicato penale: essenza e limiti*, Milano, 2009, spec. p. 141 ss.; MANCUSO, Enrico Maria. *Il giudicato nel processo penale*, cit., p. 451 ss.; DANIELLE, Marcello. *Profili sistematici della sentenza di non luogo a procedere*, Torino, 2005, p. 178-179; QUATTROCOLLO, Serena. *Riquilificazione del fatto nella sentenza penale*

modalità della condotta<sup>51</sup>, dell'evento naturalistico (purché ricada sul medesimo bene giuridico)<sup>52</sup>, del nesso di causalità, oltre che dell'elemento soggettivo<sup>53</sup>, non incide sull'identità del fatto e resta coperta dall'effetto preclusivo del giudicato.

Quanto alla variazione delle coordinate spaziali e temporali della condotta, il giudizio sull'identità del fatto ai fini del *ne bis in idem* implica, però, un'ulteriore verifica. Occorre accertare se le condotte – l'una, già considerata nella sentenza passata in giudicato, l'altra, oggetto del nuovo esercizio dell'azione penale – siano, astrattamente, non reiterabili nel mondo fisico. In tal caso, posto che nel mondo fisico i fatti accadono una

---

*e tutela del contraddittorio*, Jovene, 2011, p. 94 ss. In giurisprudenza, Cass., sez. un., 28 giugno 2005, Donati ed altro, cit., p. 28 ss. Nel senso, invece, che il *ne bis in idem* processuale va escluso in presenza di «fattispecie giudiziali diverse», cfr. già LOZZI, Gilberto. *Profili di una indagine sui rapporti tra «ne bis in idem» e concorso formale di reati*, Milano, 1974, spec. p. 57 ss.; cfr., altresì, RIVELLO, Pier Paolo. *Analisi in tema di ne bis in idem*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 500 ss.; Id., *La nozione di "fatto" ai sensi dell'art. 649 c.p.p. e le perduranti incertezze interpretative ricollegabili al principio del ne bis in idem*, *ivi*, 2014, p. 1422 ss.

<sup>51</sup> Si pensi, ad esempio, all'uccisione d'un individuo procurata con l'impiego di un coltello o di una bottiglia di vetro spezzata; o, ancora, alle lesioni dolose procurate con un'aggressione avvenuta frontalmente o di spalle; o, infine, alla truffa perpetrata esibendo un falso tesserino di riconoscimento o un falso contratto di mandato. Ancora, in forza dell'art. 649 comma 1 c.p.p., resta irrilevante, ai fini del mutamento del fatto, che vengano contestate circostanze aggravanti.

<sup>52</sup> Viene in gioco la c.d. progressione criminosa o la variazione di «grado», secondo quanto previsto dall'art. 649 comma 1 c.p.p. Si allude, più precisamente, alle ipotesi in cui il pubblico ministero, passata in giudicato la sentenza per il delitto nella forma tentata, pretenda, poi, di contestare lo stesso reato nella forma consumata. Analoga conclusione vale, poi, con riguardo al passaggio da un grado dell'offesa ad uno più intenso, come accade per le ipotesi in cui, passata in giudicato la sentenza per il delitto di lesioni ai danni di X, il pubblico ministero pretenda di procedere per il delitto di omicidio nei confronti della medesima persona offesa. In dottrina, CAPRIOLI, Francesco. *Il principio del ne bis in idem*, cit., p. 85 ss.; CORDERO, Franco. *Procedura penale*, cit., p. 1210-1211; MANCUSO, Enrico Maria. *Il giudicato nel processo penale*, cit., p. 466 ss.

<sup>53</sup> Neppure quando la variazione comportasse una diversa qualificazione del fatto (quando si passasse, ad esempio, dall'ipotesi colposa a quella dolosa). L'art. 649 comma 1 c.p.p. rende espressamente irrilevanti le variazioni che investano il «titolo» del reato.

volta sola<sup>54</sup>, oggetto del nuovo esercizio dell'azione penale sarà lo stesso fatto già considerato dal giudicato, scattando, così, l'effetto preclusivo dell'art. 649 c.p.p. Se, invece, la condotta sia reiterabile, la variazione delle coordinate spaziali e temporali pone il dubbio se essa integri una diversa descrizione del medesimo fatto (dunque, coperto dall'effetto preclusivo) oppure, direttamente, la descrizione di un altro fatto (dunque, non coperto dall'effetto preclusivo)<sup>55</sup>. Si rientra nella nozione codicistica di

---

<sup>54</sup> Così, CORDERO, Franco. *Procedura penale*, cit., p. 455-456. V. pure RIVELLO, Pier Paolo. *La nozione di "fatto" ai sensi dell'art. 649 c.p.p. e le perduranti incertezze interpretative ricollegabili al principio del ne bis in idem*, cit., p. 1431 ss.

<sup>55</sup> Si pensi all'ipotesi in cui, descritta la rapina presso la Banca Z come avvenuta il giorno x, si contesti, poi, che l'episodio sia avvenuto il giorno y.

Ancora diverso è il rilievo delle coordinate spaziali e temporali in rapporto alla figura del reato permanente e di quello abituale: per l'inquadramento teorico del problema, cfr., per tutti, CAPRIOLI, Francesco. *Il principio del ne bis in idem*, cit., p. 99-100; MANCUSO, Enrico Maria. *Il giudicato nel processo penale*, cit., p. 477 ss. Tutto dipende dalla legittimazione data alla c.d. contestazione cronologicamente aperta dei fatti di cui all'imputazione. Ove si riconosca la legittimità della sola contestazione "chiusa", relativa cioè a condotte puntualmente descritte e cronologicamente delimitate da un momento iniziale e da un momento finale, resta coperto dal giudicato tutto ciò che è espressamente contestato nell'accusa (cfr. CORDERO, Franco. *Procedura penale*, cit., p. 1212). Così, il *ne bis in idem* avrebbe, a sua volta, una portata oggettiva precisamente delimitata: l'effetto preclusivo scatterebbe in ordine alle condotte già considerate entro quel preciso lasso temporale. La giurisprudenza riconosce, invece, che il pubblico ministero possa non circoscrivere la contestazione entro precisi confini temporali, così lasciando aperto il momento di cessazione della permanenza o della abitudine della condotta. Da qui, una duplice conseguenza: per un verso, la cessazione della permanenza viene fatta coincidere con la data di pronuncia della sentenza di primo grado (Cfr., fra le altre, Cass., sez. V, 19 marzo 2009, Marazia, in *CED*, n. 244479; Cass., sez. V, 1° luglio 1996, Aiello, *ivi*, n. 206292); per l'altro, in caso di incertezza circa il momento di effettiva cessazione della permanenza, tocca al giudice, anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza, procedere al relativo accertamento (Cfr. Cass., sez. I, 24 ottobre 2013, Formicola, in *CED*, n. 257725). E' evidente, però, che così opinando, si lascia nell'incertezza l'individuazione del fatto, in ordine non solo all'oggetto del giudizio, ma anche in rapporto alla portata oggettiva dell'effetto preclusivo della relativa sentenza una volta passata in giudicato. Cfr. CAPRIOLI, Francesco. *Il principio del ne bis in idem*, cit., p. 100. D'altra parte, non soddisfa neppure il tentativo operato da parte della dottrina di far coincidere col momento di passaggio in giudicato della sentenza in parola i confini del *ne bis in idem*: cfr. LOZZI, Gilberto. *Lezioni di procedura penale*, Giappichelli, 2016, p. 813; v. anche BENE, Teresa.

fatto nuovo, non coperto dal giudicato, ogni qualvolta sia possibile predicare la contestuale verità dei due enunciati, ove la condotta compare diversamente orientata nello spazio e nel tempo.

Dalla ricostruzione proposta emerge che la modifica endoprocedurale dell'imputazione e l'effetto preclusivo del giudicato sull'*idem factum* occupano spazi complementari<sup>56</sup>. In breve, il concetto di *idem factum* rilevante ai fini della garanzia del *ne bis in idem* non può essere impiegato come criterio per risolvere la questione dell'identità del fatto in rapporto alle vicende modificative dell'imputazione e dell'effettivo rispetto del vincolo di correlazione fra accusa e sentenza<sup>57</sup>.

L'analisi relativa ai presupposti operativi del *ne bis in idem* resterebbe incompleta se non si considerasse almeno un'ipotesi in cui, sin dal piano normativo, la mera individuazione del fatto coperto dal giudicato non è sufficiente per individuare, specularmente, la portata dell'effetto preclusivo della sentenza. Talvolta, l'operatività del divieto di secondo giudizio «dipende dal contenuto della sentenza divenuta irrevocabile», come nell'ipotesi di reati previsti da fattispecie alternative, perché chi sia stato processato per una delle condotte criminose alternative può essere giudicato per un'altra solo se è stato assolto; non, invece, se è stato condannato<sup>58</sup>.

---

*Reato permanente e modifica dell'imputazione*, cit., c. 647; CALAMANDREI, Piero. *Diversità del fatto e modifica dell'imputazione nel codice di procedura penale del 1988*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 653-654. La soluzione, pur apprezzabilmente volta a dare certezza alle situazioni giuridiche soggettive, non esclude la *riprosecution* per la stessa condotta, quando l'azione penale sia stata nuovamente esercitata anteriormente al passaggio in giudicato della prima sentenza, con l'inevitabile dispendio di risorse.

<sup>56</sup> Così, CORDERO, Franco. *Procedura penale*, cit., p. 1206-1207; LOZZI, Gilberto. *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 807.

<sup>57</sup> Cfr. CAPRIOLI, Francesco. *Il principio del ne bis in idem*, cit., p. 96 ss.; MANCUSO, Enrico Maria. *Il giudicato nel processo penale*, cit., p. 445 ss.; QUATTROCOLO, Serena. *Riqualificazione del fatto nella sentenza penale e tutela del contraddittorio*, cit., p. 94 ss.; RAFARACI, Tommaso. *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit., spec. p. 13 ss.

<sup>58</sup> In tali precisi termini, CAPRIOLI, Francesco. *Il principio del ne bis in idem*, cit., p. 100, che evidenzia come sia la legge sostanziale, non quella processuale, ad impedire di sanzionare due volte la stessa persona per condotte alternative, benché i fatti siano diversi (*ivi*, p. 101). In breve, si tratta di un



### 2.3. LE PRASSI ELUSIVE DEL *NE BIS IN IDEM* NELLA GIURISPRUDENZA NAZIONALE E LA REAZIONE DELLA CORTE COSTITUZIONALE

Una considerazione autonoma merita il complesso rapporto fra la figura del concorso formale di reati e la portata del *ne bis in idem*<sup>59</sup>.

Qui, l'individuazione dell'effetto preclusivo sprigionato dal giudicato passa, anzitutto, attraverso la necessità di discriminare il concorso formale fra reati di pura condotta o ad evento naturalistico. Per questi ultimi, posto che l'*idem factum* è rappresentato dalla condotta e dall'oggetto materiale su cui essa ricade<sup>60</sup>, si è in presenza di tanti fatti, fra loro autonomi, quanti sono gli oggetti materiali su cui cade l'unica condotta. L'ipotesi più semplice è che la condotta ricada su oggetti fisici diversi. Si pensi all'unico colpo di arma da fuoco sparato da Tizio che colpisca Caio, Mevio e Sempronio, rispettivamente uccidendo il primo e ferendo i secondi: nessun dubbio, il passaggio in giudicato per il delitto di omicidio doloso di Caio, non esclude la *riprosecution* per gli episodi di lesioni dolose e viceversa. Tuttavia, un'unica condotta transitiva può cadere sullo stesso oggetto nel mondo fisico e generare una pluralità di autonomi eventi naturalistici: anche in tal caso, il giudicato relativo ad uno degli eventi non vieta l'autonomo giudizio sugli altri<sup>61</sup>. Ancora, il divieto di secondo giudizio non opera neppure quando l'unica condotta abbia violato diverse fattispecie incriminatrici, una sola delle quali integri un reato ad evento naturalistico. Si pensi alla condotta di chi, dal proprio balcone di casa, abbia sparato un colpo di arma da fuoco in aria, allo scopo di festeggiare la vittoria della propria nazionale ai mondiali di calcio, provocando, però, la morte di un passante. Il passaggio in giudicato della sentenza relativa

---

tipico caso di *ne bis in idem* penale: così, CORDERO, Franco. *Procedura penale*, cit., p. 1212-1213.

<sup>59</sup> Sul tema, assai complesso, v. con ampiezza, per tutti, anche per ulteriori riferimenti, CAPRIOLI, Francesco. *Il principio del ne bis in idem*, cit., p. 87 ss.; CORDERO, Franco. *Procedura penale*, cit., p. 1206 ss.; MANCUSO, Enrico Maria. *Il giudicato nel processo penale*, cit., p. 451 ss.; da ultimo, GALANTINI, Novella. *Il 'fatto' nella prospettiva del divieto di secondo giudizio*, cit., p. 1209 ss.

<sup>60</sup> V. *supra*, § 2.2.

<sup>61</sup> Cfr. CAPRIOLI, Francesco. *Il principio del ne bis in idem*, cit., p. 93, che allude alla condotta – non coperta dal *ne bis in idem* – di chi, resistendo a un pubblico ufficiale, gli procura lesioni personali.

al disturbo alla quiete pubblica (reato di pura condotta) non esclude il giudizio per l'omicidio del passante (reato ad evento naturalistico).

Diverse sono le conclusioni per l'ipotesi del concorso formale fra reati di pura condotta. Difettando, per definizione, l'evento naturalistico, ai fini del *ne bis in idem* il fatto coincide qui con la condotta<sup>62</sup>. Così, o tutte le violazioni sono cumulativamente contestate dal pubblico ministero nel medesimo processo oppure il passaggio in giudicato della sentenza relativa ad una violazione sprigiona l'effetto preclusivo per le altre<sup>63</sup>, restando irrilevante che vengano, poi, contestati dal pubblico ministero un *nomen iuris* e la lesione ad un bene giuridico diversi da quelli già considerati nella sentenza passata in giudicato<sup>64</sup>.

La ricostruzione si allinea con l'inequivoca formula dell'art. 649 comma 1 c.p.p., in forza della quale la diversa qualificazione giuridica («titolo») data al fatto non ne muta l'identità e, dunque, resta irrilevante ai fini del divieto di secondo giudizio. Peraltro, proprio a dispetto di quella formula, la giurisprudenza della Corte di cassazione ha legittimato un costante aggiramento della garanzia prevista dall'art. 649 c.p.p., escludendo che il concorso formale di reati, anche quando essi siano di pura condotta, faccia scattare il *ne bis in idem*: il pubblico ministero sarebbe sempre legittimato a procedere per un reato in concorso formale con un altro fatto, su cui sia già sceso il giudicato, salva l'ipotesi in cui il giudicato assolutorio fosse stato pronunciato perché il fatto non sussiste o perché l'imputato non lo ha commesso<sup>65</sup>.

Al di là del già evidenziato contrasto con la lettera dell'art. 649 comma 1 c.p.p. e dell'irragionevole (e illogica) distinzione praticata fra

<sup>62</sup> Si pensi al caso del concorso formale eterogeneo fra il delitto di falsa testimonianza e quello di calunnia: cfr. CAPRIOLI, Francesco. *Il principio del ne bis in idem*, cit., p. 92; LOZZI, Gilberto. *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 810.

<sup>63</sup> Così, CAPRIOLI, Francesco. *Il principio del ne bis in idem*, cit., p. 95, si rendono «non più rimediabili ... gli errori strategici commessi dal pubblico ministero», che non avesse proceduto a contestare tutte le ipotesi di reato fra loro concorrenti nel corso del primo processo poi definitivo con sentenza irrevocabile.

<sup>64</sup> Così, MANCUSO, Enrico Maria. *Il giudicato nel processo penale*, cit., p. 453.

<sup>65</sup> Così, fra le altre, Cass., sez. III, 15 aprile 2009, Ferrarelli, in *Giur. it.*, 2010, p. 1181 ss., con motivazione e con nota critica di CAPRIOLI, Francesco; Cass., sez. VI, 9 ottobre 2007, Nocchiero, in *CED*, n. 238442; Cass., sez. I, 18 maggio 2004, Purpura, in *Cass. pen.*, 2006, p. 183, m. 56.

gli effetti del giudicato di condanna e quelli del giudicato di assoluzione “con formula piena”<sup>66</sup>, qui preme maggiormente evidenziare un autonomo profilo critico. La conclusione propugnata dalla Corte di cassazione si pone in frizione con l’obiettivo di assicurare una tutela effettiva al soggetto già irrevocabilmente proscioltto o condannato per il medesimo fatto, posta al centro delle argomentazioni spese in materia dalla Corte di Giustizia e dalla Corte europea<sup>67</sup>.

Il rilievo è decisivo per comprendere perché la Corte costituzionale abbia – assai di recente – represso l’indirizzo della Corte di cassazione, dichiarando l’illegittimità costituzionale dell’art. 649 comma 1 c.p.p., per un contrasto con l’art. 117 comma 1 Cost., in relazione all’art. 4 prot. n. 7 CEDU, «nella parte in cui esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale»<sup>68</sup>. Emergono prepotentemente gli effetti

---

<sup>66</sup> Secondo la Cassazione, dati i reati X e Y in concorso formale, condannato irrevocabilmente l’imputato da X, non resterebbe preclusa l’azione penale Y, essendo Y diverso da X; tuttavia, assolto irrevocabilmente l’imputato da X, l’azione penale sarebbe invece preclusa su Y, sul presupposto che Y è caratterizzato dalla medesima condotta di X. Talché, delle due l’una: o i due fatti non sono mai diversi, in forza della medesima condotta, e allora il *ne bis in idem* sarebbe destinato ad operare sempre, indipendentemente dall’esito del primo processo; oppure i fatti sono sempre diversi e allora il *ne bis in idem* sarebbe destinato a non operare mai. Così, CAPRIOLI, Francesco. *Sui rapporti fra ne bis in idem processuale e concorso di reati*, in *Giur. it.*, 2010, p. 1186 ss.

<sup>67</sup> Sul tema, per tutti, GALANTINI, Novella. *Il ‘fatto’ nella prospettiva del divieto di secondo giudizio*, cit., p. 1209 ss.

<sup>68</sup> Così, C. cost., sent. 21 luglio 2016 n. 200, cit., p. 60 ss., sulla cui portata, con vari accenti, FERRUA, Paolo. *La sentenza costituzionale sul caso Eternit: il ne bis in idem tra diritto vigente e diritto vivente*, cit., p. 78 ss.; LAVARINI, Barbara. *Il ‘fatto’ ai fini del ne bis in idem nella legge italiana e nella CEDU: la Corte costituzionale alla ricerca di un difficile equilibrio*, ci., p. 60 ss.; GALANTINI, Novella. *Postilla ad uno scritto in tema di ne bis in idem*, cit., p. 3 ss.; PULITANÒ, Domenico. *La Corte costituzionale sul ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 70 ss.; Id., *Ne bis in idem. Novità dalla Corte e problemi aperti*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 1588 ss.; RIVELLO, Pier Paolo. *I rapporti tra giudizio penale e tributario ed il rispetto del principio del ne bis in idem*, cit., p. 118 ss. La pronuncia è tanto più significativa perché, in un lontano precedente, la Corte costituzionale aveva già dichiarato infondata un’analoga questione, sollevata a proposito della portata dell’art. 90 c.p.p. 1930 in rapporto al concorso formale di reati: cfr. C. cost., sent. 15 gennaio 1976 n. 6, in *Giur. cost.*, 1976, p. 33.

positivi della “tutela multilivello” dei diritti fondamentali<sup>69</sup>, fondata su una reciproca interrelazione, non solo fra la fonte nazionale e quella sovranazionale, ma anche fra la giurisprudenza interna e l’elaborazione dei giudici sovranazionali, con l’obiettivo di pervenire interpretazioni “virtuose” che assicurino la «massima espansione delle garanzie»<sup>70</sup>.

I giudici di Palazzo della Consulta ricostruiscono la portata dell’art. 649 comma 1 c.p.p. muovendo dall’art. 4 prot. 7 CEDU e, più in particolare, dalla premessa secondo cui è ormai «pacifico ... che la Convenzione recepisce il più favorevole criterio dell’*idem factum*, a dispetto della lettera dell’art. 4 del Protocollo n. 7, anziché la più restrittiva nozione di *idem legale*»<sup>71</sup>. Quanto all’identificazione del fatto, poi, in prospettiva sistematica (e valorizzando lo scopo del *ne bis in idem*), non v’è alcuna ragione per cui rilevi la sola condotta e non anche l’evento naturalistico, ossia la modificazione della realtà che è conseguita alla condotta; anzi, anche la consolidata giurisprudenza della Corte di Strasburgo milita in tal senso. Inoltre, il principio del *ne bis in idem* ricopre un ruolo centrale nell’ordinamento in funzione di garanzia, come principio di civiltà, volto anche a tutelare l’invulnerabilità della libertà personale e la certezza delle situazioni giuridiche. Da qui, una duplice conseguenza: da un lato, le disposizioni codicistiche non possono che essere lette alla luce dei primari valori costituzionali in gioco; dall’altro, non suonano compatibili con la protezione degli interessi costituzionali in gioco prassi volte ad aggirare la *ratio* di garanzia dell’art 649 c.p.p. Se così è, «[s]ulla base della triade condotta-nesso causale-evento naturalistico, il giudice può affermare che il fatto oggetto del nuovo giudizio è il medesimo solo se riscontra la coincidenza di tutti questi elementi, assunti in una dimensione empirica», essendo irrilevante – in presenza della riscontrata medesimezza di tali elementi – la qualificazione giuridica del reato e la sussistenza di un’ipotesi di concorso formale fra reati<sup>72</sup>.

<sup>69</sup> V. *supra*, § 1.

<sup>70</sup> Cui deve sempre tendere «il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali» (C. cost., sent. 4 dicembre 2009 n. 317, in *Giur. cost.*, 2009, p. 4761).

<sup>71</sup> C. cost., sent. 21 luglio 2016 n. 200, cit., p. 63, da cui è tratta anche l’argomentazione che immediatamente segue nel testo.

<sup>72</sup> Così, ancora, C. cost., sent. 21 luglio 2016 n. 200, cit., p. 69.

La ricostruzione della Corte costituzionale – dichiarando costituzionalmente illegittimo l'art. 649 comma 1 c.p.p. nel significato datogli dal «diritto vivente» – ha inteso evitare che si potesse perpetuare un indirizzo della Corte di Cassazione in contrasto sia con la lettera della previsione in parola sia con la consolidata interpretazione dell'art. 4 prot. 7 CEDU da parte della Corte europea<sup>73</sup>. Resta, così, confermato il circolo virtuoso generato in materia dalla tutela multilivello dei diritti fondamentali, ove il «dialogo», talvolta teso<sup>74</sup>, fra le Corti sovranazionali e i giudici comuni si risolve in un'espansione delle garanzie.

### **3. LA “NUOVA FRONTIERA”: NE BIS IN IDEM E DOPPIO BINARIO SANZIONATORIO**

Pur seguendo percorsi esegetici a tratti tortuosi, la giurisprudenza, sovranazionale e nazionale, è pervenuta ad un'univoca nozione di *idem factum* rilevante in ordine alla portata oggettiva del *ne bis in idem*. Sotto questo profilo, l'ordinamento nazionale pare aver raggiunto un punto di equilibrio: la stabilizzazione del sistema attorno ad un univoco concetto di fatto si riverbera positivamente sull'effettivo rispetto del canone della legalità che, fra le sue molteplici implicazioni, annovera l'esigenza di una stretta osservanza del principio di eguaglianza.

Senonché, l'effettivo rispetto del canone in parola in materia di *ne bis in idem* è, oggi, ancora condizionato dall'incertezza che regna in

---

<sup>73</sup> Cfr., in tal senso, FERRUA, Paolo. *La sentenza costituzionale sul caso Eternit: il ne bis in idem tra diritto vigente e diritto vivente*, cit., p. 82. V. anche, anteriormente alla sent. cost. n. 200 del 2016, GALANTINI, Novella. *Il 'fatto' nella prospettiva del divieto di secondo giudizio*, cit., p. 1214.

<sup>74</sup> Senza addentrarsi in un argomento extra-vagante ai fini del presente lavoro, si pensi all'accesso dibattito in relazione ai «controlimiti» costituzionali che la Corte costituzionale ha ritenuto di poter invocare per impedire che l'adeguamento a pronunce della Corte di Giustizia vada a tutto discapito dei principi supremi dell'ordinamento: cfr. C. cost., sent. 26 gennaio 2017 n. 24, in *Giur. cost.*, 2017, p. 171 ss., con osservazioni di Celotto ed Esposito; sul tema – venuto alla ribalta in tempi davvero recenti – la letteratura è già molto ampia: cfr., per una silloge delle posizioni in materia, i contributi multidisciplinari raccolti in BERNARDI, Alessandro (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Jovene, 2017; BERNARDI, Alessandro; CUPELLI, Cristiano (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Jovene, 2017.

ordine ai limiti del *ne bis in idem* quando lo stesso fatto sia assoggettato dall'ordinamento nazionale ad un "doppio binario sanzionatorio"

La ragione prima dell'incertezza deriva dalla circostanza che la nozione di «ambito penale» è formalmente delimitata dalla legge sul piano nazionale mentre ne è sostanzialmente svincolata sul piano sovranazionale. In estrema sintesi, le fonti sovranazionali si caratterizzano per lo scopo di scongiurare la "truffa delle etichette", in aperta elusione delle garanzie penalistiche: per consolidata giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo e della Corte di giustizia del Lussemburgo, non è sufficiente che l'ordinamento nazionale qualifichi una sanzione come «non penale» per legittimarne una applicazione non rispettosa delle garanzie sostanziali e processuali previste dalla disciplina sovranazionale proprie della *matière pénale*<sup>75</sup>. Piuttosto, affinché una sanzione abbia natura sostanzialmente penale occorre avere riguardo: a) alla sua formale qualificazione in tal senso da parte della legge; b) alla sua gravità; c) alla sua finalità afflittiva. Ne deriva che una sanzione resta comunque attratta entro la *matière pénale* quando – pur qualificata come amministrativa dalla sua fonte regolatrice nazionale – appaia sostanzialmente avere natura penale in ragione della gravità dei suoi effetti nella sfera giuridica di chi la subisca e delle finalità afflittive conseguite dall'ordinamento con la sua irrogazione.

### 3.1 NE BIS IN IDEM E DOPPIO BINARIO SANZIONATORIO NELLE FONTI SOVRANAZIONALI

Si comprende, così, perché la giurisprudenza della Corte di giustizia, prima<sup>76</sup>, e della Corte europea, in seguito<sup>77</sup>, si siano attestate su

<sup>75</sup> Sul primo versante, si pensi al canone *nulla poena sine lege*, proclamato dall'art. 7 Conv. eur. dir. uomo, con i suoi corollari, fra l'altro, della necessaria determinatezza delle fattispecie incriminatrici e dell'irretroattività della norma più sfavorevole; sul secondo, si pensi, fra le altre, alle garanzie previste in favore dell'accusato tipiche del *fair trial* in ambito penale, proclamate dall'art. 6 comma 3 Conv. eur. dir. uomo e, per l'appunto, di quella *ne bis in idem*, riconosciuto dall'art. 4 prot. n. 7 CEDU.

<sup>76</sup> Cfr., fra le altre, C. giust. UE, sez. II, 9 marzo 2006, C-436/04, Léopold Henri Van Esbroek; C. giust. UE, sez. II, 28 settembre 2006, C-150/05, Jan Leo Van Straaten

<sup>77</sup> Corte e.d.u., grande camera, 10 febbraio 2009, Zolotukhin c. Russia, i cui argomenti sono stati, in seguito, ampiamente ripresi da Corte e.d.u., sez. II, 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri c. Italia, spec. § 219 ss.

una nozione non formale del concetto di decisione irrevocabile, volta ad escludere che il medesimo fatto possa essere sanzionato due volte da parte delle autorità nazionali in due «procedimenti paralleli»<sup>78</sup>. In effetti, dare rilievo ad una decisione “sostanzialmente penale” ai fini del divieto di secondo giudizio schiude immediatamente la via alla necessità di verificare se e come operi la garanzia in parola in rapporto a una pluralità di procedimenti svolti in contesti diversi<sup>79</sup>.

Per la Corte di Strasburgo, la pluralità di procedimenti rileva in una dimensione sincronica: la garanzia del *ne bis in idem* non vieta la litispendenza fra procedimenti, tutti, o solo alcuni, aventi natura formalmente penale<sup>80</sup>; la garanzia scatta, non già per impedire il contestuale svolgimento di procedimenti, ma per impedire la duplicazione di sanzioni, sul presupposto che una decisione sia diventata definitiva.

Ciò posto, per lungo tempo, la Corte europea aveva subordinato l'operatività del *ne bis in idem* in materia di procedimenti paralleli alla triplice condizione che: a) i due procedimenti (nella sede penale e in quella extrapenale) fossero stati promossi nei confronti della stessa persona e avessero ad oggetto la stessa condotta<sup>81</sup>; b) in uno dei due procedimenti fosse stata pronunciata una decisione definitiva; c) il pro-

---

<sup>78</sup> Secondo la dizione che compare in Corte e.d.u., grande camera, 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia, §§ 122-123 e 130. Tocca appena notare che l'espressione «procedimenti paralleli» qui impiegata dalla Corte europea non coincide con quella di cui all'art. 3 decisione quadro 2009/948/GAI, relativa al divieto di secondo giudizio con riguardo a procedimenti penali svolti in diversi Stati dell'Unione europea: cfr. BUZZELLI, Silvia. *Procedimenti paralleli, spazio di giustizia, Unione europea: il contesto normativo e gli aspetti problematici*, in *Arch. pen.*, 2012, n. 1, p. 1 ss.

<sup>79</sup> Benché la Corte europea evidenzi come, in linea di principio, il divieto di *bis in idem* sarebbe assicurato da un sistema in cui il medesimo fatto venisse punito con diverse sanzioni in un unico procedimento: così, Corte e.d.u., grande camera, 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia; v. anche Corte e.d.u., sez. I, 30 aprile 2015, Kapetanios c. Grecia.

<sup>80</sup> Cfr., anzitutto, C. eur. dir. uomo, grande camera, 10 febbraio 2009, Zolotukhin c. Russia, § 107; nonché, fra le altre, sez. V, 16 giugno 2016, Igor Tarasov c. Ucraina, § 31; sez. V, 27 novembre 2014, Lucky Dev c. Svezia, § 60. In dottrina, anche per ulteriori riferimenti, BONTEMPELLI, Manfredi. *La litispendenza penale*, cit., p. 64 ss.

<sup>81</sup> Cfr., per tutte, C. eur. dir. uomo, sez. II, 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri c. Italia, § 224 e 227.

cedimento extrapenale fosse da considerare, in effetti, *matière pénale*, secondo gli appena rammentati “criteri Engel”<sup>82</sup>.

Più di recente, la Corte europea ha mutato sensibilmente indirizzo: dopo la sentenza resa dalla grande camera nel caso A e B c. Norvegia del 15 novembre 2016<sup>83</sup>, prontamente recepita dalle sezioni semplici della medesima Corte<sup>84</sup>, quei tre presupposti sono stati fortemente ridimensionati.

La Corte di Strasburgo – svincolandosi dal testo dell’art. 4 prot. n. 7 CEDU – ha introdotto un nuovo requisito, destinato a prevalere sui primi. La novità sta tutta nella considerazione assegnata alla «sufficiente connessione sostanziale e temporale» fra procedimenti, come criterio decisivo per sciogliere il dubbio sulla violazione dell’art. 4 prot. n. 7 CEDU: in chiave teleologica, il doppio binario sanzionatorio garantisce un «approccio integrato [e] un tutt’uno coerente» nella repressione degli illeciti, perché idoneo a soddisfare interessi diversi, col solo limite

<sup>82</sup> Cfr., fra le molte, C. eur. dir. uomo, grande camera, 10 febbraio 2009, Zolotukhin c. Russia; nonché, sez. IV, 13 giugno 2017, Šimkus c. Lituania; sez. I, 18 maggio 2017, Jóhannesson e altri c. Islanda; sez. I, 30 aprile 2015, Kapetanios e altri c. Grecia; sez. II, 27 novembre 2014, Lucky Dev c. Svezia; sez. IV, 20 maggio 2014, Pirttimäki c. Finlandia; sez. II, 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri c. Italia.

<sup>83</sup> Cfr. Corte e.d.u., grande camera, 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia, sulla quale, fra gli altri e da vari punti di vista, oltre agli autori indicati nel prosieguo del lavoro, BRANCACCIO, Matilde, FIDELBO, Giorgio. *Ne bis in idem: percorsi giurisprudenziali e recenti approdi della giurisprudenza nazionale ed europea*, cit., p. 13 ss.; DE AMICIS, Gaetano; GAETA, Piero. *Il confine di sabbia: la Corte Edu ancora di fronte al divieto del ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 469 ss.; FIMIANI, Paolo. *Market abuse e doppio binario sanzionatorio dopo la sentenza della Corte E.D.U., Grande camera, 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia*, in *Dir. pen. cont.*, ed. on-line, 8 febbraio 2017, p. 1 ss., disponibile in <http://www.penalecontemporaneo.it>, ultimo accesso il 24 agosto 2018; MANACORDA, Stefano. *Equazioni complesse: il ne bis in idem “incipite” sul “doppio binario” per gli abusi di mercato al vaglio della giurisprudenza*, cit., p. 520 ss.; VIGANÒ, Francesco. *La Grande camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont.*, ed. on-line, 18 novembre 2016, disponibile in <http://www.penalecontemporaneo.it>, ultimo accesso il 24 agosto 2018.

<sup>84</sup> Cfr. C. eur. dir. uomo, sez. IV, 13 giugno 2017, Šimkus c. Lituania, § 41 ss.; sez. I, 18 maggio 2017, Jóhannesson e altri c. Islanda, spec. § 49 ss., sulla quale, VIGANÒ, Francesco. *Una nuova sentenza di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari*, in *Dir. pen. cont.*, ed. on-line, 22 maggio 2017, disponibile in <http://www.penalecontemporaneo.it>, ultimo accesso il 24 agosto 2018.



che la duplicazione delle risposte sanzionatorie non comporti situazioni d'ingiustizia per i cittadini<sup>85</sup>.

Forse consapevoli che il nuovo requisito ampiamente creativo e connotato da scarsa determinatezza, i giudici di Strasburgo si sono prodigati nel tentativo di ancorarne l'accertamento a criteri puntuali<sup>86</sup>. Anzitutto, la sufficiente connessione fra procedimenti deve sussistere, al contempo, sul versante sostanziale e su quello temporale. Sul primo, le «finalità perseguite e gli strumenti impiegati» nei due procedimenti devono essere «complementari»; i «potenziali effetti» derivanti dai procedimenti paralleli, a loro volta, devono essere «proporzionati e prevedibili dagli individui coinvolti»<sup>87</sup>. Sul secondo, i due procedimenti non devono indefettibilmente svolgersi in maniera simultanea dall'inizio alla fine; piuttosto, la contiguità temporale dev'essere «sufficientemente stretta da proteggere gli individui dal rischio di essere sottoposti a incertezza e ritardi derivanti dalla [loro] protrazione».

Al di là delle considerazioni di politica criminale (che, per vero, dovrebbero essere estranee agli apprezzamenti della Corte di Strasburgo), risolte nell'ampia legittimazione tributata dalla grande camera al doppio binario sanzionatorio<sup>88</sup>, la pronuncia della Corte europea espone

---

<sup>85</sup> Cfr. C. eur. dir. uomo, grande camera, 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia, §§ 122-123 e 130.

<sup>86</sup> In effetti, ancorché in un sistema in cui il *case-law* riveste un ruolo centrale, la legalità impone alla Corte europea di elaborare fattispecie processuali coerenti con quel principio generale. Sul punto, da ultimo, con un approccio innovativo, UBERTIS, Giulio. *Equità e proporzionalità versus legalità processuale: eterogenesi dei fini?*, in *Arch. pen.*, 2017, fasc. 2, p. 1 ss.; nonché, Id., *Sistema di procedura penale, I, Principi generali*, Giuffrè, 2017, p. 134.

<sup>87</sup> C. eur. dir. uomo, grande camera, 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia, § 130, da cui è tratta anche la citazione che immediatamente segue (§ 134).

<sup>88</sup> Significativamente, nella vicenda dipanatasi dinanzi alla Corte europea, sono intervenuti sei Stati terzi (Bulgaria, Repubblica ceca, Grecia, Francia, Moldavia e Svizzera), accomunati dall'intento di escludere dal divieto *ex art. 4 prot. n. 7 CEDU* proprio le ipotesi di duplicazioni di sanzioni nella sede penale e in quella "amministrativa": cfr. C. eur. dir. uomo, grande camera, 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia, § 87 ss. In effetti, la Corte europea si muove, oggi, su un terreno sdrucchiolevo, reso ancor più insidioso dalla crisi delle istituzioni sovranazionali, molto evidente nell'autonomo spazio giuridico dell'Unione europea: la tutela dei diritti fondamentali tende ad arretrare in rapporto alla prioritaria istanza di una "repressione efficiente"

il fianco a severe critiche, se esaminata in rapporto al dovere degli Stati di prevenire la violazione di diritti fondamentali, ossia di dotarsi di misure strutturalmente idonee ad assicurare *a priori* l'osservanza dei diritti protetti *ex art.* 1 CEDU.

L'approccio empirico della Corte di Strasburgo fornisce un compendio (meramente esemplificativo) degli indici sintomatici della sufficiente connessione sostanziale fra procedimenti<sup>89</sup>. Che la condizione in parola possa essere soddisfatta non dipende, ovviamente, dalla discrezionalità degli organi nazionali procedenti: in un sistema a basato sulla stretta legalità formale, i rapporti fra il procedimento extrapenale e quello penale non possono essere rimessi a decisioni arbitrarie degli organi procedenti. Detto altrimenti, in difetto di disposizioni volte a introdurre meccanismi di raccordo fra il procedimento penale e quello extrapenale, le varie declinazioni del principio di legalità (sul versante penale, gli artt. 3, 25 comma 2, 101 comma 2 e 111 comma 1 Cost.; su quello amministrativo, l'art. 97 Cost.) impediscono di "forzare" la disciplina positiva, attraverso l'elaborazione ad opera della prassi di criteri extralegali<sup>90</sup>. Con riguardo, poi, alla sufficiente connessione temporale, la Corte europea non riesce, comunque, ad individuare un criterio univoco, capace di determinare quando il requisito sia integrato: la relativa individuazione è rimessa, in

---

propugnata da Stati nazionali sempre meno inclini a cedere porzioni di sovranità nell'ambito penale.

<sup>89</sup> C. eur. dir. uomo, grande camera, 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia, § 132-133. La Corte europea evidenzia come essa sia assicurata, tra l'altro, quando il materiale probatorio raccolto in una sede possa essere (e sia effettivamente) impiegato nell'altra oppure quando la sanzione irrogata nel procedimento deciso successivamente a quello già concluso tenga conto delle sanzioni già irrogate all'esito di quest'ultimo.

<sup>90</sup> Eppure, la Corte di cassazione mostra qui un atteggiamento lasco: in materia di rapporti fra procedimento disciplinare e procedimento penale, impone al giudice del merito, in sede di determinazione della pena, di «tenere conto della sanzione disciplinare già irrogata», con l'«obiettivo di completare il 'compendio sanzionatorio integrato', generato dalle due procedure [nella sede disciplinare e in quella penale], definendo una sanzione complessivamente proporzionata al disvalore del fatto plurioffensivo» (Cass., sez. II, 15 dicembre 2016, Pagano, in *Dir. pen. cont.*, ed. *on-line*, 21 aprile 2017, p. 7, con nota E. Zuffada, disponibile in <http://www.penalecontemporaneo.it>, ultimo accesso il 24 agosto 2018).

definitiva, all'ampia discrezionalità del giudice<sup>91</sup>. In breve, il *ne bis in idem* viene fatto dipendere da profili del tutto casuali (come, ad esempio, il momento del passaggio in giudicato di uno dei due provvedimenti), con irragionevoli disparità di trattamento<sup>92</sup>.

Con ciò, la Corte europea genera un autentico paradosso: l'intento di assicurare la certezza del diritto e di assegnare al *ne bis in idem* una sfera operativa prevedibile dal cittadino fa scaturire un esito opposto. Si spiegano, così, le durissime le parole spese dal giudice Pinto de Albuquerque, nell'articolare l'unica, robustamente argomentata, *dissenting opinion* alla sentenza: «il *ne bis in idem* ha perso la propria natura di garanzia *pro persona*, essendo stato trasformato dalla Corte [europea] in un rigido strumento *pro auctoritate*»<sup>93</sup>.

Venendo all'autonomo ambito del diritto dell'Unione europea, la Corte di Giustizia aveva già assegnato alla garanzia dell'art. 50 CDFUE l'identica portata dell'art. 4 prot. n. 7 CEDU, nel significato datogli dalla Corte di Strasburgo sino alla già rammentata sentenza della grande camera nel caso A e B contro Norvegia<sup>94</sup>. Proprio l'autorevolezza ed il rilievo sul

---

<sup>91</sup> Già prima della sentenza nel caso A e B c. Norvegia, la Corte europea escludeva la violazione dell'art. 4 prot. n. 7 CEDU quando – svolti parallelamente due procedimenti – il secondo si fosse concluso dopo la definizione del primo, limitando, così, l'operatività della garanzia all'ipotesi in cui il secondo procedimento fosse stato instaurato dopo che il provvedimento conclusivo del primo fosse divenuto irrevocabile: cfr., ad esempio, C. eur. dir. uomo, sez. V, 27 novembre 2014, Lucky Dev c. Svezia, § 59; sez. IV, 17 febbraio 2015, Boman c. Finlandia, § 40 ss.

<sup>92</sup> In effetti, neppure l'argine del giudicato potrebbe offrire un sicuro riparo per scongiurare il rischio della seconda punizione, perché esplicherebbe un effetto preclusivo solo quando il secondo procedimento non fosse stato neppure instaurato al momento dell'irrevocabilità del provvedimento pronunciato nell'unico procedimento: cfr. FASOLIN, Silvia. *Conflitti di giurisdizione e ne bis in idem europeo*, Cedam, 2015, p. 81.

<sup>93</sup> In breve, si sarebbero «aperte le porte a un inedito sistema punitivo, sul modello del Leviatano, basato su una pluralità di procedimenti punitivi statali, strategicamente connessi e allestiti per ottenere il più ampio effetto repressivo possibile» [*Dissenting opinion* del giudice Pinto de Albuquerque (§ 79)].

<sup>94</sup> Cfr., per tutte, C. giust. UE, grande camera, 26 febbraio 2013, C-617/10, Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson, § 16 ss. V. anche, C. giust. UE, sez. III, 23 dicembre 2009, C-45/08, Spector Photo Group e Chris Van Raemdonck c. CBFA, § 30 ss. Va precisato come, per C. giust. UE, sez. IV, 5 aprile 2017, Orsi (C-217/15) e Baldetti (C-350/15), il *ne bis in idem* di cui all'art. 4, prot. n. 7, CEDU

piano della politica criminale della presa di posizione della grande camera della Corte europea aveva, però, indotto a paventare che quella pronuncia avrebbe potuto generare un effetto di ritorno, influenzando un *revirement* della Corte di giustizia sulla portata dell'art. 50 CDFUE, «in nome di una più efficace tutela de[gli] interessi finanziari» dell'Unione europea<sup>95</sup>.

Benché vi fossero solidi argomenti capaci di scongiurare interpretazioni restrittive dell'art. 50 CDFUE<sup>96</sup>, la Corte di giustizia è da ultimo pervenuta ad introdurre un'ulteriore rimodulazione, in chiave restrittiva, della portata oggettiva del *ne bis in idem*, benché l'Avvocato generale avesse

---

e 50 CDFUE non operi nel procedimento penale promosso nei confronti di una persona fisica per il reato di omesso versamento dell'IVA di cui all'art. 10-ter d.lgs. n. 74 del 2000, quando la sanzione amministrativa tributaria per lo stesso fatto fosse già stata irrogata ad una società dotata di personalità giuridica. Sulla pronuncia, SCOLETTA, Marco. *Ne bis in idem e doppio binario in materia tributaria: legittimo sanzionare la società e punire il rappresentante legale per lo stesso fatto*, in *Dir. pen. cont.*, ed. *on-line*, 10 aprile 2017, disponibile in <http://www.penalecontemporaneo.it>, ultimo accesso il 24 agosto 2018.

<sup>95</sup> Così, ancor prima della decisione della sentenza della Grande camera della Corte europea, VIGANÒ, Francesco. *A never-ending story? Alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione della compatibilità tra ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia, questa volta di abusi di mercato*, in *Dir. pen. cont.*, ed. *on-line*, 17 ottobre 2016, disponibile in <http://www.penalecontemporaneo.it>, ultimo accesso il 24 agosto 2018; nonché, dopo la pronuncia in parola, SCOLETTA, Marco. *Ne bis in idem e doppio binario in materia tributaria: legittimo sanzionare la società e punire il rappresentante legale per lo stesso fatto*, cit.

<sup>96</sup> In breve, venivano in gioco, da un lato, i principi della riserva di legge e della legalità processuale, protetti dall'art. 52 CDFUE [cfr. PANZAVOLTA, Michele. *Legalità e proporzionalità nel diritto penale processuale*, in MASTROIANNI, Roberto, POLLICINO, Oreste, ALLEGREZZA, Silvia, PAPPALARDO, Fabio, RAZZOLINI, Orsola (a cura di). *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., pp. 1005-1006]; dall'altro, il soddisfacimento del principio della "maggior tutela" ex art. 53 CDFUE che scongiura un'indebita compressione delle garanzie, poiché, se è vero che la portata dei diritti riconosciuti dalla Carta di Nizza deve corrispondere a quella assicurata dalle norme della Convenzione europea, il principio della tutela equivalente ex art. 52 comma 3 CDFUE non comporta che l'equivalenza debba essere realizzata verso il basso, interpretando in chiave antiletterale e restrittiva l'art. 50 CDFUE. Per un inquadramento generale del problema, qui appena accennato, cfr. DI PAOLA, Cristina. *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in GIARDA, Angelo, SPANGHER, Giorgio (diretto da). *Codice di procedura penale commentato*, tomo I, Wolters Kluwer, Milano, 2017, p. 185 ss.; nonché, volendo, anche per ulteriori riferimenti, CASSIBBA, Fabio. *Disorientamenti giurisprudenziali in tema di ne bis in idem e procedimenti paralleli*, cit., p. 1098 ss.

concluso nel senso d'irrobustire la garanzia e di renderne nitidi i confini<sup>97</sup>. I giudici di Lussemburgo - se non hanno recepito l'elastico criterio della stretta connessione essenziale elaborato dalla Corte europea - hanno comunque offerto una lettura dell'art. 50 CDFUE non strettamente ancorata al dato positivo perché tutta improntata ad assicurare una tutela agli interessi finanziari dell'Unione europea. Più precisamente, dopo aver ribadito, in linea generale, che l'art. 50 CDFUE non vieta di per sé il doppio binario sanzionatorio, la grande sezione della Corte di Giustizia ha ritenuto che la condanna in sede penale divenuta irrevocabile precluda di svolgere, nei confronti della stessa persona e per il medesimo fatto, un procedimento volto alla irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria avente natura sostanzialmente penale, sempre che – ecco la clausola flessibile limitativa della garanzia – la condanna penale irrevocabile, «tenuto conto del danno causato alla società dal reato commesso, sia idonea a reprimere tale reato in maniera efficace, proporzionata e dissuasiva»<sup>98</sup>. La medesima grande sezione ha, inoltre, affermato, in prospettiva speculare, che – una

---

<sup>97</sup> Sull'argomento, VIGANÒ, Francesco. *Le conclusioni dell'Avvocato generale nei procedimenti pendenti in materia di ne bis in idem tra sanzioni penali e amministrative in materia di illeciti tributari e abusi di mercato*, in *Dir. pen. cont.*, ed. on-line, 18 settembre 2017, disponibile in <http://www.penalecontemporaneo.it>, ultimo accesso il 24 agosto 2018; nonché, volendo, CASSIBBA, Fabio. *Disorientamenti giurisprudenziali in tema di ne bis in idem e procedimenti paralleli*, cit., p. 1098 ss.

<sup>98</sup> Così, con riguardo al doppio binario sanzionatorio in materia di manipolazioni di mercato, CGUE, grande sezione, sent. 20 marzo 2018 nella causa C-537/16, *Garlsson Real Estate SA, Stefano Ricucci, Magiste International SA c. Commissione Nazionale per la Società e la Borsa (Consob)*. Sulla pronuncia in parola e su quelle citate nelle note che immediatamente seguono, cfr., anche per ulteriori riferimenti, BINDI, Elena, PISANESCHI, Andrea. *Corte di giustizia: il doppio binario nei reati di market abuse è illegittimo e l'art. 50 della Carta europea dei diritti fondamentali è norma direttamente applicabile*, in *Rivista AIC*, 2012, fasc. 2, p. 1 ss.; CONSULICH, Federico; GENONI, Carolina. *L'insostenibile leggerezza del ne bis in idem. Le sorti de divieto di doppio giudizio e doppia punizione, tra diritto eurounitario e diritto convenzionale*, in *Giur. pen. web*, 2018, n. 4, p. 1; GALLUCCIO, Alessandra. *La grande sezione della Corte di Giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di ne bis in idem*, in *Dir. pen. cont.*, ed. on-line, 21 marzo 2018, disponibile in <http://www.penalecontemporaneo.it>, ultimo accesso il 24 agosto 2018; NASCIBENE, Bruno. *Ne bis in idem, diritto internazionale, diritto europeo*, cit.; SANTORIELLO, Ciro. *Il ne bis in idem nella giurisprudenza della Corte di Giustizia UE: "così è se vi pare" (o almeno se così riterrà il giudice nazionale)*, in

volta inflitta in via definitiva ad una persona una sanzione amministrativa avente natura penale – è consentito avviare nei confronti della medesima persona un procedimento penale per gli medesimi fatti, purché sussista «un obiettivo interesse generale tale da giustificare [il] cumulo di sanzioni» –, siano previste norme capaci di coordinare i due procedimenti in modo tale da limitare «a quanto strettamente necessario l'onere [per gli interessati derivante dal] cumulo di procedimenti» e di «garantire che la severità del complesso delle sanzioni imposte sia limitata a quanto ... strettamente necessario rispetto alla gravità del reato», toccando al giudice nazionale accertare la sussistenza, in concreto, di tali presupposti<sup>99</sup>. Infine, la sentenza definitiva di assoluzione, resa in ambito penale, non preclude la prosecuzione di un procedimento inteso alla irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale quando i fatti «sulla base dei quali era stato parimenti avviato tale procedimento ... non erano provati»<sup>100</sup>.

Nel complesso, prevale oggi anche del diritto dell'Unione Europea una prospettiva limitativa della portata del divieto di secondo giudizio, sbilanciata sulla sussistenza di clausole flessibili, capaci di giustificare la duplicazione di procedimenti per il medesimo fatto e tutti accomunati dall'intento di assicurare una repressione effettiva e proporzionata a quelle condotte che offendono gli interessi finanziari dell'Unione Europea. In altre parole, anche alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia, la considerazione del *ne bis in idem* come diritto fondamentale è destinata a cedere il passo a finalità di politica criminale e di armonizzazione dei sistemi penali<sup>101</sup>.

---

*Il Penalista*, ed. on-line, 23 aprile 2018, disponibile in <http://www.ilpenalista.it>, ultimo accesso il 24 agosto 2018.

<sup>99</sup> Così, con riguardo al doppio binario sanzionatorio in materia di omesso versamento dell'imposta sul valore aggiunto, CGUE, grande sezione, sent. 20 marzo 2018, nella causa C-524/15, Luca Menci.

<sup>100</sup> Così, con riguardo al doppio binario sanzionatorio in materia di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazioni di mercato, CGUE, grande sezione, sent. 20 marzo 2018, nelle cause riunite C-596/16 e C-597/16, Enzo Di Puma c. Commissione Nazionale per la Società e la Borsa (Consob).

<sup>101</sup> In effetti, se persino nell'ambito convenzionale stenta ad affermarsi – senza pericolose regressioni – l'assunto secondo cui «una Corte investita della tutela dei diritti dell'uomo non deve scendere sotto il livello di protezione dalla stessa già garantito» (*Dissenting opinion* dei giudici Sajó e Laffranque, nel caso deciso da Corte e.d.u., grande camera, 13 settembre 2016, Ibrahim e altri c. Regno Unito, § 2), *a fortiori*, è elevato il rischio che analoghe restrizioni

In conclusione, dal punto di vista degli ordinamenti sovranazionali, la portata oggettiva del *ne bis in idem* in rapporto al doppio binario sanzionatorio resta tutt'altro che prevedibile. L'operatività della garanzia resta esposta ai criteri di pura creazione giurisprudenziale, ispirati al massimo pragmatismo, privi della necessaria determinatezza e, dunque, di generare irragionevoli disparità di trattamento. D'altro canto, è decisivo notare che i criteri in parola non sono neppure davvero idonei a regolare la portata del *ne bis in idem*, perché per definizione si basano su valutazioni che possono essere utilmente compiute solo *ex post*, ossia dopo la definizione dei diversi procedimenti, quando ormai la violazione del divieto potrebbe essersi già consumata.

### 3.2. NE BIS IN IDEM E DOPPIO BINARIO SANZIONATORIO NELL'ORDINAMENTO NAZIONALE

A fronte delle decisioni prese dalle Corti sovranazionali appena rammentate, v'è da chiedersi quali siano le vie percorribili per assicurare una sfera operativa del *ne bis in idem* nazionale *ex art.* 649 c.p.p. che risulti coerente con l'art. 50 CDFUE, da un lato, e con l'art. 4 prot. 7 CEDU, dall'altro. Il quesito è ineludibile, perché «[s]petta ... al giudice nazionale, che deve confrontarsi con un sistema integrato delle fonti costituzionali, comunitarie e internazionali ..., assicurare la costante tutela dei diritti fondamentali», fra i quali rientra, appunto, quello del *ne bis in idem*<sup>102</sup>. Più precisamente, occorre adeguare la sfera operativa del divieto di *bis in idem* alle garanzie europee in materia quando - divenuto definitivo il provvedimento amministrativo (ma sostanzialmente penale) - sia ancora

---

vengano attuate dalla Corte di Giustizia: qui, la tutela dei diritti fondamentali è destinata a rilevare nella misura in cui possa risultare funzionale al – o non contrastante col – perseguimento delle finalità d'integrazione europea (così, KOSTORIS, Roberto Ettore. *La tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 86).

<sup>102</sup> Così, Cass., sez. VI, 15 novembre 2016, Resnelli, cit., p. 10. Sulla portata della pronuncia, con particolare riguardo alla diretta applicabilità dell'art. 50 CDFUE da parte del giudice nazionale, GITTARDI, Irene. *La miccia è accesa: la Corte di cassazione fa diretta applicazione dei principi della Carta di Nizza in materia di ne bis in idem*, in *Dir. pen. cont.*, ed. on-line, 7 aprile 2017, p. 1 ss., disponibile in <http://www.penalecontemporaneo.it>, ultimo accesso il 24 agosto 2018.

pendente, per il medesimo fatto e nei confronti della medesima persona, il procedimento formalmente penale. Non va, però, sottaciuto il rischio che i giudici nazionali – proprio sulla scorta delle suggestioni delle decisioni prese in sede sovranazionale, prima ancora che di una loro autentica efficacia vincolante<sup>103</sup> – recepiscano, acriticamente, i criteri dei giudici europei, aggirando il divieto di secondo giudizio<sup>104</sup>.

<sup>103</sup> Quanto alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, a seguito delle sent. cost. n. 348 e 349 del 2007, è sorto, nella dottrina processualpenalistica, un acceso dibattito fra chi riconosce la fondatezza della posizione della Corte costituzionale, reputando vincolanti le interpretazioni fornite dalla Corte europea a proposito dei requisiti dell'equità processuale di cui all'art. 6 Conv. eur. dir. uomo, che divengono così pure esse parametro interposto nello scrutinio di costituzionalità alla luce dell'art. 117 comma 1 Cost. (cfr. UBERTIS, Giulio. *La "Rivoluzione d'ottobre" della Corte costituzionale e alcune discutibili reazioni*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 19 ss.), e chi, invece, la nega (cfr. FERRUA, Paolo. *L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il preteso monopolio della Corte di Strasburgo*, in *Proc. pen. giust.*, 2011, p. 121). Da ultimo, per C. cost., sent. 26 marzo 2015 n. 49, in *Giur. cost.*, 2015, p. 408, il vincolo interpretativo per il giudice nazionale scatta solo in rapporto al «'diritto consolidato', generato dalla giurisprudenza europea», non sussistendo, invece, alcun dovere di interpretazione conforme a fronte di pronunce europee che non siano espressive di un orientamento che oramai è divenuto definitivo». Sull'ampio dibattito generato da tale ultima pronuncia v., fra i molti e da angoli visuali diversi, MANES, Vittorio. *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*; PULITANÒ, Domenico. *Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015*; VIGANÒ, Francesco. *La Consulta e la tela di Penelope*, tutti in *Dir. pen. cont.*, ed. on-line, 30 marzo 2015, disponibile in <http://www.penalecontemporaneo.it>, ultimo accesso il 24 agosto 2018. Più in generale, sull'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia, cfr., per tutti, FERRUA, Paolo. *La prova nel processo penale*, I, *Struttura e procedimento*, Giappichelli, 2017, p. 297 ss. Quanto alle sentenze della Corte di Giustizia, a fronte di chi sostiene la portata erga omnes della pronuncia sulla questione pregiudiziale (così: ADAM, Roberto; TIZZANO, Antonio. *Lineamenti dell'Unione europea*, Giappichelli, 2016, p. 262; TESAURO, Giuseppe. *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Cedam, 2012, p. 324) altri ritengono che non sorga nei giudizi nazionali diversi da quello in cui sono state sollevate le questioni un vincolo del giudice ad attenersi alla soluzione offerta dalla Corte di Giustizia (così, GAJA, Giorgio; ADINOLFI, Adelina. *Introduzione al diritto dell'Unione europea*, Laterza, 2010, p. 116).

<sup>104</sup> V., ad esempio, nella giurisprudenza di legittimità, Cass., sez. III, 22 settembre 2017, n. 6993, in *Dir. pen. cont.* ed. on-line del 16 marzo 2018, con nota di TRIPODI, Andrea Francesco; nella giurisprudenza di merito, Trib. Milano, sez. I, 6 dicembre 2016, D.F. e altri, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 514, con nota di



Dal punto di vista metodologico, a legislazione invariata, l'adeguamento ai canoni europei potrebbe, in linea d'ipotesi, attuarsi (e già si è tentato di attuarlo da parte della giurisprudenza) attraverso varie soluzioni. Più analiticamente, s'è proposto: a) di ricorrere ad un'interpretazione conforme e convenzionalmente orientata dell'art. 649 c.p.p.; b) di sollevare una questione di legittimità dell'art. 649 c.p.p., per contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost., invocando come norma interposta l'art. 4 prot. n. 7 CEDU; c) di fare diretta applicazione nell'ordinamento interno dell'art. 50 CDFUE oppure dell'art. 4 prot. n. 7 CEDU<sup>105</sup>. Nessuna delle soluzioni prospettate risulta, peraltro, soddisfacente.

a) Va, anzitutto, escluso che la soluzione possa consistere in un'interpretazione conforme e convenzionalmente orientata dell'art. 649 c.p.p. sulla premessa che il riferimento alle decisioni penali irrevocabili ivi considerate includa anche quelle emesse da un'autorità extrapenale, purché operino in materie sostanzialmente penali, secondo i criteri Engel<sup>106</sup>. L'operazione – avversata sul piano metodologico anche dalla

---

MANACORDA, Stefano, ambedue disponibili in <http://www.penalecontemporaneo.it>, ultimo accesso il 24 agosto 2018.

<sup>105</sup> Sul tema v., fra gli altri, BONTEMPELLI, Manfredi. *Il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria e le garanzie europee (fra ne bis in idem processuale e ne bis in idem sostanziale)*, in *Arch. pen.*, 2015, fasc. 2, p. 126 ss.; CAIANIELLO, Michele. *Ne bis in idem e illeciti tributari per omesso versamento dell'Iva: il rinvio della questione alla Corte costituzionale*, cit., p. 6 ss.; LAVARINI, Barbara. *Il ne bis in idem convenzionale e "doppio binario" sanzionatorio: il problema del "doppio giudicato"*, in *Leg. pen.*, ed. on-line, 14 marzo 2016, p. 2 ss., disponibile in <http://www.legisazionepenale.it>, ultimo accesso il 24 agosto 2018; Ead., *Corte europea dei diritti umani e ne bis in idem: la crisi del "doppio binario" sanzionatorio*, cit., p. 87-88; MAZZA, Oliviero. *L'insostenibile convivenza fra ne bis in idem europeo e doppio binario sanzionatorio per i reati tributari*, cit., p. 1040 ss.; VIGANÒ, Francesco. *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?*, cit., p. 234 ss.

<sup>106</sup> In questo senso v., invece, pur con diverse sfumature, CAIANIELLO, Michele. *Ne bis in idem e illeciti tributari per omesso versamento dell'Iva: il rinvio della questione alla Corte costituzionale*, cit., p. 6 ss.; FLICK, Giovanni Maria, NAPOLEONI, Valerio. *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? "Materia penale", giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse*, in *Rivista AIC*, 2014, fasc. 3, p. 10; VIGANÒ, Francesco. *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?*, cit., p. 234 ss. In giurisprudenza, Cass., sez. III, 21 aprile 2016, Di Stasi, in *Dir. pen.*

Corte costituzionale<sup>107</sup> – è «apertamente contraria alle regole dell'ermeneutica»<sup>108</sup>; forza il dato letterale della previsione per assegnarle un significato del tutto estraneo. D'altro canto, neppure l'elevato prezzo di legittimare un diritto giurisprudenziale ampiamente creativo assicurarebbe una soluzione alle ipotesi in cui a passare in giudicato per primo fosse il provvedimento formalmente penale: l'autorità amministrativa, fuori dai casi in cui il codice di procedura penale o leggi speciali regolano l'efficacia extrapenale del giudicato, non potrebbe fare applicazione dell'art. 649 c.p.p., nel suo significato conforme o convenzionalmente orientato.

b) Miglior sorte non avrebbe la soluzione della questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., sollevata per un contrasto con l'art. 4 prot. n. 7 CEDU (così come interpretato dalla Corte europea), in rapporto all'art. 117 comma 1 Cost., allo scopo di renderlo operante anche quando uno dei due procedimenti abbia natura sostanzialmente penale<sup>109</sup>. Una declaratoria d'illegittimità si scontrerebbe con diversi controlimiti costituzionali, destinati a valere almeno nell'ipotesi in cui il provvedimento amministrativo fosse diventato irrevocabile per primo e dispiegasse un effetto preclusivo sulla vicenda penale, ancora pendente<sup>110</sup>. Verrebbero in gioco le garanzie dell'equo processo penale ex art. 111

---

*cont.*, ed. on-line, 11 luglio 2016, con nota di VIGANÒ, Francesco. disponibile in <http://www.penalecontemporaneo.it>, ultimo accesso il 24 agosto 2018; Trib. Brindisi, 17 ottobre 2014, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 438 ss., con nota di DI BITONTO, Maria Lucia.

<sup>107</sup> Cfr. C. cost., sent. 11 marzo 2011 n. 80, in *Giur. cost.*, 2011, 1224, sia pur resa in un ambito diverso da quello qui considerato.

<sup>108</sup> MAZZA, Oliviero. *L'insostenibile convivenza fra ne bis in idem europeo e doppio binario sanzionatorio per i reati tributari*, cit., p. 1040. V. anche, LAVARINI, Barbara. *Corte europea dei diritti umani e ne bis in idem: la crisi del "doppio binario" sanzionatorio*, cit., p. 87; DE AMICIS, Gaetano. *Ne bis in idem e "doppio binario" sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza "Grande Stevens" nell'ordinamento italiano*, cit., p. 201 ss.

<sup>109</sup> In senso favorevole, v., invece, LAVARINI, Barbara. *Corte europea dei diritti umani e ne bis in idem: la crisi del "doppio binario" sanzionatorio*, cit., p. 87; *contra*, DI BITONTO, Maria Lucia. *Una singolare applicazione dell'art. 649 c.p.p.*, cit., p. 447.

<sup>110</sup> Così, MAZZA, Oliviero. *L'insostenibile convivenza fra ne bis in idem europeo e doppio binario sanzionatorio per i reati tributari*, cit., p. 1040-1041.

Cost.<sup>111</sup>, l'obbligatorietà dell'azione penale ex art. 112 Cost.<sup>112</sup>, nonché la presunzione di innocenza ex art. 27 comma 2 Cost.

Non si dimentichi, poi, che il tenore dell'art. 4 prot. n. 7 CEDU non implica indefettibilmente il divieto di un secondo giudizio: s'è detto<sup>113</sup> che la norma convenzionale non è violata nel caso in cui il soggetto – già irrevocabilmente sanzionato nella sede amministrativa – sia poi prosciolto in quella formalmente penale<sup>114</sup>.

c) Non sarebbe, infine, risolutivo individuare la soluzione nella diretta applicazione dell'art. 4 prot. n. 7 CEDU in luogo dell'art. 649 c.p.p.,

---

<sup>111</sup> Si assegnerebbe efficacia preclusiva nella sede penale ad un provvedimento emesso da un'autorità formalmente extrapenale in assenza di tali garanzie. Nel senso che l'«ordinamento nazionale può apprestare garanzie ulteriori rispetto a quelle convenzionali, riservandole alle sole sanzioni penali, così come qualificate dall'ordinamento interno», cfr., da ultimo, sulla scia di un indirizzo consolidato, C. cost., 24 febbraio 2017, n. 43 (§ 4.1 del *Considerato in diritto*), poiché «ciò che per la giurisprudenza europea ha natura “penale” deve essere assistito dalle garanzie che la stessa ha elaborato per la “materia penale”; mentre solo ciò che è penale per l'ordinamento nazionale beneficia degli ulteriori presidi rinvenibili nella legislazione interna» (§ 3.4 del *Considerato in diritto*).

<sup>112</sup> S'imporrebbe una declaratoria d'improcedibilità dell'azione penale sul presupposto che il procedimento amministrativo si sia concluso per primo, con conseguente violazione dell'art. 3 Cost.

<sup>113</sup> V. *supra*, § 1.

<sup>114</sup> In ogni caso, resterebbe aperta la questione dell'attribuzione della natura sostanzialmente penale del procedimento. Certo, varrebbero i criteri Engel, che, tuttavia, per quanto consolidati nella giurisprudenza di Strasburgo, non sono idonei a circoscrivere la portata del divieto di secondo giudizio ex art. 649 c.p.p. entro un numero chiuso di procedimenti. Anzi, la portata evolutiva delle fattispecie convenzionali non esclude che, in futuro, la Corte europea possa riconoscere la natura sostanzialmente penale anche a procedimenti che oggi restano fuori dall'ambito dell'art. 4 prot. n. 7 CEDU. Sotto questo profilo, l'abbandono, da parte dell'ordinamento interno, di una concezione della garanzia del *ne bis in idem* ancorata ad un giudicato formalmente penale svela scenari inediti e conduce ad esiti tutt'altro che prevedibili. Si pensi, ad esempio, al rapporto fra il procedimento penale e quello disciplinare (sul tema, di recente, CORSO, Piermaria. *Prospettive evolutive del ne bis in idem*, cit., p. 20; DI BITONTO, Maria Lucia. *Una singolare applicazione dell'art. 649 c.p.p.*, cit., p. 441 ss.; nella giurisprudenza di Strasburgo, da ultimo, C. eur. dir. uomo, sez. III, dec. 3 luglio 2018, Jorge Manuel Lázaro Laporta c. Spagna), prima assoggettato all'art. 649 c.p.p. dalla giurisprudenza di merito (Trib. Brindisi, sent. 17 ottobre 2014, cit., p. 438 ss.), poi escluso dalla sua portata da parte della Corte di cassazione (Cass., sez. II, 15 dicembre 2016, Pagano, cit.).

secondo un innovativo percorso proposto dalla dottrina<sup>115</sup>. La portata normativa della previsione in parola non individua, infatti, un ambito univoco di applicabilità della garanzia del divieto di secondo giudizio. Dal punto di vista del diritto dell'Unione europea, poi, «congenitamente insufficiente»<sup>116</sup> sul piano sistematico sarebbe la soluzione basata sulla diretta applicazione dell'art. 50 CDFUE<sup>117</sup>: la previsione opera solo all'interno della sfera del diritto dell'Unione europea, come pure messo in luce della stessa Corte di Giustizia<sup>118</sup>

A tal punto, non resta che riedificare il sistema attorno a due linee ricostruttive.

Da un lato, la giurisprudenza interna è chiamata a valorizzare con rigore le clausole normative di specialità: va evitata la violazione del *ne bis in idem* negli ambiti in cui la doppia sanzione non è legislativamente consentita<sup>119</sup>. La soluzione implica di ritenere assorbito l'intero disvalore del

<sup>115</sup> Cfr. VIGANÒ, Francesco. *Art. 4 Prot. n. 7 - Divieto di secondo giudizio*, cit., p. 389, sul presupposto che la previsione in parola introduca una «norma incorporata nell'ordinamento italiano in forza della legge 9 aprile 1990 n. 98 di esecuzione e autorizzazione alla ratifica [del Protocollo n. 7 CEDU, e dalla quale dovrebbe discendere l'obbligo per il giudice penale italiano di pronunciare sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere in presenza delle condizioni stabilite dalla giurisprudenza pertinente di Strasburgo, e dunque anche oltre le ipotesi contemplate dalla disposizione di diritto interno – l'art. 649 c.p.p. – in materia di *ne bis in idem*».

<sup>116</sup> MAZZA, Oliviero. *L'insostenibile convivenza fra ne bis in idem europeo e doppio binario sanzionatorio per i reati tributari*, cit., p. 1041.

<sup>117</sup> Cfr., da ultimo, VIGANÒ, Francesco. *Art. 4 Prot. n. 7 - Divieto di secondo giudizio*, cit., p. 387-388.

<sup>118</sup> Cfr. C. giust. UE, sez. IX, 15 aprile 2015, causa C-497/14, Burzio, spec. § 31, in *Dir. pen. cont.*, ed. *on-line*, 8 maggio 2015, con nota di SCOLETTA, Marco. Disponibile in <<http://www.penalecontemporaneo.it>>, ultimo accesso: 24 agosto 2018.

<sup>119</sup> Ad esempio, va superata l'opzione interpretativa adottata dalle Sezioni unite, a proposito dell'art. 10-bis d.lgs. n. 74 del 2000, secondo cui l'illecito amministrativo e l'illecito penale si collocano in un rapporto di progressione, che sarebbe idoneo ad escludere l'operatività del principio di specialità: cfr. Cass., sez. un., 28 marzo 2013, Favellato, in *Cass. pen.*, 2014, p. 54 ss., con nota di Ciraulo; Cass., sez. un., 28 marzo 2013, Romano, in *Dir. pen. cont.*, ed. *on-line*, 18 settembre 2013, con nota di A. Valsecchi, disponibile in <http://www.penalecontemporaneo.it>, ultimo accesso il 24 agosto 2018. Sulla crisi del principio di specialità e sul conseguente aggiramento della garanzia del *ne bis in idem* v., anche per ulteriori riferimenti, CARINCI, Andrea. *Il principio*

fatto dalla sanzione formalmente penale, con conseguente improcedibilità dell'azione amministrativa o sua rinuncia in favore di quella penale<sup>120</sup>. Dall'altro, l'adeguamento al canone europeo del *ne bis in idem* rappresenta un «giardino proibito» per la giurisprudenza perché riservato al legislatore<sup>121</sup>, come pure evidenziato dalla sent. cost. n. 102 del 2016<sup>122</sup>: occorre un complessivo intervento riformatore volto a introdurre misure strutturalmente idonee a prevenire la violazione di diritti fondamentali (artt. 1 e 46 CEDU).

Prima ancora di coinvolgere la disciplina processuale, delineando un procedimento unitario eventualmente volto all'irrogazione di entrambe le sanzioni<sup>123</sup>, è ineludibile riordinare i meccanismi sanzionatori, improntandone i rapporti al principio di specialità e irrobustendo la natura sussidiaria dell'intervento penale in senso stretto<sup>124</sup>. Solo su tale

---

*di ne bis in idem, tra opportunità e crisi del sistema sanzionatorio tributario, in Arch. pen., 2017, fasc. 1, p. 28 ss.*

<sup>120</sup> Così, MAZZA, Oliviero. *L'insostenibile convivenza fra ne bis in idem europeo e doppio binario sanzionatorio per i reati tributari*, cit., p. 1042. Non si dimentichi che, dal punto di vista sistematico, il *ne bis in idem* sostanziale costituisce una condizione di operatività del *ne bis in idem* processuale, benché non sia vero il contrario, giacché la sfera dell'art. 649 c.p.p. trascende le ipotesi di concorso apparente di norme: sull'impossibilità di sovrapporre la portata del *ne bis in idem* sostanziale e di quello processuale, per tutti, CAPRIOLI, Francesco. *Il principio del ne bis in idem*, cit., p. 87 ss.; nonché, già CONSO, Giovanni. *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Giuffrè, 1955, p. 103-104. Con più diretto riferimento ai temi qui affrontati v., da ultimo, con varietà di approcci, BONTEMPELLI, Manfredi. *Ne bis in idem e legalità penale nel processo per gli abusi di mercato*, in *Arch. pen.*, 2016, fasc. 2, p. 395; RANALDI, Gaetano; GAITO, Federico. *Introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale*, in *Arch. pen.*, 2017, fasc. 1, p. 103 ss.

<sup>121</sup> Per impiegare qui – a contrario – un'espressione di FERRUA, Paolo. *Un giardino proibito per il legislatore: la valutazione della prova*, in *Quest. giust.*, 1998, fasc. 3, p. 83 ss.

<sup>122</sup> Cfr. C. cost., sent. 12 maggio 2016 n. 102, in *Giur. cost.*, 2016, p. 896 ss.

<sup>123</sup> Come messo in luce anche da C. eur. dir. uomo, grande camera, sent. 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia, § 130.

<sup>124</sup> Cfr., con vari accenti e da vari angoli visuali, CORSO, Piermaria. *Prospettive evolutive del ne bis in idem*, cit., p. 25 ss.; DI BITONTO, Maria Lucia. *Una singolare applicazione dell'art. 649 c.p.p.*, cit., p. 448; DE AMICIS, Gaetano; GAETA, Piero. *Il confine di sabbia: la Corte Edu ancora di fronte al divieto del ne bis in idem*, cit., p. 469 ss.; GALANTINI, Novella. *Il principio del ne bis in idem tra doppio processo e doppia sanzione*, in *Giur. it.*, 2015, p. 222; LAVARINI, Barbara. *Corte europea dei diritti umani e ne bis in idem: la crisi del "doppio binario"*

premesse appare ragionevole estendere la portata del *ne bis in idem* ex art. 649 c.p.p. a quegli ambiti in cui il legislatore ha espressamente considerato indispensabile mantenere in vita il doppio binario sanzionatorio.

Va ribadito che, in un sistema connotato dalla legalità formale, la sfera operativa del *ne bis in idem* processuale (a tutto tondo, “convenzionalmente” ed “eurounitariamente” plasmata) può essere costruita dal solo legislatore: in assenza di un suo intervento chiarificatore, «[n]essuno ... oggi è in grado di dire, in base agli insegnamenti europei, quale sia la corretta interpretazione dell’art. 649 c.p.p.»<sup>125</sup>. Rilievo paradossale, se si pone mente che la legalità processuale non solo è protetta dall’art. 111 comma 1 Cost., ma è – da tempo – reputata un principio generale dell’ordinamento dagli stessi giudici di Strasburgo<sup>126</sup>.

## BIBLIOGRAFIA

AMALFITANO, Chiara, D’AMBROSIO, Raffaele. *Art. 50 - Diritto a non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato*, in MASTROIANNI, Roberto, POLLICINO, Oreste, ALLEGREZZA, SILVIA, PAPPALARDO, Fabio, RAZZOLINI, Orsola (a cura di). *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, Milano: Giuffrè, 2017, p. 1031 s.

ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XIV ed. aggiornata e integrata da CONTI, Luigi, Milano: Giuffrè, 1997, p. 215 s.

BERNARDI, Alessandro (a cura di). *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli: Jovene, 2017.

BERNARDI, Alessandro, CUPELLI, Cristiano (a cura di). *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L’ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli: Jovene, 2017.

---

sanzionatorio, cit., p. 86; MAZZA, Oliviero. *L’insostenibile convivenza fra ne bis in idem europeo e doppio binario sanzionatorio per i reati tributari*, cit., p. 1042; PROCACCINO, Angela. *Il ne bis in idem dalla “certezza del diritto” alla certezza del “diritto soggettivo”*, in GAITO, Alfredo; CHINNICI, Daniela (a cura di). *Regole europee e processo penale*, Padova, 2016, p. 269; VIGANÒ, Francesco. *Art. 4 Prot. n. 7 - Divieto di secondo giudizio*, cit., p. 390.

<sup>125</sup> FERRUA, Paolo. *La prova nel processo penale*, I, *Struttura e procedimento*, cit., p. 291, nota 48.

<sup>126</sup> Cfr. Corte e.d.u., sez. II, 22 giugno 2000, Coëme c. Belgio.

BINDI, Elena, PISANESCHI, Andrea. *Corte di giustizia: il doppio binario nei reati di market abuse è illegittimo e l'art. 50 della Carta europea dei diritti fondamentali è norma direttamente applicabile*, in *Rivista AIC*, 2012, fasc. 2, p. 1 s.

BONTEMPELLI, Manfredi. *Il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria e le garanzie europee (fra ne bis in idem processuale e ne bis in idem sostanziale)*, em *Arch. pen.*, 2015, fasc. 2, p. 126 s.

BONTEMPELLI, Manfredi. *Ne bis in idem e legalità penale nel processo per gli abusi di mercato*, em. *Arch. pen.*, 2016, n. 2, p. 395.

BONTEMPELLI, Manfredi. *La litispendenza penale*, Milano: Giuffrè, 2017.

BRANCACCIO, Matilde, FIDELBO, Giorgio. *Ne bis in idem: percorsi giurisprudenziali e recenti approdi della giurisprudenza nazionale ed europea*, Relazione di orientamento dell'Ufficio del Massimario penale, 21 marzo 2017, disponibile in <http://www.cortedicassazione.it>, ultimo accesso il 24 agosto 2018, p. 1 s.

BUZZELLI, Silvia. *Processo penale europeo*, in *Enc. dir., Annali*, II, tomo I, Milano: Giuffrè, 2008, p. 701 s.

BUZZELLI, Silvia. *Procedimenti paralleli, spazio di giustizia, Unione europea: il contesto normativo e gli aspetti problematici*, em *Archivio penale*, 2012, fasc. 1, p. 1 s.

CAIANIELLO, Michele. *Ne bis in idem e illeciti tributari per omesso versamento dell'Iva: il rinvio della questione alla Corte costituzionale*, em *Dir. pen. cont.*, ed. on-line del 15 maggio 2015, p. 1 s., consultabile all'indirizzo <http://penalecontemporaneo.it>, ultimo accesso il 24 agosto 2018.

CALLARI, Francesco. *La firmitas del giudicato penale: essenza e limiti*, Milano: Giuffrè, 2009.

CAPRIOLI, Francesco. *Il principio del ne bis in idem*, in CAPRIOLI, Francesco, VICOLI, Daniele, *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino: Giappichelli, 2011, p. 67 s.

CAPRIOLI, Francesco. *Giudicato e illegalità della pena: riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte costituzionale*, in BARGIS, Marta (a cura di), *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, Milano: Giuffrè, 2013, p. 263 s.

CAPRIOLI, Francesco. *Il giudice e la legge processuale: il paradigma rovesciato*, em *Ind. pen.*, 2017, p. 967 s.

CARINCI, Andrea. *Il principio di ne bis in idem, tra opportunità e crisi del sistema sanzionatorio tributario*, em *Arch. pen.*, 2017, fasc. 1, p. 28 s.

CASSESE, Sabino. *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma: Donzelli, 2009.

CASSIBBA, Fabio; COLELLA, Angela. *Art. 3 - Proibizione della tortura*, in UBERTIS, Giulio; VIGANÒ, Francesco (a cura di). *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino: Giappichelli, 2016, p. 64 s.

CASSIBBA, Fabio. *L'imputazione e le sue vicende*, in UBERTIS, Giulio; VOENA, Giovanni Paolo (diretto da). *Trattato di procedura penale*, vol. XXXI, Milano: Giuffrè, 2016.

CASSIBBA, Fabio. *Disorientamenti giurisprudenziali in tema di ne bis in idem e procedimenti paralleli*, em *Proc. pen. giust.*, 2017, fasc. 6, p. 1098 s.

CONSO, Giovanni. *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Milano: Giuffrè, 1955.

CONTI, Carlotta. *La preclusione nel processo penale*, Milano: Giuffrè, 2014.

CONSULICH, Federico; GENONI, Carolina. *L'insostenibile leggerezza del ne bis in idem. Le sorti de divieto di doppio giudizio e doppia punizione, tra diritto eurounitario e diritto convenzionale*, em *Giur. pen. web*, 2018, fasc. 4, p. 1 ss., disponibile in <http://www.giurisprudenzapenale.it>, ultimo accesso il 24 agosto 2018.

CORDERO, Franco. *Considerazioni sul principio di identità del fatto*, em *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, p. 936 s.

CORDERO, Franco. *Procedura penale*, Milano: Giuffrè, 2012.

CORSO, Piermaria. *Prospettive evolutive del ne bis in idem*, em *Arch. pen.*, 2017, fasc. 1, p. 13 s.

DANIELE, Marcello. *Profili sistematici della sentenza di non luogo a procedere*, Torino: Giappichelli, 2005.

DANIELE, Marcello. *La triangolazione delle garanzie processuali tra Diritto dell'Unione europea, Cedu e sistemi nazionali*, em *Dir. pen. cont.*, ed. on-line del 6 aprile 2016, p. 1 ss., in <http://www.penalecontemporaneo.it>, ultimo accesso il 24 agosto 2018.

DE AMICIS, Gaetano. *Ne bis in idem e "doppio binario" sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza "Grande Stevens" nell'ordinamento italiano*, em *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2014, fasc. 3-4, p. 203 ss., disponibile in <https://www.penalecontemporaneo.it>, ultimo accesso il 24 agosto 2018.

DE AMICIS, Gaetano, GAETA, Piero. *Il confine di sabbia: la Corte Edu ancora di fronte al divieto del ne bis in idem*, em *Cass. pen.*, 2017, p. 469 s.

DELLA MONICA, Giuseppe. *Ne bis in idem*, em GAITO, Alfredo (a cura di). *I principi europei del processo penale*, Roma: Dike, 2016, p. 331 s.

DE LUCA, Giuseppe. *Giudicato, Diritto processuale penale*, em *Enc. giur. Treccani*, XV, 1989, p. 1 s.



DI BITONTO, Maria Lucia. *Una singolare applicazione dell'art. 649 c.p.p.*, em *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 441 s.

DI GIOVINE, Ombretta. *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato della legge a quello dell'interpretazione*, em *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2013, fasc. 1, p. 159 ss., consultabile all'indirizzo <https://www.penalecontemporaneo.it>, ultimo accesso il 24 agosto 2018;

DINACCI, Filippo Raffale. *Interpretazione "europeisticamente" orientata tra fonti normative e resistenze giurisprudenziali*, in GAITO, Alfredo (a cura di). *I principi europei del processo penale*, Roma: Dike, 2016, p. 58 s.

DI PAOLA, Cristina. *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in GIARDA, Angelo, SPANGHER, Giorgio (diretto da). *Codice di procedura penale commentato*, tomo I, Milano: Wolters Kluwer, 2017, p. 185 s.

DOMINIONI, Oreste. *L'esercizio dell'azione penale (l'imputazione) (1970)*, in *Le parti nel processo penale. Profili sistematici e problemi*, Milano: Giuffrè, 1985.

DOSI, Ettore. *La sentenza penale di proscioglimento*, Milano: Giuffrè, 1955.

DOVA, Massimiliano. *Ne bis in idem e reati tributari: una questione ormai includibile*, em *Dir. pen. cont.*, ed *on-line*, 11 dicembre 2014, disponibile in <https://www.penalecontemporaneo.it>, ultimo accesso il 24 agosto 2018.

FALCINELLI, Daniela. *Il fatto di reato sullo sfondo del ne bis in idem nazional-europeo*, em *Arch. pen.*, 2017, fasc. 1, p. 69 s.

FASOLIN, Silvia. *Conflitti di giurisdizione e ne bis in idem europeo*, Padova: Cedam, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari: Laterza, 2008.

FERRUA, Paolo. *Un giardino proibito per il legislatore: la valutazione della prova*, em *Quest. giust.*, 1998, fasc. 3, p. 83 s.

FERRUA, Paolo. *La sentenza costituzionale sul caso Eternit: il ne bis in idem tra diritto vigente e diritto vivente*, em *Cass. pen.*, 2017, p. 78 s.

FIANDACA, Giovanni. *Fatto nel diritto penale*, em *D. disc. pen.*, vol. V, Torino: Utet, 1991, p. 153 s.

FIMIANI, Paolo. *Market abuse e doppio binario sanzionatorio dopo la sentenza della Corte E.D.U., Grande camera, 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia*, em *Dir. pen. cont.*, ed. *on-line*, 8 febbraio 2017, p. 1 ss., disponibile in <https://www.penalecontemporaneo.it>, ultimo accesso il 24 agosto 2018.

FLICK, Giovanni Maria, NAPOLEONI, Valerio. *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? "Materia penale", giusto processo e ne*

bis in idem *nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse*, em *Rivista AIC*, 2014, fasc. 3, p. 10 s.

GALATINI, Novella. *Il divieto del doppio processo per lo stesso fatto come diritto della persona*, em *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 101 s.

GALATINI, Novella. *Il principio del ne bis in idem internazionale nel processo penale*, Milano: Giuffrè, 1984.

GALATINI, Novella. *Il principio del ne bis in idem tra doppio processo e doppia sanzione*, em *Giur. it.*, 2015, p. 217 s.

GALATINI, Novella. *Postilla ad uno scritto in tema di ne bis in idem*, em *Dir. pen. cont.*, ed. on-line del 30 gennaio 2017, p. 1 ss., consultabile all'indirizzo <http://www.penalecontemporaneo.it>, ultimo accesso il 24 agosto 2018

GALANTINI, Novella. *Il 'fatto' nella prospettiva del divieto di secondo giudizio*, em *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 1205 s.

GALLIANI, Davide. *Su mestiere del giudice, tra Costituzione e Convenzione*, em <http://www.giurcost.org>, 2018, fasc. 1, p. 1 s.

GALLUCCIO, Alessandra. *La grande sezione della Corte di Giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di ne bis in idem*, em *Dir. pen. cont.*, ed. on-line del 21 marzo 2018, disponibile in <http://www.penalecontemporaneo.it>, ultimo accesso il 24 agosto 2018.

GAMBINI, Rosanna. *Armonizzazione dei diritti nazionali nel segno della giurisprudenza europea*, em *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1169 s.

GITTARDI, Irene. *La miccia è accesa: la Corte di cassazione fa diretta applicazione dei principi della Carta di Nizza in materia di ne bis in idem*, em *Dir. pen. cont.*, ed. on-line del 7 aprile 2017, p. 1 ss., disponibile in <http://www.penalecontemporaneo.it>, ultimo accesso il 24 agosto 2018.

GUARNIERI, Giuseppe. *Regiudicata (diritto processuale penale)*, em *Noviss. d. it.*, vol. XV, Torino: Utet, 1968, p. 231 s.

KOSTORIS, Roberto E. *La tutela dei diritti fondamentali*, em KOSTORIS, Roberto E. (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Torino: Giappichelli, 2017, p. 84 s.

LAVARINI, Barbara. *Il ne bis in idem convenzionale e "doppio binario" sanzionatorio: il problema del "doppio giudicato"*, em *Leg. pen.*, ed. on-line, 14 marzo 2016, disponibile in <http://www.legislazionepenale.it>, ultimo accesso il 24 agosto 2018.

LAVARINI, Barbara. *Corte europea dei diritti umani e ne bis in idem: la crisi del "doppio binario" sanzionatorio*, em *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 85 s.

LAVARINI, Barbara. *Il 'fatto' ai fini del ne bis in idem nella legge italiana e nella CEDU: la Corte costituzionale alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, fasc. 1, p. 60 s.

LOZZI, Gilberto. *Profili di una indagine sui rapporti tra «ne bis in idem» e concorso formale di reati*, Milano: Giuffrè, 1974.

LOZZI, Gilberto. *Lezioni di procedura penale*, Torino: Giappichelli, 2016.

MANACORDA, Stefano. *Equazioni complesse: il ne bis in idem "ancipite" sul "doppio binario" per gli abusi di mercato al vaglio della giurisprudenza*, em *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 520 s.

MANCUSO, Enrico Maria. *Il giudicato nel processo penale*, em UBERTIS, Giulio, VOENA, Giovanni Paolo (diretto da). em *Trattato di procedura penale*, vol. XLI.1, Milano: Giuffrè, 2012.

MANCUSO, Enrico Maria. *Art. 4 prot. 7 - Divieto di secondo giudizio*, em UBERTIS, Giulio, VIGANÒ, Francesco (a cura di). *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino: Giappichelli, 2016, p. 374 s.

MANCUSO, Enrico Maria. *Ne bis in idem e giustizia sovranazionale*, em GIARDA, Angelo, PERINI, Andrea, VARRASO, Gianluca (a cura di). *La nuova giustizia penale tributaria*, Padova: Cedam, 2016, p. 533 s.

MANES, Vittorio. *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma: Dike, 2012, p. 135 s.

MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*, Padova: Cedam, 2017.

MAZZA, Oliviero. *L'insostenibile convivenza fra ne bis in idem europeo e doppio binario sanzionatorio per i reati tributari*, em *Rass. Trib.*, 2015, fasc. 4, p. 1035.

MAZZA, Oliviero. *Giustizia penale in trasformazione: profili d'indagine*, em *Arch. pen.*, 2012, fasc. 1, p. 17 s.

MONTAGNA, Mariangela. *Ne bis in idem e sentenza non irrevocabile: si allarga l'ambito della preclusione*, em *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 134 s.

NASCIMBENE, Bruno. *Ne bis in idem, diritto internazionale, diritto europeo*, em *Eurojus*, ed. on-line del 22 marzo 2018, disponibile in <https://www.eurojus.it>, ultimo accesso il 24 agosto 2018

PAGLIARO, Antonio. *Fatto (dir. proc. pen)*, em *Enc. dir.*, XVI, Milano: Giuffrè, 1967, p. 962 s.

PAULESU, Pier Paolo. *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione*, em KOSTORIS, ROBERTO E. (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Torino: Giappichelli, 2017, p. 478 s.

PISAPIA, Alice. *Riflessioni sul principio del ne bis in idem alla luce delle recenti pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, em *Cass. pen.*, 2013, p. 3272 s.

PROCACCINO, Angela. *Il ne bis in idem dalla "certezza del diritto" alla certezza del "diritto soggettivo"*, em GAITO, Alfredo, CHINNICI, Daniela (a cura di). *Regole europee e processo penale*, Padova: Cedam, 2016, p. 269 s.

PULITANÒ, Domenico. *La Corte costituzionale sul ne bis in idem*, em *Cass. pen.*, 2017, p. 70 s.

PULITANÒ, Domenico. *Ne bis in idem. Novità dalla Corte e problemi aperti*, em *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 1588 s.

QUATTROCOLO, Serena. *Riqualificazione del fatto nella sentenza penale e tutela del contraddittorio*, Napoli: Jovene, 2011.

RAFARACI, Tommaso. *Le nuove contestazioni nel processo penale*, Milano: Giuffrè, 1996.

RAFARACI, Tommaso. *Ne bis in idem*, in *Enc. dir., Annali*, vol. III, Milano: Giuffrè, 2010, p. 857 s.

RAFARACI, Tommaso. *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione in materia penale nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione Europea*, em *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 625 s.

RANALDI, Gaetano, GAITO, Federico. *Introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale*, em *Arch. pen.*, 2017, fasc. 1, p. 103 s.

RIVELLO, Pier Paolo. *Analisi in tema di ne bis in idem*, em *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 500 s.

RIVELLO, Pier Paolo. *La nozione di "fatto" ai sensi dell'art. 649 c.p.p. e le perduranti incertezze interpretative ricollegabili al principio del ne bis in idem*, em *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1411 s.

RIVELLO, Pier Paolo. *I rapporti tra giudizio penale e tributario ed il rispetto del principio del ne bis in idem*, em *Dir. pen. cont.*, 2018, fasc. 1, p. 101 ss., disponibile in <https://www.penalecontemporaneo.it>, ultimo accesso il 24 agosto 2018.

SANTORIELLO, Ciro. *Il ne bis in idem nella giurisprudenza della Corte di Giustizia UE: "così è se vi pare" (o almeno se così riterrà il giudice nazionale)*, em *Il Penalista*, ed. on-line del 23 aprile 2018, disponibile in <https://www.ilpenalista.it>, ultimo accesso il 24 agosto 2018.

SCOLETTA, Marco. *Ne bis in idem e doppio binario in materia tributaria: legittimo sanzionare la società e punire il rappresentante legale per lo stesso fatto*, em *Dir. pen.*

cont., ed. on-line, 10 aprile 2017, disponibile in <https://www.penalecontemporaneo.it>, ultimo accesso il 24 agosto 2018.

UBERTIS, Giulio. *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano: Giuffrè, 1979.

UBERTIS, Giulio. *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Milano; Cortina, 2009.

UBERTIS, Giulio. *Sistema multilivello dei diritti fondamentali e prospettiva abolizionista del processo contumaciale contumaciale* (2009), em UBERTIS, Giulio. *Argomenti di procedura penale*, vol. III, Milano: Giuffrè, 2011, p. 185 s.

UBERTIS, Giulio. *Equità e proporzionalità versus legalità processuale: eterogenesi dei fini?*, em *Arch. pen.*, 2017, fasc. p. 1 s.

UBERTIS, Giulio. *Sistema di procedura penale, I, Principi generali*, Milano: Giuffrè, 2017, p. 134.

VERVAELE, John. *Ne bis in idem: verso un principio costituzionale transnazionale in UE?*, em *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 53 s.

VIGANÒ, Francesco. *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?*, em *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2014, n. 3-4, p. 234 s. disponibile in <https://www.penalecontemporaneo.it>, ultimo accesso il 24 agosto 2018.

VIGANÒ, Francesco. *Art. 4 Prot. n. 7 - Diritto a non essere giudicato o punito due volte*, em UBERTIS, Giulio, VIGANÒ, Francesco (a cura di). *Corte di Strasburgo e giustizia penale e Corte di Strasburgo*, Giappichelli, 2016, p. 383 s.

VIGANÒ, Francesco. *A never-ending story? Alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione della compatibilità tra ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia, questa volta di abusi di mercato*, em *Dir. pen. cont.*, ed. on-line, 17 ottobre 2016, disponibile in <https://www.penalecontemporaneo.it>, ultimo accesso il 24 agosto 2018.

VIGANÒ, Francesco. *La Grande camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, em *Dir. pen. cont.*, ed. on-line, 18 novembre 2016, disponibile in <https://www.penalecontemporaneo.it>, ultimo accesso il 24 agosto 2018

VIGANÒ, Francesco. *Una nuova sentenza di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari*, em *Dir. pen. cont.*, ed. on-line, 22 maggio 2017, disponibile in <https://www.penalecontemporaneo.it>, ultimo accesso il 24 agosto 2018.

ZAGREBELSKY, Vladimiro. *Le sanzioni Consob, l'equo processo e il ne bis in idem nella C.e.d.u.*, in *Giur. it.*, 2014, p. 1199 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 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):* 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: 16.07.2018
- Controle preliminar e verificação de plágio: 17.07.2018
- Avaliação 1: 13.08.2018
- Avaliação 2: 14.08.2018
- Decisão editorial preliminar: 18.07.2018
- Retorno rodada de correções 1: 06.09.2018
- Decisão editorial final: 29.09.2018

#### Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editores-associados: 2 (BC - FC)
- Revisores: 2

#### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

CASSIBBA, Fabio Salvatore. I limiti oggettivi del *ne bis in idem* in Italia tra fonti nazionali ed europee. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 3, p. 953-1002, set./dez. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i3.186>



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

# Violazione delle garanzie “processuali” della CEDU e rimedi *post-iudicatum*


*Violation of ECHR “procedural”  
guarantees and post-iudicatum remedies*


*Violações das garantias “processuais”  
da CEDH e remédios post-iudicatum*

**Barbara Lavarini<sup>1</sup>**

Università degli Studi di Torino/Italia

barbara.lavarini@unito.it

 <http://lattes.cnpq.br/1895055427947442>

 <https://orcid.org/0000-0003-1227-9101>

---

**RIASSUNTO:** Lo scritto analizza i rimedi disponibili in Italia per dare esecuzione alle sentenze della Corte europea dei diritti umani che, nel condannare lo Stato per la violazione di garanzie convenzionali “processuali”, individuino nella riapertura *post iudicatum* del processo un idoneo strumento di ristoro della vittima della violazione. Nella perdurante inerzia del legislatore, è stata la Corte costituzionale a introdurre la c.d. revisione “europea”, innestandola però su un istituto – la revisione “tradizionale” – dagli obiettivi affatto diversi, la cui disciplina, quindi, è per molti versi inadatta a recepire il nuovo rimedio. Di qui la difficoltà di individuare presupposti, modalità di svolgimento ed esiti decisori della revisione “europea”, conciliando gli ampi margini di discrezionalità interpretativa riconosciuti dalla Corte costituzionale al giudice ordinario col principio di legalità processuale. Al rimedio introdotto dal Giudice delle leggi si è peraltro recentemente affiancato il nuovo istituto della rescissione del giudicato, che, già ora fruibile a ristoro delle garanzie convenzionali del processo *in absentia*, potrebbe in futuro offrire il

---

<sup>1</sup> Professoressa associata di Diritto processuale penale – Università degli Studi di Torino.

modelo a cui ricondurre, con qualche adattamento, ogni ipotesi di riapertura del processo in adeguamento ai canoni convenzionali.

**PAROLE CHIAVE:** giudicato; Corte europea dei diritti dell'uomo; riapertura del processo; revisione.

**ABSTRACT:** *The paper analyzes the remedies available in Italy to implement judgments of the European Court of Human Rights which identify the retrial as a suitable means to ensure that the injured party is restored in a conventional "trial" guarantee. Due to Italian legislator's inertia, the Constitutional Court introduced the "European" review, using as a model a completely different institute - the "traditional" review - whose regulation is, therefore, in many respects unsuitable to implement the new remedy. Thus, it is quite hard to identify the conditions, procedures and results of the "European" review. It is also hard to reconcile the wide interpretative discretion granted by the Constitutional Court on judges with the principle of procedural legality. Moreover, a new institute - the "rescissione" of res iudicata - was recently added to the review. Such remedy would already be suitable to restore the conventional guarantees of the process in absentia, but in future it could be taken as a model for any kind of retrial in compliance with conventional guarantees.*

**KEY WORDS:** *res iudicata; European Court of Human rights; review; retrial.*

**RESUMO:** *O texto analisa os remédios disponíveis na Itália para dar execução às sentenças do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos que, condenando o Estado pela violação das garantias convencionais "processuais", determinam a reabertura post iudicatum do processo como um idôneo instrumento de reparação às vítimas das violações. Na contínua inércia do legislador, foi a Corte Constitucional quem introduziu a denominada "revisão europeia", enxertando-a, todavia, sobre um instituto - a revisão tradicional - cujas finalidades são profundamente diferentes, e cuja disciplina, portanto, aparece inadequada a receber o novo remédio processual. Neste contexto delineado, verifica-se a dificuldade de especificar pressupostos, modalidades de desenvolvimento e êxitos decisórios da revisão "europeia", conciliando as amplas margens de discricionariedade interpretativas reconhecidas pela Corte Constitucional italiana em favor do juiz ordinário em relação ao princípio de legalidade processual. Ademais, ao remédio introduzido pelo "Juiz das Leis" foi recentemente adicionado o novo instituto da rescisão do trânsito em julgado, que atualmente é utilizável como restauração das garantias convencionais do processo in absentia, e poderia futuramente oferecer o modelo ao qual reconduzir, com algumas*



*adequações, qualquer hipótese de reabertura do processo em conformação aos cânones convencionais.*

**PALAVRAS-CHAVE:** *coisa julgada; Tribunal Europeu dos Direitos Humanos; reabertura do processo; revisão.*

**SOMMARIO:** 1. Premessa. 2. Dai rimedi “pretori” alla revisione “europea”. 3. L’ambito applicativo del nuovo caso di revisione: a) premessa metodologica. 4. b) L’oggetto e i soggetti dell’impugnazione straordinaria. 5. c) I presupposti. 6. Il giudizio di revisione e i relativi esiti: la “traduzione” delle violazioni convenzionali nei vizi processuali interni. 7. I confini tra la revisione “europea” e la rescissione del giudicato. 8. Spunti *de iure condendo*.

---

## 1. PREMESSA

Ormai da tempo il principio di intangibilità del giudicato penale è oggetto di un inarrestabile “processo erosivo”<sup>2</sup> per via dei riflessi, nell’ordinamento interno, della normativa e della giurisprudenza internazionali e sovranazionali, che, nell’intento di assicurare una più ampia e uniforme tutela dei diritti umani, si stanno dimostrando sempre più “pervasive” anche in settori – come appunto la *matière pénale* – tradizionalmente lasciati all’autonomia dei singoli Stati.

Il riferimento va, in particolare, all’obbligo, per ciascuno Stato membro del Consiglio d’Europa, di «conformarsi» – cioè di dare esecuzione – alle sentenze definitive della Corte europea dei diritti umani che riscontrino una violazione, ad opera di quello Stato, delle garanzie convenzionali (art. 46 CEDU)<sup>3</sup>. Considerato, infatti, che la Corte di Strasburgo può essere adita solo «previo esaurimento delle vie di ricorso interne» (art. 35 CEDU), va da sé che l’adozione delle misure individuali o generali,

---

<sup>2</sup> Fra gli altri, SCIARABBA, Vincenzo. *Il giudicato e la Cedu*. Padova: Cedam, 2012, p. XIV.

<sup>3</sup> Per un inquadramento generale, KOSTORIS, Roberto. *Diritto europeo e giustizia penale*. In: KOSTORIS, Roberto (a cura di.). *Manuale di procedura penale europea*. Torino: Giappichelli, 3<sup>a</sup> ed., 2017, p. 62 ss.

diverse da una mera riparazione pecuniaria, prescritte dalla Corte stessa a ristoro dell'accertata violazione<sup>4</sup>, si pone spesso fisiologicamente a valle del giudicato, imponendone – secondo i casi –, la cessazione degli effetti, la modifica o la rimozione<sup>5</sup>.

L'esigenza, per gli Stati membri, di dotarsi di strumenti idonei ad un tale obiettivo, emergeva già dalla Raccomandazione n. R (2000) 2 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa<sup>6</sup>, ove si rilevava come, seppure spetti ai singoli Stati “condannati”, secondo le peculiarità dei rispettivi ordinamenti, «decidere quali misure siano più appropriate per assicurare una *restitutio in integrum*», in ipotesi eccezionali – *in primis* allorché la vittima della violazione convenzionale continui a subirne, per via del giudicato interno, effetti gravemente pregiudizievoli – il «mezzo più efficace, se non addirittura l'unico», funzionale allo scopo, consista nel «riesame di un caso» o nella «riapertura del procedimento». Ciò a seconda, rispettivamente, che la decisione interna, alla base del ricorso alla Corte europea, sia stata ritenuta nel merito contraria alla Convenzione – come accade a fronte del riscontro della violazione di una garanzia

<sup>4</sup> La Corte europea ha da tempo abbandonato l'originario *self-restraint* che la induceva ad un pressoché esclusivo ricorso, a ristoro della violazione convenzionale riscontrata, ad una riparazione pecuniaria; ciò in piena conformità, del resto, all'art. 41 CEDU, che individua nella *restitutio in integrum* l'effetto primario dell'accertamento della violazione, riservando la riparazione pecuniaria ai casi, residuali, in cui «il diritto interno dell'Alta Parte contraente non permetta che in modo incompleto di riparare le conseguenze» della violazione stessa. Di qui una sempre più frequente indicazione – talora nel dispositivo, più spesso nella motivazione del provvedimento – delle misure individuali o generali necessarie o comunque appropriate al ristoro della garanzia. In dottrina, per una sintetica ricostruzione del percorso seguito dalla giurisprudenza europea, cfr. PIRRONE, Pasquale. Sub art. 46. In: BARTOLE, Sergio; DE SENA, Pasquale; ZAGREBELSKY, Vladimiro (a cura di). *Commentario breve alla CEDU*. Padova: Cedam, 2012, p. 746

<sup>5</sup> Fra gli altri, CALLARI, Francesco. *La revisione. La giustizia penale tra forma e sostanza*. Torino: Giappichelli, 2012, p. 274; IACOVIELLO, Francesco Maria. Il quarto grado di giurisdizione: la Corte europea dei diritti dell'uomo. *Casazione penale*, 2011, p. 816; MAZZA, Oliviero. La procedura penale. In VIGANÒ, Francesco; MAZZA, Oliviero. *Europa e giustizia penale. Diritto penale e processo. Speciali*, 2011, p. 47.

<sup>6</sup> Organo deputato, a norma dell'art. 46 §§ 2-5 CEDU, a «sorveglia[re] l'esecuzione» delle sentenze della Corte europea.

“sostanziale”<sup>7</sup> –, o che si siano riscontrate violazioni “processuali”<sup>8</sup> «di tale gravità da determinare seri dubbi sull’esito del procedimento nazionale»<sup>9</sup>. Successivamente, la linea tracciata dalla Raccomandazione è stata ribadita – assumendo così un più autorevole “crisma” giurisdizionale – da una copiosa giurisprudenza della Corte di Strasburgo, e da ultimo dalla Grande Camera<sup>10</sup>, la quale, sia pure in termini molto “guardinghi” – ciò che ha determinato un elevato numero di opinioni dissenzienti<sup>11</sup> –, ha ricordato come «in eccezionali circostanze», più facilmente riscontrabili in relazione ai procedimenti penali, «il riesame del caso o la riapertura del processo si dimostri il più efficiente, se non l’unico, strumento di *restitutio in integrum* in favore della vittima della violazione».

Nella pressoché totale inerzia del legislatore – intervenuto ripetutamente, sulla scia della giurisprudenza della Corte dei diritti umani, nel solo settore del procedimento *in absentia*<sup>12</sup> –, la “via italiana” all’individuazione di un rimedio *post iudicatum* in adeguamento ai canoni

---

<sup>7</sup> Si pensi alle garanzie *ex artt.* 7 (principio di legalità penale), 9 (libertà di pensiero, coscienza, religione), 10 (libertà di espressione) CEDU. Per alcuni esempi cfr. l’*Explanatory memorandum* Rec. No. R (2000) 2, disponibile in [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=09000016805e2f06](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805e2f06). Accesso: 13 agosto 2018, ove si includono tra le violazioni “sostanziali” «*criminal convictions violating article 10 because the statements characterised as criminal by the national authority constitute legitimate exercise of the injured party’s freedom of expression, or violating art. 9 because the behaviour characterised as criminal is a legitimate exercise of freedom of religion*».

<sup>8</sup> Fra gli esempi proposti nell’*Explanatory memorandum*, cit., si rinviene il caso in cui «*the injured party did not have the time and facilities to prepare his or her defence in criminal proceedings*», oppure «*the conviction was based ...on material which the injured party had no possibility of verifying*».

<sup>9</sup> Cfr. *Racc. n. R (2000) 2* del 19 gennaio 2000, concernente il riesame o la riapertura di certi casi nell’ordinamento nazionale a seguito delle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo (la traduzione italiana è reperibile in *Diritto penale e processo*, 2000, p. 391).

<sup>10</sup> Corte eur., Gr. Camera, 11 luglio 2017, *Moreira-Ferreira c. Portogallo*, §§ 48-52, in <<https://hudoc.echr.coe.int>>. Accesso: 13 agosto 2018

<sup>11</sup> Si veda in particolare l’articolata *dissenting opinion* del giudice Paulo Pinto de Albuquerque – a cui hanno aderito i giudici Karakas, Sajo, Lazarova Trjkowska, Tsotsoria, Vehabovic e Kuris – volta a lamentare l’eccessiva timidezza della Grande Camera nel delineare i contorni dell’obbligo, *ex art.* 46 CEDU, di riaprire il procedimento interno “affetto” da violazioni convenzionali.

<sup>12</sup> V. meglio, *infra*, § 7.

convenzionali si è rivelata assai tortuosa, passando prima per discutibili soluzioni “pretorie”, poi per il “generoso” intervento additivo con cui la Corte costituzionale ha introdotto la c.d. revisione “europea”<sup>13</sup>, peraltro inidonea ad offrire copertura esaustiva, a fronte dell’eterogeneità delle violazioni convenzionali e delle relative prescrizioni riparatorie. Né le recenti riforme, che pure hanno interessato ampi settori della procedura penale – ivi compresa la disciplina delle impugnazioni, anche straordinarie<sup>14</sup> – sono state sfruttate dal legislatore per “mettere ordine” nella materia che ci occupa, tuttora affidata in gran parte all’elaborazione giurisprudenziale, in contrasto coi canoni di stretta legalità processuale imposti dall’art. 111 comma 1 Cost.<sup>15</sup>

In un siffatto contesto, scopo del presente lavoro è la ricostruzione dei presupposti, dell’ambito applicativo e delle difficoltà operative della revisione “europea” e di alcuni strumenti “limitrofi” di caducazione del giudicato conseguente a un processo “convenzionalmente illegittimo”. Ciò nell’intento non soltanto di illustrare lo “stato dell’arte”, ma anche di trarne qualche spunto *de iure condendo*.

## 2. DAI RIMEDI “PRETORI” ALLA REVISIONE “EUROPEA”

A fronte delle prime sentenze con cui la Corte dei diritti umani, nel condannare l’Italia per la violazione, in danno del ricorrente, delle garanzie del *fair trial*, ha specificamente sollecitato il ripristino dello *status* anteriore alla violazione – sino alla riapertura del processo per consentirne la celebrazione “convenzionalmente compatibile” –, è stata la giurisprudenza ordinaria a cercare gli strumenti attuativi dei *dicta* di Strasburgo, piegando alle nuove necessità istituti interni nati per altro scopo, quali l’incidente di esecuzione *ex artt.* 666 e 670 c.p.p. – in grado,

<sup>13</sup> Corte cost. 7 aprile 2011, n. 113, *Giurisprudenza costituzionale*, 2011, p. 1523.

<sup>14</sup> Il riferimento è in particolare alla l. 23 giugno 2017, n. 103, che pur rimodulando l’istituto della rescissione del giudicato formatosi *in absentia*, ha perso l’occasione per innestare su tale istituto un rimedio di portata generale alle violazioni “europee” (v. meglio, *infra*, § 8).

<sup>15</sup> Sul principio di legalità processuale v., recentemente, NEGRI, Daniele. Splendori e miserie della legalità processuale. *Archivio penale*, 2017, n. 2, p. 421 ss. <https://doi.org/10.12871/9788674101944>

peraltro, di offrire soluzioni soltanto parziali<sup>16</sup>–, e il ricorso straordinario per cassazione *ex art. 625-bis c.p.p.*, discutibilmente adattato “per analogia” alle esigenze europee<sup>17</sup>, in contrasto col principio di tassatività delle impugnazioni, a maggior ragione se straordinarie<sup>18</sup>.

La “via maestra” verso un rimedio di più ampia portata veniva successivamente individuata – anche prendendo spunto da una serie di

---

<sup>16</sup> Il rimedio in oggetto, utilizzato la prima volta da Cass., Sez. I, 1 dicembre 2006, Dorigo, *Cassazione penale*, 2007, p. 1441 – in esecuzione di una decisione europea che aveva ravvisato la violazione del diritto del ricorrente di interrogare i testimoni a carico *ex art. 6, § 3, lett. d) CEDU* – garantiva, infatti, la cessazione di un’ esecuzione illegale – sul presupposto che, data la correlazione fra gli artt. 6 e 5 lett. a) CEDU, non possa dirsi «regolare», agli effetti di quest’ultima disposizione, la detenzione fondata su una condanna seguente a un processo ingiusto –, ma non la riapertura del procedimento, così determinandosi «la paradossale situazione di un giudicato penale non più eseguibile ma non ancora rinnovabile...collocato in una sorta di limbo processuale»: così UBERTIS, Giulio. Corte europea dei diritti dell’uomo e processo equo: riflessi sul processo penale italiano. *Rivista di diritto processuale*, 2009, p. 43 s.

<sup>17</sup> Nel dettaglio, il rimedio veniva utilizzato da Cass., Sez. VI, 12 novembre 2008, Drassich, *Cassazione penale*, 2009, p. 1457 onde riaprire il giudizio di cassazione in esecuzione di Corte eur., Sez. II, 11 dicembre 2007, *Drassich c. Italia* (in <<https://hudoc.echr.coe.int>>. Accesso 13 agosto 2018), che aveva ritenuto in contrasto con l’art. 6, § 3, lett. a) e b) CEDU, la riqualificazione *in peius* del fatto operata dalla Corte di legittimità nel rigettare il ricorso per cassazione, con conseguente impossibilità, per l’imputato, di esercitare il contraddittorio sul nuovo *nomen iuris*. Secondo la Cassazione il ricorso straordinario, seppure esperibile al solo fine di riparare gli errori materiali o di fatto incorsi nel giudizio di legittimità (art. 625-bis comma 1 c.p.p.), risultava fruibile nel caso di specie «per analogia», sfuggendo al divieto *ex art. 14 disp. prel. c.c.* in quanto «non si caratterizza per eccezionalità rispetto al sistema processuale», nel quale, al contrario, ha colmato «un vuoto normativo dovuto all’inadeguatezza della precedente disciplina a tutelare anomalie e violazioni riconducibili al diritto di difesa, pur configurabili con ordinarità nel giudizio di legittimità». Di qui, l’identità di *ratio* fra il rimedio *de quo* e quello sollecitato dal giudicato europeo, l’uno e l’altro funzionali a riparare «oltre che...veri e propri errori di fatto...violazioni del diritto di difesa occorse nell’ambito del giudizio di legittimità», che abbiano reso «invalida per iniquità» la sentenza di cassazione.

<sup>18</sup> Fra gli altri, AIMONETTO, Maria Gabriella. Condanna “europea” e soluzioni interne al sistema processuale penale: alcune riflessioni e spunti *de iure condendo*. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2009, p. 1512; ZACCHE’, Francesco. Cassazione e *iura novit curia* nel caso Drassich. *Diritto penale e processo*, 2009, p. 784.

iniziative legislative poi arenatesi in Parlamento<sup>19</sup> – in un adeguamento della disciplina della revisione, che, giustamente reputato impossibile per via interpretativa, veniva sollecitato al Giudice delle leggi.

Dopo che una prima questione di costituzionalità fu dichiarata infondata<sup>20</sup>, una seconda questione, più correttamente sollevata in relazione agli artt. 117 Cost. e 46 CEDU, ha infine condotto all'introduzione della revisione "europea", attraverso la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p. laddove non prevede «un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46 par. 1 CEDU, per conformarsi ad una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo»<sup>21</sup>.

Tale intervento additivo era, in realtà, tutt'altro che scontato. Come da più parti osservato, infatti, il rimedio *post iudicatum*, necessario a garantire la riapertura dei procedimenti di accertata "illegittimità convenzionale", presenta tratti radicalmente eterogenei rispetto al tradizionale ambito della revisione, a tacer d'altro perché questa è strettamente funzionale al proscioglimento – tanto che la "prognosi assolutoria" ne costituisce condizione di ammissibilità –, mentre la rinnovazione del procedimento – o di alcuni suoi atti – secondo i canoni del *fair trial* ben potrebbe condurre a ribadire il giudicato di condanna<sup>22</sup>. Ciononostante il Giudice delle leggi, posto «di fronte ad un *vulnus* costituzionale non sanabile per via interpretativa», e preso atto dell'insensibilità del legislatore al problema, ha ritenuto che la revisione, siccome idonea a garantire la riapertura del processo anche agli effetti dell'assunzione probatoria, fosse l'istituto «di maggiore assonanza» – fra i rimedi *post iudicatum* of-

<sup>19</sup> Per un quadro di sintesi GERACI, Rosa Maria. *Sentenze della Corte E.D.U. e revisione del processo penale*. Roma: Dike, 2012, p. 84 ss.

<sup>20</sup> Cfr. Corte cost. 30 aprile 2008, n. 129, *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, p. 1506.

<sup>21</sup> Corte cost., 7 aprile 2011, n. 113, cit.

<sup>22</sup> Fra gli altri AIMONETTO, Maria Gabriella. Condanna "europea", cit., p. 1512; MANTOVANI, Giulia. La sentenza n. 129 del 2008 e la riparazione delle violazioni dell'art. 6 CEDU. *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, p. 2680 s.; MAZZA, Oliviero. L'esecuzione può attendere: il caso Dorigo e la condanna inesequibile per accertata violazione della CEDU. *Giurisprudenza italiana*, 2007, p. 2640.

ferti dal sistema allora vigente – «con quello la cui introduzione appare necessaria a garantire la conformità dell’ordinamento nazionale» agli artt. 117 Cost. e 46 CEDU<sup>23</sup>.

Né la Corte costituzionale ha ravvisato un ostacolo nella carenza di disciplina in cui l’inadattabilità, su più fronti, del regime della revisione “ordinaria” (artt. 629 ss. c.p.p.), finiva per abbandonare il nuovo istituto: secondo il Giudice delle leggi, spetta infatti al giudice comune – nell’attesa di un pur sempre auspicabile intervento legislativo – «il vaglio di compatibilità delle singole disposizioni relative al giudizio di revisione» col rimedio introdotto per via additiva, nel rispetto di alcuni “punti fermi” indicati dalla stessa Corte.

Col che la giurisprudenza costituzionale – come già quella ordinaria – si è dimostrata propensa a sacrificare “sull’altare” dei vincoli internazionali – sia pure in nome di una più ampia tutela dei diritti – principi fondamentali interni di primario rilievo, a partire da quello di riserva di legge in materia processuale (art. 111 comma 1 Cost.), in cui la più attenta dottrina aveva invece letto, condivisibilmente, un limite anche all’eccessivo interventismo della Corte costituzionale<sup>24</sup>.

E’ soltanto il caso di accennare – dato il fulcro “penalistico” del presente lavoro – che il Giudice delle leggi ha mantenuto un atteggiamento assai più cauto allorché si è trovato a decidere della riapertura – in adeguamento a una sentenza della Corte di Strasburgo – di un giudizio civile o amministrativo. Nel dichiarare infondate due questioni, relative alla revocazione del giudicato civile (art. 395 c.p.c.), apparentemente speculari a quella risolta positivamente dalla sentenza n. 113 del 2011, la Corte costituzionale ha infatti affermato che, quando non sia in gioco la libertà personale, la delicata ponderazione degli interessi coinvolti da

---

<sup>23</sup> In ragione della sua particolarità, la sentenza n. 113 del 2011 è stata efficacemente qualificata «additiva di istituto»: GIALUZ, Mitja. Una sentenza “additiva di istituto”: la Corte costituzionale crea la “revisione europea”. *Cassazione penale*, 2011, p. 3308 ss.

<sup>24</sup> FERRUA, Paolo. *Il ‘giusto processo’*. Bologna: Zanichelli, 3<sup>a</sup> ed., 2012, p. 98 s. Con specifico riguardo al tema che ci occupa, cfr., per il richiamo al principio di riserva di legge in materia processuale, GIALUZ, Mitja. Una sentenza “additiva di istituto”, cit., p. 3311; NEGRI, Daniele. I confini della legalità processuale. *Diritto penale e processo*, 2007, p. 1229 ss.

un'eventuale revoca del giudicato – potenzialmente lesiva delle parti del giudizio *a quo* non ricorrenti a Strasburgo – spetta in via prioritaria al legislatore, non prestandosi a un intervento additivo<sup>25</sup>. Del resto, la stessa giurisprudenza convenzionale riconosce la significativa differenza – quando si tratti di intervenire sul giudicato in adempimento dei precetti europei – fra procedimenti civili e penali, anche in ragione della tutela delle parti “terze” rispetto al giudizio celebratosi a Strasburgo<sup>26</sup>.

### **3. L'AMBITO APPLICATIVO DEL NUOVO CASO DI REVISIONE: A) PREMESSA METODOLOGICA**

Come abbiamo anticipato, talune indicazioni di base, funzionali a delimitare l'ambito del nuovo caso di revisione, si ricavano direttamente dalla sentenza costituzionale che ne ha segnato l'introduzione, mentre la disciplina “di dettaglio” è stata – discutibilmente – demandata al giudice ordinario, e dovrà quindi evincersi per via interpretativa dalla disciplina della revisione “tradizionale”, con un'operazione di “adattamento” alle esigenze europee.

Sotto quest'ultimo profilo, una premessa metodologica appare opportuna. Giusta il principio di legalità processuale, infatti, può al più tollerarsi un adattamento *per sottrazione*, che escluda la riferibilità alla revisione “speciale” delle disposizioni *ex artt.* 629 ss. con essa inconciliabili<sup>27</sup>. Va invece radicalmente escluso, a nostro parere, un adattamento *per addizione*, che introduca per via giurisprudenziale profili di disciplina privi di ogni aggancio nella revisione “tradizionale”. Una circoscritta eccezione a questo criterio potrà ammettersi, al più, quanto alle “regole” direttamente enunciate dalla stessa sentenza n. 113 del 2011<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> Corte cost., 26 maggio 2017, n. 123, *Giurisprudenza costituzionale*, 2017, p. 1246; Id., 27 aprile 2018, n. 93, in <<http://www.giurcost.org>>. Accesso: 13 agosto 2018.

<sup>26</sup> Corte eur., Gr. Camera, 11 luglio 2017, *Moreira-Ferreira c. Portogallo*, cit., §§ 66 e 67.

<sup>27</sup> Sia pure in una prospettiva parzialmente diversa da quella qui coltivata, allude ad un'operazione di adattamento “per sottrazione” SCIARABBA, Vincenzo. *Il giudicato e la Cedu*, cit., p. 70.

<sup>28</sup> Cfr. SCIARABBA, Vincenzo. *Il giudicato e la Cedu*, cit., p. 68.



#### 4. B) L'OGGETTO E I SOGGETTI DELL'IMPUGNAZIONE STRAORDINARIA

Va in primo luogo sottolineato che, data la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 630 c.p.p. in quanto non prevede un diverso caso di revisione «della sentenza o del decreto penale di condanna», il rimedio appare esperibile contro questi soli provvedimenti, con l'aggiunta della sentenza applicativa della pena su richiesta delle parti, giusta, da un lato, l'equiparazione alla sentenza di condanna (art. 445 c.p.p.), dall'altro, l'espressa inclusione fra i provvedimenti suscettibili di revisione “tradizionale” (art. 629 c.p.p. come modificato dalla l. 12 giugno 2003, n. 134)<sup>29</sup>.

Non sembra quindi “coperta” dal dispositivo della sentenza costituzionale alcuna tipologia di proscioglimento, finanche altamente pregiudizievole per il prosciolto (si pensi alla sentenza di assoluzione per difetto di imputabilità con cui si disponga l'applicazione di una misura di sicurezza).

Deve però darsi atto che in materia di revisione “tradizionale” – anch'essa circoscritta, ex art. 629 c.p.p., ai provvedimenti di condanna<sup>30</sup> – la Cassazione ha recentemente sostenuto che proprio la giurisprudenza convenzionale, attraverso la nozione autonoma di “sanzione penale”, imporrebbe di qualificare ‘condanna’ – agli effetti del rimedio *post iudicatum* – «ogni provvedimento con il quale il giudice, al di là del *nomen iuris*, nella sostanza infligga una sanzione che abbia comunque natura punitiva e deterrente, e non meramente riparatoria o preventiva»<sup>31</sup>. Un siffatto ampliamento dell'ambito applicativo del rimedio certo risponderrebbe alla *ratio* – di conformazione all'art. 46 CEDU – che ha indotto la Corte costituzionale a introdurre la revisione “europea”. Del resto, lo stesso Giudice delle leggi – sia pure per via meramente interpretativa – ha talora accolto una nozione “sostanziale” di condanna per giustificare l'applicazione di misure “convenzionalmente penali” ad opera di una sentenza di proscioglimento, rilevando come non

---

<sup>29</sup> V. anche LORENZETTO, Elisa. Violazioni convenzionali e tutela *post iudicatum* dei diritti umani, in <<http://www.lalegislazionepenale.eu>>, 25 novembre 2016, p. 11. Accesso: 13 agosto 2018.

<sup>30</sup> L'esclusione dall'ambito di applicabilità del rimedio del proscioglimento “pregiudizievole” è criticata in dottrina: fra gli altri, SCALFATI, Adolfo. *L'esame sul merito nel giudizio preliminare di revisione*. Padova: Cedam, 1995, p. 46.

<sup>31</sup> Cass., Sez. II, 25 ottobre 2017, n. 53678, Ricupati, in <<http://www.italgiure.giustizia.it/sncass/>>. Accesso 13 agosto 2018.

conti – a tal fine – la qualifica formale, bensì l'accertamento di responsabilità eventualmente sotteso, nel caso concreto, all'esito proscioglitivo<sup>32</sup>. E questa lettura "sostanziale" ha da ultimo ricevuto l'espresso avallo della Grande Camera della Corte di Strasburgo proprio in una vicenda italiana, ove si discuteva della compatibilità con l'art. 7 CEDU della confisca "urbanistica" (art. 44 D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380) disposta con sentenza di proscioglimento per prescrizione del reato<sup>33</sup>.

Va da sé che, accolta *in damnosis* una siffatta nozione estesa di condanna, parrebbe ragionevole applicarla altresì per garantire un rimedio al "prosciolto", nel caso in cui la Corte europea lo riconosca vittima di una violazione convenzionale.

Dubitiamo però che il risultato – frutto dell'analogia, sia pure in una prospettiva "convenzionalmente orientata" – possa essere conseguito per via interpretativa, dato l'ostacolo opposto dal principio di "tassatività al quadrato" delle impugnazioni straordinarie. Piuttosto, si dovrebbe investire la Corte costituzionale della questione di legittimità della norma – frutto del suo stesso intervento additivo – che esclude dall'ambito della revisione i proscioglimenti più gravemente pregiudizievoli, a fronte della relativa inclusione, invece, nell'ambito applicativo della rescissione del giudicato, anch'essa potenzialmente utilizzabile – come vedremo – in adeguamento ai vincoli convenzionali<sup>34</sup>.

Non solo in conseguenza dell'inoppugnabilità "oggettiva" della sentenza di proscioglimento, ma per via dell'intollerabile forzatura sistematica che comporterebbe l'esperibilità *in malam partem* del rimedio<sup>35</sup>, non c'è alcun margine per la fruibilità della revisione europea su richiesta

<sup>32</sup> V. Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49, *Giurisprudenza costituzionale*, 2015, p. 411, con riguardo ai rapporti fra proscioglimento per prescrizione e confisca.

<sup>33</sup> Corte eur., Gr. Camera, 28 giugno 2018, *G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia*, §§ 261 ss, in <<https://hudoc.echr.coe.int>>. Accesso: 13 agosto 2018.

<sup>34</sup> Cfr., *infra*, § 7.

<sup>35</sup> Non è un tabù, naturalmente, porsi sul piano generale il problema dell'introduzione della revisione *in peius* (sul tema, da ultimo, CORVI, Paola. La revisione *in peius*. In CORVI, Paola (a cura di). *Le impugnazioni straordinarie*. Torino: Giappichelli, 2016, p. 110 ss.), ma, invariata la caratura dell'istituto come rimedio straordinario ispirato al *favor rei*, sarebbe intollerabilmente distonico configurarne un'applicazione *in peius* nella sola *species* europea (per ulteriori ragioni ostantive v., *infra*, nel testo).

della persona offesa<sup>36</sup>, ad esempio in esecuzione di un giudicato convenzionale che – sulla scia di un orientamento affermatosi da tempo a Strasburgo – ravvisa una lesione del “bene vita”, tutelato dall’art. 2 CEDU, nel fatto che l’inerzia degli inquirenti nel perseguire un omicidio abbia determinato un esito proscioglitivo<sup>37</sup>.

La questione è stata espressamente affrontata – e risolta negativamente – nella fase esecutiva della sentenza *Alikaj c. Italia*, di condanna del nostro Paese per violazione dell’art. 2 CEDU, nei profili sostanziali e processuali, a fronte del proscioglimento per prescrizione, dal reato di omicidio colposo, di un agente di polizia responsabile di avere ucciso un ragazzo durante un inseguimento<sup>38</sup>. Premesso che, nel caso di specie, la sentenza europea non recava alcuna indicazione in ordine alle misure individuali di *restitutio in integrum* – limitandosi a dichiarare la violazione fra l’altro in quanto «l’applicazione della prescrizione» in siffatte fattispecie «rientra incontestabilmente nella categoria di quelle misure inammissibili, secondo la giurisprudenza della Corte», se abbia «l’effetto di impedire una condanna» –, nell’informare il Comitato dei ministri sulle misure adottate, il Governo italiano escludeva radicalmente la possibilità di riaprire la procedura in questione: ciò in quanto, da un lato, l’ordinamento nazionale non permette l’esperibilità *in malam partem* della revisione “europea”, dall’altro, l’opposta soluzione comporterebbe la lesione della garanzia del *ne bis in idem*, riconosciuta non solo dalla Costituzione italiana, ma anche dall’art. 4, Prot. 7, CEDU<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> In termini dubitativi, invece, con diverse sfumature, GERACI, Rosa Maria. *Sentenze*, cit., p. 170 ss.; PARLATO, Lucia. Revisione del processo iniquo: la Corte costituzionale “getta il cuore oltre l’ostacolo”. *Diritto penale e processo*, 2011, p. 847; QUATTROCOLO, Serena. Violazioni di convenzioni internazionali e giudicato penale interno. *Rivista di diritto processuale*, 2012, p. 654 s.

<sup>37</sup> Cfr. GERACI, Rosa Maria. L’impugnativa straordinaria per la violazione della Cedu accertata a Strasburgo. Le ipotesi, le procedure, gli effetti. In CORVI, Paola (a cura di). *Le impugnazioni straordinarie*, cit. p. 77, la quale sottolinea come, proprio in tale caso, l’inesperibilità della revisione europea comporti «un evidente vuoto di tutela».

<sup>38</sup> Corte eur., Sez. II, 29 marzo 2011, *Alikaj c. Italia*, in <<https://hudoc.echr.coe.int>>. Accesso 13 agosto 2018.

<sup>39</sup> Cfr. Il *Bilan d’action révisé* inviato dal Governo italiano alla segreteria dei Comitato dei ministri il 16 novembre 2015 (*DH-DD(2015)1225*), in <<http://hudoc.exec.coe.int>>. Accesso: 13 agosto 2018.

Il riferimento all'art. 4, Prot. 7, CEDU richiede qualche precisazione. A norma del § 2 della disposizione, infatti, il *ne bis in idem* convenzionale non impedisce la riapertura del processo, «conformemente alla legge e alla procedura penale dello Stato interessato», a fronte dell'emersione di fatti nuovi, o di vizi fondamentali della pregressa procedura, che avrebbero potuto condizionarne l'esito, e ciò a prescindere – parrebbe – dal fatto che questo fosse condannatorio o proscioglimento<sup>40</sup>. Quand'anche, peraltro, possa trarsi da tale previsione l'astratta “compatibilità convenzionale” di ipotesi di revisione sia *in melius* sia *in peius*, il testuale richiamo *alla legge e alla procedura penale dello Stato interessato* va a nostro parere inteso come integralmente “recettivo” delle opzioni di quest'ultimo, e quindi – nel caso dell'Italia – della scelta di circoscrivere il rimedio secondo logiche di *favor rei*.

Va d'altronde dato atto che, con Risoluzione finale del 24 febbraio 2016, il Comitato dei ministri ha dichiarato positivamente conclusa la procedura esecutiva *in re Alikaj*, sottolineando come l'Italia abbia adempiuto, per quanto possibile, alle obbligazioni *sub art. 46 CEDU*<sup>41</sup>.

Né la revisione potrà essere esperita, “agli effetti civili”, dalla parte civile che sia riconosciuta vittima, in un processo conclusosi con esito assolutorio, di una violazione del proprio diritto al *fair trial*: considerato, fra l'altro, che la Corte costituzionale ha dichiarato infondate plurime questioni di legittimità dell'art. 395 c.p.c. in quanto non prevede una “revocazione europea”<sup>42</sup>, sarebbe di assai dubbia razionalità che il danneggiato potesse o meno ottenere la riapertura del processo a seconda della sede in cui agisce, non ravvisandosi alcun fondamento, sotto questo profilo, ad una siffatta disparità di trattamento.

Proprio uno degli argomenti, adottati dal Giudice delle leggi a sostegno delle decisioni da ultimo menzionate, offre del resto ulteriore

<sup>40</sup> Cfr. CAVALLARO, Tiziana. La revisione *contra reum* del giudicato penale tra realtà e prospettive di riforma. *Diritto penale e processo*, 2010, p. 1112; CORVI, Paola. La revisione *in peius*, cit., p. 113 s.; MARCHETTI, Maria Riccarda. Commento all'art. 4, legge 9 aprile 1990, n. 88 di ratifica ed esecuzione del Protocollo n. 7 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. *Legislazione penale*, 1991, p. 251 s.; SCALFATI, Adolfo. *L'esame sul merito*, cit., p. 170 s.

<sup>41</sup> Cfr. *CM/ResDH(2016)13*, in <<http://hudoc.exec.coe.int>>. Accesso: 13 agosto 2018.

<sup>42</sup> Cfr. Corte cost. 26 maggio 2017, n. 123, cit.; Id., 27 aprile 2018, n. 93, cit.

conferma alla tesi dell'impossibilità – almeno allo stato – di utilizzare la revisione europea *in malam partem*, e ciò quand'anche il dato testuale, ricavabile dal dispositivo della sentenza n. 113 del 2011, non sia reputato dirimente, e si ritenga altresì superabile l'ostacolo opposto dal *ne bis in idem*. Come la Corte costituzionale ha osservato nell'occuparsi della revocazione civile, occorre infatti considerare che il processo "convenzionale" non garantisce il contraddittorio nei confronti di eventuali terzi rispetto al ricorrente e allo Stato convenuto<sup>43</sup>: ciò posto, si porrebbe certamente in conflitto coi principi di cui agli artt. 24 comma 2 e 111 Cost. la revoca *in peius* del giudicato nei confronti di un prosciolto – penalmente e/o agli effetti civili – che, non essendo stato parte del giudizio "europeo", non abbia potuto in quella sede impegnarsi per confutare la sussistenza della violazione convenzionale – adottata dalla persona offesa o dal danneggiato – sulla cui base il giudicato dovrebbe essere caducato.

E' vero che l'*Explanatory memorandum* alla Racc. n. (2000) 2, nel porsi il problema delle *third parties* che potrebbero essere pregiudicate dalla riapertura o dal riesame della decisione irrevocabile, sottolinea come analogo inconveniente si manifesti nell'ordinario funzionamento "interno" dei rimedi *post-iudicatum*, e vada quindi gestito nello stesso modo<sup>44</sup>. Non ci pare, però, che garantire al prosciolto il contraddittorio nel giudizio di revisione promosso dalla persona offesa o dal danneggiato – in applicazione "a parti invertite" dell'art. 636 commi 1 e 2 c.p.p.<sup>45</sup> – possa bastare a colmare il *deficit* difensivo in cui questi sia incorso a Strasburgo<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> A norma dell'art. 44 del Regolamento della Corte, l'intervento di terzi – siano essi Alte parti contraenti o «qualsiasi persona interessata diversa dal ricorrente» – è previsto solo su autorizzazione del Presidente della Camera, il quale «può, nell'interesse di una buona amministrazione della giustizia», invitare tali soggetti «a presentare osservazioni scritte o, in circostanze eccezionali, a prendere parte all'udienza».

<sup>44</sup> Cfr. *Explanatory Memorandum*, cit., § 15.

<sup>45</sup> Tali disposizioni, attraverso il rinvio all'art. 601 c.p.p. e alla disciplina del dibattimento in quanto applicabile, prevedono la citazione per il giudizio di revisione di tutte le parti del giudizio *a quo*.

<sup>46</sup> Per un analogo spunto cfr. PADULA, Carlo. La Corte Edu e i giudici comuni nella prospettiva della recente giurisprudenza costituzionale. In <<http://www.giurcost.org/studi/>>, 2016, 11, p. 325. Accesso: 13 agosto 2018.

A completamento della disamina, in ordine alla legittimazione a proporre la revisione “speciale”, occorre ancora chiedersi se l’impugnazione straordinaria sia esperibile da soggetti, diversi dal ricorrente alla Corte europea, che versino in situazione analoga, o finanche identica, a quest’ultimo, ciò che accade quando la violazione, accertata dal giudicato europeo, discenda da un vizio “strutturale” dell’ordinamento interno.

Ad una soluzione positiva del problema osta – sul piano generale – il fatto che la revisione, come attualmente costruita dal Giudice delle leggi, sia strumento di *esecuzione* del giudicato europeo, come tale strettamente ancorato al *dictum* della Corte di Strasburgo in ordine alla specifica controversia sottopostale. Ne discende che un obbligo di *restitutio in integrum*, da eventualmente assolvere tramite un intervento sul giudicato interno, non potrà che riguardare il solo ricorrente alla Corte dei diritti umani, restando fuori dagli effetti “esecutivi” della decisione europea chi versi in posizione analoga, o finanche identica, a costui<sup>47</sup>.

E’ pur vero che all’esito di un complesso percorso – che i limiti del presente lavoro non consentono di approfondire – la Corte costituzionale e le Sezioni unite della Cassazione hanno riconosciuto – a certe condizioni – la caducabilità del giudicato anche in favore dei non ricorrenti a Strasburgo, nei soli casi, però, in cui la violazione riscontrata dal giudice europeo, e ascrivibile a un difetto sistemico dell’ordinamento interno, attenga alla materia sostanziale<sup>48</sup>. Nelle medesime decisioni entrambe

---

<sup>47</sup> Cfr., sul piano generale, DE SALVIA, Michele. L’obbligo degli Stati di conformarsi alle decisioni della Corte europea e del Comitato dei ministri del Consiglio d’Europa. In: BALSAMO, Antonio; KOSTORIS, Roberto (a cura di). *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*. Torino: Giappichelli, 2008, p. 72 s. Proprio alla luce dell’argomento evidenziato nel testo, ha espressamente escluso l’ammissibilità della richiesta di revisione proposta da un non ricorrente a Strasburgo, Cass., Sez. II, 20 giugno 2017, n. 40889, Cariolo, in <<http://www.italgiure.giustizia.it/sncass/>>. Accesso: 13 agosto 2018; v. anche, sempre in termini negativi, GERACI, Rosa Maria. L’impugnativa straordinaria, cit., p. 24. Ritengono invece praticabile un’“estensione soggettiva” della revisione europea FALATO, Fabiana. *La relatività del giudicato processuale*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2016, p. 209 ss.; LORENZETTO, Elisa. *Violazioni convenzionali*, cit., p. 28 ss.

<sup>48</sup> Cfr. Corte cost., 18 luglio 2013, n. 210, *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, p. 2915; Cass., Sez. un., 24 ottobre 2013, Ercolano, *Cassazione penale*, 2015, p. 28: nella specie, si trattava di rideterminare la pena, calcolata sulla base di una norma applicata in contrasto col criterio della *lex mitior ex art. 7 CEDU*,

le Corti hanno invece negato espressamente l'efficacia *ultra partes* del giudicato europeo accertativo di violazioni processuali, operando un *discrimen* che – almeno *de iure condito* – va secondo noi condiviso.

Allorché il problema strutturale ravvisato a Strasburgo verta in materia sostanziale, infatti, l'equivalenza fra le posizioni del ricorrente e dei non ricorrenti al giudice europeo è di accertamento relativamente facile, bastando verificare se la norma sostanziale interna, da cui la violazione convenzionale trae origine, sia stata applicata dal giudice nazionale, ciò che di per sé comporta l'incompatibilità convenzionale dei contenuti decisori del giudicato interno. Al contrario, il fatto che la norma processuale all'origine della violazione sia stata applicata nel processo a carico del non ricorrente, di regola non significa ancora, nella prospettiva convenzionale, che tale processo risulti *unfair*, e meriti, quindi, la riapertura: nell'accertare l'inosservanza dei canoni del *fair trial*, invero, la Corte europea opera una valutazione complessiva (*as a whole*), strettamente ancorata al caso concreto, sì che il medesimo “deficit di garanzia” potrebbe, per soggetti diversi, non sortire effetti analogamente lesivi<sup>49</sup>.

D'altra parte – come abbiamo detto – nel prospettare effetti *ultra partes* della decisione europea si esorbita dall'ambito strettamente “esecutivo” di quest'ultima, intendendola, piuttosto, alla stregua di un *novum ius*, che dovrebbe condurre all'interpretazione conforme delle norme processuali interne, o alla deduzione della loro illegittimità costituzionale. Proprio qui, però, si annida un'altra fondamentale differenza fra il giudicato europeo in materia sostanziale e quello che riguarda i canoni processuali: infatti, mentre l'art. 30, comma 4, l. 11 marzo 1953,

---

attraverso un incidente di esecuzione. Per maggiori dettagli ci si permette di rinviare a LAVARINI, Barbara. I rimedi *post iudicatum* alla violazione dei canoni europei. In GAITO, Alfredo (a cura di). *I principi europei del processo penale*. Roma: Dike, 2016, p. 104 ss.

<sup>49</sup> Ne prende chiaramente atto Corte cost., 18 luglio 2013, n. 210, cit., nel dire che l'accertamento di “non equità” del processo *ex art. 6 CEDU*, «vertendo su eventuali *errores in procedendo* e implicando valutazioni strettamente correlate alla fattispecie specifica, non può che essere compiuto caso per caso, con l'effetto che il giudicato interno può essere posto in discussione soltanto a fronte di un vincolante *dictum* della Corte di Strasburgo sulla medesima fattispecie». In dottrina sottolinea la tendenziale condivisibilità del *discrimen* SCIARABBA, Vincenzo. *Il giudicato e la Cedu*, cit., p. 196 s.

n. 87 permette di intervenire *post iudicatum* allorché sia dichiarata incostituzionale una norma penale sostanziale<sup>50</sup>, un analogo intervento non è consentito a fronte dell'annullamento di una norma processuale. Stando così le cose, sarebbe incoerente, oltretutto sovversivo del sistema delle fonti, ammettere la revoca del giudicato in caso di "illegittimità convenzionale" di una norma processuale interna, la cui declaratoria di "mera" illegittimità costituzionale non consentirebbe, invece, di superare una decisione irrevocabile<sup>51</sup>.

Un parziale margine di esperibilità della revisione da parte dei non ricorrenti a Strasburgo potrebbe riconoscersi, forse, a fronte della pronuncia, ad opera della Corte europea, di una "sentenza pilota", a norma dell'art. 61, §§ 3 e 4, del Regolamento della stessa Corte<sup>52</sup>. Questa particolare tipologia decisoria, utilizzabile allorché il giudice europeo imputi la violazione convenzionale a un difetto sistemico dell'ordinamento interno, si caratterizza, infatti, per la formulazione *nel dispositivo* delle prescrizioni necessarie a rimediare e prevenire violazioni potenzialmente seriali, e si rivolge quindi, per definizione, anche a chi, senza avere adito la Corte di Strasburgo, versi nella stessa posizione del ricorrente. In tale situazione, pertanto, la rimozione *ultra partes* del giudicato tornerebbe a rappresentare un effetto "esecutivo", non meramente riflesso, della decisione di Strasburgo, trovando nuovamente "copertura" nel dispositivo della sentenza costituzionale n. 113 del 2011<sup>53</sup>. Al contrario di quanto alcune "avanguardie" giurisprudenziali sostengono<sup>54</sup>, la soluzione non

<sup>50</sup> Secondo tale disposizione, «quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano l'esecuzione e tutti gli effetti penali».

<sup>51</sup> Cfr. CAPRIOLI, Francesco. Giudicato e illegalità della pena: riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte costituzionale. In: BARGIS, Marta (a cura di). *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*. Milano: Giuffrè, 2013, p. 285, nota 55; CARNEVALE, Stefania. L'inidoneità dei rimedi individuati dalla giurisprudenza. *Diritto penale e processo*, 2007, p. 1238.

<sup>52</sup> *Contra*, peraltro, Cass., Sez. II, 20 giugno 2017, n. 40889, Cariolo, cit.

<sup>53</sup> Resta tuttavia pressoché proibitivo, a fronte di violazioni convenzionali processuali, accertare l'identità fra le posizioni dei ricorrenti e dei non ricorrenti alla Corte europea.

<sup>54</sup> Cfr. Cass., Sez. I, 11 ottobre 2016, n. 44193, D., *Cassazione penale*, 2017, p. 1374; indirettamente v. anche Cass., Sez. I, 4 luglio 2014, n. 52965, Attanasio, in <<http://www.italgiure.giustizia.it/sncass/>>. Accesso: 13 agosto 2018.



sarebbe però estensibile – senza nuovamente esorbitare dall’ambito esecutivo – a decisioni europee che, sebbene evidenzino nella sostanza un problema sistemico, non siano qualificate formalmente, né strutturate nel dispositivo, come “sentenze pilota”.

## 5. c) I PRESUPPOSTI

Quanto ai presupposti di esperibilità della revisione europea, una prima questione attiene alla *natura* delle violazioni convenzionali interessate dal rimedio. Benché, infatti, l’ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale sollecitasse una pronuncia additiva con esclusivo riguardo alle violazioni “processuali” ex art. 6 CEDU, nessun richiamo a tale disposizione, e nemmeno al carattere – processuale e/o sostanziale – della violazione, compare nel dispositivo della sentenza costituzionale, la cui motivazione si limita d’altronde ad affermare che l’esigenza di riaprire il procedimento – quale presupposto della revisione – andrà apprezzata alla luce vuoi della natura «oggettiva» della violazione, vuoi delle «indicazioni contenute nella sentenza della cui esecuzione si tratta» o nella «sentenza interpretativa» eventualmente sollecitata dal Comitato dei ministri alla Corte di Strasburgo, ex art. 46, § 3, CEDU. Parrebbe quindi che, seppure la revisione europea sia elettivamente deputata al ristoro delle violazioni convenzionali di tipo processuale, non possa escludersene *a priori* la fruibilità quale rimedio alla violazione di garanzie sostanziali, quando a tal fine occorra intervenire sul contenuto della decisione, ed un diverso e più “snello” rimedio non sia disponibile: del resto, è la stessa Corte costituzionale a qualificare la riapertura del processo un «concetto di genere» idoneo a modellarsi secondo le esigenze del caso concreto, “spaziando” dalla rinnovazione integrale del giudizio alla semplice rivisitazione dell’attività decisoria<sup>55</sup>.

---

<sup>55</sup> *Ex plurimis*, GERACI, Rosa Maria. L’impugnativa straordinaria, cit., p. 74; GIALUZ, Mitja. Una sentenza “additiva di istituto”, cit., p. 3313 s.; LORENZETTO, Elisa. Violazioni convenzionali, cit., p. 14; SCIARABBA, Vincenzo. *Il giudicato e la CEDU*, cit., p. 253; TROISI, Paolo. Flessibilità del giudicato e tutela dei diritti fondamentali, in <<http://www.penalecontemporaneo.it>>, 2 aprile 2015, p. 14. Accesso: 13 agosto 2018. In giurisprudenza, Cass., Sez. I, 11 ottobre 2016, n. 44193, D., cit.

Tralasciando quest'ultimo problema, estraneo all'oggetto del nostro lavoro, deve piuttosto rilevarsi che, da un lato, le garanzie processuali, suscettibili di *restitutio in integrum* attraverso la revisione europea, non si esauriscono in quelle *ex art. 6 CEDU*<sup>56</sup>, dall'altro, non tutte le violazioni del *fair trial* possono trovare rimedio in quest'ultima.

Sotto il primo profilo, la revisione potrebbe ad esempio applicarsi a ristoro della garanzia *ex art. 8 CEDU*, allorché la Corte europea ne avesse ravvisato la violazione in ragione dell'esperimento, con modalità "convenzionalmente incompatibili", di un mezzo di ricerca probatoria invasivo della sfera privata<sup>57</sup>. A maggior ragione, si potrebbe ricorrere al mezzo straordinario di impugnazione quando la prova fosse stata acquisita violando l'*art. 3 CEDU*, cioè con sistemi riconducibili alla nozione di tortura o di trattamento inumano o degradante<sup>58</sup>, tantopiù che, in siffatte

<sup>56</sup> Per un ampio elenco di precedenti della Corte di Strasburgo ove si è invocata la *re-trial clause* – nel dispositivo o in motivazione – a fronte della violazione di plurime garanzie *ex art 6 CEDU* – fra le altre il diritto di accesso alla giustizia, il diritto ad essere giudicati da un giudice costituito per legge, il principio di imparzialità e indipendenza del giudice, il diritto a partecipare al processo, il diritto al confronto coi testimoni, il diritto alla conoscenza dell'accusa e a disporre del tempo e delle condizioni per preparare la difesa, il diritto ad una decisione motivata – cfr. la *dissenting opinion* del giudice Paulo Pinto de Albuquerque alla sentenza della Grande Camera *in re* Moreira-Ferreira, cit. (§ 8). Fra le più significative sentenze che hanno riguardato l'Italia, cfr. Corte eur., Sez. II, 18 maggio 2004, *Somogyi c. Italia*; Id., Gr. Camera, 1 marzo 2006, *Sejdovic c. Italia*; Id., Sez. III, 8 febbraio 2007, *Kollacaku c. Italia*; Id., Sez. I, 19 ottobre 2006, *Majadallah c. Italia*; Id., Sez. II, 12 ottobre 2017, *Drassich c. Italia*, cit.; Id., Sez. I, 29 giugno 2017, *Lorefice c. Italia*; Id.; Sez. I, 12 ottobre 2017, *Cafagna c. Italia* (tutte in <<https://hudoc.echr.coe.int>>. Accesso: 13 agosto 2018).

<sup>57</sup> QUATTROCOLO, Serena. Violazioni di convenzioni internazionali, cit., p. 654.

<sup>58</sup> Per l'inclusione di siffatta violazione, a titolo esemplificativo, fra quelle suscettibili di riparazione attraverso la riapertura del processo cfr. il § 12 dell'*Explanatory memorandum* alla Racc. (2000) 2, cit. V., altresì, la Risoluzione del Comitato dei ministri *CM/ResDH(2010)53* e relativa *Appendice* (in <<http://hudoc.exec.coe.int/>>. Accesso: 13 agosto 2018), concernenti la procedura esecutiva di Corte eur., Gr. Camera, 20 luglio 2006, *Jalloh c. Germania* (che aveva ravvisato una violazione degli artt. 3 e 6 CEDU nella somministrazione coattiva all'imputato, con modalità violente, di un emetico, al fine di ottenere la prova del reato di detenzione di sostanze stupefacenti): in sede esecutiva lo Stato condannato ha fra l'altro comunicato, quanto alle misure individuali, che, a richiesta del legale del ricorrente vittorioso a Strasburgo, il giudice interno aveva ammesso la riapertura del processo,

ipotesi, la Corte di Strasburgo riscontra in termini pressoché automatici anche una violazione dell'art. 6 CEDU<sup>59</sup>.

A proposito, invece, delle garanzie del *fair trial* oggettivamente insuscettibili di *restitutio in integrum* attraverso la revisione, è la stessa sentenza costituzionale n. 113 del 2011 a ravvisarne un esempio nel diritto dell'accusato a un processo di durata ragionevole, la cui accertata violazione sarebbe addirittura aggravata da un meccanismo di riapertura<sup>60</sup>. Seri dubbi sono stati altresì avanzati sulla necessità della riapertura del procedimento quando sia stata violata la garanzia della pubblicità delle udienze<sup>61</sup>.

Sotto un diverso profilo, occorre considerare che la stessa Corte costituzionale, conscia della natura “emergenziale” del suo intervento additivo, ne segnala la residualità rispetto all'introduzione legislativa di una «diversa disciplina», anche attraverso «un autonomo e distinto istituto»<sup>62</sup>. Ciò imporrà di valutare – con un'analisi “dedicata” – se debbano sottrarsi dall'ambito della revisione le violazioni convenzionali relative al processo *in absentia*, che già all'epoca “coperte” – come riconosciuto dalla stessa Corte – dal rimedio della restituzione in termini, potrebbero ora trovare ristoro nella rescissione del giudicato, introdotta dalla l. 28 aprile 2014, n. 67<sup>63</sup>.

---

seppure non ne fosse stata successivamente possibile la celebrazione perché l'imputato aveva lasciato la Germania (la cui legge non consente il processo in assenza). A seguito di tale comunicazione, il Comitato dei ministri ha ritenuto positivamente chiusa la procedura esecutiva.

<sup>59</sup> Corte eur., Gr. Camera, 20 luglio 2006, *Jalloh c. Germania*, cit., § 99, nonché, più di recente, Id., sez. I, 30 aprile 2015, *Shamardakov c. Russia*, in particolare § 154, e Id., Sez. III, 15 maggio 2018, *Sergey Ivanov c. Russia* (tutte in <<https://hudoc.echr.coe.int>>. Accesso: 13 agosto 2018). Per un approfondimento, CASSIBBA, Fabio. Brevi riflessioni sull'inutilizzabilità delle dichiarazioni estorte con tortura ai sensi del nuovo art. 191 comma 2-bis, in <<https://penalecontemporaneo.it>>, 2018, n. 4, p. 112 s. Accesso: 13 agosto 2018.

<sup>60</sup> Corte cost., 7 aprile 2011, n. 113, cit., § 8 del *Considerato in diritto*. In dottrina, per tutti, GERACI, Rosa Maria. L'impugnativa straordinaria, cit., p. 74.

<sup>61</sup> LOGLI, Andrea. La riapertura del processo a seguito della sentenza Cedu. Questioni interpretative sul nuovo caso di “revisione europea”. *Cassazione penale*, 2012, p. 941 s.

<sup>62</sup> Corte cost., 7 aprile 2011, n. 113, cit., § 9 del *Considerato in diritto*.

<sup>63</sup> V. meglio, *infra*, § 7.

Fra i criteri, sulla cui base il giudice della revisione dovrà decidere se riaprire il processo, la Corte costituzionale include, ovviamente, le indicazioni del giudicato europeo, delle quali va però chiarita la vincolatività.

Per lo più si esclude che un vincolo, *sub specie* di radicale *impedimento* alla riapertura del processo, possa trarsi dall'assenza, nella decisione di Strasburgo, di indicazioni espresse in quest'ultimo senso. Ciò in quanto, da un lato, l'individuazione degli specifici strumenti di *restitutio in integrum* è comunque rimessa in via principale all'autonomia dello Stato interessato, dall'altro, prescrizioni "esecutive" più dettagliate sono talora impartite non tanto dalla Corte europea – sebbene sempre più attiva in questa direzione –, quanto dal Comitato dei ministri incaricato, *ex art.* 46, § 2, CEDU, di controllare l'esecuzione delle relative decisioni<sup>64</sup>.

Ci si chiede, però, se il dispositivo della sentenza costituzionale n. 113 del 2011, nel consentire la revisione quando «ciò sia necessario», a norma dell'art. 46 CEDU, per conformarsi al giudicato europeo, richieda un *quid pluris*, vale a dire la sussistenza, nella decisione di Strasburgo, del "comando" esplicito di riaprire il processo<sup>65</sup>. Ad evitare un'eccessiva discrezionalità del giudice della revisione "europea", senza però confinare l'istituto entro margini che di fatto ne pregiudichino l'utilità, un equo compromesso può secondo noi raggiungersi limitando l'esperibilità dell'impugnazione alle situazioni in cui la decisione della Corte di Strasburgo, seppure non prescriva la riapertura del processo in termini imperativi – indicandola nel dispositivo, o qualificandola in motivazione come *il solo* rimedio adeguato –, almeno la prospetti in motivazione come rimedio *in principio* appropriato. La revisione non dovrebbe ammettersi, invece, allorquando né il dispositivo, né la motivazione della decisione europea individuino nel *re-trial* un idoneo strumento di *restitutio in integrum*, e ciò anche se un'indicazione in tal senso sia poi formulata dal Comitato dei

<sup>64</sup> GERACI, Rosa Maria. *Sentenze*, cit., p. 160; LOGLI, Andrea. La riapertura del processo, cit., p. 938; LORENZETTO, Elisa. Violazioni convenzionali, cit., p. 12.

<sup>65</sup> Per uno spunto in questi termini, con qualche diversa sfumatura, SCARABBA, Vincenzo. *Il giudicato e la CEDU*, cit., p. 252, secondo cui non può «considerarsi sufficiente», per l'ammissibilità dell'istanza di revisione, «la mera circostanza che la Corte di Strasburgo abbia accertato una violazione della CEDU in danno del soggetto che richiede o che comunque beneficerebbe della riapertura».

ministri nella fase esecutiva<sup>66</sup>. Del resto, come si è giustamente osservato, «un vincolo giuridico a superare» il giudicato «dovrebbe sorgere solo dalla decisione di un organo giurisdizionale», senza alcuna ingerenza – ad evitare una pericolosa “crepa” nel principio di separazione dei poteri – ad opera di un organo di matrice comunque politica<sup>67</sup>.

Va tuttavia fatta salva l'ipotesi in cui l'originario “silenzio” del giudice europeo, in ordine alla necessità od opportunità di caducare il giudicato, sia superato dal medesimo giudice, attraverso la sentenza interpretativa di cui all'art. 46, § 3, CEDU<sup>68</sup>: è infatti la stessa Corte costituzionale, nel delineare i presupposti di esperibilità della revisione, a valorizzare le indicazioni formulate «nella sentenza interpretativa eventualmente richiesta alla Corte di Strasburgo dal Comitato dei ministri». Col che un chiaro riscontro, fra l'altro, alla tesi – sopra sostenuta – per cui il superamento del giudicato deve fondarsi sulla decisione di un organo giurisdizionale, e non meramente politico.

Laddove il giudicato europeo contenga una *re-trial clause*, occorrerà peraltro distinguere: se la riapertura del processo sia prescritta nel dispositivo, oppure sollecitata in motivazione in termini tassativi, al giudice delle revisione non potrà riconoscersi alcun margine di scelta in punto ammissibilità del rimedio, ad evitare che il relativo diniego

---

<sup>66</sup> In passato, Cass., Sez. I, 21 febbraio 2008, Rojas, in *CED Cass.*, n. 239987, aveva escluso di poter disporre ex art. 670 c.p.p. la cessazione dell'esecuzione, in adempimento di Corte eur., Sez. II, 16 novembre 2001, *Rojas Morales c. Italia*, in quanto la decisione europea, pur accertativa della violazione dell'art. 6 CEDU, non aveva espressamente sollecitato la riapertura del processo. In dottrina, sia pure in termini maggiormente dubitativi, GIALUZ, Mitja. Una sentenza “additiva di istituto”, cit., p. 3316; LORENZETTO, Elisa. Violazioni convenzionali, cit., p. 12.

<sup>67</sup> Così GIALUZ, Mitja. Una sentenza “additiva di istituto”, cit., 3311 s. V. anche, con qualche diverso accento, DE SALVIA, Michele. L'obbligo degli Stati, cit., p. 73; COZZI, Alessia Ottavia. L'impatto delle sentenze della Corte di Strasburgo sulle situazioni giuridiche interne definite da sentenze passate in giudicato: la configurabilità di un obbligo di riapertura o revisione del processo. In: SPITALERI, Fabio (a cura di). *L'incidenza del diritto comunitario e della CEDU sugli atti nazionali definitivi*. Milano: Giuffrè, 2009, p. 175 s.

<sup>68</sup> Secondo cui «ove il Comitato dei Ministri ritenga che la sorveglianza di una sentenza definitiva è intralciata dalla difficoltà di interpretare tale sentenza, esso può investire la Corte affinché si pronunci su tale questione d'interpretazione...».

conduca “in automatico” all’apertura della procedura d’infrazione ex art. 46, §§ 4 e 5, CEDU<sup>69</sup>; qualora, invece, la motivazione della decisione europea qualifichi il *re-trial* come misura ‘in principio’ appropriata, o finanche come la misura ‘più appropriata’, il giudice dell’impugnazione straordinaria godrà di un margine di apprezzamento nel valutarne l’ammissibilità, fermo restando che l’eventuale diniego del rimedio dovrà essere adeguatamente motivato<sup>70</sup>.

A conforto di questa lettura può invocarsi, anzitutto, la prassi del Comitato dei ministri, che ha talora chiuso positivamente la procedura esecutiva, di sentenze recanti una *re-opening clause*, nonostante le autorità nazionali avessero negato alla vittima della violazione la riapertura del processo, sul presupposto che le ragioni, addotte nel caso concreto a fondamento del diniego, risultassero adeguate<sup>71</sup>.

In termini analoghi si è autorevolmente espressa la Grande Camera *in re* Moreira-Ferreira. La Corte di Strasburgo era chiamata a verificare la conformità all’art. 6 CEDU del diniego, ad opera del giudice portoghese, della riapertura del processo sollecitata, quale rimedio ‘in

<sup>69</sup> Secondo cui «ove il Comitato dei Ministri ritenga che un’Alta parte contraente rifiuti di attenersi ad una sentenza definitiva in una controversia di cui è parte, esso può, dopo aver messo in mora questa Parte...investire la Corte dell’osservanza ad opera di questa Parte degli obblighi relativi al paragrafo 1...». In dottrina v. CAIANIELLO, Michele. La riapertura del processo per dare attuazione alle sentenze della Corte europea dei diritti: verso l’affermarsi di un nuovo modello. *Quaderni costituzionali*, Bologna: Il Mulino, 2011, n. 3, p. 670, <https://doi.org/10.1439/35285>, per il quale non vi saranno spazi per rifiutare l’esame dell’istanza di revisione «quando la Corte europea abbia dichiarato iniqua la condanna e abbia chiesto esplicitamente», nonché «in maniera non equivoca», la «riapertura del processo».

<sup>70</sup> Su posizioni non dissimili LOGLI, Andrea. La riapertura del processo, cit., p. 939, per il quale devono distinguersi i casi in cui la riapertura «risulti imposta allo Stato», da quelli in cui «questa sia semplicemente “opportuna”».

<sup>71</sup> Cfr. *CM/ResDH(2007)1*, del 14 febbraio 2007, in <<http://hudoc.exec.coe.int/>>. Accesso: 13 agosto 2018, con cui il Comitato dei ministri, a chiusura della procedura esecutiva di Corte eur., Gr. Camera, 12 maggio 2005, *Ocalan c. Turchia*, ha ritenuto che il diniego della riapertura del processo, sollecitata dalla Corte europea a ristoro di plurime violazioni dell’art. 6 CEDU, fosse stato adeguatamente motivato dal giudice nazionale, il quale, considerate le circostanze del caso concreto, aveva escluso che un nuovo giudizio potesse rovesciare gli esiti del primo. In dottrina, CALLARI, Francesco. *La revisione*, cit., p. 304, nota 119; GIALUZ, Mitja. Una sentenza “additiva di istituto”, cit., p. 3316.

principio' adeguato, da un precedente giudicato "convenzionale". La Corte ha condiviso, nel merito, gli argomenti addotti dal giudice nazionale, per il quale la revisione – prevista dall'art. 449 del codice portoghese «*when the conviction is irreconcilable with a judgement binding on the Portuguese State that has been delivered by an international authority or such a judgement casts serious doubt on the validity of the conviction in question*» – andava nella specie negata in quanto, «*although the procedural irregularity noted by the european Court could have had an impact on the applicant's sentence, it had not been serious enough for the conviction to be considered incompatible with the Court's judgement*»<sup>72</sup>. Per la Grande Camera, invero, la motivazione fornita dal giudice portoghese – anche alla luce dell'interpretazione, ad opera di costui, del pregresso giudicato europeo – non poteva dirsi arbitraria, ciò bastando, data l'assenza in quel giudicato di un'indicazione vincolante in ordine alla riapertura del processo, ad escludere che il relativo diniego integrasse una nuova violazione del *fair trial*.

Le considerazioni da ultimo svolte inducono però a riflettere sui parametri che il giudice italiano della revisione, allorché la decisione europea non lo vincoli a riaprire il processo, dovrà applicare nel vaglio preliminare di ammissibilità del rimedio, *ex art. 634 c.p.p.*<sup>73</sup>

La sentenza costituzionale n. 113 del 2011 afferma espressamente, a segnare il netto distacco della revisione "speciale" da quella tradizionale, che l'istituto di nuovo conio non potrà essere subordinato alla «condizione di ammissibilità, basata sulla prognosi assoluta, indicata dall'art. 631 c.p.p.»<sup>74</sup>.

Si tratta di una precisazione ineccepibile, dato che – come già rilevato – non necessariamente l'adeguamento al giudicato europeo, in

---

<sup>72</sup> Corte eur., Gr. Camera, 11 luglio 2017, *Moreira-Ferreira c. Portogallo*, cit., § 88.

<sup>73</sup> *Nulla quaestio*, naturalmente, sul rilievo, agli effetti della valutazione di ammissibilità, dei requisiti formali della richiesta di revisione previsti dall'art. 633 c.p.p., a partire dall'indicazione puntuale e specifica delle ragioni a sostegno dell'impugnazione straordinaria e dall'allegazione, oltretutto del giudicato interno di cui si chiede la caducazione, di quello convenzionale su cui la richiesta si fonda.

<sup>74</sup> Secondo tale disposizione, «gli elementi in base ai quali si chiede la revisione devono, a pena di inammissibilità della domanda, essere tali da dimostrare, se accertati, che il condannato deve essere prosciolto a norma degli articoli 529, 530 o 531».

particolare se dichiarativo di violazioni convenzionali “processuali”, postula una modifica contenutistica di quello interno<sup>75</sup>. Ciò non significa, tuttavia, che la condizione *ex art. 631 c.p.p.* non possa venire “adattata al ribasso” alle esigenze europee, dando rilievo – nel vaglio di ammissibilità della revisione – quantomeno ad una “aspettativa decisoria” più favorevole, se non ad una vera e propria prognosi assolutoria<sup>76</sup>. E’ invero la Racc. n. R (2000) 2 del Comitato dei Ministri – di cui si è già ricordato il ripetuto “avallo” ad opera del giudice di Strasburgo –, ad attribuire peso a siffatta valutazione prognostica, nell’affermare che la riapertura del procedimento andrà circoscritta ai casi, eccezionali, in cui la violazione convenzionale riscontrata sia di tale gravità da indurre seri dubbi sull’esito del processo.

Né potrebbe sostenersi che, poiché l’incidenza causale della violazione sul risultato decisivo è già apprezzata dalla Corte europea, ove quest’ultima, all’esito di siffatto apprezzamento, abbia formulato in motivazione una *re-trial clause*, il giudice nazionale debba limitarsi a prenderne atto<sup>77</sup>. In particolare nel caso, in cui la violazione convenzionale riscontrata attenga alla prova, deve infatti considerarsi che i parametri, sulla cui base il giudice europeo e quello italiano valutano il “peso” del vizio sulla decisione, sono diversi, giacché il primo decide alla luce della sola sentenza, il secondo anche degli atti processuali: ne discende che una violazione, ritenuta a Strasburgo determinante dell’esito processuale, potrebbe – a ragione – apparire irrilevante al vaglio del giudice interno<sup>78</sup>. Se ne trae conferma dalla già menzionata Risoluzione del Comitato dei ministri a chiusura dell’*affaire Ocalan c. Turchia*, che ha avallato la decisione del giudice nazionale, di non

---

<sup>75</sup> Cfr., *supra*, § 2.

<sup>76</sup> V. anche, con qualche diversa sfumatura, GIALUZ, Mitja. Una sentenza “additiva di istituto”, cit., p. 3316; LOGLI, Andrea. La riapertura del processo, cit., p. 942; PARLATO, Lucia. Revisione del processo iniquo, cit., p. 846.

<sup>77</sup> Lo smentisce apertamente Corte eur., Gr. Camera, 11 luglio 2017, *Moreira-Ferreira c. Portogallo*, cit., § 96, laddove, come appena ricordato nel testo, nemmeno esclude che il giudice nazionale possa autonomamente interpretare – in punto idoneità della violazione ad ingenerare dubbi sulla legittimità della condanna – il *decisum* di Strasburgo, a condizione che non lo distorca o travisi apertamente.

<sup>78</sup> Fra gli altri, GIALUZ, Mitja. Una sentenza “additiva di istituto”, cit., p. 3316;



dar corso alla riapertura del processo, ritenendone soddisfacente la motivazione, fondata sull'improbabilità di un diverso esito decisorio<sup>79</sup>.

Fra i parametri, che la Racc. n. R (2000) 2 e la giurisprudenza di Strasburgo reputano rilevanti per la decisione sulla riapertura del processo, rientra altresì la serietà delle conseguenze, che la vittima continui a subire per via della violazione convenzionale: nella materia penale si fa l'esempio, in particolare, del perdurante stato detentivo del condannato<sup>80</sup>. Considerato, però, che il dispositivo della sentenza n. 113 del 2011 coinvolge anche il decreto penale di condanna, al quale – per definizione – segue una sanzione esclusivamente pecuniaria (art. 459 comma 1 c.p.p.), è la stessa Corte costituzionale ad escludere che il rimedio resti “confinato” ai casi in cui sia in gioco la libertà personale. Né una condizione, restrittiva dell'accesso alla revisione “speciale”, potrebbe ravvisarsi nell'attualità – all'atto della relativa richiesta – degli effetti sanzionatori pregiudizievoli<sup>81</sup>. Poiché, infatti, una simile condizione non è contemplata per la revisione “tradizionale” – che al contrario è garantita «anche se la pena è già stata eseguita o è estinta» (art. 629 c.p.p.) – includerla fra i presupposti del rimedio “europeo” risulterebbe di dubbia compatibilità col principio di legalità processuale.

## **6. IL GIUDIZIO DI REVISIONE E I RELATIVI ESITI: LA “TRADUZIONE” DELLE VIOLAZIONI CONVENZIONALI NEI VIZI PROCESSUALI INTERNI**

Posto che obiettivo della revisione “speciale”, esperita a ristoro di violazioni convenzionali processuali, è l'integrale o parziale riapertura del processo, non necessariamente la riforma “contenutistica” del giudicato, significativi adattamenti si impongono quanto alle tipologie decisorie conclusive del giudizio sul merito dell'impugnazione straordinaria. E' la stessa Corte costituzionale, del resto, a sancire espressamente l'inapplicabilità alla revisione europea dell'art. 637 comma 2 c.p.p., secondo cui, in caso di accoglimento della richiesta di revisione, la

---

<sup>79</sup> Cfr., *supra*, nota 70.

<sup>80</sup> Cfr. l'*Explanatory memorandum* alla Racc. n. R (2000) 2, cit., § 11.

<sup>81</sup> Così, invece, LOGLI, Andrea. La riapertura del processo, cit., p. 640.

corte d'appello, revocato il giudicato di condanna, pronuncia senz'altro sentenza di proscioglimento<sup>82</sup>.

Per individuare le alternative decisorie, a disposizione del giudice della revisione europea, va però risolto il problema della “traduzione” nelle categorie proprie del diritto interno delle violazioni accertate dalla Corte di Strasburgo.

Come il Giudice delle leggi afferma chiaramente, infatti, la più significativa peculiarità della revisione “speciale” è data dal fatto che essa «comporta, nella sostanza, una deroga – imposta dall'esigenza di rispetto degli obblighi internazionali – al principio per cui i vizi processuali restano coperti dal giudicato». Il compito più delicato, che ne deriva al giudice della revisione, consiste allora nel valutare «come le cause della non equità del processo rilevate dalla Corte europea si debbano tradurre... in vizi degli atti processuali alla stregua del diritto interno, adottando nel nuovo giudizio tutti i conseguenti provvedimenti per eliminarli».

La difficoltà di questa operazione nasce dal fatto che, nel sistema italiano, i vizi degli atti processuali sottostanno a un rigido principio di tassatività, sulla cui base, da un lato, un'invalidità va dichiarata allorché prevista dalla legge, a prescindere dall'effettiva lesione degli interessi alla cui tutela è preposta, dall'altro, nessuna invalidità può essere dichiarata nei casi in cui la legge non la preveda, quand'anche una lesione di garanzie difensive si sia, nella sostanza, verificata<sup>83</sup>. Si tratta di una logica completamente antitetica a quella seguita dalla Corte dei diritti umani, per la quale rileva la “sostanza” della violazione di una garanzia convenzionale, a prescindere dal fatto che l'atto processuale, che quella lesione ha determinato, sia stato o no compiuto conformemente alla legge<sup>84</sup>. Se, quindi, la “traduzione” sollecitata dalla Corte costituzionale sarà relativamente semplice quando il dato normativo interno sia capiente rispetto alla riscontrata violazione

<sup>82</sup> Corte cost., 7 aprile 2011, n. 113, cit., § 8 del *Considerato in diritto*.

<sup>83</sup> Fra gli altri, CAPRIOLI, Francesco. Abuso del diritto di difesa e nullità inoffensiva. *Cassazione penale*, 2012, p. 2451; VOENA, Giovanni Paolo. Atti. In: CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio; BARGIS, Marta. *Compendio di procedura penale*. Padova: Cedam, 8<sup>a</sup> ed., 2016, p. 265.

<sup>84</sup> Cfr. KOSTORIS, Roberto. La revisione del giudicato iniquo e i rapporti tra violazioni convenzionali e regole interne. *Legislazione penale*, 2011, p. 477 ss.; QUATTROCOLO, Serena. Violazioni di convenzioni internazionali, cit., 660 s.

della CEDU – frutto di mera *interpretazione* “convenzionalmente difforme” –, rilevanti problemi nasceranno, invece, nell’ipotesi opposta.

Anteriormente all’avvento della revisione europea, una dottrina, quantomeno in relazione alle violazioni dell’art. 6 CEDU, aveva proposto una soluzione radicale al problema che ci occupa. Alla luce dell’art. 111 comma 1 Cost., secondo cui «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo...», aveva infatti osservato che la sentenza, frutto di un processo qualificato ingiusto dal giudice convenzionale, potrebbe reputarsi giuridicamente inesistente<sup>85</sup>. Questa opzione, peraltro, appare ormai preclusa proprio dalla scelta del Giudice delle leggi di intervenire in via additiva sulla revisione. L’inesistenza, infatti, è l’unica *species* di invalidità che, sopravvivendo al giudicato – *rectius*, impendendone in radice il formarsi<sup>86</sup> –, non ne postula la revoca, né l’annullamento, ma è di per sé dichiarabile in ogni tempo dal giudice dell’esecuzione, ex art. 670 c.p.p.: se il giudice costituzionale avesse condiviso la menzionata impostazione, sarebbe dunque stata quest’ultima disposizione, non l’art. 630 c.p.p., a doverne raccogliere l’intervento “additivo”.

Ciò premesso, si è condivisibilmente suggerito di distinguere, agli effetti della conversione delle categorie convenzionali in quelle interne, le violazioni probatorie – a partire da quelle che traggano origine da una lesione del contraddittorio – dalle violazioni difensive<sup>87</sup>.

a’) Quanto alle prime, va considerato che, di regola, la Corte europea non esclude in radice le prove, acquisite in violazione del contraddittorio ex art. 6, § 3, lett. d) CEDU, da quelle fruibili per la decisione, limitandosi per lo più ad impedire che ne rappresentino il fondamento

---

<sup>85</sup> UBERTIS, Giulio. Conformarsi alle condanne europee per violazione dell’equità processuale: doveroso e già possibile. *Corriere del merito*, 2007, p. 599. V. anche ZACCHÈ, Francesco. Cassazione e *iura novit curia*, cit., p. 785; MAZZA, Oliviero. *L’esecuzione può attendere*, cit., p. 2640, nonché, volendo, LAVARINI, Barbara. Giudicato penale, ed esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo. In: GAMBINI, Rosanna; SALVADORI, Margherita (a cura di). *Convenzione europea sui diritti dell’uomo: processo penale e garanzie*. Napoli: ESI, 2009, p. 146 s. Su posizioni simili, pur non parlando apertamente di inesistenza, FALATO, Fabiana, *La relatività*, cit., p. 104 ss.

<sup>86</sup> Cfr. VOENA, Giovanni Paolo. Atti, cit., p. 266.

<sup>87</sup> Cfr. in particolare KOSTORIS, Roberto. La revisione del giudicato iniquo, cit., p. 477.

«esclusivo o determinante»<sup>88</sup>. Il giudice, chiamato a riaprire il processo a ristoro di una siffatta violazione, dovrà quindi, se possibile, rinnovare l'assunzione probatoria in termini convenzionalmente compatibili<sup>89</sup>; diversamente – si pensi all'eventualità in cui la violazione consegua all'uso di dichiarazioni oggettivamente irripetibili –, potrà limitarsi a rivalutare il compendio probatorio, *comprendivo* dell'elemento “contestato” dalla Corte di Strasburgo, nel rispetto della *sole or decisive rule*<sup>90</sup>. Nessun ostacolo a questa operazione, quali che ne siano gli esiti sulla decisione – che potrebbe essere di proscioglimento o nuovamente di condanna – si trae dall'art. 637 comma 3 c.p.p., secondo cui il giudice non può prosciogliere sulla sola base di una diversa valutazione delle prove pregresse: la stessa sentenza costituzionale n. 113 del 2011, invero, ha escluso espressamente l'applicabilità della disposizione alla revisione europea.

Un'eccezione alla soluzione proposta dovrebbe però ravvisarsi nel caso in cui il diritto interno – “male interpretato” nel giudizio fonte della violazione convenzionale, o *medio tempore* modificato in termini più garantistici – consenta di ricondurre detta violazione ad una più rigida regola di esclusione probatoria, destinata a prevalere, giusta l'art. 53 CEDU, su quella “valutativa” prescritta dal giudice europeo, e tale da imporre al giudice della revisione una decisione *al netto* della prova inutilizzabile<sup>91</sup>.

<sup>88</sup> Fra le altre, Corte eur., Sez. III, 13 ottobre 2005, *Bracci c. Italia*, cit.; Id., Sez. I, 19 ottobre 2006, *Majadallah c. Italia*, cit.; più di recente, per un parziale *overruling*, v. però Corte eur., Gr. Camera, 15 dicembre 2011, *Al Khawaya e Tahery c. Regno unito*, in <<https://hudoc.echr.coe.int>>. Accesso: 14 agosto 2018, secondo cui l'art. 6 CEDU non impedisce radicalmente che la condanna si fondi in modo determinante su una prova acquisita senza contraddittorio, quando siano state riconosciute alla difesa garanzie procedurali “compensative”. Sul tema FER-RUA, Paolo. *La prova nel processo penale*, Torino: Giappichelli, 2015, p. 241 ss.

<sup>89</sup> Cfr. GIALUZ, Mitja. Una sentenza “additiva di istituto”, cit., p. 3317; KOSTORIS, Roberto. La revisione del giudicato iniquo, cit., p. 477; LORENZETTO, Elisa. Violazioni convenzionali, cit., p. 21.

<sup>90</sup> KOSTORIS, Roberto. La revisione del giudicato iniquo, cit., p. 477; v. anche GERACI, Rosa Maria. L'impugnativa straordinaria, cit., p. 85; Sembra invece escludere che l'elemento viziato possa essere rivalutato UBERTIS, Giulio. La revisione successiva a condanne della Corte di Strasburgo. *Giurisprudenza costituzionale*, 2011, p. 1547.

<sup>91</sup> Questa situazione si è registrata nel giudizio di revisione *in re* Dorigo, nel cui ambito era nato l'incidente di costituzionalità risolto dalla sentenza n. 113 del 2011. C. App. Bologna, 27 gennaio 2014, Dorigo, *inedita*, ha disposto la

Qualche precisazione si impone altresì quanto all'ipotesi in cui la violazione accertata a Strasburgo attenga all'art. 3 – oltreché all'art. 6 – CEDU, in ragione di un'acquisizione probatoria in contrasto col divieto di tortura o di trattamenti inumani e degradanti. Delle prove così acquisite, infatti, la giurisprudenza convenzionale preclude l'uso a prescindere da ogni considerazione sul carattere determinante rispetto alla decisione<sup>92</sup>. La via del recepimento interno andrebbe allora individuata nell'art. 191 c.p.p., certamente “capiente” a fronte delle violazioni *de quibus*, vuoi sulla base del collegamento con la previsione generale *ex art. 188 c.p.p.*, vuoi attraverso il nuovo comma 2-*bis*, che sancisce la radicale inutilizzabilità delle dichiarazioni acquisite mediante il delitto di tortura<sup>93</sup>. Dichiarata l'inutilizzabilità della prova, il giudice della revisione dovrebbe naturalmente decidere, anche in questo caso, *al netto* della medesima.

Al novero delle violazioni “probatorie” va ascritta anche l'inosservanza del regime convenzionale dell'*overtuning*, sulla cui base il prosciolto in primo grado non può – pena la violazione dei canoni del *fair trial ex art. 6 CEDU* – essere condannato in appello

---

rinnovazione istruttoria, funzionale all'esame in contraddittorio dei coimputati del Dorigo, *illo tempore* avvalsi del diritto al silenzio. Peraltro, in virtù delle modifiche normative sopravvenute al primo “giudicato Dorigo” e alla successiva decisione europea (cfr., *supra*, nota 15), le dichiarazioni, rese nelle indagini dai coimputati avvalsi in dibattimento del diritto al silenzio – nei limiti in cui questo possa venire opposto secondo i “novellati” artt. 197 e 197-*bis* c.p.p. –, sono divenute inutilizzabili verso l'imputato che non abbia potuto esercitare il contraddittorio. In ragione dello *ius superveniens*, allora, la violazione accertata dalla decisione europea ha trovato specifico riscontro nella categoria interna dell'inutilizzabilità, cioè in una regola di esclusione ben più garantista della *sole or decisive rule* convenzionale. Nel senso del testo, con qualche diversa sfumatura, KOSTORIS, Roberto. La revisione del giudicato iniquo, cit., p. 477; LORENZETTO, Elisa. Violazioni convenzionali, cit., p. 21; GIALUZ, Mitja. Una sentenza “additiva di istituto”, cit., p. 3315.

<sup>92</sup> Fra le altre, Corte eur., Gr. Camera, 11 luglio 2006, *Jalloh c. Germania*, cit., § 99; Id., Sez. III, 15 maggio 2018, *Sergey Ivanov c. Russia*, cit.; Id., Sez. I, 30 aprile 2015, *Shamardakov c. Russia*, cit., § 154. In dottrina CASSIBBA, Fabio. Brevi riflessioni sull'inutilizzabilità, cit., p. 112.

<sup>93</sup> Sulla portata, anche nella prospettiva convenzionale, di queste disposizioni, cfr., ancora, CASSIBBA, Fabio. Brevi riflessioni sull'inutilizzabilità, p. 113 s.

in forza di una mera rivalutazione “cartolare” di prove dichiarative *illo tempore* assunte<sup>94</sup>.

Come è noto, prima la giurisprudenza di legittimità – attraverso l’interpretazione convenzionalmente conforme dell’art. 603 comma 3 c.p.p.<sup>95</sup> – poi il legislatore – con l’introduzione dell’art. 603 comma 3-*bis*<sup>96</sup> – hanno infine adeguato la disciplina del giudizio d’appello ai canoni europei. Nelle more di tale percorso, però, l’Italia ha “rimediato” una condanna a Strasburgo, recante in motivazione l’invito a riaprire il procedimento<sup>97</sup>. Nel giudizio di revisione, recentemente promosso sulla scorta del predetto giudicato europeo<sup>98</sup>, la corte d’appello ha correttamente individuato proprio nel novellato art. 603 comma 2-*bis* c.p.p. lo strumento per “risanare” la violazione convenzionale, disponendo la rinnovazione dell’istruzione dibattimentale ai fini del nuovo esame dei dichiaranti indicati dalla difesa<sup>99</sup>.

In attesa degli esiti dell’impugnazione straordinaria, vale la pena di chiedersi cosa accadrebbe, se la rinnovazione istruttoria risultasse impossibile. Seppure la giurisprudenza convenzionale non sembri

<sup>94</sup> Fra le altre, Corte eur., Sez. III, 5 ottobre 2011, *Dan c. Moldavia*; Id., Sez. III, 4 giugno 2013, *Hanu c. Romania*, nonché, recentemente, Id., Sez. I, 29 giugno 2017, *Lorefice c. Italia* (tutte in <<https://hudoc.echr.coe.int>>. Accesso: 14 agosto 2018).

<sup>95</sup> Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, Dasgupta, *Processo penale e giustizia*, 2016, n. 6, p. 46; Id., Sez. un., 28 ottobre 2016, Patalano, *Cassazione penale*, 2017, p. 2666.

<sup>96</sup> Sulla portata della nuova disposizione, introdotta dalla l. n. 103 del 2017, v., fra gli altri, CAPONE, Arturo. Appello del pubblico ministero e rinnovazione istruttoria. In: BARGIS, Marta; BELLUTA, Hervè (a cura di). *La riforma delle impugnazioni tra carenze sistematiche e incertezze applicative*, Torino: Giappichelli, 2017, p. 58 ss.

<sup>97</sup> Corte eur., Sez. I, 29 giugno 2017, *Lorefice c. Italia*, cit., § 52.

<sup>98</sup> Individua nella revisione europea il rimedio ai casi, di violazione del regime convenzionale dell’*overtuning*, «trattati dalla Corte europea», GALANTINI, Novella. La riassunzione della prova dichiarativa in appello: note a margine di Sezioni unite Troise. In: <<http://www.penalecontemporaneo.it>>, 17 aprile 2018, p. 8. Accesso: 14 agosto 2018.

<sup>99</sup> Cfr., nell’ambito della procedura esecutiva della sentenza *Lorefice c. Italia* (DH-DD(2018)36, in <<http://hudoc.exec.coe.int/>>. Accesso: 14 agosto 2018), la Comunicazione inviata dalle Autorità italiane al Comitato dei Ministri il 20 dicembre 2017, ove si dà conto dell’evolversi del giudizio di revisione.

imporlo<sup>100</sup>, la conferma del giudicato assolutorio parrebbe inevitabile alla luce della giurisprudenza interna, secondo cui la riassunzione della prova dichiarativa, nel rispetto del principio di oralità/immediatezza, è il solo strumento per superare il “ragionevole dubbio” sulla colpevolezza, ingenerato dal proscioglimento in primo grado: come le Sezioni unite hanno osservato, infatti, tale regola non conosce eccezioni, sì che, quand’anche «la rinnovazione in appello della prova dichiarativa si riveli impossibile, ad esempio per irreperibilità, infermità o decesso del soggetto da esaminare....non vi sono ragioni per ritenere consentito un ribaltamento del giudizio assolutorio *ex actis*»<sup>101</sup>.

Al di là della ricordata inapplicabilità dell’art. 637 comma 3 c.p.p., la revisione europea, disposta a ristoro di una violazione convenzionale probatoria, non segna un eccessivo distacco dal modello tradizionale: conformemente a quest’ultimo modello, il giudice dovrà limitarsi a rinnovare i segmenti acquisitivo e/o valutativo del procedimento probatorio – nei termini imposti dall’adeguamento ai canoni europei – senza possibilità di dichiarare d’ufficio l’estinzione del reato *ex art. 129 c.p.p.*, o di rilevare invalidità – estranee alla prova “convenzionalmente viziata” – che non si siano verificate nel medesimo giudizio di revisione<sup>102</sup>. Come nella revisione “ordinaria”, ancora, di caducazione del giudicato potrà

---

<sup>100</sup> La sentenza *Lorefice c. Italia* (§ 44), nel dare atto che potrebbero esservi casi – nella specie non dimostrati – in cui «risulta impossibile sentire un testimone di persona nel dibattimento d’appello, ad esempio a causa del suo decesso», richiama, in proposito Corte eur, Gr. Camera, 15 dicembre 2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno unito*, cit.: parrebbe allora trarsene che, a fronte dell’impossibilità della riassunzione, il giudice d’appello possa, a norma di Convenzione, condannare l’imputato anche sulla base di una mera rivalutazione cartolare *in damno* della prova dichiarativa, a condizione che questa non sia esclusiva o determinante, o che – secondo appunto la *rule Al-Khawaja* – possano rinvenirsi garanzie difensive “compensative”.

<sup>101</sup> Testualmente Cass. Sez. un., 28 aprile 2016, Dargupta, cit. V. anche Id., Sez. un., 28 ottobre 2016, Patalano, cit.; Id., Sez. Un., 21 dicembre 2017, Troise, in <<http://www.penalecontemporaneo.it>>, 17 aprile 2018. Accesso: 14 agosto 2018.

<sup>102</sup> Cfr. GIALUZ, Mitja. Una sentenza “additiva di istituto”, cit., p. 1080, il quale rileva come, in tal caso, la revisione europea si presenti «come impugnazione straordinaria limitatamente devolutiva a struttura rinnovatoria», l’oggetto della quale, «esattamente come [*quello del*]la revisione ordinaria, è circoscritto entro i limiti segnati dalla richiesta»; v. anche LORENZETTO, Elisa. Violazioni convenzionali, cit., p. 22.

parlarsi, adattando alle specificità “europee” l’art. 637, comma 2, c.p.p., solo quando la rinnovata assunzione, o valutazione, probatoria, conduca ad esiti decisori diversi e più favorevoli – almeno in parte – rispetto a quelli del processo riaperto. In caso contrario, riacquisirà piena efficacia il “vecchio” giudicato, del quale riprenderà l’esecuzione nel caso in cui il giudice, in applicazione dell’art. 635 c.p.p.<sup>103</sup> – della cui “compatibilità” con la revisione europea non può dubitarsi<sup>104</sup> – l’abbia sospesa.

Appaiono di conseguenza adattabili, con qualche forzatura, le categorie decisorie previste per la revisione tradizionale: il giudice accoglierà nel merito l’impugnazione straordinaria ove, alla luce della nuova assunzione o valutazione probatoria, prosciogla l’imputato o lo condanni in termini meno gravosi (art. 637 comma 2 c.p.p.), mentre rigetterà la richiesta di revisione nel caso in cui alla riapertura del processo non segua una modifica *in melius* del precedente giudicato, bensì la sua “rivitalizzazione” (art. 637 comma 4 c.p.p.). Va da sé che, accedendo a questa ricostruzione, dovrà intendersi fisiologicamente sotteso alla revisione, disposta a ristoro di violazioni probatorie, il divieto di *reformatio in peius*, peraltro espressamente richiamato, sia pure in un *obiter dictum*, dalla sentenza n. 113 del 2011<sup>105</sup>.

b’) E’ più complessa la traduzione in vizi processuali interni delle violazioni convenzionali “difensive” (per tali intendendosi, in senso lato, le violazioni dell’art. 6 CEDU che non abbiano direttamente a che fare con la prova<sup>106</sup>). *Nulla quaestio* allorché la violazione trovi riscontro in un’inosservanza di legge interna, e questa sia sanzionata da una nullità speciale – quand’anche non rilevata nel precedente processo –, o possa ricondursi a una nullità generale tramite l’interpretazione convenzionalmente conforme dell’art. 178 c.p.p.<sup>107</sup>

<sup>103</sup> Secondo cui la corte d’appello può sospendere l’esecuzione della pena o della misura di sicurezza, se del caso applicando una fra le misure coercitive ex artt. 281, 282, 283 e 284 c.p.p.

<sup>104</sup> Fra gli altri QUATTROCOLO, Serena. Violazioni di convenzioni internazionali, cit., p. 661.

<sup>105</sup> Corte cost. 7 aprile 2011, n. 113, cit., § 5 del *Considerato in diritto*.

<sup>106</sup> Si pensi ad un processo celebrato davanti a un giudice non indipendente o imparziale, oppure alla violazione dei diritti di informativa o di altre garanzie partecipative dell’imputato.

<sup>107</sup> Cfr. GERACI, Rosa Maria. L’impugnativa straordinaria, cit., p. 85.



*Quid iuris*, invece, se l'atto processuale interno, in cui la Corte europea abbia ravvisato una violazione convenzionale, sia stato inequivocabilmente compiuto conformemente alla legge<sup>108</sup>? In tale caso il principio di tassatività delle invalidità non lascia alcuno spazio d'interpretazione conforme, e non sembra quindi residuare altra via che un incidente di costituzionalità, fondato sul contrasto fra la norma nazionale e gli artt. 6 CEDU e 117 Cost.<sup>109</sup>

Non convince la diversa impostazione per cui sarebbero comunque applicabili le fattispecie di nullità generale, sul presupposto che la violazione di legge, richiesta dagli artt. 177 e 178 c.p.p. per il concretarsi della nullità, sia riferibile all'art. 6 CEDU nell'interpretazione offerta dalla giurisprudenza europea<sup>110</sup>: siffatta lettura si tradurrebbe infatti in un'intollerabile disapplicazione della legge nazionale, laddove esclude la nullità di un atto conforme al suo modello legale, in favore dell'applicazione diretta di una regola europea di matrice giurisprudenziale, operazione radicalmente esclusa – questa – dalla stessa giurisprudenza ordinaria e costituzionale<sup>111</sup>, e comunque in contrasto con l'art. 101 comma 2 Cost.<sup>112</sup>

Nei limiti in cui la violazione convenzionale trovi riscontro in una nullità interna, il giudice della revisione dovrà dichiararla, traendone tutte

---

<sup>108</sup> Per un calzante esempio v. KOSTORIS, Roberto. La revisione del giudicato iniquo, cit., p. 479, il quale ipotizza che «venga concesso il termine prescritto dalla legge, ma questo si riveli, nel caso concreto, del tutto inadeguato a una difesa effettiva», conducendo la Corte europea a ravvisare la violazione dell'art. 6, § 1, lett. b) CEDU: in tale eventualità, la pur ampia fattispecie di nullità generale ex art. 178 lett. c) c.p.p. non potrebbe certo invocarsi, non essendo ravvisabile alcuna «inosservanza delle disposizioni stabilite dalla legge per gli atti del procedimento».

<sup>109</sup> KOSTORIS, Roberto. La revisione del giudicato iniquo, cit., p. 479; UBERTIS, Giulio. La revisione, cit., p. 1547.

<sup>110</sup> Cfr. IACOVIELLO, Francesco Maria. Il quarto grado, cit., p. 815.

<sup>111</sup> Cfr., in termini particolarmente chiari, Cass., Sez. Un., 28 aprile 2016, Dasgupta, cit.: «i principi contenuti nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, come viventi nella giurisprudenza consolidata della Corte EDU, pur non traducendosi in norme di diretta applicabilità nell'ordinamento nazionale, costituiscono criteri di interpretazione ('convenzionalmente orientata') ai quali il giudice nazionale è tenuto a ispirarsi nell'applicazione delle norme interne».

<sup>112</sup> In termini critici verso questa soluzione interpretativa KOSTORIS, Roberto. La revisione del giudicato iniquo, cit., p. 479 s.

le conseguenze che il regime di tale invalidità impone, giusta gli artt. 185 e 604 c.p.p.<sup>113</sup> A fronte della nullità di un atto propulsivo, quindi, la revisione europea finirà per avere natura pienamente rescindente, con quanto ne deriva in termini di immediata caducazione del giudicato – quale effetto automatico del vaglio positivo sull’ammissibilità dell’impugnazione –, di eventuale regressione del procedimento<sup>114</sup>, e di reviviscenza, in capo al giudice procedente, di pieni poteri cognitivi e decisorii, anche agli effetti del proscioglimento immediato *ex art. 129 c.p.p.*<sup>115</sup>

Taluno contesta questa soluzione, rilevando che, proprio in ragione dell’innesto del nuovo rimedio sugli artt. 629 ss. c.p.p., il giudice della revisione europea non potrà esercitare poteri diversi da quelli strettamente necessari a rimediare alla violazione convenzionale, con esclusione, in particolare, del potere di pronunciare d’ufficio il proscioglimento *ex art. 129 c.p.p.* o di rilevare altre invalidità incorse – e non dichiarate – nel giudizio di cognizione, ove la Corte di Strasburgo non le abbia ritenute “convenzionalmente rilevanti”<sup>116</sup>.

A noi sembra però che, in difetto di diversa e apposita disciplina, alla declaratoria di una nullità – quand’anche effettuata dal giudice della revisione per “tradurre” nelle categorie interne una violazione convenzionale – non possano che seguire gli effetti che la stessa produrrebbe nell’ordinario giudizio di cognizione. Riconoscendo alla revisione europea,

<sup>113</sup> Cfr. UBERTIS, Giulio. La revisione, cit., p. 1547.

<sup>114</sup> *Contra*, limitatamente a questo profilo, LORENZETTO, Elisa. Violazioni convenzionali, cit., p. 23.

<sup>115</sup> V. GIALUZ, Mitja. Una sentenza “additiva di istituto”, cit., p. 3317; LORENZETTO, Elisa. Violazioni convenzionali, cit., p. 23; MAZZA, Oliviero. La procedura penale, cit., p. 50. Resta da chiedersi entro che limiti il giudice procedente, a norma appunto dell’art. 129 c.p.p., possa dichiarare il reato estinto per prescrizione: secondo GIALUZ, Mitja. Una sentenza “additiva di istituto”, cit., p. 3317, nota 27, «il tempo compreso tra la pronuncia della sentenza di condanna irrevocabile e la sua revoca, ossia lo *spatium temporis* rappresentato dal giudizio davanti alla Corte di Strasburgo sino all’ammissione della revisione europea» non va computato nel termine di prescrizione. Auspica un intervento legislativo chiarificatore QUATTROCOLO, Serena. Violazioni di convenzioni internazionali, cit., p. 665 s.

<sup>116</sup> Cfr., con varie sfumature, KOSTORIS, Roberto. La revisione del giudicato iniquo, cit., p. 478; QUATTROCOLO, Serena. Violazioni di convenzioni internazionali, cit., p. 662 ss.

deputata a riaprire il processo a ristoro di una violazione difensiva inficiante un atto propulsivo, effetto pienamente rescindente, si evita inoltre un irragionevole squilibrio fra tale rimedio e la rescissione del giudicato, che anch'essa fruibile – come vedremo – per il ripristino di una garanzia convenzionale di siffatta natura, ha effetti ampiamente restitutori<sup>117</sup>.

Va da sé che, nell'eventualità che ci occupa, le tipologie decisorie conclusive del giudizio di revisione saranno decisamente eccentriche rispetto ai modelli *ex art. 637 c.p.p.*, registrandosi la difficoltà, in particolare, di distinguere nettamente il piano dell'ammissibilità da quello del merito<sup>118</sup>: al giudice della revisione sembra porsi, invero, la sola alternativa fra la declaratoria di inammissibilità dell'impugnazione straordinaria, e il relativo accoglimento per il tramite di una sentenza, meramente rescindente, assimilabile a quella di annullamento, a cui segue la trasmissione degli atti al giudice di primo o secondo grado, secondo i criteri *ex art. 604 c.p.p.* L'"aggancio" testuale per questa soluzione è secondo noi rinvenibile nel già ricordato *art. 185 c.p.p.*, quale norma di portata generale applicabile, per effetto della caducazione del giudicato, anche nel giudizio di revisione. La clausola di salvaguardia *ex art. 185 comma 3 c.p.p.*, in una con il fatto che giudice della revisione è la corte d'appello, può poi giustificare – sia pure con qualche forzatura – il richiamo all'*art. 604 c.p.p.*<sup>119</sup>

Resta da chiedersi se nel nuovo giudizio, seguente all'annullamento del giudicato affetto da violazioni convenzionali "difensive", viga il divieto di *reformatio in peius*. In senso almeno in parte contrario depone un noto precedente delle Sezioni Unite, che, seppure riconosca nel divieto un «principio di carattere generale in materia di impugnazioni», ne esclude l'operatività a fronte di una sentenza di annullamento *ex art. 604 comma 4 c.p.p.*, cioè di una sentenza che dichiara una nullità assoluta, o intermedia non sanata, da cui sia derivata la nullità del decreto che dispone il giudizio o della sentenza di primo grado<sup>120</sup>. A fondare la

---

<sup>117</sup> Cfr., *infra*, § 7.

<sup>118</sup> V. anche QUATTROCOLO, Serena. Violazioni di convenzioni internazionali, cit., p. 660 e 662.

<sup>119</sup> Criticamente, invece, QUATTROCOLO, Serena. Violazioni di convenzioni internazionali, cit., p. 662 s.

<sup>120</sup> Cass., Sez. un., 11 aprile 2006, Maddaloni, *CED Cass.*, n. 233729, secondo cui «il concetto di *reformatio in peius* implica necessariamente l'esistenza di un

soluzione positiva può però invocarsi il già ricordato *obiter dictum* della sentenza costituzionale n. 113 del 2011<sup>121</sup>, oltre alla dubbia conciliabilità di una revisione *in damno*, da un lato, col requisito dell'interesse a impugnare che sorregge anche le impugnazioni straordinarie, dall'altro, con quella prognosi di “decisione più favorevole” che, anche sulla scorta dei criteri ricavabili dalla giurisprudenza convenzionale e dalla prassi del Comitato dei Ministri, abbiamo detto condizionare l'accesso all'istituto.

## 7. I CONFINI TRA LA REVISIONE “EUROPEA” E LA RESCISSIONE DEL GIUDICATO

Come abbiamo accennato, l'“addizione” al sistema della revisione europea è stata giustificata dalla Corte costituzionale a titolo di mera supplenza di un auspicabile intervento del legislatore, «ovviamente libero di regolare con una diversa disciplina – recata anche dall'introduzione di un autonomo e distinto istituto – il meccanismo di adeguamento alle pronunce definitive della Corte di Strasburgo»<sup>122</sup>.

Lo strumento apprestato dalla sentenza n. 113 del 2011 non potrà quindi applicarsi a ristoro delle violazioni del *fair trial* che possano contare su un diverso rimedio, predisposto, appunto, per via legislativa.

Questo sembra il caso delle violazioni connesse al processo *in absentia*, per fare fronte alle quali il legislatore, proprio sulla scia delle plurime condanne in cui l'Italia era incorsa a Strasburgo – e dunque in adeguamento “strutturale” ai canoni convenzionali – aveva prima introdotto una fattispecie speciale di restituzione in termini<sup>123</sup>, poi sostituita – nel contesto della radicale riforma del giudizio in assenza ad opera della l. 28

---

termine di paragone rappresentato da una precedente sentenza, presupposto che viene a mancare quando questa sia stata cancellata, in quanto atto finale di un giudizio nullo e perciò privo di effetti». Proprio su tali basi, adombra l'inoperatività del divieto QUATTROCOLO, Serena. Violazioni di convenzioni internazionali, cit., p. 662 e nota 36.

<sup>121</sup> Cfr., *supra*, nota 100.

<sup>122</sup> Corte cost., 7 aprile 2011, n. 113 § 9 del *Considerato in diritto*.

<sup>123</sup> Ci riferiamo al d.l. 21 febbraio 2005, n. 17, conv. in l. 22 aprile 2005, n. 60, che, modificando l'art. 175 comma 2 c.p.p., aveva ampliato i margini della restituzione nei termini per impugnare la sentenza contumaciale.

aprile 2014, n. 67 – dalla rescissione del giudicato. Quest’ultima, originariamente attribuita alla competenza funzionale della Corte di cassazione e disciplinata dall’art. 625-ter c.p.p., è stata “trasferita” dalla l. n. 103 del 2017 alla competenza della corte d’appello<sup>124</sup>, e ricollocata sistematicamente nell’art. 629-bis c.p.p., vale a dire nell’alveo della disciplina della revisione, in cui trova “albergo” anche la variante europea dell’istituto<sup>125</sup>.

Se quindi la Corte dei diritti umani ravvisasse, oggi, una violazione del regime convenzionale del processo in assenza – magari per i rigidi oneri probatori a cui i rimedi restitutori *ante-iudicatum*, e la stessa rescissione quale ultima via di ricorso interno *ex art. 35 CEDU*<sup>126</sup>, sono condizionati<sup>127</sup> –, l’esecuzione dei relativi *dicta* dovrebbe passare proprio

---

<sup>124</sup> Da individuarsi, sotto il profilo territoriale, in quella «nel cui distretto ha sede il giudice che ha emesso il provvedimento» (art. 629-bis comma 2 c.p.p.) e non, come nel caso della revisione, in quella identificata «secondo i criteri dell’articolo 11» (art. 633 comma 1 c.p.p.).

<sup>125</sup> Per un completo quadro della rescissione del giudicato, a partire dall’introduzione sino alle più recenti modifiche, v. SPAGNOLO, Paola. Un istituto nuovo e uno vecchio: la rescissione del giudicato e la restituzione nel termine. *Legislazione penale*, 2014, n. 4, p. 636 ss.; SPAGNOLO, Paola. La rinnovata fisionomia della rescissione del giudicato. In: BARGIS, Marta; BELLUTA, Hervé (a cura di). *La riforma delle impugnazioni*, cit., p. 141 ss.

<sup>126</sup> Cfr. DIDI, Alessandro. Novità in materia di impugnazioni e di *restitutio in integrum*. In: VIGONI, Daniela (a cura di), *Il giudizio in assenza dell’imputato*. Torino: Giappichelli, 2014, p. 224, secondo cui la richiesta di rescissione rappresenta «il nuovo rimedio interno di cui il condannato che ritenga di aver subito un processo *in absentia* in violazione dell’art. 6 della CEDU dovrà servirsi prima di rivolgersi alla Corte di Strasburgo» (non risultando altrimenti esaurite le vie di ricorso interne, *ex art. 35 CEDU*). V. anche LORENZETTO, Elisa. Violazioni convenzionali, cit., p. 24; SPAGNOLO, Paola. Un istituto nuovo e uno vecchio, cit., p. 638.

<sup>127</sup> Spetta infatti all’imputato o al condannato “in assenza” provare che questa è stata dovuta «ad una incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo» (art. 629-bis comma 1 c.p.p.) in ciò ravvisandosi un nuovo «spazio di possibile “sofferenza convenzionale”»: testualmente, QUATTROCOLO, Serena. Il contumace cede la scena processuale all’assente, mentre l’irreperibile l’abbandona. *Diritto penale contemporaneo, Riv. trim.*, 2014, n. 2, p. 105 s. (disponibile in <<http://www.penalecontemporaneo.it>>. Accesso: 14 agosto 2018); v. altresì, anche per l’individuazione di ulteriori profili di attrito col regime convenzionale dell’assenza, CASIRAGHI, Roberta. La rescissione del giudicato: molte questioni interpretative sul tappeto. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2018, p. 207 ss. Per un completo quadro delle coordinate convenzionali del processo in assenza QUATTROCOLO, Serena. Assenza e

dall'istituto “speciale” ex art. 629-*bis* c.p.p., non dalla revisione europea, quale rimedio di portata generale e suppletiva<sup>128</sup>.

L'assunto non è condiviso da una parte della dottrina, secondo cui la rescissione «ad ora...nulla [ha] a che fare con l'esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo, nel senso che non ne rappresenta uno strumento di attuazione»<sup>129</sup>; anche a ristoro di violazioni convenzionali in tema di processo *in absentia*, quindi, «non resterebbe che affidarsi alla revisione europea...»<sup>130</sup>.

Non condividiamo questa tesi. Va rimarcato, anzitutto, come la rescissione prescinda dall'invalidità della decisione in assenza, dato che viene garantita al condannato (o al prosciolto sottoposto a misura di sicurezza), che dimostri l'incolpevole ignoranza del processo, non solo quando questo sia stato illegittimamente celebrato fuori dei casi ex art. 420-*bis* c.p.p., ma anche quando, ricorrendo gli indici di conoscenza del procedimento ivi previsti, il giudizio *in absentia* fosse legittimo<sup>131</sup>. Si tratta di un'impostazione pienamente conforme – almeno sotto questo profilo – alla logica convenzionale, che, come ribadito più volte, svincola

---

irreperibilità dell'imputato. *Enciclopedia del diritto, Annali*, IX. Milano: Giuffrè, 2016, p. 31 ss..

<sup>128</sup> Così anche DIDDI, Alessandro. Novità in materia di impugnazioni, cit., p. 224; MAZZA, Oliviero. Cedu e diritto interno. In: GAITO, Alfredo. *I principi europei del processo penale*, cit., p. 17 s.; TROISI, Paolo. La flessibilità, cit., p. 15, nota 56. Con maggiori riserve LORENZETTO, Elisa. Violazioni convenzionali, cit., p. 24.

<sup>129</sup> Testualmente BELLUTA, Hervè. Le impugnazioni come rimedi ripristinatori: verso il giusto processo in assenza dell'imputato. In: DANIELE, Marcello; PAULESU, Pier Paolo (a cura di). *Strategie di deflazione penale e rimodulazioni in absentia*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 267; v. anche SPAGNOLO, Paola. Un istituto vecchio e uno nuovo, cit., p. 638, nota 10.

<sup>130</sup> CASIRAGHI, Roberta. La rescissione del giudicato, cit., p. 210.

<sup>131</sup> Cfr., con qualche diversa sfumatura, BARGIS, Marta. La rescissione del giudicato ex art. 625 *ter* c.p.p.: un istituto da rivedere, *Diritto penale contemporaneo, Riv. trim.*, 2015, n. 1, p. 165 (disponibile in <<http://www.penalecontemporaneo.it>>. Accesso: 14 agosto 2018); BELLUTA, Hervè. Le impugnazioni come rimedi ripristinatori, cit., p. 268; DI PAOLO, Gabriella. I presupposti della rescissione del giudicato. In: CORVI, Paola (a cura di). *Le impugnazioni straordinarie*, cit., p. 216; LORENZETTO, Elisa. Soltanto in Cassazione o anche in appello, questo è il dilemma, in <<http://www.laegislazionepenale.eu/>>, 7 dicembre 2017, p. 10 e nota 29. Accesso: 14 agosto 2018; QUATTROCOLO, Serena. Assenza e irreperibilità, cit., p. 54.

*l'ingiustizia dall'invalidità del processo. Sarebbe allora paradossale negare la fruibilità, in adeguamento al giudicato europeo, proprio dell'unico rimedio che, diversamente dalla revisione, non chiede di mettere in discussione il principio di tassatività delle invalidità, per estendere queste ultime ad atti conformi alla legge, ma convenzionalmente viziati.*

A ciò si aggiunga che la rescissione offre un modulo procedimentale – incentrato su una prima fase rescindente, cui segue la trasmissione degli atti al giudice di primo grado per il giudizio di merito – di per sé idoneo a garantire una pressoché integrale rinnovazione processuale, laddove – per raggiungere analogo obiettivo – la revisione europea, come si è detto, postula una forzatura del modello *ex artt. 634-636 c.p.p.*

Va da sé che l'esperibilità del rimedio in chiave *riparatoria* della violazione convenzionale rischia di trovare ostacolo in quella stessa rigidità dei relativi presupposti – a partire dall'onere di provare «che l'assenza è stata dovuta a un'incolpevole mancata conoscenza del processo» – che, come accennato, potrebbe impedire alla rescissione di *prevenire* quella violazione. In tale eventualità, peraltro, ammesso che fallisca ogni tentativo d'interpretazione conforme<sup>132</sup>, o che ad assolvere l'*onus probandi* non possa bastare l'allegazione del giudicato europeo, la soluzione corretta sarebbe un incidente di costituzionalità dell'art. 629-*bis* c.p.p.<sup>133</sup>.

Ciò premesso, qualche riflessione è ancora opportuna sull'ambito applicativo e sui profili procedurali della rescissione declinata in chiave europea, onde metterne meglio in luce analogie, differenze e interazioni con la revisione "speciale". Sotto questo profilo, va innanzitutto sottolineato che la rescissione, anche se "spesa" in esecuzione di un giudicato europeo, non può essere condizionata – diversamente dalla revisione "speciale" – ad alcuna prognosi di miglior esito decisorio del nuovo processo, non essendovi traccia di tale condizione nell'art. 629-*bis* c.p.p.<sup>134</sup> Data l'assoluta preminenza del diritto di partecipazione

---

<sup>132</sup> Per un siffatto tentativo cfr. CASIRAGHI, Roberta. La rescissione del giudicato, cit., p. 210 ss.; SPAGNOLO, Paola. La rinnovata fisionomia della rescissione, cit., p. 159 s.

<sup>133</sup> Cfr. LORENZETTO, Elisa. Violazioni convenzionali, cit., p. 24.

<sup>134</sup> In ordine all'assenza, fra le condizioni di ammissibilità della rescissione, di una prognosi sull'esito del processo, v. SPAGNOLO, Paola. Un istituto nuovo e uno vecchio, cit., p. 647.

personale al processo nell'ambito delle garanzie del *fair trial*, richiedere in concreto una siffatta valutazione potrebbe del resto apparire eccessivo, ben potendosi presumere – sino a successiva smentita – che proprio la compressione delle garanzie partecipative dell'imputato abbia influenzato negativamente gli esiti del primo giudizio.

Non è chiaro, piuttosto, se il giudice della fase rescissoria sia o no vincolato al divieto di *reformatio in peius*. La dottrina occupatasi dell'ambito "fisiologico" del rimedio *ex art. 629-bis c.p.p.* ha opinioni discordanti<sup>135</sup>. A nostro parere, in favore dell'operatività del divieto potrebbe pesare, in una con la sua natura di principio generale delle impugnazioni, il fatto che – coerentemente all'applicabilità della rescissione anche fuori dei casi di invalidità del processo in assenza – il provvedimento rescindente si traduca nella *revoca*, non nell'*annullamento*, del pregresso giudicato: ciò dovrebbe escludere l'estensibilità all'istituto di quell'orientamento giurisprudenziale – già ricordato in materia di revisione "speciale"<sup>136</sup> – per cui l'annullamento della decisione impugnata, a fronte della nullità non sanata di un atto propulsivo, elide il divieto di *reformatio in peius*<sup>137</sup>. Con specifico riguardo alla fruibilità della rescissione in chiave esecutiva di un giudicato europeo, pare altresì richiamabile – per coerenza sistematica – la presa di posizione della Corte costituzionale in ordine all'applicabilità del divieto alla revisione "speciale"<sup>138</sup>.

<sup>135</sup> In senso contrario all'operatività del divieto v. BARGIS, Marta. La rescissione del giudicato, cit., p. 168; BELLUTA, Hervè. Le impugnazioni come rime-di ripristinatori, cit., p. 273; CARVELLI, Chiara. Rescissione del giudicato e *reformatio in peius*. *Diritto penale e processo*, 2014, p. 1045 s.; CASIRAGHI, Roberta. La rescissione del giudicato, cit., p. 237; FALATO, Fabiana. *La relatività del giudicato*, cit., p. 357; SPAGNOLO, Paola. La rinnovata fisionomia della rescissione, cit., p. 163. Favorevolmente, invece, BISCARDI, Giuseppe. Eclissi della contumacia e sospensione per irreperibilità, tra conoscenza legale e conoscenza reale del processo. *Processo penale e giustizia*, 2014, n. 6, p. 119 s. (disponibile in <<http://www.processopenaleegiustizia.it/>>. Accesso: 14 agosto 2018); CONTI, Giovanni. Il processo *in absentia*: le ricadute sul giudicato, in <<http://www.penalecontemporaneo.it>>, 2 marzo 2015, p. 5. Accesso: 14 agosto 2018.

<sup>136</sup> Cfr., *supra*, § 6 e nota 119.

<sup>137</sup> V. anche CONTI, Giovanni. Il processo *in absentia*, cit., p. 5.

<sup>138</sup> Cfr. BISCARDI, Giuseppe. Eclissi della contumacia, cit., p. 120; CONTI, Giovanni. Il processo *in absentia*, cit., p. 5.



## 8. SPUNTI DE IURE CONDENDO

Una riflessione si impone, da ultimo, sulle potenzialità espansive della rescissione del giudicato, che quale strumento, appunto, meramente rescindente, cui segue la trasmissione degli atti al giudice di primo grado, potrebbe offrire congruo rimedio – senza forzare la disciplina della revisione – alle violazioni convenzionali che, come quella del diritto dell'imputato a partecipare al processo, impongano la rinnovazione *in toto* di quest'ultimo (si pensi, in particolare, ai difetti di imparzialità e indipendenza del giudice).

La Relazione alla p.d.l. poi sfociata nella l. n. 67 del 2014 includeva, invero, un cenno all'estensione dell'ambito del rimedio, nel dire che sulla rescissione «si potranno poi innestare...i casi di processo dichiarato ingiusto dalla Corte europea dei diritti umani»<sup>139</sup>. Un tale ampliamento appare però prospettabile solo *de iure condendo*, data l'inequivoca limitazione della rescissione alle sole violazioni difensive collegate al rito *in absentia*.

In definitiva, si dovrebbe ragionare sulla possibilità di “fondere” in un solo rimedio la revisione europea e la rescissione del giudicato<sup>140</sup>, demandando alla corte d'appello di decidere, alla luce della violazione convenzionale riscontrata dalla Corte di Strasburgo: *a*) se il giudicato interno vada revocato; *b*) se al provvedimento revocatorio debba seguire la trasmissione degli atti al giudice di primo grado, per una completa rinnovazione del giudizio “convenzionalmente viziato”, o la “ritenzione” del giudizio di merito davanti alla stessa corte d'appello, onde parzialmente ripetere le attività istruttorie o decisorie. In alternativa, la fase rescindente potrebbe essere affidata alla Cassazione, ciò che avrebbe il vantaggio di accentrare, in funzione nomofilattica, l'elaborazione

---

<sup>139</sup> Cfr. la Relazione alla p.d.l. n. 331/C, presentata alla Camera dei Deputati il 18 marzo 2013, p. 8, reperibile in <[http://documenti.camera.it/\\_dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0001000.pdf](http://documenti.camera.it/_dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0001000.pdf)>. Accesso: 14 agosto 2018. A favore dell'estensione TONINI, Paolo; CONTI, Carlotta. Il tramonto della contumacia, l'alba radiosa della sospensione e le nubi dell'assenza “consapevole”. *Diritto penale e processo*, 2014, p. 509; esprimono invece riserve BARGIS, Marta. La rescissione del giudicato, cit., p. 162; BELLUTA, Hervè. Le impugnazioni come rimedi ripristinatori, cit., p. 267.

<sup>140</sup> Suggestisce di riflettere «circa le interazioni» tra i due rimedi LORENZETTO, Elisa. Violazioni convenzionali, cit., p. 23.

dei presupposti per la caducazione del giudicato<sup>141</sup>, ma rischierebbe – sul fronte opposto – di accrescere nuovamente i carichi del giudice di legittimità<sup>142</sup>, compromettendo, paradossalmente, proprio l'adeguato esercizio di tale funzione.

## BIBLIOGRAFIA

AIMONETTO, Maria Gabriella. Condanna “europea” e soluzioni interne al sistema processuale penale: alcune riflessioni e spunti *de iure condendo*. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2009, p. 1510.

BARGIS, Marta. La rescissione del giudicato *ex art. 625 ter c.p.p.*: un istituto da rivedere, *Diritto penale contemporaneo, Riv. trim.*, 2015, n. 1, p. 160 (disponibile in <<http://www.penalecontemporaneo.it>>. Accesso: 14 agosto 2018)

BELLUTA, Hervè. Le impugnazioni come rimedi ripristinatori: verso il giusto processo in assenza dell'imputato. In: DANIELE, Marcello; PAULESU, Pier Paolo (a cura di). *Strategie di deflazione penale e rimodulazioni in absentia*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 249.

BISCARDI, Giuseppe. Eclissi della contumacia e sospensione per irreperibilità, tra conoscenza legale e conoscenza reale del processo. *Processo penale e giustizia*, 2014, n. 6, p. 103 (disponibile in <<http://www.processopenaleegiustizia.it/>>. Accesso: 14 agosto 2018)

CAIANIELLO, Michele. La riapertura del processo per dare attuazione alle sentenze della Corte europea dei diritti: verso l'affermarsi di un nuovo modello. *Quaderni costituzionali*. Bologna: Il Mulino, 2011, n. 3, p. 670, <https://doi.org/10.1439/35285>

CALLARI, Francesco. *La revisione. La giustizia penale tra forma e sostanza*. Torino: Giappichelli, 2012.

CAPONE, Arturo. Appello del pubblico ministero e rinnovazione istruttoria. In: BARGIS, Marta; BELLUTA, Hervè (a cura di). *La riforma delle impugnazioni tra carenze sistematiche e incertezze applicative*, Torino: Giappichelli, 2017, p. 53.

<sup>141</sup> Un simile auspicio, in prospettiva di riforma della revisione “europea”, è stato espresso da GIALUZ, Mitja. Una sentenza “additiva di istituto”, cit., p. 3320; LORENZETTO, Elisa. Violazioni convenzionali, cit., p. 13.

<sup>142</sup> Proprio a questi fini, oltretutto per le valutazioni di merito che l'accertamento dei presupposti della rescissione impone, quest'ultimo rimedio – come sopra ricordato – è stato sottratto dalla l. 103 del 2017 al giudice di legittimità.

CAPRIOLI, Francesco. Giudicato e illegalità della pena: riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte costituzionale. In: BARGIS, Marta (a cura di). *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*. Milano: Giuffrè, 2013, p. 263.

CAPRIOLI, Francesco. Abuso del diritto di difesa e nullità inoffensive. *Cassazione penale*, 2012, p. 2444.

CARNEVALE, Stefania. L'inidoneità dei rimedi individuati dalla giurisprudenza. *Diritto penale e processo*, 2007, p. 1234.

CARVELLI, Chiara. Rescissione del giudicato e *reformatio in peius*. *Diritto penale e processo*, 2014, p. 1039.

CASIRAGHI, Roberta. La rescissione del giudicato: molte questioni interpretative sul tappeto. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2018, p. 207.

CASSIBBA, Fabio. Brevi riflessioni sull'inutilizzabilità delle dichiarazioni estorte con tortura ai sensi del nuovo art. 191 comma 2-bis, in <<https://penalecontemporaneo.it>>, 2018, n. 4, p. 109. Accesso: 13 agosto 2018.

CAVALLARO, Tiziana. La revisione *contra reum* del giudicato penale tra realtà e prospettive di riforma. *Diritto penale e processo*, 2010, p. 1107.

CONTI, Giovanni. Il processo *in absentia*: le ricadute sul giudicato, in <<http://www.penalecontemporaneo.it>>, 2 marzo 2015. Accesso: 14 agosto 2018.

CORVI, Paola. La revisione *in peius*. In CORVI, Paola (a cura di). *Le impugnazioni straordinarie*. Torino: Giappichelli, 2016, p. 95.

COZZI, Alessia Ottavia. L'impatto delle sentenze della Corte di Strasburgo sulle situazioni giuridiche interne definite da sentenze passate in giudicato: la configurabilità di un obbligo di riapertura o revisione del processo. In: SPITALERI, Fabio (a cura di). *L'incidenza del diritto comunitario e della CEDU sugli atti nazionali definitivi*. Milano: Giuffrè, 2009, p. 159.

DE SALVIA, Michele. L'obbligo degli Stati di conformarsi alle decisioni della Corte europea e del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa. In: BALSAMO, Antonio; KOSTORIS, Roberto (a cura di). *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*. Torino: Giappichelli, 2008, p. 67.

DIDDI, Alessandro. Novità in materia di impugnazioni e di *restitutio in integrum*. In: VIGONI, Daniela (a cura di), *Il giudizio in assenza dell'imputato*. Torino: Giappichelli, 2014, p. 209.

DI PAOLO, Gabriella. I presupposti della rescissione del giudicato. In: CORVI, Paola (a cura di). *Le impugnazioni straordinarie*. Torino: Giappichelli, 2016, p. 201.

FALATO, Fabiana. *La relatività del giudicato processuale*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2016.

FERRUA, Paolo. *La prova nel processo penale*, Torino: Giappichelli, 2015.

FERRUA, Paolo. *Il 'giusto processo'*. Bologna: Zanichelli, 3<sup>a</sup> ed., 2012.

GALANTINI, Novella. La riassunzione della prova dichiarativa in appello: note a margine di Sezioni unite Troise. In: <<http://www.penalecontemporaneo.it>>, 17 aprile 2018. Accesso: 14 agosto 2018.

GERACI, Rosa Maria. *Sentenze della Corte E.D.U. e revisione del processo penale*. Roma: Dike, 2012.

GERACI, Rosa Maria. L'impugnativa straordinaria per la violazione della Cedu accertata a Strasburgo. Le ipotesi, le procedure, gli effetti. In CORVI, Paola (a cura di). *Le impugnazioni straordinarie*. Torino: Giappichelli, 2016, p. 69.

GIALUZ, Mitja. Una sentenza "additiva di istituto": la Corte costituzionale crea la "revisione europea". *Cassazione penale*, 2011, p. 3308.

IACOVIELLO, Francesco Maria. Il quarto grado di giurisdizione: la Corte europea dei diritti dell'uomo. *Cassazione penale*, 2011, p. 794.

KOSTORIS, Roberto. Diritto europeo e giustizia penale. In: KOSTORIS, Roberto (a cura di). *Manuale di procedura penale europea*. Torino: Giappichelli, 3<sup>a</sup> ed., 2017, p. 1.

KOSTORIS, Roberto. La revisione del giudicato iniquo e i rapporti tra violazioni convenzionali e regole interne. *Legislazione penale*, 2011, p. 473.

LAVARINI, Barbara. I rimedi *post iudicatum* alla violazione dei canoni europei. In GAITO, Alfredo (a cura di). *I principi europei del processo penale*. Roma: Dike, 2016, p. 87.

LAVARINI, Barbara. Giudicato penale, ed esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo. In: GAMBINI, Rosanna; SALVADORI, Margherita (a cura di). *Convenzione europea sui diritti dell'uomo: processo penale e garanzie*. Napoli: ESI, 2009, p. 129.

LOGLI, Andrea. La riapertura del processo a seguito della sentenza Cedu. Questioni interpretative sul nuovo caso di "revisione europea". *Cassazione penale*, 2012, p. 933.

LORENZETTO, Elisa. Soltanto in Cassazione o anche in appello, questo è il dilemma, in <<http://www.laegislazionepenale.eu/>>, 7 dicembre 2017. Accesso: 14 agosto 2018.

LORENZETTO, Elisa. Violazioni convenzionali e tutela *post iudicatum* dei diritti umani, in <<http://www.la legislazione penale.eu>>, 25 novembre 2016. Accesso: 13 agosto 2018.

MANTOVANI, Giulia. La sentenza n. 129 del 2008 e la riparazione delle violazioni dell'art. 6 CEDU. *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, p. 2679.

MARCHETTI, Maria Riccarda. Commento all'art. 4, legge 9 aprile 1990, n. 88 di ratifica ed esecuzione del Protocollo n. 7 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. *Legislazione penale*, 1991, p. 227.

MAZZA, Oliviero. Cedu e diritto interno. In: GAITO, Alfredo. *I principi europei del processo penale*. Roma: Dike, 2016, p. 3.

MAZZA, Oliviero. La procedura penale. In VIGANÒ, Francesco; MAZZA, Oliviero. *Europa e giustizia penale. Diritto penale e processo. Speciali*, Assago, 2011, p. 33.

MAZZA, Oliviero. L'esecuzione può attendere: il caso Dorigo e la condanna ineseguibile per accertata violazione della CEDU. *Giurisprudenza italiana*, 2007, p. 2637.

NEGRI, Daniele. Splendori e miserie della legalità processuale. *Archivio penale*, 2017, n. 2, p. 421. <https://doi.org/10.12871/9788674101944>

NEGRI, Daniele. I confini della legalità processuale. *Diritto penale e processo*, 2007, p. 1229

PADULA, Carlo. *La Corte Edu e i giudici comuni nella prospettiva della recente giurisprudenza costituzionale*, in <<http://www.giurcost.org/studi/>>, 2016, n. 11, p. 317. Accesso: 13 agosto 2018.

PARLATO, Lucia. Revisione del processo iniquo: la Corte costituzionale “getta il cuore oltre l'ostacolo”. *Diritto penale e processo*, 2011, p. 839.

PIRRONE, Pasquale. *Sub art. 46*. In: BARTOLE, Sergio; DE SENA, Pasquale; ZAGREBELSKY, Vladimiro (a cura di). *Commentario breve alla CEDU*. Padova: Cedam, 2012, p. 744.

QUATTROCOLO, Serena. Assenza e irreperibilità dell'imputato. *Enciclopedia del diritto, Annali*, IX. Milano: Giuffrè, 2016, p. 29.

QUATTROCOLO, Serena. Il contumace cede la scena processuale all'assente, mentre l'irreperibile l'abbandona. *Diritto penale contemporaneo, Riv. trim.*, 2014, n. 2, p. 97 (disponibile in <<http://www.penalecontemporaneo.it>>. Accesso: 14 agosto 2018).

QUATTROCOLO, Serena. Violazioni di convenzioni internazionali e giudicato penale interno. *Rivista di diritto processuale*, 2012, p. 647.

SCALFATI, Adolfo. *L'esame sul merito nel giudizio preliminare di revisione*. Padova: Cedam, 1995.

SCIARABBA, Vincenzo. *Il giudicato e la Cedu*. Padova: Cedam, 2012.

SPAGNOLO, Paola. La rinnovata fisionomia della rescissione del giudicato. In: BARGIS, Marta; BELLUTA, Hervè (a cura di). *La riforma delle impugnazioni tra carenze sistematiche e incertezze applicative*, Torino: Giappichelli, 2017, p. 141.

SPAGNOLO, Paola. Un istituto nuovo e uno vecchio: la rescissione del giudicato e la restituzione nel termine. *Legislazione penale*, 2014, n. 4, p. 636.

TONINI, Paolo; CONTI, Carlotta. Il tramonto della contumacia, l'alba radiosa della sospensione e le nubi dell'assenza "consapevole". *Diritto penale e processo*, 2014, p. 509.

TROISI, Paolo. Flessibilità del giudicato e tutela dei diritti fondamentali, in <<http://www.penalecontemporaneo.it>>, 2 aprile 2015. Accesso: 13 agosto 2018.

UBERTIS, Giulio. La revisione successiva a condanne della Corte di Strasburgo. *Giurisprudenza costituzionale*, 2011, p. 1542.

UBERTIS, Giulio. Corte europea dei diritti dell'uomo e processo equo: riflessi sul processo penale italiano. *Rivista di diritto processuale*, 2009, p. 33.

UBERTIS, Giulio. Conformarsi alle condanne europee per violazione dell'equità processuale: doveroso e già possibile. *Corriere del merito*, 2007, p. 599.

VOENA, Giovanni Paolo. Atti. In: CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio; BARGIS, Marta. *Compendio di procedura penale*. Padova: Cedam, 8<sup>a</sup> ed., 2016, p. 173.

ZACCHÉ, Francesco. Cassazione e *iura novit curia* nel caso Drassich. *Diritto penale e processo*, 2009, p. 781.

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

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

*Declaração de autoria e especificação das contribuições (declaration of authorship):* todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste artigo estão listadas como autores.

*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: 18.07.2018
- Controle preliminar e verificação de plágio: 19.07.2018
- Avaliação 1: 29.07.2018
- Avaliação 2: 07.08.2018
- Decisão editorial preliminar: 19.07.2018
- Retorno rodada de correções 1: 04.09.2018
- Decisão editorial final: 22.09.2018

### **Equipe editorial envolvida**

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editores-associados: 2 (BC FC)
- Revisores: 2

**COMO CITAR ESTE ARTIGO:**

LAVARINI, Barbara. Violação das garantias “processuais” da CEDU e remédios *post-judicatum*. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 3, p. 1003-1052, set./dez. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i3.184>



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



# La resistenza del giudicato alla violazione del principio di legalità penale


*The resistance of res judicata to the violation of the principle of penal legality*


*A resistência da “coisa julgada” diante da violação do princípio de legalidade penal*

**Manfredi Bontempelli<sup>1</sup>**

Università degli Studi di Milano/Italia

manfredi.bontempelli@unimi.it

 <http://lattes.cnpq.br/5307277119128221>

 <http://orcid.org/0000-0002-5735-8914>

---

**ABSTRACT:** Va sottoposta ad attenta valutazione critica la tesi della giurisprudenza e di una parte della dottrina italiane, secondo cui il giudicato penale dovrebbe “cedere” di fronte alle violazioni dei diritti fondamentali accertate dalla Corte EDU, e delle garanzie costituzionali a seguito di interventi della Corte costituzionale. Il presente scritto si sofferma sugli spazi di adeguamento del giudicato alla legalità penale davanti al giudice dell’esecuzione secondo il “diritto vivente”, e sui relativi limiti in forza della legge processuale vigente. Le stesse eccezioni alla regola della forza esecutiva della sentenza irrevocabile, previste dal c.p.p. tassativamente, confermano l’“intangibilità” del giudicato e rendono implausibile l’ipotesi di un suo “tramonto”.

**PAROLE CHIAVE:** giudicato; esecuzione; diritti fondamentali; legge; giudice.

**ABSTRACT:** *The thesis of the jurisprudence and of a part of the Italian doctrine, according to which the penal judgment should “surrender” in the face of violations of fundamental rights ascertained by EDU Court, and of constitutional guarantees*

---

<sup>1</sup> Professore Associato di Diritto processuale penale – Università degli Studi di Milano/Italia.

*as a result of interventions by the Constitutional Court, must be subjected to careful evaluation. The present paper focuses on the spaces for the adjudication of the sentence to the criminal legality before the judge of the execution according to the "living right", and on relative limits under the current procedural law. The same exceptions to the rule of enforceability of the irrevocable sentence, provided strictly by code of criminal procedure, confirm the "intangibility" of the judge and make implausible the hypothesis of his "sunset".*

**KEYWORDS:** *res iudicata, execution, fundamental rights, law, judge.*

**RESUMO:** *Deve-se submeter à atenta avaliação crítica a tese da jurisprudência e de uma parte da doutrina italiana segundo a qual a "coisa julgada" penal deveria "ceder" diante das violações dos direitos convencionais definidos pelo THDH, e das garantias constitucionais derivantes das intervenções da Corte Constitucional. O presente artigo analisa os espaços de conformidade do trânsito em julgado penal diante do juiz da execução segundo o "direito vivente"<sup>2</sup>, e sobre seus relativos limites em razão da lei processual vivente. As mesmas exceções da força executiva da sentença irrevogável, previstas*

---

<sup>2</sup> N.d.T.: no sistema jurídico italiano, por "direito vivente" se entende o direito jurisprudencial consolidado, ou, mais em geral, o direito filtrado pela interpretação do juiz, pela opinião da doutrina, pela prática administrativa e pelos comportamentos sociais. Dita expressão tem origens antigas: para alguns seria uma mera derivação do princípio de efetividade, criado pelas canetas dos *glossatori*, passando através da doutrina estruturalista e aquela institucional, e, por fim, utilizado até mesmo pela doutrina de direito civil e penal (ver: CARNELUTTI, Francesco. *Giurisprudenza consolidata* (ovvero della comodità del giudicare). *Rivista di diritto processuale*, 1949, I, p. 41). Em suas decisões, tanto para a Suprema Corte de Cassazione quanto para a Corte constitucional italiana, o formante fundamental do "direito vivente" seria a "consciência social", a "consciência comum", ou o "sentimento social", quais elementos que concorrem a realização do direito efetivo, que se diverge do direito escrito, ao qual é atribuído a tutela dos direitos subjetivos (entre as muitas decisões, a mero título exemplificativo, indicam-se: Corte constitucional, ordinanza de 15 de dezembro de 2005, numero 452, disponível em <<http://www.giurcost.org>>, acesso em: agosto de 2018. Dita locução assume particular relevância na época em que o direito escrito proveniente pelas fontes de uma pluralidade de ordenamentos as vezes colidentes e o direito jurisprudencial promana das concretas aplicações por parte de diferentes Cortes, nacionais e supranacionais, as quais se impõem continuamente em contrastes dialógicos entre si. Em dito contexto, a diferença entre direito escrito e direito efetivo se enriquece pela relevância atribuída às tradições constitucionais comuns e às raízes históricas e culturais dos diferentes ordenamentos.

*pelo c.p.p. taxativamente, confirmam a “intangibilidade” da “coisa julgada” e tornam implausível a hipótese de sua derrocada.*

**PALAVRAS-CHAVE:** *trânsito em julgado; execução; direitos fundamentais; lei; juiz.*

**SOMMARIO:** 1. La progressiva “erosione” del giudicato penale, di fronte alla violazione dei diritti fondamentali accertata dalla Corte EDU. 2. La resistenza del giudicato, di fronte alla legalità penale riaffermata dalla Corte costituzionale. 3. Il giudicato penale fra legge e “mito”. 4. Spazi di adeguamento del giudicato alla legalità penale davanti al giudice dell’esecuzione, secondo il “diritto vivente”. 5. L’intangibilità del giudicato nella giurisprudenza della Corte di cassazione. 6. La resistenza del giudicato all’*overruling* giurisprudenziale favorevole e il rispetto del *nullum crimen*.

---

## **1. LA PROGRESSIVA “EROSIONE” DEL GIUDICATO PENALE, DI FRONTE ALLA VIOLAZIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI ACCERTATA DALLA CORTE EDU**

Risulta assai problematica, e carica di notevoli conseguenze pratiche e sistematiche<sup>3</sup>, l’affermazione ripetuta ai più alti livelli della giurisprudenza italiana, secondo cui «il processo di erosione dell’intangibilità del giudicato [...] ha subito negli ultimi tempi una forte accelerazione, sotto la necessità di dare esecuzione all’obbligo di ripristinare i diritti del condannato, lesi da violazioni delle norme della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali»<sup>4</sup>. È una

---

<sup>3</sup> V., per considerazioni critiche di scenario sulla ricostruzione in discorso, CAPRIOLI, Francesco, Il giudice e la legge processuale: il paradigma rovesciato, in *L’Indice penale*, 2017, pp. 967 ss. e spec. pp. 973 ss. Cfr. anche, in termini generali, VIGONI, Daniela, Giudicato ed esecuzione penale: confini normativi e frontiere giurisprudenziali, in *Processo penale e giustizia*, 2015, n. 4, pp. 1 ss. Disponibile in [www.processopenaleegiustizia.it](http://www.processopenaleegiustizia.it). Ultimo accesso: 7 settembre 2018.

<sup>4</sup> Cass., Sez. Un., 14 ottobre 2014, n. 42858, in *C.E.D. Cass.*, rv. 260698, par. 8 motivazione.

singolare concezione, quella in discorso, dal momento che vi è sottesa l'idea per cui il giudicato penale funzioni come fattore di compressione, e non di tutela, dei diritti fondamentali, il che stride con la fisionomia data all'istituto dalla legge processuale penale vigente.

La stessa scelta compiuta dal codice di rito, con l'art. 649, nel senso di caratterizzare il giudicato penale, a differenza di quello civile, attraverso la preclusione del secondo giudizio, con conseguente impossibilità di attribuire efficacia vincolante al contenuto di accertamento della decisione<sup>5</sup>, rende evidente il rapporto istituzionalmente sinergico – e non dialettico – fra il giudicato e i diritti fondamentali. Infatti, al *ne bis in idem* è assegnato il ben noto obiettivo di sottrarre il singolo «ad una teoricamente illimitata possibilità di persecuzione penale e, quindi, all'arbitrio incondizionato dell'organo punitivo»<sup>6</sup>, e non confliggono con questo prioritario scopo le «finalità di contenimento e razionalizzazione dei tempi e delle risorse processuali», che, secondo parte della dottrina, costituiscono la precipua *ratio* del divieto del secondo giudizio, quando esso «impedisce un possibile miglioramento della [...] situazione» giuridica «del soggetto già prosciolto o condannato con sentenza definitiva»<sup>7</sup>. Appare evidente, quindi, la posta in gioco quando si prospetta una “cedevolezza” del giudicato penale giustificata dallo scopo di attuare le garanzie sovranazionali. Il risultato cui conduce l'operazione in discorso non è necessariamente incoerente con il sistema processuale, se riguardante tassativi casi in cui sia necessario tutelare i diritti del condannato. Altro è trarre spunto dalla pretesa «flessibilizzazione» del giudicato<sup>8</sup>, per

<sup>5</sup> Per questa lettura convincente, sostenuta da una parte autorevole della dottrina italiana, v., ad es., LOZZI, Gilberto, Preclusioni, II) Diritto processuale penale (voce), in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXVI, Roma, 1991, p. 3, secondo cui «il giudicato penale è caratterizzato soltanto, per quanto concerne i rapporti con altri processi penali, da una mera efficacia preclusiva: quella del *ne bis in idem*».

<sup>6</sup> DE LUCA, Giuseppe, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Milano, Giuffrè, 1963, p. 90 nt. 34.

<sup>7</sup> CAPRIOLI, Francesco, Il principio del *ne bis in idem*, in CAPRIOLI, Francesco; VICOLI, Daniele, *Procedura penale dell'esecuzione*, II ediz., Torino, Giappichelli, 2011, p. 73.

<sup>8</sup> Di «flessibilizzazione» del giudicato parla espressamente, ad es., Cass., Sez. Un., 15 settembre 2015, n. 37107, in *C.E.D. Cass.*, rv. 264859, par. 4 motivazione. V., in dottrina, ad es., TROISI, Paolo, Flessibilità del giudicato penale e

sostenere che la sua intangibilità possa venir meno in generale, di fronte alla violazione delle garanzie CEDU (anche riconosciute a soggetti diversi dal condannato, ad esempio la vittima). Non c'è alcuna garanzia che ciò non conduca all'espunzione dal sistema della fondamentale *ratio* di tutela delle libertà del singolo, assegnata dalla legge al giudicato penale. Si delinea chiara, già a questo punto, l'esigenza di limitare a un numero chiuso di fattispecie previste dalla legge le vicende del possibile superamento degli effetti e dell'esecutività della decisione irrevocabile<sup>9</sup>.

Come è noto, il problema della "resistenza" del giudicato penale alla suddetta "erosione" è emerso, nei tempi recenti, all'attenzione della giurisprudenza di legittimità e costituzionale interna, di fronte alle violazioni dei diritti fondamentali accertate dalla Corte EDU. È quanto accaduto nel noto "caso Ercolano", dove la Corte di cassazione, a Sezioni Unite, e la Corte costituzionale hanno riconosciuto in capo al giudice nazionale il dovere «di intervenire sul titolo esecutivo», appunto in deroga al giudicato, «per modificare la pena, quando la misura di questa è prevista da una norma di cui è stata riconosciuta l'illegittimità convenzionale», e di cui la stessa Consulta abbia dichiarato l'illegittimità costituzionale<sup>10</sup>. Nella specie, si trattava dell'art. 7 comma 1 d.l. n. 341/2000, nella parte in cui determinava l'applicazione retroattiva del più sfavorevole trattamento sanzionatorio, rispetto al precedente regime dell'art. 442 comma 2 c.p.p., nel caso di condanna all'ergastolo a seguito di giudizio abbreviato (vale a dire veniva applicata la pena dell'ergastolo, e non della reclusione di anni trenta, nel caso di determinazione della pena dell'ergastolo con

---

tutela dei diritti fondamentali, in *Diritto penale contemporaneo*, 2 aprile 2015. Disponibile in <https://www.penalecontemporaneo.it/>. Accesso: 7 settembre 2018. Si riferisce a una «(inevitabile) fragilità del giudicato nei casi di pena illegale», VICOLI, Daniele, L'illegittimità costituzionale della norma penale sanzionatoria travolge il giudicato: le nuove frontiere della fase esecutiva nei percorsi argomentativi delle Sezioni unite, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2015, p. 1007.

<sup>9</sup> Per la distinzione tra effetti ed esecuzione della sentenza penale irrevocabile v., in generale, LAVARINI, Barbara, *L'esecutività della sentenza penale*, Torino, Giappichelli, 2004, pp. 1 ss.

<sup>10</sup> Così, Corte cost., 3 luglio 2013, n. 210, parr. 7.3 e 8 motivazione. V. poi Cass., Sez. Un., ord. 10 settembre 2012, n. 34472, in *C.E.D. Cass.*, rv. 252934; Cass., Sez. Un., 7 maggio 2014, n. 18821, in *C.E.D. Cass.*, rv. 258651.

isolamento diurno). L'illegittimità costituzionale della norma è stata affermata dalla Consulta, per contrasto con l'art. 117 comma 1° Cost., sulla scorta della sentenza della Grande Camera della Corte EDU, emessa il 17 settembre 2009 nel caso Scoppola c. Italia, per contrasto con l'art. 7 par. 1 Conv. EDU, ricomprensente il diritto dell'imputato di beneficiare della legge penale successiva alla commissione del reato che prevede una sanzione meno severa di quella stabilita in precedenza<sup>11</sup>. Dal canto suo, la Suprema Corte ha ritenuto che la citata applicazione retroattiva della disciplina in discorso producesse «attualmente<sup>12</sup>, essendo in esecuzione la pena dell'ergastolo inflitta al ricorrente, una permanente lesione dei diritti fondamentali di costui e l'ordinamento italiano», aggiungeva la Corte, «non può sottrarsi al dovere di rimuovere una simile situazione in forza dei principi affermati da Corte EDU, Scoppola c. Italia, verificando logicamente [...] la compatibilità con tali principi della normativa interna di riferimento»<sup>13</sup>.

Una violazione, dunque, “strutturale” del principio di legalità (di matrice convenzionale), da parte della norma sanzionatoria italiana, posta alla base della sua dichiarazione d'illegittimità costituzionale. Questo il presupposto del superamento del giudicato in situazioni, come quella al centro del “caso Ercolano”, di mancata attivazione del rimedio in sede convenzionale (come avvenuto, con il ricorso al giudice di Strasburgo, nel

---

<sup>11</sup> Infatti, come ricorda la stessa Corte di cassazione nel “caso Ercolano”, sulla scia della giurisprudenza costituzionale, «profilandosi un contrasto tra una norma interna e una norma della CEDU, il giudice nazionale deve preventivamente verificare la praticabilità di una interpretazione della prima conforme alla norma convenzionale, ricorrendo a tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica»; dopodiché, in caso di «esito negativo di tale verifica», e di «contrasto non componibile in via interpretativa», è imposto «al giudice ordinario – che non può disapplicare la norma interna né farne applicazione, per il ritenuto contrasto con la CEDU e quindi con la Costituzione – di sottoporre alla Consulta la questione di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 117, comma primo, Cost., [...], attraverso un rinvio pregiudiziale, con la conseguenza che l'eventuale operatività della norma convenzionale, così come interpretata dalla Corte di Strasburgo, deve passare attraverso una declaratoria d'incostituzionalità della normativa interna di riferimento o, se del caso, l'adozione di una sentenza interpretativa o additiva» (Cass., Sez. Un., ord. 10 settembre 2012, n. 34472, cit., par. 6 motivazione).

<sup>12</sup> V., sul punto, *infra*, par. 5.

<sup>13</sup> Cass., Sez. Un., ord. 10 settembre 2012, n. 34472, cit., par. 5 motivazione.

citato “caso Scoppola”), nonostante l’identità della fattispecie rispetto a quella sindacata dalla Corte EDU. Secondo la Consulta in vicende simili, in cui «per l’ordinamento interno si è formato il giudicato», le «deroghe a tale limite vanno ricavate, non dalla CEDU, che non le esige, ma nell’ambito dell’ordinamento nazionale»<sup>14</sup>. Di qui l’interrogativo, peraltro non approfondito dalla giurisprudenza in discorso, sulla praticabilità di interpretazioni analogiche, con riguardo alle «ipotesi di flessione dell’intangibilità del giudicato, che la legge prevede nei casi in cui sul valore costituzionale ad esso intrinseco si debbano ritenere prevalenti opposti valori, ugualmente di dignità costituzionale, ai quali il legislatore intende assicurare un primato»<sup>15</sup>.

Sembra coerente attribuire alla legge (e non all’interprete) il compito di bilanciare i diversi interessi costituzionali e di definire gli spazi di tutela della libertà personale, a scapito della certezza del giudicato<sup>16</sup>, senza residui margini per un’interpretazione analogica<sup>17</sup> che non parrebbe consentita alla luce del principio di tassatività delle deroghe alla forza esecutiva della sentenza irrevocabile *ex art. 650 c.p.p.*, con conseguente

---

<sup>14</sup> Corte cost., 3 luglio 2013, n. 210, par. 7.3 motivazione.

<sup>15</sup> Corte cost., 3 luglio 2013, n. 210, par. 7.3 motivazione.

<sup>16</sup> Diversamente, secondo la Corte di cassazione, «il valore della certezza del giudicato» dovrebbe «ritenersi recessivo rispetto ad evidenti e pregnanti compromissioni in atto di diritti fondamentali della persona. La preclusione, effetto proprio del giudicato, non può operare allorché risulti pretermesso, con effetti negativi perduranti, un diritto fondamentale della persona, quale certamente è quello che incide sulla libertà: s’impone, pertanto, in questo caso di emendare “dallo stigma dell’ingiustizia” una tale situazione»: Cass., Sez. Un., ord. 10 settembre 2012, n. 34472, cit., par. 2 motivazione. Nello stesso senso, v. Cass., Sez. Un., 7 maggio 2014, n. 18821, cit., par. 7 motivazione, che prospetta la necessità di «un bilanciamento tra il valore costituzionale della intangibilità del giudicato e altri valori, pure costituzionalmente previsti, quale il diritto fondamentale e inviolabile alla libertà personale, la cui tutela deve ragionevolmente prevalere sul primo». In senso critico, CAPRIOLI, Francesco, *Il giudice e la legge processuale*, cit., p. 974.

<sup>17</sup> V., invece, Cass., Sez. Un., 7 maggio 2014, n. 18821, cit., par. 7.3 motivazione, secondo cui all’ipotesi derogatoria del giudicato prevista dall’art. 2 comma 3° c.p., «può essere accostato, *in via analogica*, il *novum* dettato dalla Corte EDU in tema di legalità convenzionale della pena, pur considerati i diversi effetti prodotti nell’ordinamento da una *lex superveniens* più favorevole rispetto a quelli derivanti da una sentenza di Strasburgo, alla quale consegua la declaratoria d’incostituzionalità della relativa norma interna» (corsivo aggiunto).

«eccezionalità dei rimedi *post iudicatum*»<sup>18</sup>. Solo nei casi previsti dalla legge, e non in generale, come invece affermato dalla giurisprudenza, appare dunque fondato individuare spazi di permabilità del «giudicato sulla pena», «ad eventuali modifiche del trattamento sanzionatorio, purché *in bonam partem*»<sup>19</sup>. Inoltre, emerge l'esigenza di considerare il tema dei rapporti fra giudicato e diritti fondamentali a prescindere dalla sede in cui tali diritti vengono proclamati, e di non limitare il discorso relativo alla progressiva "erosione" del giudicato penale ai casi in cui siano in gioco i diritti del condannato riconosciuti a livello CEDU.

## 2. LA RESISTENZA DEL GIUDICATO, DI FRONTE ALLA LEGALITÀ PENALE RIAFFERMATA DALLA CORTE COSTITUZIONALE

La stessa giurisprudenza della Suprema Corte sostiene la «valenza generale» della tesi sopra richiamata<sup>20</sup>, e la cedevolezza del giudicato penale di fronte «alle ipotesi in cui (senza alcun riferimento a sentenze della Corte EDU), per effetto di una intervenuta declaratoria di illegittimità costituzionale di una norma penale sostanziale, diversa da quella incriminatrice, sia ancora in atto una esecuzione di pena "illegittima"»<sup>21</sup>. Secondo la pronuncia emessa dalla Corte di cassazione a Sezioni Unite nel "caso Gatto", «non esiste alcuna ragione per ritenere flessibile e cedevole il giudicato (quanto al trattamento sanzionatorio) fondato su norme nazionali violatrici della CEDU e, per contro, intangibile quello

<sup>18</sup> V., ad es., LAVARINI, Barbara, I rimedi *post iudicatum* alla violazione dei canoni europei, in GAITO, Alfredo (a cura di), *I principi europei del processo penale*, Roma, Dike, 2016, p. 112.

<sup>19</sup> Cass., Sez. Un., 15 settembre 2015, n. 37107, cit., par. 4 motivazione, secondo cui ciò sarebbe «espressione di un interesse collettivo, quello della certezza dei rapporti giuridici esauriti, suscettibile di bilanciamento con altri principi costituzionali e convenzionali, quali la libertà personale, la legalità della pena, la finalità rieducativa, il principio di uguaglianza, che, nella loro dimensione individuale, sono prevalenti rispetto alla dimensione collettiva sottesa all'esigenza di certezza dei rapporti giuridici».

<sup>20</sup> V., adesivamente, CANZIO, Giovanni, La giurisdizione e la esecuzione della pena, in *Diritto penale contemporaneo*, 26 aprile 2016. Disponibile in <https://www.penalecontemporaneo.it/>. Accesso: 7 settembre 2018.

<sup>21</sup> Cass., Sez. Un., 14 ottobre 2014, n. 42858, cit., par. 10.1 motivazione.



fondato su norme dichiarate illegittime per violazione della Costituzione»<sup>22</sup>; in specie, per contrasto «con gli articoli 3 o 25, secondo comma, o 27, terzo comma, della Costituzione ovvero con tutte queste norme contemporaneamente»<sup>23</sup>.

È chiaro che quest'orientamento ha inteso coprire uno spazio di tutela lasciato aperto dai congegni tipizzati dalla legge, per derogare alla forza esecutiva della sentenza irrevocabile ex art. 650 c.p.p., nel caso in cui muti il quadro normativo di riferimento. La pronuncia d'incostituzionalità della norma penale sul trattamento sanzionatorio, per un verso, non consente di revocare la sentenza ai sensi dell'art. 673 c.p.p., secondo il meccanismo previsto per l'abrogazione o la dichiarazione d'illegittimità costituzionale della norma incriminatrice<sup>24</sup>. Per altro verso, non risulta invocabile il regime di applicazione retroattiva della legge sopravvenuta più favorevole, dettato dall'art. 2 comma 3° c.p., in deroga alla regola generale di cui all'art. 2 comma 4° c.p., per il caso di condanna a pena detentiva, cui sopravvenga una legge che prevede esclusivamente la pena pecuniaria<sup>25</sup>.

Inoltre, l'operatività dell'art. 30 comma 4° l. n. 87/1953 non è scontata, ed anzi è da taluno contestata. Contro l'ipotesi estensiva deporrebbe, secondo una ricostruzione convincente, la chiara lettera della legge, nella parte in cui si riferisce alla cessazione di “tutti gli effetti penali”,

---

<sup>22</sup> Cass., Sez. Un., 14 ottobre 2014, n. 42858, cit., par. 10.1 motivazione. V., in dottrina, ad es., RUGGERI, Stefano, Giudicato costituzionale, processo penale, diritti della persona, in *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 2015, n. 1, pp. 31 ss. Disponibile in <https://www.penalecontemporaneo.it/>. Accesso: 7 settembre 2018.

<sup>23</sup> Cass., Sez. Un., 14 ottobre 2014, n. 42858, cit., par. 10.1 motivazione, con riferimento al caso del divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 73, comma 5, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (in tema di stupefacenti), sulla recidiva di cui all'art. 99, quarto comma, del codice penale, dichiarato illegittimo dalla sentenza n. 251 del 2012 della Corte costituzionale.

<sup>24</sup> V., ad es., Cass., Sez. Un., ord. 10 settembre 2012, n. 34472, cit., par. 11 motivazione.

<sup>25</sup> In tal caso, “la pena detentiva inflitta si converte immediatamente nella corrispondente pena pecuniaria, ai sensi dell'articolo 135” c.p. La previsione, introdotta dalla l. n. 85/2006, fa eccezione alla regola generale dell'art. 2 comma 4° c.p., in base alla quale la legge più favorevole si applica retroattivamente, “salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile”.

oltre che della “esecuzione” della sentenza irrevocabile di condanna<sup>26</sup>. Ciò, si è osservato, «implica necessariamente – alla evidenza – il radicale presupposto della *abolitio criminis*»<sup>27</sup>. Dal canto suo, la giurisprudenza dominante rigetta la tesi, ma con argomenti apodittici, o che comunque non colgono nel segno. Ha affermato, in particolare, un orientamento alla fine recepito dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione<sup>28</sup>, che il citato art. 30 comma 4° «non circoscrive in alcun modo, né direttamente né indirettamente, il divieto di dare esecuzione alla condanna pronunciata “in applicazione” di una norma penale dichiarata incostituzionale», e «si presta perciò ad essere letto nel senso di impedire anche solamente una parte dell’esecuzione, quella relativa alla porzione di pena che discendeva dall’applicazione della norma poi riconosciuta costituzionalmente illegittima»<sup>29</sup>. Inoltre, secondo tale giurisprudenza, l’interpretazione

<sup>26</sup> V., in particolare, GAMBARDELLA, Marco, Annullamento di circostanze aggravanti incostituzionali e revoca parziale del giudicato di condanna, in *Cassazione penale*, 2012 p. 1671; CAPRIOLI, Francesco, Giudicato e illegalità della pena: riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte costituzionale, BARGIS, Marzia (a cura di), *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 288.

<sup>27</sup> Cass., Sez. I, 11 luglio 2012, n. 27640, in *C.E.D. Cass.*, rv. 253383, par. 4.6.6 motivazione, dove si è affermata l’«inconciliabilità del regime della cessazione di “tutti” gli effetti penali della condanna irrevocabile alla dichiarazione della illegittimità costituzionale di una mera circostanza aggravante del reato giudicato». A ciò Cass., Sez. Un., 7 maggio 2014, n. 18821, cit., par. 9.2 motivazione, ha obiettato «che il riferimento volutamente generico, contenuto nel richiamato art. 30, quinto comma, è certamente comprensivo» delle norme incriminatrici «(il che spiega il riferimento alla cessazione anche di “tutti” gli effetti penali), ma nulla induce a ritenere che sia circoscritto soltanto alle medesime».

<sup>28</sup> Cass., Sez. Un., 7 maggio 2014, n. 18821, cit., par. 9.2 motivazione; Cass., Sez. Un., 15 settembre 2015, n. 37107, cit., par. 4 motivazione. V., in dottrina, VIGANÒ, Francesco, Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la saga dei “fratelli minori” di Scoppola, in *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 2014, n. 1. Disponibile in <https://www.penalecontemporaneo.it/>. Accesso: 7 settembre 2018, pp. 250 ss.

<sup>29</sup> Cass., Sez. I, 13 gennaio 2012, n. 977, in *C.E.D. Cass.*, rv. 252062, che ha ritenuto non consentita, appunto in forza degli artt. 136 Cost. e 30 commi 3° e 4° l. n. 87/1953, l’esecuzione della porzione di pena inflitta dal giudice della cognizione in conseguenza dell’applicazione di una circostanza aggravante che sia stata successivamente dichiarata costituzionalmente illegittima.

proposta sarebbe l'unica conforme «all'insieme dei principi costituzionali che regolano l'intervento repressivo penale e che impediscono di ritenere costituzionalmente giusta, e perciò eseguibile, anche soltanto una frazione della pena, se essa consegue all'applicazione di una norma contraria a Costituzione»<sup>30</sup>.

Il problema, tuttavia, non è se quella proposta sia l'unica soluzione esegetica compatibile con il quadro costituzionale di riferimento, e, «in particolare», con i «principi fissati dagli artt. 27, 3, 25, comma 2, Cost.»<sup>31</sup>, ma se quella stessa soluzione sia autorizzata dai dati della legge, in caso contrario emergendo, semmai, un problema di compatibilità costituzionale dell'art. 30 comma 4° l. n. 87/1953 (ovviamente risolvibile con l'intervento della Consulta, e non per via interpretativa). Non a caso, un'avveduta dottrina ha sostenuto che la Corte di cassazione, nella pronuncia delle Sezioni Unite relativa al “caso Ercolano”, in cui ha sollevato la questione d'illegittimità costituzionale della norma censurata in sede europea nel “caso Scoppola”, avrebbe dovuto contestare anche la legittimità costituzionale dell'art. 30 comma 4°, «nella parte in cui non prevede la caducazione del giudicato quando ad essere dichiarata illegittima sia una previsione normativa concernente il solo trattamento sanzionatorio»<sup>32</sup>.

Resterebbe, quindi, ancora da chiarire se il sistema processuale penale effettivamente attribuisca al giudicato un valore “cedevole”, di fronte alla pur giusta esigenza di adattare l'esecuzione penale alla legalità riaffermata dalle pronunce della Corte costituzionale, o se, al contrario, la regola generale dell’“intangibilità” non debba esser ribadita, proprio in base alla constatazione che la legge prevede fattispecie derogatorie rispetto all'esecutività della sentenza irrevocabile (che non comprendono il caso della sopravvenuta declaratoria d'illegittimità costituzionale della norma

---

<sup>30</sup> Cass., Sez. I, 13 gennaio 2012, n. 977, cit.

<sup>31</sup> Così, anche, ad es., Cass., Sez. I, 9 luglio 2012, n. 26899, in *C.E.D. Cass.*, rv. 253084.

<sup>32</sup> CAPRIOLI, Francesco, *Giudicato e illegalità della pena*, cit., p. 289. Per la necessità di estendere la disciplina contenuta nell'art. 673 c.p.p. attraverso una sentenza additiva della Corte costituzionale o per via legislativa, v. GAMBARDELLA, Marco, *Overruling* favorevole della Corte europea e revoca del giudicato di condanna: a proposito dei casi analoghi alla sentenza “Scoppola”, in *Cassazione penale*, 2012, p. 3999.

sanzionatoria)<sup>33</sup>. Per concludere che il giudicato debba “cedere” qualora sopravvenga un quadro normativo più favorevole (a seguito dell’intervento del giudice delle leggi), non è dunque sufficiente richiamare il fatto che l’esecuzione della pena prosegue (o addirittura ha avuto inizio) in violazione del principio di legalità penale. A rigore, di “esecuzione illegale” della pena potrebbe parlarsi solo in presenza di una fattispecie legale *ad hoc*, che preveda l’ineseguibilità della sentenza in presenza di specifici presupposti, non essendo sufficiente constatare che la pena viene eseguita (“illegittimamente”) in violazione dei principi costituzionali. Andrebbero quindi distinti i concetti di “esecuzione illegale” della pena e di esecuzione della “pena illegittima”.

### 3. IL GIUDICATO PENALE FRA LEGGE E “MITO”

Rischia di provocare gravi equivoci la tendenza della giurisprudenza a contrapporre la «concezione tradizionale del giudicato», basata sulla regola dell’intangibilità, alla «proclamazione dei diritti fondamentali, che», secondo la Corte di cassazione, avrebbe «dato l’avvio ad una mutazione del fondamento e della stessa forza della cosa giudicata»<sup>34</sup>. Si è affermato, in quest’ottica, che «la Costituzione e, successivamente, il nuovo codice di procedura penale hanno ridimensionato profondamente il significato totalizzante attribuito all’intangibilità del giudicato quale espressione della tradizionale concezione autoritaria dello Stato e ne hanno, per contro, rafforzato la valenza di garanzia individuale»<sup>35</sup>. Tuttavia, non sembra condivisibile far risalire a una matrice autoritaria, e non democratica, la configurazione data al giudicato dal codice di rito del 1930, che a ben vede-

<sup>33</sup> Al contrario, secondo Cass., Sez. Un., ord. 10 settembre 2012, n. 34472, cit., par. 5 motivazione, proprio l’art. 2 comma 3° c.p. dimostrerebbe «la crisi dell’irrevocabilità del giudicato» ed a tale novità normativa potrebbe essere «accostato, in via analogica, il *novum* dettato dalla Corte EDU in tema di legalità della pena: in entrambi i casi, è l’esigenza imprescindibile di porre fine agli effetti negativi dell’esecuzione di una pena *contra legem* a prevalere sulla tenuta del giudicato, che deve cedere, anche *in executivis*, alla “più alta valenza fondativa dello statuto della pena”». V. anche, *supra*, nt. 17.

<sup>34</sup> Cass., Sez. Un., 14 ottobre 2014, n. 42858, cit., par. 6.1 motivazione.

<sup>35</sup> Cass., Sez. Un., 14 ottobre 2014, n. 42858, cit., par. 6.1 motivazione.

re il codice vigente non ha innovato. Infatti, secondo la lettura preferibile, già il precedente regime rigettava la concezione, questa sì autoritaria, tesa a ravvisare nel giudicato un'efficacia di accertamento dell'illecito penale, vincolante gli altri giudizi penali, per abbracciare l'idea che il giudicato «si risolve», puramente e semplicemente, nel *ne bis in idem*<sup>36</sup>.

Una volta chiarito che ad essere in gioco non è la forza della cosa giudicata, identica secondo le codificazioni del 1930 e del 1988, ma il suo contenuto, ben circoscritto e pure esso costante nei due regimi, non residua spazio per ravvisare antitesi fra la «concezione tradizionale» della cosa giudicata e la tutela dei diritti fondamentali, affermatasi con il codice vigente, sulla scia dei valori costituzionali, in contrapposizione al codice previgente. Insomma, nel sistema odierno non c'è modo di porre in crisi l'idea del giudicato “intangibile”, se correttamente intesa, considerando il mezzo attraverso il quale il giudicato stesso «si esplica»<sup>37</sup>: è il *ne bis in idem*, in sede penale, a garantire l'incontrovertibilità del risultato del processo<sup>38</sup>, e ciò (punto importante ai presenti fini) risulta coerente alla natura della sentenza irrevocabile come «norma di origine giudiziaria»<sup>39</sup>. Come si è osservato in dottrina recentemente, «il divieto *ex art. 649 c.p.p., in linea con la natura di norma del caso concreto propria della sentenza irrevocabile*, mira a salvaguardare la stabilità e incontrovertibilità del tenore precettivo, cioè del “comando” contenuto nella sentenza»<sup>40</sup>.

---

<sup>36</sup> Così, DE LUCA, Giuseppe, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, cit., p. 6 nt. 6: «Risolvendosi il giudicato nel puro e semplice *ne bis in idem*, ciò che rileva, ai fini del giudicato, non è tanto l'accertamento contenuto nella decisione, quanto il fatto della sentenza, ossia la sentenza come fatto giuridico»; LOZZI, Gilberto, *Profili di una indagine sui rapporti tra «ne bis in idem» e concorso formale di reati*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 37: «la nota distintiva del giudicato penale è data esclusivamente dal *ne bis in idem*, vale a dire da un effetto giuridico ricollegabile alla mera irrevocabilità della sentenza».

<sup>37</sup> DE LUCA, Giuseppe, *I limiti soggettivi*, cit., p. 125.

<sup>38</sup> «L'indiscutibilità dell'accertamento è il risultato pratico del meccanismo attraverso cui opera il giudicato»: DE LUCA, Giuseppe, *op. ult. cit.*, p. 134 nt. 35.

<sup>39</sup> CORDERO, Franco, *Procedura penale*, VII ediz., Milano, Giuffrè, 1983, p. 1039.

<sup>40</sup> RAFARACI, Tommaso, *Ne bis in idem* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Annali, vol. III, Milano, Giuffrè, 2010, p. 866 (corsivo aggiunto).

Si ricava da questo dato un argomento a favore della ricostruzione dottrinale, cui ha aderito una parte minoritaria della giurisprudenza, secondo la quale l'“applicazione” della norma penale «si esaurisce» con la pronuncia della sentenza irrevocabile<sup>41</sup>, mentre la fase esecutiva «trova esclusivamente titolo nel relativo provvedimento di irrogazione della sanzione, il quale, in virtù della efficacia preclusiva del giudicato, è affatto insensibile a ogni questione circa la “applicazione” delle norme definitivamente operata dal giudice»<sup>42</sup>. Senza possibilità, quindi, d'individuare momenti della fase esecutiva di possibile “applicazione” e delle norme incriminatrici e di quelle sanzionatorie. La tesi sarebbe fra l'altro confermata dallo stesso art. 30 comma 4° l. n. 87/1953, nella parte in cui distingue il momento (passato) di applicazione della norma penale sostanziale (“quando è stata pronunciata sentenza di condanna in applicazione della norma dichiarata illegittima”), dal momento (presente) in cui vengono meno gli effetti del giudicato (“ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali”)<sup>43</sup>.

Semmai, il giudice dell'esecuzione applica le norme processuali che, nei casi e alle condizioni previste, consentono di revocare la sentenza di condanna (art. 673 c.p.p.) o di dichiarare il provvedimento mancante o non esecutivo (art. 670 c.p.p.). Pertanto, il tema sul tappeto è l'esistenza o no di «una norma in grado di sottrarre alla sentenza irrevocabile la forza esecutiva che l'art. 650 c.p.p. le attribuisce»<sup>44</sup>, in presenza di un certo «evento, a cui la legge attribuisce efficacia risolutiva del giudicato»<sup>45</sup>, come accade nei casi di abrogazione della norma incriminatrice *ex art. 2 comma 2° c.p.*, di modifica del trattamento sanzionatorio *ex art. 2 comma 3° c.p.* e di dichiarazione d'illegittimità costituzionale di una norma incriminatrice (o sanzionatoria, nell'interpretazione delle Sezioni Unite della Corte di cassazione) *ex art. 30 comma 4° l. n. 87/1953*. Se così non fosse, cioè se il giudice penale potesse riapplicare la disciplina sostanziale in sede esecutiva (dopo l'applicazione giudiziale in sede cognitiva), nell'ottica di verificare il

<sup>41</sup> V., in tal senso, CAPRIOLI, Francesco, Giudicato e illegalità della pena, cit., pp. 270 ss.

<sup>42</sup> Così, Cass., Sez. I, 13 gennaio 2012, n. 977, cit., par. 4.6.2 motivazione.

<sup>43</sup> V., al riguardo, LAVARINI, Barbara, I rimedi *post iudicatum* alla violazione dei canoni europei, cit., p. 112.

<sup>44</sup> V., in tal senso, CAPRIOLI, Francesco, *op. ult. cit.*, p. 271.

<sup>45</sup> LAVARINI, Barbara, *op. loc. ult. cit.*

rispetto del principio di legalità<sup>46</sup>, sarebbe vanificata la stessa funzione del giudicato inteso come mezzo di concretizzazione della norma astratta<sup>47</sup>, con un ribaltamento del rapporto istituzionale fra la giurisdizione e la legge. Il che andrebbe a discapito di quella stessa tutela dei diritti fondamentali, che viene invocata, come si è visto anche dalla giurisprudenza, per propiziare un superamento del supposto «mito del giudicato».

Appare, dunque, scarsamente persuasiva la tesi della giurisprudenza di legittimità dominante, che (con inversione dei termini logici del problema) argomenta dalla ritenuta esistenza di un «obbligo di disapplicazione», il potere-dovere del giudice dell'esecuzione di incidere sul giudicato, rideterminando la pena inflitta sulla base di una norma penale sostanziale, poi dichiarata incostituzionale<sup>48</sup>. Con la conseguenza che la perdurante esecuzione della pena inflitta con la sentenza di condanna determinerebbe una «illegittima applicazione» di una norma di diritto penale sostanziale<sup>49</sup>. Invero, è proprio la «gerarchia delle fonti», che è stata invocata dalla medesima giurisprudenza a sostegno della tesi in esame<sup>50</sup>,

---

<sup>46</sup> In questa direzione, v. Cass., Sez. Un., 7 maggio 2014, n. 18821, cit., par. 7 motivazione, che definisce «l'istanza di legalità della pena, per il vero», come «un tema che, in fase esecutiva, deve ritenersi costantemente *sub iudice*», senza essere «ostacolata dal dato formale della c.d. "situazione esaurita", che tale sostanzialmente non è, non potendosi tollerare che uno Stato democratico di diritto assista inerte all'esecuzione di pene non conformi alla CEDU e, quindi, alla Carta fondamentale».

<sup>47</sup> Inoltre, il principio generale del *ne bis in idem* impone al giudice di applicare la legge sostanziale, concretizzandola, una sola volta. Sia consentito rinviare sul punto a BONTEMPELLI, Manfredi, *La litispendenza penale*, Milano, Giuffrè, 2017, pp. 88 ss.

<sup>48</sup> Cass., Sez. Un., 14 ottobre 2014, n. 42858, cit., par. 8.2 motivazione.

<sup>49</sup> Così, ad es., Cass., Sez. Un., 7 maggio 2014, n. 18821, cit., par. 7.1 motivazione, con riguardo agli «eventuali effetti ancora perduranti della violazione, determinata da una illegittima applicazione di una norma interna di diritto penale sostanziale interpretata in senso non convenzionalmente orientato». Addirittura, secondo questa pronuncia della Corte di cassazione, in tal caso la giurisdizione dovrebbe prendere «atto della insussistenza delle condizioni che giustificano l'esecuzione della pena nei confronti del condannato» e, quindi, «riportare la stessa in una dimensione di legittimità, utilizzando spazi di operatività della normativa vigente, che, benché non chiaramente evidenziati, sono in essa implicati» (par. 7.2 motivazione).

<sup>50</sup> Cass., Sez. Un., 14 ottobre 2014, n. 42858, cit., par. 8.2 motivazione, dove si esclude «che la sentenza che genera il comando punitivo del caso concreto si

a subordinare l'intervento del giudice penale durante la fase esecutiva a una norma processuale che lo consenta.

È significativo come il «superamento culturale» cui si è fatto cenno venga sollecitato dalla giurisprudenza in discorso, richiamando «autorevoli voci della dottrina» della metà degli anni '50 del Novecento, «tese a evidenziare le distorsioni e le storture che il mito dell'intangibilità del giudicato determinava nella interpretazione di taluni istituti di diritto sostanziale»<sup>51</sup>. Giova ricordare, innanzitutto, che fra le situazioni in cui tale dottrina si domandava «perché, in sostanza, far prevalere sulla giustizia e sulla verità la intoccabile autorità del giudicato», veniva collocato, fra l'altro al primo posto, il «caso di sopravvenienza della prova di responsabilità dell'imputato assolto»<sup>52</sup>. È l'ipotesi della revisione *in peius*, mai tramontata in alcuni ambienti culturali, che dimostra quali insidie contenga il “mito”, questo sì tale, della “erosione del giudicato”, per quanto riguarda la tutela dei diritti fondamentali. Suona dunque realistico, e non solo provocatorio, l'interrogativo che taluno ha posto di recente, di fronte al «nuovo sistema penale liquido»: «chi può escludere che un domani, venuto meno il “mito” del giudicato, esigenze di giustizia “sostanziale” e di uguaglianza non conducano alla soppressione del principio del *ne bis in idem* e del divieto di revisione *in peius*?»<sup>53</sup>.

Inoltre, la dottrina che auspicava il superamento del «mito del giudicato», sottolineava il fondamento politico dell'istituto<sup>54</sup>, in campo

---

sottragga per questo solo alla gerarchia delle fonti e che gli effetti da essa prodotti possano resistere indenni alla declaratoria di illegittimità costituzionale della sanzione applicata».

<sup>51</sup> Cass., Sez. Un., 14 ottobre 2014, n. 42858, cit., par. 6.1 motivazione. V. LEONE, Giovanni, Il mito del giudicato, in *Scritti giuridici*, vol. I, Napoli, Jovene, 1987, p. 63.

<sup>52</sup> LEONE, Giovanni, *op. loc. ult. cit.*

<sup>53</sup> MAZZA, Oliviero, Principio di legalità, diritto giurisprudenziale e giudice dell'esecuzione, in FIORIO, Carlo; FONTI, Rossella; MONTAGNA, Mariangela (a cura di), *Inazione, controlli, esecuzione*, Atti del Convegno in ricordo di Giovanni Dean, Pisa, Pacini Editore, 2017, p. 201.

<sup>54</sup> «Fondamento politico e non logico, che, come esattamente avverte il Carnelutti non esiste, trattandosi solo di un problema di convenienza politica»: LEONE, Giovanni, Il mito del giudicato, cit., p. 69. Proprio perché di tipo politico, e non logico, si potrebbe proseguire, la scelta di attribuire la prevalenza al valore del giudicato rispetto ad altri valori deve essere riservata al legislatore e non all'interprete.



penale a differenza che in quello civile, ricollegandosi alla «distinzione tra processo dispositivo e processo inquisitorio»<sup>55</sup>, ed affermando che «il giudicato su rapporti indisponibili tanto guadagna in estensione quando perde in rigidità»<sup>56</sup>. Non sembra allora irragionevole riaffermare la rigidità del giudicato su una situazione indisponibile, quale è quella relativa al dovere di punire (oggetto di accertamento in sede penale), laddove il giudicato stesso venga circoscritto quanto ad estensione, come accade nel sistema vigente, refrattario all'idea della efficacia *erga omnes* dell'accertamento dei fatti su cui si basa la decisione irrevocabile<sup>57</sup>.

#### **4. SPAZI DI ADEGUAMENTO DEL GIUDICATO ALLA LEGALITÀ PENALE DAVANTI AL GIUDICE DELL'ESECUZIONE, SECONDO IL "DIRITTO VIVENTE"**

Il quesito affrontato dalla Suprema Corte e dalla Consulta in ordine alla derogabilità del giudicato, nel caso di esecuzione di una pena "illegittima", perché inflitta in base a una norma dichiarata incostituzionale, interferisce con il quesito dell'istituto applicabile, per rimediare alla violazione del principio di legalità<sup>58</sup>. Infatti, il riconoscimento di spazi di adeguamento del giudicato agli interventi della Corte costituzionale sulla

---

<sup>55</sup> LEONE, Giovanni, *op. loc. ult. cit.*

<sup>56</sup> LEONE, Giovanni, *op. cit.*, p. 70, in base all'osservazione che «il giudicato su rapporti indisponibili (tipico è il giudicato di stato) postula una efficacia universale che deriva dal fatto che la *res iudicata* si estende a tutta una larga ed indefinibile serie di relazioni che tale giudicato è chiamato a regolare; così tutta la società, nella quale tali relazioni si incardinano, è interessata alla validità sostanziale, alla rispondenza cioè a giustizia, della decisione».

<sup>57</sup> Questo profilo è richiamato da Cass., Sez. Un., 14 ottobre 2014, n. 42858, cit., par. 6.3 motivazione. Non può pertanto esser condivisa nemmeno la tesi della «duplice dimensione del giudicato penale: la prima relativa all'accertamento del fatto, realmente intangibile [...]; la seconda relativa alla determinazione della pena, che, sprovvista di reale copertura costituzionale (o convenzionale), appare maggiormente permeabile alle "sollecitazioni" provenienti *ab extra* rispetto alla *res iudicata*». Così, Cass., Sez. Un., 15 settembre 2015, n. 37107, cit., par. 4 motivazione, che punta l'accento su una distinzione, del «giudicato sulla pena» dal «giudicato sull'accertamento», di cui non c'è traccia nel codice di rito vigente.

<sup>58</sup> Per un'ampia sistematizzazione dall'angolo visuale dei rimedi, v. LAVARINI, Barbara, I rimedi *post iudicatum* alla violazione dei canoni europei, cit., pp. 87 ss.

disciplina sanzionatoria, è andato di pari passo al riconoscimento di spazi sempre più estesi d'intervento in capo al giudice dell'esecuzione. La stessa possibilità di attivare il procedimento di esecuzione, per rideterminare la pena inflitta divenuta "illegittima", è stata posta al centro del giudizio di rilevanza della questione di legittimità costituzionale, sollevata nel già citato "caso Ercolano"<sup>59</sup>, alla luce del ravvisato «rapporto di strumentalità necessaria tra la risoluzione della questione di costituzionalità e la definizione dell'attivato incidente di esecuzione»<sup>60</sup>.

Secondo la Suprema Corte, si è visto<sup>61</sup>, l'incidente di esecuzione verrebbe attivato in forza dell'art. 30 comma 4° l. n. 87 del 1953, disposizione che legittimerebbe «il superamento del giudicato di fronte alle primarie esigenze, insite nell'intero sistema penale, di tutelare il diritto fondamentale della persona alla legalità della pena anche in fase esecutiva e di assicurare parità di trattamento tra i condannati che versano in una identica situazione»<sup>62</sup>. E si tratterebbe dell'incidente di esecuzione disciplinato dall'art. 670 c.p.p.<sup>63</sup>, istituto che, ritiene la medesima giurisprudenza, sarebbe impiegabile «per far valere tutte le questioni relative non solo alla mancanza o alla non esecutività del titolo, ma anche quelle che attengono alla eseguibilità e alla concreta attuazione del medesimo»<sup>64</sup>, ivi inclusi i vizi attinenti al «contenuto» del titolo esecutivo, che pertanto andrebbe sostituito, nelle situazioni qui discusse, «con un provvedimento dotato del requisito della eseguibilità»<sup>65</sup>. Questa prospettiva è stata condivisa dalla

<sup>59</sup> Sul punto v., criticamente, CAPRIOLI, Francesco, Giudicato e illegalità della pena, cit., pp. 267 ss. Da una diversa prospettiva, LAMARQUE, Elisabetta, e VIGANÒ, Francesco, Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola, in *Diritto penale contemporaneo*, 31 marzo 2014.

<sup>60</sup> Così, Cass., Sez. Un., ord. 10 settembre 2012, n. 34472, cit., par. 11 motivazione.

<sup>61</sup> V., *supra*, par. 2.

<sup>62</sup> Cass., Sez. Un., ord. 10 settembre 2012, n. 34472, cit., par. 11 motivazione.

<sup>63</sup> Secondo la procedura dell'art. 666 c.p.p. V., ad es., Cass., Sez. Un., 15 settembre 2015, n. 37107, cit., par. 4 motivazione.

<sup>64</sup> Cass., Sez. Un., 7 maggio 2014, n. 18821, cit., par. 9.1 motivazione.

<sup>65</sup> Cass., Sez. Un., 7 maggio 2014, n. 18821, cit., par. 9.1 motivazione. V., invece, Cass., Sez. Un., 15 settembre 2015, n. 37107, cit., par. 5.2 motivazione, che in relazione al «problema della illegalità sopravvenuta della pena nella sentenza di patteggiamento irrevocabile», esclude il ricorso al rimedio dell'art. 670

Corte costituzionale che, con la sentenza n. 210 del 2013, ha demandato al giudice comune il compito «di determinare l'esatto campo di applicazione in sede esecutiva» delle «sopravvenienze relative alla punibilità e al trattamento punitivo del condannato», concludendo che, «in base all'art. 30, quarto comma, della legge n. 87 del 1953, il giudicato penale non impedisce al giudice di intervenire sul titolo esecutivo per modificare la pena, quando la misura di questa è prevista da una norma di cui è stata riconosciuta l'illegittimità convenzionale, e quando tale riconoscimento sorregge un giudizio altamente probabile di illegittimità costituzionale della norma per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost.»<sup>66</sup>.

Questa subordinazione del ricorso all'incidente di esecuzione alla precedente declaratoria d'illegittimità costituzionale della norma sanzionatoria, è stata tuttavia posta in discussione dal secondo intervento delle Sezioni Unite della Suprema Corte nel "caso Ercolano", dove si è sostenuta l'attivabilità del «meccanismo di aggressione del giudicato, nella parte relativa alla specie e alla misura della pena inflitta dal giudice della cognizione», alle condizioni che sembra utile riprodurre qui testualmente: «a) la questione controversa deve essere identica a quella decisa dalla Corte EDU; b) la decisione sovranazionale, alla quale adeguarsi, deve avere rilevato un vizio strutturale della normativa interna sostanziale, che definisce le pene per determinati reati, in quanto non coerente col principio di retroattività *in mitius*; c) la possibilità d'interpretare la normativa interna in senso convenzionalmente orientato ovvero, se ciò non è possibile, la declaratoria d'incostituzionalità della medesima normativa (com'è accaduto nel caso di specie); d) l'accoglimento della questione sollevata deve essere l'effetto di una operazione sostanzialmente ricognitiva e non deve richiedere la riapertura del processo»<sup>67</sup>. Peraltro, il

---

c.p.p., riguardante «l'ipotesi in cui il titolo manca o non è divenuto esecutivo, laddove nel caso in esame la sentenza di patteggiamento è sicuramente passata in giudicato e tale è divenuta prima che sopravvenisse l'illegalità della pena per effetto della dichiarazione di incostituzionalità, per cui non può neppure parlarsi di un giudicato "viziato". Non avrebbe alcun senso il ricorso all'art. 670 cod. proc. pen. con conseguente ritorno degli atti al giudice della cognizione: in questo caso, infatti, la sentenza è validamente passata in giudicato».

<sup>66</sup> Corte cost., 18 luglio 2013, n. 210, par. 7.3 motivazione.

<sup>67</sup> Cass., Sez. Un., 7 maggio 2014, n. 18821, cit., par. 9.2 motivazione (corsivo aggiunto).

riferimento alla possibilità d'interpretazione convenzionalmente orientata della legge nazionale, come strada da percorrere con priorità rispetto all'incidente davanti alla Corte costituzionale, sembrerebbe preludere a una riapplicazione della disciplina penale sostanziale da parte del giudice dell'esecuzione, che, come si è ricordato, è estranea ai compiti attribuiti a quest'organo, nei tassativi casi di rideterminazione della pena in deroga alla condanna divenuta irrevocabile<sup>68</sup>. Il superamento di questo principio dovrebbe pertanto passare da un intervento della Corte costituzionale (che estenda i casi di attivazione del giudice dell'esecuzione).

Inoltre, secondo il diritto vivente, la soluzione dell'incidente di esecuzione si attaglia a casi, come quello "Ercolano", in cui «non è necessaria una "riapertura del processo" di cognizione ma occorre più semplicemente incidere sul titolo esecutivo, in modo da sostituire la pena irrogata con quella conforme alla CEDU e già *precisamente determinata nella misura dalla legge*»<sup>69</sup>. Sostiene la Consulta che, «per una simile attività processuale», non è adeguato il procedimento di revisione previsto dall'art. 630 c.p.p., quale risulta a seguito della dichiarazione d'illegittimità costituzionale da parte della sentenza n. 113/2011<sup>70</sup>, «ma è sufficiente», prosegue la Corte, «un intervento del giudice dell'esecuzione», «specie se si considera l'ampiezza dei poteri ormai riconosciuti dall'ordinamento processuale a tale giudice, che non si limita a conoscere delle questioni sulla validità e sull'efficacia del titolo esecutivo ma è anche abilitato, in vari casi, ad incidere su di esso (artt. 669, 670, comma 3, 671, 672 e 673 cod. proc. pen.)»<sup>71</sup>.

Sul riconoscimento normativo di tali ampi poteri ha poi fatto perno la giurisprudenza di legittimità per allargare gli spazi d'incidenza del rito esecutivo sul giudicato, al di là dei casi in cui la pena inflitta

<sup>68</sup> In tal senso, v. LAVARINI, Barbara, I rimedi *post iudicatum* alla violazione dei canoni europei, cit., p. 112.

<sup>69</sup> Corte cost., 18 luglio 2013, n. 210, par. 8 motivazione (corsivo aggiunto); nonché Cass., Sez. Un., 7 maggio 2014, n. 18821, cit., par. 8 motivazione: «il meccanismo procedurale da utilizzare non può che essere individuato nell'incidente di esecuzione».

<sup>70</sup> Cass., Sez. Un., 7 maggio 2014, n. 18821, cit., par. 8 motivazione.

<sup>71</sup> Corte cost., 18 luglio 2013, n. 210, par. 8 motivazione; Cass., Sez. Un., 7 maggio 2014, n. 18821, cit., par. 9 motivazione.

debba esser rideterminata a schema fisso (come avvenuto nella “vicenda Ercolano” con la sostituzione della pena dell’ergastolo con quella della reclusione di trent’anni) o con operazione meramente aritmetica (come nell’evenienza in cui il giudice dell’esecuzione sia chiamato a detrarre dalla pena inflitta, «la quantità “illegale” di pena “aggiunta” per effetto di una circostanza aggravante dichiarata costituzionalmente illegittima»)<sup>72</sup>. Secondo la “pronuncia Gatto” delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, il giudice dell’esecuzione dovrebbe in generale rideterminare la pena «applicata per effetto di norme che mai avrebbero dovuto vivere nell’ordinamento», in quanto dichiarate incostituzionali<sup>73</sup>; e, quindi, anche quando oggetto della declaratoria di incostituzionalità non sia una circostanza aggravante, ma il divieto normativo di prevalenza delle circostanze attenuanti sull’aggravante prevista dall’art. 99 comma 4° c.p. (come stabilito dall’art. 69 comma 4° c.p., a seguito della l. n. 251/2005)<sup>74</sup>. In base alla lettura della Suprema Corte, anche in un caso simile la pena sarebbe eseguita illegittimamente, innanzitutto sotto il profilo oggettivo, «in quanto derivante dall’applicazione di una norma di diritto penale sostanziale dichiarata incostituzionale dopo la sentenza irrevocabile»<sup>75</sup>. Inoltre, sotto il profilo soggettivo, la pena risulterebbe illegittima, «giacchè, almeno per una sua parte, non potrà essere positivamente finalizzata alla rieducazione del condannato e costituirà, anzi, un ostacolo al perseguimento di tale scopo perché sarà “inevitabilmente” avvertita come ingiusta da chi la sta subendo, per essere stata non già determinata dal giudice nell’esercizio dei suoi ordinari e legittimi poteri, ma imposta da un legislatore che ha violato la Costituzione»<sup>76</sup>.

Questo ragionamento sembra peraltro provare troppo, perché il condannato avvertirà “inevitabilmente” come “ingiusta”, a scapito

---

<sup>72</sup> È il problema che si è posto a seguito della declaratoria d’illegittimità costituzionale dell’art. 61 comma 1°, n. 11-bis), c.p. (sent. cost. n. 249/2010), ed è stato affrontato, ad es., da Cass., Sez. I, 13 gennaio 2012, n. 977, cit.

<sup>73</sup> Cass., Sez. Un., 14 ottobre 2014, n. 42858, cit., par. 10.2 motivazione.

<sup>74</sup> Cass., Sez. Un., 14 ottobre 2014, n. 42858, cit., par. 11 motivazione. La disposizione è stata dichiarata costituzionalmente illegittima da Corte cost., 15 novembre 2012, n. 251.

<sup>75</sup> Cass., Sez. Un., 14 ottobre 2014, n. 42858, cit., par. 12 motivazione.

<sup>76</sup> Cass., Sez. Un., 14 ottobre 2014, n. 42858, cit., par. 12 motivazione.

del principio rieducativo di cui all'art. 27 comma 3° Cost., anche (e a maggior ragione) la pena eseguita in base a un giudizio di colpevolezza ad esempio scaturito dalla utilizzazione di una prova prevista da una norma processuale poi dichiarata costituzionalmente illegittima. Eppure, in una situazione di questo tipo, non vi sarebbe spazio per attivare la revisione, né l'incidente di esecuzione, senza ulteriore rimedio a tutela della proclamazione d'innocenza *post iudicatum*<sup>77</sup>.

Ancora, è stata portata all'attenzione delle Sezioni Unite, nel "caso Marcon", la questione se debba essere rideterminata in sede esecutiva la pena applicata su richiesta delle parti per i delitti previsti dall'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990, in relazione alle "droghe leggere", con pronuncia divenuta irrevocabile prima della sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014, e, in caso di risposta affermativa, secondo quali regole debba essere rideterminata, cioè «secondo un criterio aritmetico-proporzionale di adeguamento alla mutata e più favorevole cornice edittale, o se, invece, il giudice dell'esecuzione possa rivalutare la congruità e la correttezza della sanzione irrogata dal giudice della cognizione rispetto alla disciplina oggetto di reviviscenza avvalendosi dei criteri discrezionali di cui agli artt. 132 e 133 cod. pen.»<sup>78</sup>. Vale a dire se, in caso di risposta affermativa al primo quesito, possa essere esercitato da parte del giudice dell'esecuzione il potere discrezionale, tipicamente attribuito al giudice della cognizione nell'applicazione della pena, entro i limiti e secondo i criteri dettati nei due articoli richiamati (ben al di là, quindi, della messa a punto delle Sezioni Unite risalente al "caso Ercolano"). Ebbene la Consulta, dichiarata l'illegittimità costituzionale, in riferimento all'art. 77 comma 2° Cost., delle modifiche all'art. 73 d.P.R. n. 309/1990, da parte del d.l. n. 272/2005, conv. con modif. dalla l. n. 49/2006, ha ritenuto «che la disciplina dei reati sugli stupefacenti contenuta nel d.P.R. [cit.], nella versione precedente alla novella del 2006, torni ad applicarsi, non essendosi validamente verificato l'effetto abrogativo»<sup>79</sup>, ed ha poi demandato al giudice comune

<sup>77</sup> Oppure si pensi alle «sentenze irrevocabili di condanna che siano il frutto di una valutazione grossolanamente errata delle risultanze processuali (non aggregabili, in quanto tali, con il rimedio straordinario della revisione)»: CAPRIOLI, Francesco, Il giudice e la legge processuale: il paradigma rovesciato, cit., p. 977.

<sup>78</sup> Cass., Sez. Un., 15 settembre 2015, n. 37107, in *C.E.D. Cass.*, rv. 264859.

<sup>79</sup> Corte cost., 25 febbraio 2014, n. 32, par. 5 motivazione.

il compito di individuare la norma penale più favorevole al reo, tenuto conto del trattamento sanzionatorio più mite da parte del testo originario del d.P.R. n. 309/1990, rispetto a quello caducato, per gli illeciti concernenti le “droghe leggere” (puniti con la pena della reclusione da due a sei anni e della multa, anziché con la pena della reclusione da sei a venti anni e della multa), e del trattamento sanzionatorio più severo per i reati concernenti le “droghe pesanti” (puniti con la pena della reclusione da otto a venti anni, anziché con quella da sei a venti anni)<sup>80</sup>.

Dal canto suo, la “pronuncia Marcon” ha affermato in primo luogo che, nel caso dell’illegalità della pena sopravvenuta alla sentenza di patteggiamento irrevocabile<sup>81</sup>, a causa della pronuncia della Corte costituzionale, deve essere rimesso in discussione, non «il titolo esecutivo nella sua interezza, ma solo una parte di esso, cioè la quantificazione della pena»<sup>82</sup> (di qui l’inapplicabilità dell’art. 673 c.p.p.); con la conseguenza che «la rideterminazione del trattamento sanzionatorio assume una valenza sostitutiva di un titolo esecutivo [...] solo in parte non più eseguibile, che andrà pertanto integrato, in punto di entità della pena, dalla decisione emessa in sede esecutiva»<sup>83</sup>. In secondo luogo, la decisione in discorso ha elaborato una complessa teoria relativa al meccanismo da assegnare al giudice dell’esecuzione, per rideterminare la pena alla luce della disciplina sanzionatoria come risultante dopo la dichiarazione d’illegittimità costituzionale<sup>84</sup>.

A tal fine non sarebbe impiegabile il «criterio oggettivo di tipo matematico-proporzionale», in forza del quale dovrebbe applicarsi «una pena che, in proporzione, corrisponda all’entità della pena applicata in sentenza,

---

<sup>80</sup> Corte cost., 25 febbraio 2014, n. 32, par. 6 motivazione.

<sup>81</sup> Per il diverso caso dell’illegalità sopravvenuta alla sentenza di condanna non irrevocabile, v. la sentenza “gemella” Cass., Sez. Un., 28 luglio 2015, n. 33040, in *C.E.D. Cass.*, rv. 264207.

<sup>82</sup> Cass., Sez. Un., 15 settembre 2015, n. 37107, cit., par. 5.2 motivazione.

<sup>83</sup> Cass., Sez. Un., 15 settembre 2015, n. 37107, cit., par. 5.2 motivazione.

<sup>84</sup> Qualora, invece, la dichiarazione d’incostituzionalità preceda la formazione del giudicato, Cass., Sez. Un., 28 luglio 2015, n. 33040, cit., par. 7 motivazione, ha sostenuto che «l’accordo è nullo per sopravvenuta illegalità di una parte del suo oggetto, con l’ulteriore conseguenza che la sentenza che ha recepito l’accordo deve essere annullata senza rinvio» (senza possibilità di rideterminazione d’ufficio).

aggiungendo al nuovo minimo di pena la stessa percentuale di aumento applicata in sede di cognizione». Questo criterio, che secondo l'indirizzo giurisprudenziale dove è stato recepito salvaguarderebbe «la volontà negoziale delle parti irrevocabilmente espressa e la susseguente valutazione di congruità della pena concordata espressa dal giudice della cognizione» (e quindi preserverebbe maggiormente il giudicato)<sup>85</sup>, secondo la pronuncia “Marcon” non sarebbe coerente ai «principi affermati dalle sentenze “Ercolano” e “Gatto” che, invece, riconoscono al giudice della esecuzione ampi poteri e margini di apprezzamento»<sup>86</sup>. Né sarebbe applicabile il meccanismo basato sulla «tesi della libera determinazione della pena da parte del giudice dell'esecuzione», «in termini ormai sottratti alla dinamica negoziale», con il rischio, secondo la stessa “sentenza Marcon”, «di applicare al condannato una pena *ex art. 444 cod. proc. pen. di fatto non concordata*»<sup>87</sup>.

Nella lettura della Suprema Corte, sarebbe invece utilizzabile lo strumento processuale previsto dall'art. 188 n. att. c.p.p. in tema di applicazione della disciplina del concorso formale e del reato continuato da

<sup>85</sup> V. i richiami giurisprudenziali effettuati dalle Sezioni Unite.

<sup>86</sup> Cass., Sez. Un., 15 settembre 2015, n. 37107, cit., par. 7.1 motivazione, sottolineando che «l'originaria valutazione di congruità della pena irrogata, sia nella commisurazione della sanzione effettuata in sede di giudizio di colpevolezza, sia nel giudizio di congruità rimesso al giudice in caso di patteggiamento, è intimamente connessa alla diversa forbice edittale, all'epoca unica per tutti i tipi di sostanze stupefacenti, sicché un criterio automatico di riduzione proporzionale finisce per non tenere conto della concreta gravità dei fatti e della personalità del reo in rapporto alla nuova cornice edittale». Ciò è coerente all'affermazione di Cass., Sez. Un., 28 luglio 2015, n. 33040, cit., par. 5 motivazione, secondo cui «il venir meno per contrarietà alla Costituzione – con efficacia *ex tunc* – della cornice edittale che ha guidato il giudicante nella delicata attività di “misurazione della responsabilità” finisce con il travolgere la stessa pena in concreto inflitta, vale a dire il “risultato finale” di detta misurazione, perché, non essendo più attuale il giudizio astratto di disvalore del fatto (essendosi modificata la forbice sanzionatoria edittale), la misurazione compiuta non traduce più – per effetto del mutamento dei parametri di riferimento – né coerentemente né correttamente il giudizio di responsabilità». Prosegue la Suprema Corte osservando che, «in altri termini, la valutazione di responsabilità del reato non risulta più misurata “legalmente”, perché la risposta punitiva è stata elaborata sulla base di un compasso sanzionatorio in-costituzionale, così da risultare alterato lo stesso giudizio di gravità del reato ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 132 e 133 cod. pen.».

<sup>87</sup> Cass., Sez. Un., 15 settembre 2015, n. 37107, cit., par. 7.2 motivazione.



parte del giudice dell'esecuzione, nel caso di più sentenze di applicazione della pena su richiesta delle parti: la disposizione, ritenuta speciale rispetto all'art. 671 c.p.p., avrebbe l'identica *ratio* di «assicurare l'applicazione della pena “giusta” per l'imputato fino alla fase esecutiva»<sup>88</sup>. È la stessa Corte ad esplicitare, al riguardo, la necessità d'interpretare analogicamente l'art. 188 n. att. c.p.p.<sup>89</sup>, il che appare coerente alle richiamate affermazioni della giurisprudenza “Ercolano”, ma si pone in rapporto critico con il principio di tassatività delle ipotesi derogatorie del giudicato<sup>90</sup>.

È poi importante sottolineare che, secondo la decisione in discorso, il giudice dell'esecuzione conserverebbe il potere di valutare la congruità della pena, ma anche di rideterminarla autonomamente nel caso essa sia ritenuta incongrua, in quanto, se così non fosse, «l'effetto sarebbe quello di confermare una pena illegale, laddove al giudice dell'esecuzione si chiede, con l'instaurazione dell'incidente, di rimuovere l'illegalità della pena oggetto dell'accordo originario»<sup>91</sup>. Questo potere di «riqualificazione sanzionatoria», per un verso, è «sempre subordinato al previo esperimento di un tentativo di patteggiamento, fallito il quale, a causa di una pena “incongrua” rispetto al fatto così come ritenuto in sede di cognizione, spetta al giudice operare la modifica della sanzione»; per altro verso, tale potere dovrà essere esercitato dal giudice dell'esecuzione utilizzando i criteri di cui agli artt. 132 e 133 c.p.<sup>92</sup>, dunque secondo la discrezionalità tipica del giudizio di cognizione.

Analogamente, il giudice dell'esecuzione dovrà valutare l'applicabilità della sospensione condizionale della pena, che le parti potrebbero includere nell'accordo, ma nel caso in cui non condivida l'applicazione del beneficio, «non potendo respingere l'accordo, come invece avviene in sede di cognizione, dovrà comunque riceverlo, escludendo la sospensione condizionale, sempre che ritenga congrua la pena. Allo stesso

---

<sup>88</sup> Cass., Sez. Un., 15 settembre 2015, n. 37107, cit., par. 8 motivazione.

<sup>89</sup> Cass., Sez. Un., 15 settembre 2015, n. 37107, cit., par. 8 motivazione.

<sup>90</sup> Ciò consentirebbe «di intervenire sulla pena illegale della sentenza di patteggiamento irrevocabile», e assicurerebbe «alle parti la possibilità di rinnovare l'accordo, rispettando l'essenza stessa dell'istituto dell'applicazione della pena su richiesta»: Cass., Sez. Un., 15 settembre 2015, n. 37107, cit., par. 8 motivazione.

<sup>91</sup> Cass., Sez. Un., 15 settembre 2015, n. 37107, cit., par. 8.2 motivazione.

<sup>92</sup> Cass., Sez. Un., 15 settembre 2015, n. 37107, cit., par. 8.3 motivazione.

modo, deve riconoscersi che anche nelle residuali ipotesi di autonoma rideterminazione della pena il giudice possa disporre la sospensione condizionale della pena»<sup>93</sup>. Come si vede, il superamento del giudicato porterebbe persino a un allargamento dei margini di manovra del giudice dell'esecuzione, rispetto al giudice della cognizione.

## 5. L'INTANGIBILITÀ DEL GIUDICATO NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE

La ritenuta attivabilità in sede esecutiva dei poteri discrezionali con cui il giudice determina la pena *ex artt.* 132 e 133 c.p., secondo la ricostruzione giurisprudenziale anzidetta, stride con la lettura fornita dalle stesse Sezioni Unite della Corte di cassazione, con la sentenza “Basile”, circa i «limiti» e l'«ambito dell'intervento sul giudicato da parte del giudice dell'esecuzione» quando sia in gioco il problema di dover emendare *in executivis* una pena accessoria illegale<sup>94</sup>, «anche nel caso in cui debba essere eseguita una pena *ab origine* illegale»<sup>95</sup> (cioè a prescindere dalla sopravvenienza di una declaratoria d'illegittimità costituzionale della disciplina penale relativa al trattamento sanzionatorio). Ha sostenuto la Corte, al riguardo, che «l'intervento del giudice dell'esecuzione è ammesso *sempre che non implichi valutazioni discrezionali* in ordine alla specie ed alla durata della pena accessoria»<sup>96</sup>.

<sup>93</sup> Cass., Sez. Un., 15 settembre 2015, n. 37107, cit., par. 9 motivazione, argomentando dal potere espressamente attribuito al giudice dell'esecuzione dall'art. 671 comma 3 c.p.p.

<sup>94</sup> Cass., Sez. Un., 12 febbraio 2015, n. 6240, in *C.E.D. Cass.*, rv. 262328, par. 6 motivazione.

<sup>95</sup> Cass., Sez. Un., 12 febbraio 2015, n. 6240, cit., par. 3.3 motivazione. La Suprema Corte, in questa pronuncia, ha affrontato la questione «se l'erronea o omessa applicazione da parte del giudice della cognizione di una pena accessoria predeterminata per legge nella specie e nella durata o l'applicazione da parte del medesimo giudice, previa delimitazione del principio di legalità della pena in rapporto al giudicato e alla sua applicazione in sede esecutiva, di una pena accessoria *extra o contra legem*, possano essere rilevate, anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza, dal giudice dell'esecuzione».

<sup>96</sup> Cass., Sez. Un., 12 febbraio 2015, n. 6240, cit., par. 6.2 motivazione (corsivo aggiunto).

Questa tesi<sup>97</sup> è stata argomentata sia in base al disposto dell'art. 183 n. att. c.p.p., che attribuisce al pubblico ministero il dovere di chiedere l'applicazione della pena accessoria "al giudice dell'esecuzione se non si è provveduto con la sentenza di condanna", quando si tratta di "una pena accessoria predeterminata dalla legge nella specie e nella durata"; sia in base a considerazioni sistematiche attinenti ai limiti che incontrano i poteri dell'organo giurisdizionale nella fase esecutiva, di modo da escludere «interventi che comportino valutazioni di carattere discrezionale»<sup>98</sup>: non è in particolare consentita, secondo la ricostruzione in discorso, la manipolazione del giudicato attraverso «il ricorso ai criteri di cui all'art. 133 cod. pen., per la determinazione della durata della pena accessoria»<sup>99</sup>. La Suprema Corte ha pertanto enunciato il principio di diritto per cui «l'applicazione di una pena accessoria *extra o contra legem* da parte del giudice della cognizione può essere rilevata, anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza, dal giudice dell'esecuzione, purchè essa sia determinata per legge (o determinabile, senza alcuna discrezionalità) nella specie e nella durata, e non derivi da un errore valutativo del giudice della cognizione».

Non può stupire il riferimento a questo limite negativo dell'intervento sul giudicato. Infatti, la costante giurisprudenza di legittimità esclude che il giudicato sia emendabile quando l'applicazione di una pena illegale scaturisca da un accertamento sul punto, sia pure erroneo, del giudice della cognizione<sup>100</sup>. La stessa "pronuncia Gatto" delle Sezioni Unite ha posto l'accento su questa forma di manifestazione dell'"intangibilità" della pronuncia irrevocabile, nonostante l'intervenuta declaratoria d'illegittimità costituzionale di una norma penale idonea a mitigare il trattamento sanzionatorio. Circoscrivendo gli effetti

---

<sup>97</sup> Per una critica, v. LAVARINI, Barbara, I rimedi *post iudicatum* alla violazione dei canoni europei, cit., pp. 114-115.

<sup>98</sup> Cass., Sez. Un., 12 febbraio 2015, n. 6240, cit., par. 6.2 motivazione.

<sup>99</sup> Cass., Sez. Un., 12 febbraio 2015, n. 6240, cit., par. 6.3 motivazione.

<sup>100</sup> Cass., Sez. Un., 12 febbraio 2015, n. 6240, cit., par. 6.1 motivazione, secondo cui va appunto «esclusa l'emendabilità *in executivis* quando il giudice della cognizione si sia già pronunciato in proposito e sia pervenuto, anche se in modo erroneo, a conclusioni che abbiano comportato l'applicazione di una pena accessoria illegale. In tal caso, alla erroneità della valutazione non può che porsi rimedio con gli ordinari mezzi di impugnazione».

della già richiamata sentenza costituzionale n. 251/2012, in ordine al divieto *ex art. 69 comma 4° c.p.* di valutare prevalente la circostanza attenuante di cui all'*art. 73 comma 5 d.P.R. n. 309/1990*, sulla recidiva *ex art. 99 comma 4° c.p.*, la Suprema Corte ha affermato il potere del giudice dell'esecuzione di ritenere la suddetta prevalenza, «semprechè una simile valutazione non sia stata esclusa nel merito dal giudice della cognizione, secondo quanto risulta dal testo della sentenza irrevocabile»<sup>101</sup>. Si è così individuato, nella sentenza di cognizione, un vero e proprio "limite" di rideterminazione della pena da parte del giudice dell'esecuzione, le cui valutazioni «non potranno contraddire quelle del giudice della cognizione» (come nel caso in cui il giudizio di prevalenza sia stato escluso «per ragioni di merito, cioè indipendentemente dal divieto previsto dall'*art. 69, quarto comma, cod. pen.*») <sup>102</sup>.

È necessario infine richiamare un ulteriore passaggio dell'elaborazione giurisprudenziale sui limiti d'intervento sul giudicato penale. Esso non può cedere, e resta dunque intangibile, pur di fronte a violazioni del principio di legalità, quando la pena sia stata del tutto estinta (o si sia estinta). Questo presupposto di attivazione *in executivis* dei rimedi alle suddette violazioni è stato enucleato dalla Suprema Corte, in forza dell'esigenza di rendere il giudicato stesso «recessivo di fronte ad evidenti e pregnanti compromissioni in atto dei diritti fondamentali della persona»<sup>103</sup>, con «effetti», quindi, «ancora perduranti della violazione»<sup>104</sup>. Ove sia ancora attuale l'esecuzione della pena illegale, non vi sarebbe al contrario spazio per invocare «l'avvenuto esaurimento del rapporto, che secondo la giurisprudenza costituzionale e di legittimità costituisce il limite della retroattività della declaratoria di illegittimità costituzionale»<sup>105</sup>.

<sup>101</sup> Così il principio di diritto enunciato da Cass., Sez. Un., 14 ottobre 2014, n. 42858, cit.

<sup>102</sup> Cass., Sez. Un., 14 ottobre 2014, n. 42858, cit., par. 12 motivazione. Cfr. anche Cass., Sez. Un., 15 settembre 2015, n. 37107, cit., par. 4 motivazione, secondo cui «il limite all'opera di rideterminazione della pena da parte del giudice dell'esecuzione, che può fare uso di poteri istruttori, è costituito da quanto già accertato dal giudice di cognizione per ragioni di merito, cioè da quanto accertato non facendo applicazione della norma dichiarata incostituzionale».

<sup>103</sup> Cass., Sez. Un., 7 maggio 2014, n. 18821, cit., par. 7.1 motivazione.

<sup>104</sup> Cass., Sez. Un., 7 maggio 2014, n. 18821, cit., par. 7.1 motivazione.

<sup>105</sup> Così, Cass., Sez. Un., 14 ottobre 2014, n. 42858, cit., par. 8.1 motivazione.

È stata, ancora, la “sentenza Gatto” della Corte di cassazione a individuare il fondamento normativo della tesi, affermando che «l’aspetto decisivo, che segna [...] il limite non discutibile di impermeabilità e insensibilità del giudicato anche alla situazione di sopravvenuta declaratoria di illegittimità costituzionale della norma applicata, è costituito dalla non reversibilità degli effetti, giacché l’art. 30 legge n. 87 del 1953 impone di rimuovere tutti gli effetti pregiudizievoli del giudicato non divenuti nel frattempo irreversibili, ossia quelli che non possono essere rimossi, perché già “consumati”, come nel caso di condannato che abbia già scontato la pena»<sup>106</sup>. In quest’ottica, ha peraltro osservato la dottrina processuale, vi sarebbe un mutamento di funzione dell’art. 30 comma 4, «che perde la fisionomia di deroga all’intangibilità della *res iudicata* per rivestire un ruolo meramente attuativo [della decisione della Corte costituzionale], nella misura in cui obbliga a rimuovere le conseguenze pregiudizievoli della norma incostituzionale. È da simile prospettiva che – ad avviso delle Sezioni unite – si ricava il limite estremo alla permeabilità del giudicato: ove la pena risulti espiata, gli effetti verificatisi diventano ormai irreversibili; solo allora il rapporto esecutivo non è più “attuale”»<sup>107</sup>.

---

<sup>106</sup> Cass., Sez. Un., 14 ottobre 2014, n. 42858, cit., par. 8.1 motivazione, osservando ulteriormente che «l’esecuzione della pena, infatti, implica esistenza di un rapporto esecutivo che nasce dal giudicato e si esaurisce soltanto con la consumazione o l’estinzione della pena. Sino a quando l’esecuzione della pena è in atto, per definizione il rapporto esecutivo non può ritenersi esaurito e gli effetti della norma dichiarata costituzionalmente illegittima sono ancora perduranti e, dunque, possono e devono essere rimossi». In questa pronuncia la Suprema Corte ha pertanto enunciato il principio di diritto secondo cui «successivamente a una sentenza irrevocabile di condanna, la dichiarazione d’illegittimità costituzionale di una norma penale diversa dalla norma incriminatrice, idonea a mitigare il trattamento sanzionatorio, comporta la rideterminazione della pena, *che non sia stata interamente espiata*, da parte del giudice dell’esecuzione» (corsivo aggiunto). Nel senso che «la legalità della pena deve essere sempre costantemente assicurata, anche nella fase dell’esecuzione – *almeno fino a quando non sia stata interamente eseguita*», v. anche Cass., Sez. Un., 15 settembre 2015, n. 37107, cit., par. 6 motivazione (corsivo aggiunto).

<sup>107</sup> VICOLI, Daniele, *L’illegittimità costituzionale della norma penale sanzionatoria travolge il giudicato*, cit., pp. 1013-1014.

## 6. LA RESISTENZA DEL GIUDICATO ALL'OVERRULING GIURISPRUDENZIALE FAVOREVOLE E IL RISPETTO DEL NULLUM CRIMEN

Ritornando alla tesi che subordina la derogabilità del giudicato all'assenza di un'erronea valutazione del giudice nella fase cognitiva<sup>108</sup>, merita ricordare che un possibile temperamento del principio potrebbe esser ricavato da un'applicazione estesa dell'art. 673 c.p.p. ai fenomeni di *abolitio criminis*. Per come formulata, la disposizione processuale sembrerebbe coprire tanto il caso (già considerato dall'art. 2 comma 2° c.p.) in cui l'abrogazione della norma incriminatrice sia sopravvenuta alla formazione del giudicato, quanto il caso in cui l'abrogazione preceda la condanna o, persino, il fatto commesso dall'imputato, «rappresentando, cioè, un rimedio per il palese errore giudiziario»<sup>109</sup>.

Da questo dato di legge ha tratto spunto una parte della dottrina per sostenere l'attivabilità del rimedio da parte del giudice dell'esecuzione, nel caso in cui il giudice della cognizione «non si fosse avveduto della già intervenuta abrogazione tacita della norma incriminatrice o anche se consapevolmente non avesse ritenuto di ravvisare nella successione di leggi il fenomeno dell'abrogazione tacita»<sup>110</sup>. Vi sarebbe quindi spazio per sindacare *in executivis* l'errore di giudizio compiuto nella fase della cognizione, superando, in base alla formulazione dell'art. 673 c.p.p., le obiezioni avanzate da altra parte della dottrina contro l'ipotesi estensiva<sup>111</sup>. In tal modo, l'obiettivo di tutelare il principio del *nullum crimen sine lege*, anche in deroga al giudicato penale, verrebbe perseguito, non già tramite

<sup>108</sup> V., *supra*, par. 5.

<sup>109</sup> MAZZA, Oliviero, Principio di legalità, diritto giurisprudenziale e giudice dell'esecuzione, cit., p. 205. V. anche VICOLI, Daniele, Il giudice dell'esecuzione, in CAPRIOLI, Francesco; VICOLI, Daniele, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 281, che ritiene «consentito l'intervento "riparatore"», sia pure entro precisi limiti: «se il fatto era già descritto in termini tali da ricadere nell'area del penalmente lecito e la causa di proscioglimento è sfuggita al giudice, l'art. 673 c.p.p. offre il rimedio necessario a sanare l'illegalità della sanzione irrogata».

<sup>110</sup> MAZZA, Oliviero, *op. loc. cit.*

<sup>111</sup> V., ad es., VICOLI, Daniele, *op. loc. cit.*, secondo cui «la tesi negativa s'impone ove l'ipotesi dell'*abolitio* sia stata valutata ma poi esclusa dal giudice della cognizione: si ammetterebbe, infatti, il potere di sindacare, nella fase esecutiva, questioni di merito già coperte dal formarsi della *res iudicata*».

interpretazioni analogiche (precluse dalla tassatività dei casi d'intervento *in executivis*), ma applicando direttamente l'art. 673 c.p.p., che così come vieta di «continuare a punire o anche solo a ritenere colpevole un soggetto per un fatto previsto dalla legge come reato al tempo della commissione e successivamente non più considerato tale dall'ordinamento», «allo stesso modo, e verrebbe da dire, a maggior ragione, [vieta di] continuare a punire o anche solo a ritenere colpevole chi ha tenuto una condotta che non era prevista dalla legge come reato già al momento della sua realizzazione»<sup>112</sup>.

Un fenomeno di abolizione tacita della norma incriminatrice, che secondo la ricostruzione in discorso avrebbe dovuto condurre all'applicazione dell'art. 673 c.p.p., stava alla base della sentenza n. 230/2012 con cui la Corte costituzionale ha peraltro dichiarato l'infondatezza della questione di legittimità della disposizione anzidetta, sollevata, in riferimento agli artt. 3, 13, 25 comma 2°, 27 comma 3° e 117 comma 1° Cost., nella parte in cui non include, tra le ipotesi di revoca della sentenza di condanna (nonché del decreto penale e della sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti), anche il “mutamento giurisprudenziale”, determinato da una decisione delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, in base al quale il fatto giudicato non è previsto dalla legge come reato<sup>113</sup>. Si discuteva in particolare, nel giudizio *a quo*, della contravvenzione di omessa esibizione di documenti, prevista dall'art. 6 comma 3 d.lgs. n. 286/1998, come modificato dalla l. n. 94/2009, disposizione che, in origine, contemplava il reato anche per la condotta degli stranieri illegalmente presenti nel territorio dello Stato (venivano puniti gli stranieri che, “senza giustificato motivo”, non esibiscono, a richiesta degli ufficiali e degli agenti di polizia di sicurezza, il passaporto o altro documento di identificazione, “ovvero” il permesso o la carta di soggiorno). Dopo l'intervento del 2009, e la sostituzione della disgiuntiva “ovvero” con la

---

<sup>112</sup> MAZZA, Oliviero, *op. cit.*, p. 209, il quale prosegue osservando che «non è rilevante il tempo dell'*abolitio criminis*: nessuno può essere punito o ritenuto colpevole per un fatto non previsto dalla legge come reato. Tale principio discende direttamente dall'art. 25, comma 2, Cost. e dall'art. 7, comma 1, CEDU, e trova attuazione nell'art. 2, comma 2, c.p., per l'*abolitio criminis* sopravvenuta alla commissione del reato, e nell'art. 673 c.p.p., tanto per l'*abolitio criminis* successiva alla formazione del giudicato quanto per quella precedente tale momento o addirittura precedente il *tempus commissi delicti*».

<sup>113</sup> Corte cost., 8 ottobre 2012, n. 230.

congiunzione “e”, si era verificato un contrasto giurisprudenziale sulla valenza delle modifiche alla disposizione penale (meramente formale oppure sostanziale), il che aveva portato all’intervento delle Sezioni Unite della Suprema Corte e alla recezione della tesi per cui «la novella legislativa del 2009 avrebbe [...] comportato l’abolizione, ai sensi dell’art. 2, secondo comma, del codice penale, della fattispecie criminosa preesistente, per la parte in cui si indirizzava agli stranieri in posizione irregolare (Cass., sez. un., 24 febbraio 2011-27 aprile 2011, n. 16453)»<sup>114</sup>.

La Corte costituzionale ha individuato in questa vicenda un fenomeno di “mutamento giurisprudenziale”, di cui ha peraltro affermato l’«estraneità [...] all’area applicativa dell’istituto della “revoca della sentenza per abolizione del reato”, quale attualmente delineato dall’art. 673 cod. proc. pen.»<sup>115</sup>, restringendo quindi la sfera operativa dell’istituto processuale rispetto alla ricostruzione dottrinale cui si è sopra fatto cenno. Dopodiché la Consulta ha escluso la fondatezza della questione di legittimità dedotta, ma non perché fosse erroneo il presupposto dell’ordinanza di rimessione<sup>116</sup>, che si prefiggeva di colmare l’assunto vuoto di tutela nell’art. 673 c.p.p., individuando una nuova deroga all’intangibilità del giudicato (la revoca della sentenza per abolizione del reato causata da *overruling* giurisprudenziale). La sentenza n. 230/2012 ha invece contestato il sillogismo effettuato dal giudice *a quo*, sulla scorta di due premesse peraltro fondate, vale a dire: l’affermazione per cui l’art. 7 CEDU, quale “norma convenzionale interposta” con cui l’art. 673 c.p.p. confliggerebbe, «sancisce implicitamente», secondo la recente giurisprudenza della Corte EDU, «anche il principio di retroattività della legge penale più mite»; l’ulteriore affermazione per cui «la nozione di “diritto” (“law”), utilizzata nella norma della Convenzione, deve considerarsi comprensiva tanto del diritto di produzione legislativa che del diritto di formazione giurisprudenziale», in base alla consolidata giurisprudenza della stessa Corte di Strasburgo<sup>117</sup>.

<sup>114</sup> V. Corte cost., 8 ottobre 2012, n. 230, par. 2 motivazione

<sup>115</sup> V. Corte cost., 8 ottobre 2012, n. 230, par. 5 motivazione

<sup>116</sup> V., invece, in questo senso, MAZZA, Oliviero, Principio di legalità, cit., pp. 203 ss.

<sup>117</sup> Corte cost., 8 ottobre 2012, n. 230, par. 7 motivazione



La Corte costituzionale ha appunto escluso «il corollario che il giudice *a quo* vorrebbe far discendere dalla combinazione tra i due asserti dinanzi ricordati, e, cioè, che in base all'art. 7, paragrafo 1, della CEDU, un mutamento di giurisprudenza in senso favorevole al reo imponga la rimozione delle sentenze di condanna passate in giudicato contrastanti col nuovo indirizzo»<sup>118</sup>. In questa direzione la Consulta ha argomentato non solo che «la Corte di Strasburgo non ha mai sinora riferito, in modo specifico, il principio di retroattività della *lex mitior* ai mutamenti di giurisprudenza», ma anche in base al «diverso fondamento» del principio di retroattività della *lex mitior*, rispetto a quello dell'irretroattività della norma sfavorevole, intesa quale «strumento di garanzia del cittadino contro persecuzioni arbitrarie, espressivo dell'esigenza di "calcolabilità" delle conseguenze giuridico-penale della propria condotta, quale condizione necessaria per la libera determinazione individuale: esigenza con la quale contrasta un successivo mutamento peggiorativo "a sorpresa" del trattamento penale della fattispecie»<sup>119</sup>. Secondo la Corte costituzionale, tale esigenza non presenta collegamenti con il principio di retroattività della legge più favorevole (a sua volta fondato sul principio di eguaglianza e con operatività limitata alle modifiche normative che intervengano prima della pronuncia definitiva)<sup>120</sup>.

Tuttavia, una volta che si riconosca l'applicabilità dell'art. 673 c.p.p. anche ai casi di abrogazione tacita della norma incriminatrice, dove è per definizione necessaria, a differenza dei casi di abrogazione espressa della disposizione penale, la «mediazione intellettuale dell'interprete», e quindi l'intervento della giurisprudenza<sup>121</sup>, tanto più quando l'effetto abrogativo «non sia agevolmente desumibile dal testo della legge posteriore»<sup>122</sup>, non occorre più ipotizzare che l'eventuale *overruling* giu-

---

<sup>118</sup> Corte cost., 8 ottobre 2012, n. 230, par. 7 motivazione

<sup>119</sup> Corte cost., 8 ottobre 2012, n. 230, par. 7 motivazione.

<sup>120</sup> Corte cost., 8 ottobre 2012, n. 230, par. 7 motivazione, sottolineando ulteriormente che «la limitazione ora indicata non potrebbe evidentemente non valere [...] anche in rapporto ai mutamenti di giurisprudenza».

<sup>121</sup> V. MAZZA, Oliviero, Principio di legalità, cit., pp. 206-207.

<sup>122</sup> Cass., Sez. Un., 23 giugno 2016, n. 26259, in C.E.D. Cass., rv. 266872, dove si osserva che, in tal caso, «è fisiologico che si sviluppi un'attività ermeneutica diretta a verificare la compatibilità tra le nuove disposizioni,

risprudenziale possedga una rilevanza autonoma, rispetto al mutamento legislativo. La sentenza irrevocabile di condanna basata sulla norma penale previgente dovr  essere revocata a prescindere dal riconoscimento tardivo dell'*abolitio* in sede giurisprudenziale (e quindi a prescindere dal mutamento di giurisprudenza). Non si tratta, pertanto, di riconoscere un ulteriore profilo di "cedevolezza" del giudicato, di fronte ai cambiamenti del "diritto giurisprudenziale"<sup>123</sup>:   la legge processuale a far prevalere sull'intangibilit  del giudicato la tutela del principio di legalit  penale.

---

o alcune di esse, e quelle precedenti. Pu  quindi accadere che si determini un contrasto giurisprudenziale, con la conseguenza che l'effetto abrogativo su singole norme incriminatrici sia "riconosciuto" dal giudice per via interpretativa, anche a distanza di tempo dall'entrata in vigore della nuova disciplina».

<sup>123</sup> Si   affermato condivisibilmente, nella citata sentenza costituzionale n. 230/2012, che «non pu  ritenersi manifestamente irrazionale che il legislatore, per un verso, valorizzi, anche in ossequio ad esigenze di ordine costituzionale, la funzione nomofilattica della Corte di cassazione, e delle Sezioni unite in particolare [...] e, dall'altro, ometta di prevedere la revoca delle condanne definitive pronunciate in relazione a fatti che, alla stregua di una sopravvenuta diversa decisione dell'organo della nomofilachia, non sono previsti dalla legge come reato, col risultato di consentire trattamenti radicalmente differenziati di autori di fatti analoghi» (par. 9 motivazione). Osserva la Consulta, a sostegno di quanto detto, che «l'orientamento espresso dalla decisione delle Sezioni Unite "aspira" indubbiamente ad acquisire stabilit  e generale seguito: ma [...] si tratta di connotati solo "tendenziali", in quanto basati su una efficacia non cogente, ma di tipo essenzialmente "persuasivo". Con la conseguenza che, a differenza della legge abrogativa e della declaratoria di illegittimit  costituzionale, la nuova decisione dell'organo della nomofilachia resta potenzialmente suscettibile di essere disattesa in qualunque tempo e da qualunque giudice della Repubblica, sia pure con l'onere di adeguata motivazione; mentre le stesse Sezioni unite possono trovarsi a dover rivedere le loro posizioni, anche su impulso delle sezioni singole, come in pi  occasioni   in fatto accaduto. In questa logica si giustifica, dunque, il mancato riconoscimento all'*overruling* giurisprudenziale favorevole della capacit  di travolgere il principio di intangibilit  della *res iudicata*, espressivo dell'esigenza di certezza dei rapporti giuridici esauriti». In senso adesivo, sul punto, Cass., Sez. Un., 23 giugno 2016, n. 26259, cit., par. 6.1 motivazione, ma con importanti aperture alla ricostruzione dottrinale gi  richiamata nel testo, e, quindi, riconoscendo, a differenza della sentenza costituzionale n. 230/2012, che l'intervento delle Sezioni Unite con la sentenza n. 16453 del 2011, ha avuto «una funzione meramente ricognitiva dell'intervenuto effetto abrogativo parziale» della disciplina penale previgente alle modifiche del 2009. E di seguito: «La parziale abrogazione,

È particolarmente significativo il riconoscimento della validità di quest'impostazione, cui è pervenuta una recente pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di cassazione (vicenda "Mraidi"), con riferimento al caso della condanna per un fatto che non fosse più previsto dalla legge come reato già al momento della sua commissione<sup>124</sup>, dopo aver ricordato che «nell'art. 673 cod. proc. pen. non sono previste limitazioni ai poteri di accertamento e di valutazione del giudice dell'esecuzione, a differenza di quanto previsto dall'art. 671 (applicazione del concorso formale e del reato continuato in sede esecutiva) e 675 cod. proc. pen. (dichiarazione della falsità di documenti in sede esecutiva) che prevedono una riserva in favore del giudice della cognizione»<sup>125</sup>. Il compito di verificare, ai sensi dell'art. 673 c.p.p., l'eventuale "abrogazione della norma incriminatrice" attribuisce al giudice dell'esecuzione, secondo la Corte di cassazione, un ruolo di «garante della legalità penale», in funzione del rispetto del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, con la conseguenza che, prosegue la "sentenza Mraidi", «non vi è ragione di circoscrivere le ipotesi di revoca per *abolitio* disciplinate dall'art. 673 cod. proc. pen. ai casi previsti dall'art. 2, secondo comma, cod. pen. e non anche a quelli del primo comma ("Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva

---

benchè riconosciuta e affermata dalle Sezioni Unite nell'esercizio della funzione nomofilattica che è propria della Corte di cassazione, rimane infatti un atto di volontà novativa del legislatore che, come rilevato in dottrina, nel nostro assetto costituzionale è l'«unico metro di riconoscimento degli effetti abrogativi di una norma». Diverso sarebbe stato il caso in cui, in assenza di interventi normativi, si fossero susseguite interpretazioni giurisprudenziali diverse dello stesso testo legislativo, poiché [...] il precetto fondamentale della soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101 Cost.) impedisce di attribuire all'interpretazione della giurisprudenza il valore di fonte del diritto, sicchè essa, nella sua dimensione dichiarativa, non può rappresentare la *lex temporis acti*, ossia il parametro normativo immanente per la verifica di validità dell'atto compiuto in correlazione temporale con l'affermarsi dell'esegesi del giudice».

<sup>124</sup> Per il caso, solo in parte diverso, della condanna per un fatto che non fosse più previsto dalla legge come reato al momento del passaggio in giudicato della sentenza, v. invece, ad es., Cass., Sez. I, 14 gennaio 2015, n. 1611, in *C.E.D. Cass.*, rv. 261984.

<sup>125</sup> Cass., Sez. Un., 23 giugno 2016, n. 26259, cit., par. 6.2 motivazione.

reato”), che traggono valore cogente dall’art. 25, secondo comma, Cost. (“Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso”)<sup>126</sup>.

Di qui l’enunciazione del principio di diritto per cui il giudice dell’esecuzione «può revocare», ai sensi del citato art. 673 c.p.p., «una sentenza di condanna pronunciata dopo l’entrata in vigore della legge che ha abrogato la norma incriminatrice, *allorchè l’evenienza di abolitio criminis non sia stata rilevata dal giudice della cognizione*». L’inciso è da intendersi come una sorta di restrizione della portata pratica del principio di diritto, che la “sentenza Mraidi” ha operato richiamando la tesi della “pronuncia Basile” delle stesse Sezioni Unite<sup>127</sup>, in ordine al limite negativo per derogare al giudicato costituito dall’assenza di un errore valutativo del giudice della cognizione (irrimediabile *in executivis*). Secondo la Corte, «la mancanza nella motivazione della sentenza di condanna di qualunque valutazione circa l’eventualità di una parziale *abolitio criminis* della norma incriminatrice induce a ritenere, in assenza di ulteriori elementi desumibili dal contesto della motivazione, che il giudice della cognizione [...] non sia incorso in un errore “valutativo”», potendo semmai ravvisarsi «nel silenzio del giudice della cognizione un mero errore percettivo»<sup>128</sup>.

Contro l’ipotesi di applicare l’art. 673 c.p.p., per rimediare alla violazione dell’art. 7 CEDU accertata in una pronuncia della Corte di Strasburgo, si è tuttavia espressa la Corte di cassazione recentemente, in ordine al diverso problema del giudicato di condanna per un fatto che non fosse ancora previsto dalla legge come reato al momento della sua commissione (“caso Contrada”, attinente, quindi, al principio della irretroattività *in peius*)<sup>129</sup>. Esclusa la revocabilità della sentenza

<sup>126</sup> Cass., Sez. Un., 23 giugno 2016, n. 26259, cit., par. 6.2 motivazione. La tesi è del tutto in linea con la ricostruzione dottrinale richiamata alla nt. 112.

<sup>127</sup> V., *supra*, par. 5.

<sup>128</sup> Cass., Sez. Un., 23 giugno 2016, n. 26259, cit., par. 7 motivazione. Criticamente, sul punto, LAVARINI, Barbara, I rimedi *post iudicatum* alla violazione dei canoni europei, cit., pp. 117-118.

<sup>129</sup> Cass., Sez. I, 20 settembre 2017, n. 43112, caso in cui il ricorrente aveva interamente scontato la pena principale di dieci anni di reclusione irrogatagli dal Tribunale di Palermo con sentenza del 5 aprile 1996, confermata dalla Corte

di condanna, la Suprema Corte ha individuato nel combinato disposto degli artt. 666 e 670 c.p.p. il rimedio invocabile per conformare l'ordinamento interno alla sentenza europea ai sensi dell'art. 46 CEDU. In conformità alla ricostruzione enunciata dalle Sezioni Unite nel "caso Gatto"<sup>130</sup>, la "sentenza Contrada" ha affermato che tali articoli «non possono che essere interpretati nel senso di consentire l'eliminazione degli effetti pregiudizievoli derivanti da una condanna emessa dal giudice italiano in violazione di una norma della Convenzione EDU, dovendosi ribadire che il garante della legalità della sentenza in fase esecutiva è il giudice dell'esecuzione, cui compete, se necessario, di ricondurre la decisione censurata ai canoni della legittimità»<sup>131</sup>.

Resta, comunque, da esplicitare la conclusione adottata dalla Corte, nel senso di dichiarare che la sentenza irrevocabile di condanna, a seguito della decisione emessa dalla Corte EDU, «non è suscettibile di ulteriore esecuzione e non è produttiva di ulteriori effetti penali»<sup>132</sup>. Si tratta di un rimedio attuativo del principio del *nullum crimen*: l'effetto, come nel caso della revoca per *abolitio criminis*, è che il condannato non potrà più essere punito, nè considerato colpevole per un fatto non previsto dalla legge come reato. Indubbiamente l'obiettivo perseguito dalla Suprema Corte in questa vicenda è stato perseguito forzando la lettera delle disposizioni processuali (in alternativa alla proposizione dell'incidente di costituzionalità), ma la conclusione è forse condivisibile quantomeno sulla scorta dell'interpretazione *a fortiori*<sup>133</sup>.

---

di appello di Palermo con sentenza del 25 febbraio 2006, per il reato di cui agli artt. 110, 416 e 416-bis c.p. Come è noto, la Corte EDU, con la decisione emessa il 14 aprile 2015, ha condannato lo Stato italiano per violazione dell'art. 7 CEDU, ritenendo che la fattispecie del concorso esterno nell'associazione di tipo mafioso fosse chiara e prevedibile solo a partire dal 1994, ovvero dal momento in cui interveniva la prima delle sentenze chiarificatrici delle Sezioni Unite in questa materia.

<sup>130</sup> V., *supra*, par. 4.

<sup>131</sup> Cass., Sez. I, 20 settembre 2017, n. 43112, par. 5.5 motivazione.

<sup>132</sup> Cass., Sez. I, 20 settembre 2017, n. 43112, par. 5.5 motivazione.

<sup>133</sup> Si era infatti osservato, in dottrina, prima della pronuncia della Corte di cassazione nel "caso Contrada", che «a favore dell'interpretazione *a fortiori* dell'art. 673 c.p.p.» si sarebbe potuto invocare «la lettura estensiva» della

Un analogo dubbio circa l'applicabilità o non dell'art. 673 c.p.p., in situazioni di acclarata violazione dei diritti fondamentali, concerne poi il caso della condanna per un fatto previsto da una norma incriminatrice interna che confligga con una norma di fonte UE a efficacia diretta<sup>134</sup>. Tenuto conto che la disapplicazione della norma nazionale incompatibile con il diritto UE<sup>135</sup>, pur non traducendosi in un fenomeno abrogativo, potrebbe essere ricondotta alla disciplina dell'art. 2 comma 2° c.p., si è sostenuta l'operatività, in via analogica, dell'istituto previsto dall'art. 673 c.p.p., quale «“canale processuale” dell'intervento» *in executivis* già legittimato dalla legge penale sostanziale<sup>136</sup>.

---

disposizione fornita dalla “sentenza Mraidi”, tanto più alla luce del già citato riferimento delle Sezioni Unite, in questa pronuncia, all'attività del rimedio della revoca, non solo nei casi previsti dall'art. 2 comma 2° c.p., ma anche in quelli di cui al primo comma (con la copertura dell'art. 25 comma 2° Cost.). Così, LAVARINI, Barbara, I rimedi *post iudicatum* alla violazione dei canoni europei, cit., p. 118.

<sup>134</sup> Nel senso che «in tutti i casi di incompatibilità tra norma penale e diritto dell'UE, se vi è stata sentenza definitiva di condanna per un fatto preveduto dalla norma penale inapplicabile, cessa l'esecuzione della condanna e ne vengono meno gli effetti penali», v. MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, VI ediz., agg. a cura di DOLCINI, Emilio; GATTA, Gian Luigi, Milano, Giuffrè, 2017, p. 53. V., in giurisprudenza, ad es., Cass., Sez. III, 3 giugno 2014, n. 30591, in *C.E.D. Cass.*, rv. 259956.

<sup>135</sup> Ciò si è verificato con la “sentenza El Dridi” della Corte di Giustizia dell'UE, del 28 aprile 2011, causa C-61/11, che ha rilevato il contrasto del delitto di inottemperanza all'ordine di allontanamento intimato dal questore di cui all'art. 14 comma 5-ter T.U. immigrazione, con la direttiva rimpatri 2008/115/CE. V., in materia, ad es., MASERA, Luca; VIGANÒ, Francesco, Addio art. 14, in *Diritto penale contemporaneo*, 4 maggio 2011.

<sup>136</sup> Così, acutamente, LAVARINI, Barbara, I rimedi *post iudicatum* alla violazione dei canoni europei, cit., pp. 126-127, secondo la quale «non si tratta, infatti, di applicare per analogia un rimedio *post iudicatum* – operazione non consentita –, ma di applicare per analogia *ad un rimedio post iudicatum*, già previsto dalla legge nell'an, la disciplina processuale più adatta a calibrare il *quomodo*, il che, in una prospettiva di *favor rei*, appare accettabile» (cor-sivo nel testo).

## BIBLIOGRAFIA

- BONTEMPELLI, Manfredi. *La litispendenza penale*, Milano, Giuffrè, 2017.
- CANZIO, Giovanni. La giurisdizione e la esecuzione della pena, in *Diritto penale contemporaneo*, 26 aprile 2016. Disponibile in <<https://www.penalecontemporaneo.it/>>. Accesso: 7 settembre 2018.
- CAPRIOLI, Francesco. Il principio del *ne bis in idem*, in CAPRIOLI, Francesco; VICOLI, Daniele, *Procedura penale dell'esecuzione*, II ediz., Torino, Giappichelli, 2011.
- CAPRIOLI, Francesco. Giudicato e illegalità della pena: riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte costituzionale, BARGIS, Marzia (a cura di), *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, Milano, Giuffrè, 2013.
- CAPRIOLI, Francesco. Il giudice e la legge processuale: il paradigma rovesciato, in *L'Indice penale*, 2017, pp. 967 s.
- CORDERO, Franco. *Procedura penale*, VII ediz., Milano, Giuffrè, 1983.
- DE LUCA, Giuseppe. *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Milano, Giuffrè, 1963.
- GAMBARDELLA, Marco. Annullamento di circostanze aggravanti incostituzionali e revoca parziale del giudicato di condanna, in *Cassazione penale*, 2012.
- GAMBARDELLA, Marco. *Overruling* favorevole della Corte europea e revoca del giudicato di condanna: a proposito dei casi analoghi alla sentenza “Scoppola”, in *Cassazione penale*, 2012.
- LAMARQUE, Elisabetta; VIGANÒ, Francesco. Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola, in *Diritto penale contemporaneo*, 31 marzo 2014.
- LAVARINI, Barbara. *L'esecutività della sentenza penale*, Torino, Giappichelli, 2004.
- LAVARINI, Barbara, I rimedi *post iudicatum* alla violazione dei canoni europei, in GAITO, Alfredo (a cura di), *I principi europei del processo penale*, Roma, Dike, 2016.
- LEONE, Giovanni. Il mito del giudicato, in *Scritti giuridici*, vol. I, Napoli, Jovene, 1987.
- LOZZI, Gilberto. *Profili di una indagine sui rapporti tra «ne bis in idem» e concorso formale di reati*, Milano, Giuffrè, 1974.

LOZZI, Gilberto. Preclusioni, II) Diritto processuale penale (voce), in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXVI, Roma, 1991.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, VI ediz., agg. a cura di DOLCINI, Emilio; GATTA, Gian Luigi, Milano, Giuffrè, 2017.

MASERA, Luca; VIGANÒ, Francesco. Addio art. 14, in *Diritto penale contemporaneo*, 4 maggio 2011.

MAZZA, Oliviero. Principio di legalità, diritto giurisprudenziale e giudice dell'esecuzione, in FIORIO, Carlo; FONTI, Rossella; MONTAGNA, Mariangela (a cura di), *Inazione, controlli, esecuzione*, Atti del Convegno in ricordo di Giovanni Dean, Pisa, Pacini Editore, 2017.

RAFARACI, Tommaso. *Ne bis in idem* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Annali, vol. III, Milano, Giuffrè, 2010.

RUGGERI, Stefano. Giudicato costituzionale, processo penale, diritti della persona, in *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 2015, n. 1. Disponibile in <<https://www.penalecontemporaneo.it/>>. Accesso: 7 settembre 2018.

TROISI, Paolo. Flessibilità del giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali, in *Diritto penale contemporaneo*, 2 aprile 2015. Disponibile in <<https://www.penalecontemporaneo.it/>>. Accesso: 7 settembre 2018.

VICOLI, Daniele. Il giudice dell'esecuzione, in CAPRIOLI, Francesco; VICOLI, Daniele, *Procedura penale dell'esecuzione*, II ediz., Torino, Giappichelli, 2011.

VICOLI, Daniele. L'illegittimità costituzionale della norma penale sanzionatoria travolge il giudicato: le nuove frontiere della fase esecutiva nei percorsi argomentativi delle Sezioni unite, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2015.

VIGANÒ, Francesco. Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la saga dei "fratelli minori" di Scoppola, in *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 2014, n. 1. Disponibile in <<https://www.penalecontemporaneo.it/>>. Accesso: 7 settembre 2018.

VIGONI, Daniela. Giudicato ed esecuzione penale: confini normativi e frontiere giurisprudenziali, in *Processo penale e giustizia*, 2015, n. 4, pp. 1 s. Disponibile in <[www.processopenaleegustizia.it](http://www.processopenaleegustizia.it)>. Accesso: 7 settembre 2018.



### **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.

*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: 20.07.2018
- Controle preliminar e verificação de plágio: 20.07.2018
- Avaliação 1: 02.08.2018
- Avaliação 2: 07.08.2018
- Decisão editorial preliminar: 21.07.2018
- Retorno rodada de correções 1: 07.09.2018
- Decisão editorial final: 22.09.2018

#### **Equipe editorial envolvida**

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editores-associados: 2 (BC FC)
- Revisores: 2

### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

BONTEMPELLI, Manfredi. La resistenza del giudicato alla violazione del principio di legalità penale. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 3, p. 1053-1094, set./dez. 2018.  
<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i3.185>



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

# Arquivamento do Inquérito Policial: uma análise sobre a imutabilidade dos seus efeitos


*Decision to close the Policial Investigation:  
an analysis of the immutability of its effects*


**Antonio Eduardo Ramires Santoro<sup>1</sup>**

Universidade Federal do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ

Universidade Católica de Petrópolis – Petrópolis/RJ

antoniosantoro@antoniosantoro.com.br

 [lattes.cnpq.br/9190879263950156](https://lattes.cnpq.br/9190879263950156)

 [orcid.org/0000-0003-4485-844X](https://orcid.org/0000-0003-4485-844X)

---

**RESUMO:** A imutabilidade do ato de arquivamento do inquérito policial e das peças de informação é um tema pouco regulado em lei e parcialmente problematizado na teoria processual penal brasileira, especialmente diante da edição da Súmula nº 524 do STF no ano de 1969. O problema que se enfrentou neste trabalho é se o arquivamento do inquérito policial é ato judicial cujo conteúdo se torna imutável pela coisa julgada. Metodologicamente realizou-se uma revisão bibliográfica para visitar os temas da natureza jurídica do ato de arquivamento e da autoridade da coisa julgada, bem como realizou-se uma análise da

---

<sup>1</sup> Professor Titular de Direito Processual Penal do IBMEC/RJ. Professor Adjunto de Direito Processual Penal e Prática Penal do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro - FND/UFRJ. Professor Adjunto do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Petrópolis - UCP. Coordenador do Grupo de Pesquisa “O Sistema Penal sob Olhar Crítico” da UFRJ/UCP. Pós-Doutor em Direito Penal e Garantias Constitucionais pela Universidad Nacional de La Matanza - Argentina. Doutor e Mestre em Filosofia pela UFRJ. Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidad de Granada - Espanha. Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra - Portugal. Especialista em Direito da Economia pela Fundação Getúlio Vargas. Graduado em Direito pela UERJ. Licenciando em História pela UNIRIO. Advogado criminalista.

aplicabilidade do verbete sumular. Concluiu-se que o ato de arquivamento tem natureza de sentença que faz coisa julgada formal e, quando enfrenta o mérito, faz coisa julgada material, tornando seus efeitos imutáveis.

**PALAVRAS-CHAVE:** arquivamento; inquérito policial; efeitos; coisa julgada; imutabilidade.

**ABSTRACT:** *The immutability of the decision to close the police investigation and the other information is a subject that is not very much regulated by law and is problematic in Brazilian criminal procedural theory, especially in view of the edition of the Precedent 524 of the Brazilian Supreme Court in 1969. The problem that faced in this work is whether the decision to close the police investigation is a judicial act whose content becomes immutable by the res judicata. Methodologically a bibliographic review was carried out to revisit the subjects of the legal nature of the decision to close the investigation and the authority of the res judicata, as well as an analysis was made of the applicability of the precedente 524. It was concluded that the decision to close the police investigation is a final judgment and, when the decision to close the investigation judge the merits, the res judicata became immutable.*

**KEYWORDS:** *archiving act; police investigation; effects; res judicata; immutability.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Natureza jurídica do ato de arquivamento do inquérito policial; 2 Hipóteses de arquivamento do inquérito policial; 3 Desarquivamento e mutabilidade do arquivamento; 4 Coisa Julgada formal e material do ato de arquivamento do inquérito policial; imutabilidade dos efeitos do arquivamento; Considerações Finais; 5 Referências.

---

## INTRODUÇÃO

O arquivamento do inquérito policial, a par de se tratar de tema de extrema relevância no processo penal, é parcamente problematizado em discussões acadêmicas. Mesmo o Código de Processo Penal trata do

arquivamento do inquérito policial em apenas 5 (cinco) artigos (artigo 17<sup>2</sup>, artigo 18<sup>3</sup>, artigo 28<sup>4</sup>, artigo 67, inciso I<sup>5</sup> e artigo 779<sup>6</sup>).

Mais especificamente, a discussão sobre a imutabilidade dos efeitos do arquivamento parece ter sido ignorada diante do disposto no artigo 18 e do que foi definido na Súmula nº 524 do Supremo Tribunal Federal<sup>7</sup>, reduzindo todas as discussões à interpretação desses enunciados a respeito do desarquivamento.

Todavia, pouco se fala sobre a aplicabilidade ou não desse enunciado sumular, que foi publicado no Diário de Justiça do dia 12 de dezembro de 1969, após a reforma do Código de Processo Penal de 2008, mais especificamente as alterações realizadas pela Lei nº 11.719, que revogou o artigo 43<sup>8</sup>, até então o dispositivo base para análise das hipóteses de arquivamento.

O problema que se pretende tratar é: o arquivamento do inquérito policial é ato judicial cujo conteúdo se torna imutável pela coisa julgada?

---

<sup>2</sup> “Art. 17. A autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito.”

<sup>3</sup> “Art. 18. Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia.”

<sup>4</sup> “Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar impropedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.”

<sup>5</sup> “Art. 67. Não impedirão igualmente a propositura da ação civil: I - o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação;”

<sup>6</sup> “Art. 779. O confisco dos instrumentos e produtos do crime, no caso previsto no art. 100 do Código Penal, será decretado no despacho de arquivamento do inquérito, na sentença de impronúncia ou na sentença absolutória.”

<sup>7</sup> Súmula 524 do STF: “Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas.”

<sup>8</sup> “Art. 43. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I - o fato narrado evidentemente não constituir crime; II - já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa; III - for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal.”

Trabalhar-se-á com a hipótese de que o arquivamento do inquérito policial é ato judicial cujo conteúdo decisório se torna imutável caso haja enfrentamento do mérito da causa.

Metodologicamente o problema será enfrentado por meio de uma revisão bibliográfica destinada a explorar os conceitos que no âmbito da dogmática processual penal são fundamentais para o seu enfrentamento, a saber: a natureza jurídica do ato de arquivamento e a autoridade da coisa julgada. Também será realizada uma abordagem da interpretação dada pela doutrina e pelos tribunais superiores ao enunciado sumular nº 524 do Supremo Tribunal Federal.

## **1 NATUREZA JURÍDICA DO ATO DE ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL**

O Código de Processo Penal denomina, no artigo 67, “despacho” o ato de arquivamento. Importa dizer que o referido dispositivo prevê a possibilidade de propositura de ação civil quando pelo mesmo fato for determinado o arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação.

Não parece, todavia, que esta nomenclatura utilizada o tenha sido de forma cientificamente rigorosa. Como, por sinal, ocorre (e ocorria muito mais antes da reforma de 2008) por todo o Código de Processo Penal, o legislador de 1941 utilizou expressões que destoam da melhor técnica processual. Veja-se, por exemplo, que a pronúncia, que tem natureza de decisão interlocutória mista, era tratada como sentença<sup>9</sup> e ainda é em alguns dispositivos não alterados pela reforma<sup>10</sup>. Ou mesmo

<sup>9</sup> Vide §1º do art. 408 do CPP com a antiga redação: §1º Na sentença de pronúncia o juiz declarará o dispositivo legal em cuja sanção julgar incurso o réu, mandará lançar-lhe o nome no rol dos culpados, recomendá-lo-á, na prisão em que se achar, ou expedirá as ordens necessárias para a sua captura.

<sup>10</sup> Vide art. 373, inciso II: Art. 373. A aplicação provisória de interdições de direitos poderá ser determinada pelo juiz, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante, do assistente, do ofendido, ou de seu representante legal, ainda que este não se tenha constituído como assistente: I – *omissis* II - na sentença de pronúncia;

a clara confusão que fez (e ainda permanece no texto legal) entre processo e procedimento<sup>11</sup>.

De outro lado, os artigos 17 e 18 do Código de Processo Penal denotam tratar-se de uma ordem judicial. Veja-se que o artigo 17 proíbe que a autoridade policial mande (a palavra utilizada é exatamente “mandar”) arquivar o inquérito policial. Já o artigo 18 afirma que depois de “ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária”, somente diante de novas provas a autoridade policial poderá realizar novas pesquisas.

Desta forma resta claro que a palavra “despacho” foi usada no artigo 67 sem o menor rigor, já que está claro ser o arquivamento uma ordem emanada da autoridade judicial.

A ordem, neste caso, não é um impulso processual, o que caracterizaria o despacho (até porque o que existe é exatamente o contrário de um impulso, vez que o juiz manda parar o curso procedimental). Portanto, só pode decorrer de uma decisão judicial que soluciona uma questão posta ao julgador. Neste sentido é também a compreensão de Pacelli<sup>12</sup> (para quem ao ato de arquivamento são atribuídos os mesmos efeitos da impronúncia), Coutinho<sup>13</sup> (para quem se trata de uma sentença de mérito em processo cautelar), Pitombo<sup>14</sup> e Jardim<sup>15</sup>.

Jardim, todavia, entende que a decisão judicial de arquivamento não é sentença por não haver processo ou jurisdição, de tal forma que na sua compreensão trata-se de uma simples decisão administrativa, mas, por ser proferida por uma autoridade judicial, é uma decisão judicial.

---

<sup>11</sup> Observe-se que o Livro II tem como título “Processos em Espécie”, o Título I “Do Processo Comum” e o Título II “Dos Processos Especiais”. No entanto, o artigo 393, pós reforma, já trabalha com a classificação “procedimentos” comum e especial.

<sup>12</sup> PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 16ª edição. São Paulo: Atlas, 2012, p. 66.

<sup>13</sup> COUTINHO, Jacinto, A natureza cautelar da decisão de arquivamento do inquérito policial. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 18, n. 70, abr/jun, 1993, p. 55/56.

<sup>14</sup> PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Arquivamento do inquérito policial: sua força e efeito. *Revista do Advogado*. São Paulo, a III, n. 11, out./dez. 1982, p. 9-15, que ainda faz a distinção que também será realizada neste trabalho sobre a possibilidade de a decisão de arquivamento do inquérito enfrentar ou não o mérito.

<sup>15</sup> JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 172.

Por outro lado, Jardim afirma que quando o juiz, aplicando o disposto no artigo 28 do CPP, ao discordar do pedido de arquivamento formulado pelo órgão do Ministério Público atuando em primeira instância remete os autos do inquérito policial ao Procurador Geral, caso este insista no arquivamento e o juiz esteja obrigado a arquivar, este ato de arquivamento não será mais uma decisão judicial, mas uma “decisão material e subjetivamente administrativa, de natureza complexa”<sup>16</sup>.

Duas questões devem ser incidentalmente enfrentadas. Uma é se o fato do juiz ser obrigado por lei a acatar a manifestação do Ministério Público (especificamente do Procurador Geral) retira a natureza de decisão judicial do ato emanado do juiz que determina o arquivamento. A segunda questão é se o ato de arquivamento tem ou não natureza de sentença.

Interessante enfrentar a primeira das duas questões com uma análise sobre a hipótese de ação penal privada em que o querelante não pede condenação em suas alegações finais. De acordo com o artigo 60, inciso III, *in fine*, do CPP, é uma hipótese de preempção. Neste caso o juiz é obrigado a extinguir a punibilidade e, em que pese algumas discussões sobre a natureza deste ato jurisdicional<sup>17</sup>, certo é que se trata de uma sentença. Muito embora o juiz não tenha nenhuma margem de decisão e, portanto, a palavra final do querelante (não pedindo a condenação) seja vinculante, não há qualquer voz teórica que se oponha a classificar este ato judicial como sentença.

Assim, se a lei exige que o juiz pratique o ato, cujo conteúdo foi determinado anteriormente pela manifestação vinculante de uma das partes, não há por que entender que a manifestação vinculante do Procurador Geral afaste a natureza de sentença, já que a lei atribui ao juiz a prática do ato que define uma questão<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Idem.

<sup>17</sup> Inobstante o artigo 397, inciso IV, do CPP preveja a extinção da punibilidade como hipótese de absolvição sumária, ela não está entre as hipóteses de absolvição ao final do processo, na forma do artigo 386 do CPP. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. vol. 4. 24ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 235, afirma tratar-se de sentença definitiva em sentido lato ou terminativa de mérito. Fato é que se trata de uma sentença.

<sup>18</sup> Parece que esta deverá ser uma importante questão enfrentada no que respeita à colaboração premiada. Afinal, deverá o juiz cumprir o acordo celebrado entre o Ministério Público (ou a Polícia) e o colaborador? Caso deva



Quanto à segunda questão, ou seja, se o ato tem natureza de sentença, importa iniciar a análise de forma conceitual. Tradicionalmente, sob a influência de Código de Processo Civil de 1973<sup>19</sup>, define-se sentença como o ato jurisdicional que põe fim ao processo, com ou sem julgamento de mérito, compreensão que se mantém entre os teóricos do processo penal<sup>20</sup>, mesmo após as sucessivas mudanças na lei processual civil<sup>21</sup> e, como se exporá, também diante de sua incompatibilidade com a realidade prática do processo penal.

Não há como negar que o encerramento da relação processual de fato não ocorre no arquivamento, uma vez que a relação sequer se estabelece sem a formulação de uma acusação.

---

cumprir na forma acordada, estar-se-ia diante de uma sentença? Se, ao proferir uma sentença, o juiz está obrigado a cumprir o acordo que ele mesmo não celebrou, o ato judicial deixa de ser uma sentença? Essas são questões que ainda devem ser melhor enfrentadas pelos tribunais brasileiros, mas se estivermos de acordo que o acatamento de cláusulas de acordo em colaboração premiada pelo juiz não desfigura o ato judicial como sentença, não há motivo para afastar a natureza de decisão judicial do ato que arquiva o inquérito policial em decorrência de manifestação do Procurador Geral na forma do artigo 28 do CPP.

<sup>19</sup> Artigo 162, §1º: “Sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa.”

<sup>20</sup> BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 531; LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 889.

<sup>21</sup> O próprio §1º do artigo 162, com a redação dada pela Lei nº 11.232/2005, passou a dar importância ao conteúdo do ato como definitório e não à sua relação com o encerramento do processo: “Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei.”. O CPC de 2015 manteve a ideia de relação conceitual, mas a relacionou com a fase procedimental (tendo em vista que o cumprimento da sentença civil não é mais um novo processo de execução, mas uma fase, o que não ocorre no processo penal): “Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução”. Deve se observar que o CPC também admitiu que o conceito pode ser diverso conforme o “procedimento”, não estando mais vinculado à extinção do “processo”. Trataremos o assunto, todavia, com as peculiaridades que fazem do direito processo penal não apenas um ramo do direito processual, rompendo com a teoria unitária do processo e incursionando na necessidade de uma teoria própria que lhe seja efetivamente adequada.

No entanto, é possível verificar aqui mais um problema de diferença de tratamento entre determinadas situações que apresentam uma estrutura jurídica semelhante.

É o que ocorre com a decisão que, na forma do artigo 395 do CPP rejeita a denúncia ou a queixa. Não é pacífica a natureza jurídica do ato de rejeição da denúncia ou queixa. Badaró entende que se trata de uma sentença terminativa<sup>22</sup>, ao passo que Pacelli entende ser uma decisão interlocutória mista<sup>23</sup>. Para aqueles que entendem se tratar de uma sentença, é forçoso admitir que não houve o recebimento da petição inicial, ato apontado pela doutrina tradicional como o que dá início ao processo<sup>24</sup>, portanto haveria uma sentença sem processo. No âmbito do processo penal, importante entendimento aponta o ato de recebimento da denúncia (previsto no artigo 396 do CPP) como aquele que dá início ao processo penal<sup>25</sup>. Todavia, outras posições sobre o início do processo devem ser consideradas, como aquela derivada da interpretação do texto

<sup>22</sup> Op. cit., p. 861.

<sup>23</sup> PACELLI. Op. cit., p. 898.

<sup>24</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Sacance. *Teoria Geral do Processo*. 12ª edição. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 294, também sob a influência do Código de Processo Civil de 1973, em seu artigo 263, embora o artigo 312 do atual CPC defina que a ação considera-se proposta no ato do protocolo, e não quando despachada pelo juiz, como o dispositivo do código anterior.

<sup>25</sup> HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO NA PENDÊNCIA DE RECURSO ESPECIAL. AÇÃO PENAL. PEREMPÇÃO. AUSÊNCIA DO QUERELANTE NA AUDIÊNCIA A QUE ALUDE O ART. 520 DO CPP. PARALISAÇÃO DO FEITO POR FALTA DE INTIMAÇÃO DE TESTEMUNHAS. 1. Não há impedimento para a impetração de habeas corpus na pendência de recurso especial, dado que, conforme orientação pretoriana, aquele remédio, de assento constitucional, não encontra óbice na legislação ordinária, em obséquio ao direito de ir e vir. 2. Segundo orientação pretoriana, não se dá a perempção pela ausência do querelante na audiência prevista no art. 520 do Código de Processo Penal, dado que ainda não instaurada a relação processual com o recebimento da queixa (art. 60, III, do Código de Processo Penal). 3. O adiamento da audiência, em virtude de entraves do mecanismo judiciário, relacionados com a intimação de testemunhas, não induz à perempção de ação penal, porquanto esta causa extintiva da punibilidade pressupõe negligência do querelante. 4. Ordem denegada. (STJ - HC: 9843 MT 1999/0053837-4, Relator: Ministro Fernando Gonçalves, Data de Julgamento: 21/03/2000, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 17.04.2000 p. 95 REVJUR vol. 271 p. 139 RSTJ vol. 135 p. 611)

do artigo 363 do CPP, segundo o qual a relação se perfaz com a citação do acusado, ou de que o processo penal se inicia com o oferecimento da denúncia ou da queixa<sup>26</sup>. Neste caso deste último entendimento, no momento da rejeição da denúncia, já existirá processo.

No entanto, a situação no procedimento sumariíssimo<sup>27</sup> é ainda mais clara no sentido de que pode haver sentença sem processo. Na hipótese de transação penal, por exemplo, (artigo 76 da Lei nº 9.099/95), uma vez que o Ministério Público tenha formulado uma proposta aceita pelo autor do fato assistido por seu advogado, caberá ao juiz homologá-la. Este ato do juiz é uma sentença<sup>28</sup>, sem que tenha havido o início do processo.

Pode-se argumentar que essa sentença atende a uma pretensão do Ministério Público, afinal o autor do fato deverá cumprir uma pena à qual se obrigou e, portanto, houve processo, já que existe a chamada pretensão<sup>29</sup>.

Mas, ainda no âmbito do procedimento sumariíssimo, quando autor do fato e vítima compõem na forma do artigo 74 da Lei nº 9.099/95, o juiz homologa o acordo em ato considerado uma sentença irrecurável<sup>30</sup>. Neste caso não há pretensão alguma deduzida, já que o Ministério Público, legitimado para deduzir a pretensão, sequer se pronunciou nos autos do procedimento.

A questão é, então, que pode haver uma sentença, seja ela a rejeição da denúncia ou queixa, seja a homologação da transação penal ou da composição dos danos civis no procedimento sumariíssimo, sem

---

<sup>26</sup> MARQUES, Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. vol. 2. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1965, p. 194/195; BADARÓ. Op. cit., p. 594/595; TOURINHO. Op. cit., p. 9. e GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 419/420, sendo que para este último a relação é gradativa, se inicia com o oferecimento da denúncia ou queixa e se completa com a citação.

<sup>27</sup> A expressão “sumariíssimo”, com dois is, é usada na Seção III da Lei nº 9.099/95, em divergência do artigo 394, inciso III, do CPP. Optou-se no texto pela redação dada pela Lei nº 9.099.

<sup>28</sup> LOPES JR. Op. cit., p. 763. Para BADARÓ. Op. cit., p. 548, a sentença homologatória da transação faz coisa julgada material.

<sup>29</sup> Entendimento Carneluttiano seguido por Afrânio Silva Jardim (a pretensão como categoria essencial ao processo em substituição à lide). Op. cit., p. 28.

<sup>30</sup> BADARÓ. Op. cit., p. 631. Para ele se trata de uma sentença homologatória irrecurável.

que exista processo. Se é possível ter sentença sem processo, o conceito tradicional de sentença entendida como o ato jurisdicional que põe fim ao processo, com ou sem apreciação do mérito, carece de compatibilidade com o fenômeno prático do processo penal.

O que há de comum entre as tradicionais sentenças proferidas após o regular desenvolvimento dos atos processuais (seja a sentença de absolvição sumária prevista no artigo 397 do CPP ou as sentenças terminativas ou definitivas após a apresentação de alegações finais) e as que abordamos acima (rejeição da denúncia ou queixa, homologação da transação penal ou da composição dos danos civis) é que enfrentam ou impedem que se enfrente o caso penal<sup>31</sup>.

Desta forma, o conceito de sentença penal se afasta do conceito de sentença civil, mas trilha pelo caminho da vinculação do instituto ao conteúdo do ato, como se fez no processo civil a partir da alteração do §1º do artigo 162 do CPC de 1973 pela Lei nº 11.232/2005 e pode ser entendida como o ato judicial que enfrenta ou impede que se enfrente o caso penal.

Não é necessário tentar adequar o ato de arquivamento do inquérito entre as tradicionais classificações da sentença. Veja-se que a tradicional classificação das sentenças em declaratórias, constitutivas e condenatórias, perdem o sentido no processo penal. Não porque o provimento pretendido pelo Ministério Público seria sempre condenatório. Não é. Existem ações mandamentais de natureza penal que não têm natureza condenatória, como é o caso da Revisão Criminal, cujo provimento pleiteado é (des) constitutivo. Ou mesmo o Habeas Corpus, sendo possível pensar em uma hipótese de Habeas Corpus preventivo meramente declaratório em que o impetrante pleiteia a declaração de extinção da punibilidade de fato pela prescrição antes que haja propositura de ação penal. Não se olvide da própria sentença que homologa a composição dos danos civis no procedimento sumariíssimo, que pode ser classificada como homologatória e tem efeitos declarados em lei de renúncia ao direito de queixa ou representação, implicando na extinção da punibilidade. Em todos esses casos, há efetiva afetação do mérito, fazem coisa julgada material e impedem uma propositura de ação penal pelo mesmo fato.

---

<sup>31</sup> Sobre isso, ver: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989.

Nesse sentido o ato de arquivamento<sup>32</sup> tem a natureza jurídica de sentença de arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação, sendo absolutamente desnecessário tentar classificá-la entre algumas das categorias já existentes no âmbito da teoria geral do processo (civil). Trata-se, tão somente, de uma sentença de arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação, cuja exigência constitucional é precisamente a motivação do ato, na forma do artigo 93, inciso IX, da Constituição<sup>33</sup>.

## 2 HIPÓTESES DE ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL

Não há qualquer dispositivo no Código de Processo Penal que preveja em que hipóteses o arquivamento do inquérito deve ser requerido pelo órgão legitimado ativo para propor a ação penal ou deferido pelo juízo competente.

Tradicionalmente, a doutrina processual penal apontava que “(...) o arquivamento deve ser requerido – quando presente uma das hipóteses do art. 43 do Código de Processo Penal (...)”<sup>34</sup>, vez que são as mesmas hipóteses em que o juiz deve rejeitar a denúncia ou a queixa.

De acordo com a redação original do artigo 43 do CPP, a denúncia ou a queixa deve ser rejeitada e, conseqüentemente, o Ministério Público

---

<sup>32</sup> Vale ressaltar uma importante posição defendida por BETINI, Alexandre. *O trancamento do inquérito policial*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 136, para quem há uma importante diferença entre o arquivamento do inquérito e o trancamento do inquérito. O arquivamento é pedido pelo membro do Ministério Público, não tem natureza de sentença e faz coisa julgada meramente formal, o trancamento é pedido pelo indiciado ou investigado, tem natureza de sentença e faz coisa julgada material. Neste trabalho sustentar-se-á conclusão diversa, mas vale ressaltar este importante entendimento muito bem fundamentado.

<sup>33</sup> Releve-se a inadmissibilidade da motivação *ad relationem* com as razões que devem obrigatoriamente ser invocadas pelo Ministério Público no seu ato de requerimento de arquivamento, na forma do artigo 28 do CPP, vez que neste caso faltaria, no dizer de Gomes Filho, as exigências de legitimidade e de imparcialidade (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 166).

<sup>34</sup> JARDIM. Op. cit., p. 175.

deve pedir o arquivamento do inquérito quando (I) o fato (narrado<sup>35</sup>) evidentemente não constituir crime, (II) quando já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa ou (III) quando for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal. Todavia, a Lei nº 11.719/2008 revogou o artigo 43 do CPP.

Diante da reforma, Rangel passou a entender que:

Os casos em que o inquérito deve ser arquivado não são expressamente previstos em lei, mas se depreende dos arts. 41 c/c 395, ambos do CPP, com a redação da Lei 11.719/2008. São eles:

1. o fato narrado *evidentemente* não constitui crime;
2. já está *extinta a punibilidade*;
3. *faltar pressuposto processual*;
4. *ausência de uma condição exigida em lei para o regular exercício do direito de agir*.<sup>36</sup>

Todavia, não as hipóteses de arquivamento apontadas por Rangel não são exatamente os casos descritos nos incisos do artigo 395 do CPP.

De acordo com o referido dispositivo, que decerto substituiu o revogado artigo 43 do CPP, o juiz deve rejeitar a denúncia ou queixa, quando (I) a denúncia ou queixa for manifestamente inepta; (II) faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou (III) faltar justa causa para o exercício da ação penal.

Não há dúvida de que o Ministério Público deve requerer o arquivamento do inquérito nas hipóteses dos incisos II e III, mas não na do

---

<sup>35</sup> A lei usava a expressão “narrado”, de tal sorte que se remetia à redação dada pelo Ministério Público na denúncia ou dada pelo querelante na queixa, mas é possível concluir que o mesmo raciocínio se aplica ao fato “investigado” e não “narrado”, quando o Ministério Público esteja requerendo o arquivamento, já que ao requerer o arquivamento ele não necessariamente narra o fato cujo arquivamento se pede (embora devesse fazê-lo, já que o artigo 28 do CPP exige que o membro do ministério Público invoque as razões do pedido de arquivamento). É o que Jacinto Coutinho chama de tipicidade aparente (COUTINHO, A natureza cautelar da decisão de arquivamento do inquérito policial. Op. cit., p. 55-56).

<sup>36</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 23ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 213.

inciso I. Ora, a exclusão do primeiro inciso do artigo 395 do CPP entre as hipóteses de pedido de arquivamento encontra-se no fato de que a inépcia da denúncia ou da queixa só poderá ser aferida se for oferecida a denúncia ou a queixa, de tal forma que, sabendo que o pedido de arquivamento é a alternativa ao oferecimento da denúncia ou queixa, é impossível que o Ministério Público peça arquivamento por falha na sua própria atuação que aconteceria futuramente.

Assim, de acordo com esse entendimento, as hipóteses em que o Ministério Público deve pedir o arquivamento são: (1) quando faltar pressuposto processual ou condições para o exercício da ação penal e (2) quando faltar justa causa<sup>37</sup>.

No entanto não se pode ignorar que as hipóteses de absolvição sumária devem ser também as de arquivamento.

Ora, o artigo 397 do CPP, com a redação dada pela Lei nº 11.719/2008, prevê que após a resposta escrita à acusação apresentada pelo acusado na forma do artigo 396-A do CPP, “o juiz deverá absolver sumariamente o acusado” em quatro hipóteses: (I) a existência manifesta de causa excludente da ilicitude; (II) a existência manifesta de causa excludente de culpabilidade, exceto inimputabilidade; (III) o fato evidentemente não constitui crime; ou (IV) estiver extinta a punibilidade.

Em todos estes casos a lei não está falando em falta ou deficiência na prova, uma vez que a absolvição por *in dubio pro reo* deve ser deixada para o momento após toda e qualquer produção de prova, na medida em que enquanto ainda houver possibilidade de produzir provas não pode decidir-se com base na dúvida.

Todas as hipóteses do artigo 397 do CPP são de certeza, seja certeza de atipicidade, ou certeza da incidência de uma excludente (de ilicitude ou de culpabilidade, exceto inimputabilidade), ou certeza de incidência de uma causa de extinção da punibilidade.

---

<sup>37</sup> Nova controvérsia se iniciou com a redação do dispositivo, pois que a posição mais aceita pela doutrina, tributária do entendimento de Afrânio Silva Jardim (JARDIM. *Idem*) era no sentido de que a “justa causa” tinha a natureza de condição da ação, cujo conceito era “suporte probatório mínimo”, todavia, o próprio Jardim mudou sua posição a partir da reforma do artigo 395 do CPP. (vide O Novo Código de Processo Civil e as Condições da Ação. *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*, vol. 15, janeiro a junho de 2015).

Se a certeza existir antes de oferecida a ação penal (denúncia ou queixa), não cabe ao legitimado ativo o ato de acusar. Sua postura deve ser o pedido de arquivamento, mas não com base nas previsões do artigo 395 do CPP, e sim com base nas hipóteses de absolvição sumária do artigo 397 do CPP.

E, mais, não é necessário que o Ministério Público ofereça a denúncia e aguarde o acusado apresentar defesa escrita à acusação para que se proceda à absolvição sumária se, desde o momento em que membro do Ministério Público receber os autos do inquérito for possível verificar, com grau de certeza, jamais de dúvida, a incidência de uma das hipóteses do artigo 397 do CPP.

Desta forma, é possível concluir que após a reforma do Código de Processo Penal implementada especialmente pela Lei nº 11.719/2008, as hipóteses de arquivamento são: as do artigo 395, incisos II e III do CPP e também as do artigo 397 do CPP.

### **3 DESARQUIVAMENTO E MUTABILIDADE DO ARQUIVAMENTO**

O artigo 18 do Código de Processo Penal prevê que “depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia”. Desta forma, o conteúdo do referido dispositivo deixa claro que o ato de arquivamento não impede que se realizem novas diligências.

Em razão disso, o Supremo Tribunal Federal editou em 1969 a Súmula nº 524, segundo a qual “Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas”.

Jardim adverte que o verbete sumular e o artigo 18 do CPP tratam de assuntos diversos. Enquanto o dispositivo legal regula o desarquivamento do inquérito, a Súmula nº 524 trata de uma condição específica da ação penal. Isso porque o artigo 18 do CPP fala em “novas pesquisas” em decorrência de “outras provas” de que “tiver notícia”, ao passo que a consolidação do entendimento da jurisprudência pela Súmula do Supremo Tribunal Federal prevê que a existência de “novas provas” é a condição para que o promotor de justiça ofereça a “ação penal”.



Todavia, em ambos os casos estamos diante do entendimento de que os efeitos do arquivamento são mutáveis, ou seja, gozam de estabilidade, mas não são definitivos.

Essa mutabilidade dos efeitos da decisão de arquivamento do inquérito policial não dependia, antes da reforma implementada pela Lei nº 11.719/2008, da causa que desse ensejo ao arquivamento (todas previstas no artigo 43 do CPP, conforme sua antiga redação, como visto no item anterior), de acordo com a doutrina majoritária.

Para Jardim, a decisão de arquivamento, mesmo na hipótese de ocorrência de extinção da punibilidade (prevista na antiga redação do inciso II do artigo 43 do CPP) não teria natureza de sentença, para ele a extinção da punibilidade é o que deve motivar o arquivamento, mas o ato em si é de arquivamento do inquérito porque é “juridicamente impossível julgar onde não há processo ou jurisdição, prolatar sentença em procedimento administrativo investigatório”<sup>38</sup>. Parece clara a vinculação de Jardim ao conceito de sentença derivado da concepção do Código de Processo Civil de 1973.

Naturalmente as outras duas hipóteses não atingem efetivamente o caso penal, vez que a tipicidade analisada de acordo com o inciso I do revogado artigo 43 do CPP era meramente aparente e as condições da ação (inciso III) eram requisitos de natureza processual para que o autor pudesse exigir a prestação jurisdicional.

Como Jardim entendia que a falta de provas mínimas era a “justa causa”, por ele considerada como uma das condições da ação penal, o inciso III supra descrito abrangia esta condição fática<sup>39</sup>.

Todavia, havia vozes dissonantes deste entendimento. Hamilton<sup>40</sup> afirmava que além das hipóteses previstas no artigo 43 do CPP, havia outras duas possibilidades de arquivamento do inquérito: quando inexistirem indícios de autoria e quando faltar suporte fático mínimo indispensável para uma imputação.

Hamilton, de forma diversa do entendimento trilhado por Jardim, entendia que havia dois casos de arquivamento em que a

---

<sup>38</sup> Idem.

<sup>39</sup> Idem.

<sup>40</sup> Sobre isso: HAMILTON, Sérgio Demoro. O arquivamento definitivo. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 39, p. 85-103, 2007.

decisão seria definitiva: na hipótese de atipicidade e de extinção da punibilidade.

Deve se observar que a conclusão apresentada por Hamilton estava coerente com o entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal ao interpretar a aplicação do artigo 18 do CPP e sua própria Súmula (de nº 524). *In verbis*:

“Não se revela cabível a reabertura das investigações penais, quando o arquivamento do respectivo inquérito policial tenha sido determinado por magistrado competente, a pedido do Ministério Público, em virtude da atipicidade penal do fato sob apuração, hipótese em que a decisão judicial - porque definitiva - revestir-se-á de eficácia preclusiva e obstativa de ulterior instauração da ‘persecutio criminis’, mesmo que a peça acusatória busque apoiar-se em novos elementos probatórios. Inaplicabilidade, em tal situação, do art. 18 do CPP e da Súmula 524/STF. Doutrina. Precedentes.”

(STJ – HC 84156, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgamento em 26.10.2004, DJ de 11.2.2005)

Isso aponta no sentido de que mesmo antes da reforma do Código de Processo Penal, a ideia de mutabilidade dos efeitos de qualquer decisão de arquivamento do inquérito policial não era pacífica.

Após as mudanças implementadas pela Lei nº 11.719/2008 e diante da compreensão de que as hipóteses de arquivamento não podem se restringir aos incisos II e III do artigo 395 do CPP, mas incluir os casos de absolvição sumária do artigo 397 do CPP, impõe-se uma nova leitura e interpretação dos efeitos do ato de arquivamento do inquérito policial.

#### **4 COISA JULGADA FORMAL E MATERIAL DO ATO DE ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL: IMUTABILIDADE DOS EFEITOS DO ATO DE ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL E DAS PEÇAS DE INFORMAÇÃO**

Não é incomum que a doutrina processual penal brasileira, firme no comando sumular supra analisado, afirme que “a decisão que decreta o arquivamento do IP não transita em julgado”<sup>41</sup>.

<sup>41</sup> LOPES JÚNIOR. Op. cit., p. 151.

Naturalmente esse entendimento só é possível porque no direito processual penal brasileiro perpetuou-se o conceito de sentença que a vincula ao ato de encerramento do processo, bem como à compreensão de que o arquivamento do inquérito policial não é uma sentença.

Nesse sentido seria efetivamente impossível falar-se em trânsito em julgado do ato de arquivamento do inquérito policial, tendo em vista que a clássica concepção de Liebman compreende a coisa julgada como uma qualidade da sentença e não seu efeito<sup>42</sup>.

A autoridade da coisa julgada, que se pode definir, com precisão, como a imutabilidade do comando emergente de uma sentença. Não se identifica ela simplesmente com a definitividade e intangibilidade do ato que pronuncia o comando; é, pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato.<sup>43</sup>

A preclusão das vias recursais e impugnativas contra a sentença torna a existência do ato judicial formalmente imutável pelo mesmo órgão ou por outro<sup>44</sup>, fazendo coisa julgada formal. Ocorrida a coisa julgada formal, diante da imutabilidade do ato sentencial, os efeitos produzidos pela sentença sobre o caso penal também se tornam imutáveis, ao que se chama de coisa julgada material. A coisa julgada formal é pressuposto da coisa julgada material<sup>45</sup>, sendo que esta opera apenas em relação às sentenças definitivas, ou seja, com apreciação do mérito, que no processo penal se realiza na decisão sobre o caso penal.

Portanto, seria impossível falar-se em imutabilidade dos efeitos do arquivamento do inquérito policial, dado que este não é considerado doutrinariamente, de forma majoritária, uma sentença.

---

<sup>42</sup> LIEBMAN, Enrico Tulio. *Eficácia e Autoridade da Sentença: e outros escritos sobre a coisa julgada*. Tradução Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Forense, 1945, p. 15.

<sup>43</sup> LIEBMAN. Idem. O artigo 502 do atual CPC se aproxima muito mais do conceito formulado por Liebman do que o artigo 467 do CPC de 1973.

<sup>44</sup> TORNAGHI, Helio. *Instituições de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 456.

<sup>45</sup> GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES. Op. cit., p. 310.

A concepção proposta neste trabalho, segundo a qual sentença é ato judicial pelo qual se enfrenta ou impede que se enfrente o caso penal, leva a uma nova compreensão a respeito da mutabilidade ou imutabilidade dos efeitos do arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação.

Ora, o ato de arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação, quando fundado nas hipóteses previstas no artigo 395 incisos II e III do CPP<sup>46</sup>, impede que se enfrente o caso penal.

E mais, o ato de arquivamento amparado nas hipóteses previstas no artigo 397<sup>47</sup> incisos I, II e III do CPP enfrenta o caso penal.

Interessante é o caso do ato de arquivamento do inquérito baseado no inciso IV do artigo 397 do CPP, vez que não se trata de um ato que enfrenta o caso penal, mas impede de forma definitiva o seu enfrentamento.

Todos os atos de arquivamento do inquérito policial fazem coisa julgada formal, desde que precluídas as vias recursais<sup>48</sup>, tornando sua existência enquanto ato imutável. Entretanto fazem coisa julgada material apenas os atos de arquivamento do inquérito policial que enfrentem o caso penal ou que impeçam de forma definitiva o enfrentamento do mérito, ou seja, aquelas que se fundam nas hipóteses do artigo 397 do CPP.

O ato judicial de arquivamento do inquérito fundado nas hipóteses do artigo 395, incisos II e III, do CPP faz coisa julgada apenas formal e, portanto, não enfrenta o caso penal, apenas impede de forma não definitiva que se enfrente. Trata-se de uma sentença cujos efeitos são mutáveis, na forma do artigo 18 do CPP e do verbete sumular nº

---

<sup>46</sup> “Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I - for manifestamente inepta; II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.”

<sup>47</sup> “Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade; III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou IV - extinta a punibilidade do agente.”

<sup>48</sup> Vale registrar que não existe uma via impugnativa ou recursal específica na lei processual penal, mas Hamilton defende que nas hipóteses de arquivamento definitivo (HAMILTON. Op. cit.) caberá apelação, havendo legitimidade da vítima para fazê-lo.

524 do STF. O ato de arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação é estável, porém não é imutável<sup>49</sup>.

No sentido de que o ato judicial de arquivamento faz coisa julgada formal, Pacelli afirma que o Código atribui a esta decisão “efeitos idênticos à decisão que impronuncia o réu nos procedimentos do Tribunal do Júri”<sup>50</sup>.

De outro lado, Badaró, inobstante afirme não se poder “cogitar de coisa julgada”, uma vez que “a decisão de arquivamento tem sua estabilidade condicionada ao estado em que foi proferida”, reconhece que

Há casos, porém, em que há que se reconhecer que a decisão que determina o arquivamento do inquérito policial torna-se imutável, e impede, definitivamente, tanto o desarquivamento do inquérito policial, quanto a propositura da ação penal. Tem-se, neste caso, coisa julgada material ou, ao menos, um grau de imutabilidade da decisão de arquivamento que impede nova persecução penal pelo mesmo fato. Isso ocorre nas hipóteses em que o arquivamento não decorre de uma mera constatação de insuficiência de elementos de informação sobre a existência material do fato ou de sua autoria. Ao contrário, com base em uma reconstrução fática segura, a partir da investigação realizada, ha um acerto da inexistência do crime – e não do fato – ou do poder de punir. Assim, nos casos em que se reconhece que os fatos investigados são atípicos, ou estão acobertados por excludente de ilicitude, ou mesmo nas situações de extinção da punibilidade, a decisão de arquivamento será imutável.<sup>51</sup>

Assim, parece claro que Badaró admite a imutabilidade da decisão de arquivamento em certos casos que enumera e mesmo cogita de que ocorra coisa julgada material, mas não o faz de forma definitiva.

---

<sup>49</sup> GRINOVER faz essa distinção entre estabilidade e imutabilidade, aplicando esta à sentença penal absolutória e aquela à sentença penal condenatória, que fica sujeita à possibilidade de Revisão Criminal (GRINOVER, Ada Pellegrini. Coisa julgada penal. In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de (org.). *ESTUDOS em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Dias de Figueiredo Dias - volume III*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. (Studia Iuridica, 100. Ad Honorem, 5). p. 862).

<sup>50</sup> PACELLI. Op. cit., p. 66.

<sup>51</sup> BADARÓ. Op. cit., p. 149/150.

Em realidade os casos apontados por Badaró como passíveis de fazer “coisa julgada material ou, ao menos, um grau de imutabilidade da decisão de arquivamento” são exatamente aqueles apontados no item anterior deste trabalho como as hipóteses de arquivamento fundados nos casos do artigo 397 do CPP.

O ato de arquivamento do inquérito policial baseado no artigo 397 do CPP é sentença que enfrenta o caso penal ou impede de forma definitiva que se enfrente o caso penal, de maneira que após sua prolação e preclusas as vias recursais ou impugnativas, opera-se a coisa julgada material, ocorrendo a imutabilidade dos seus efeitos.

Assim, formada a coisa julgada material, pelo que Grinover<sup>52</sup> chamou de função negativa da coisa julgada, incide a garantia do *ne bis in idem*, consagrado no artigo 8, número 4, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Decreto nº 678/92), segundo o qual o fato objeto do arquivamento (caso penal) não poderá ser discutido em qualquer processo ou procedimento.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo que foi exposto, é possível responder ao problema inicialmente posto, a saber: o arquivamento do inquérito policial é ato judicial cujo conteúdo se torna imutável pela coisa julgada?

Com efeito, o conceito de sentença tributário do Código de Processo Civil de 1973 vincula o ato judicial à sua finalidade, ou seja, o encerramento do processo. Diante da análise das sentenças penais de rejeição da denúncia ou queixa (artigo 395 do CPP), da homologação da transação penal (artigo 76 da Lei nº 9.099/95) e da homologação da composição dos danos civis (artigo 74 da Lei nº 9.099/95), constata-se que a existência de um processo não é condição para a existência de uma sentença penal, considerada, neste trabalho, como o ato judicial que enfrenta ou impede que se enfrente o caso penal.

Nesse contexto o arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação configura sentença.

---

<sup>52</sup> GRINOVER. Op. cit., p. 861.

As hipóteses em que o inquérito ou as peças de informação devem ser arquivados depois da reforma promovida pela Lei nº 11.719/2008 são os incisos II e III do artigo 395 e o artigo 397 do CPP.

No primeiro caso, arquivamento fundado nos incisos II e III do artigo 395 do CPP ter-se-á uma sentença que impede o enfrentamento do caso penal, porém, precluídas as vias recursais e impugnativas, ocorre tão somente a coisa julgada formal, sendo possível novas pesquisas por parte da autoridade policial quando houver notícia de novas provas, o chamado desarquivamento na forma do artigo 18 do CPP, ou o oferecimento de denúncia ou queixa com base em novas provas, conforme interpretação jurisprudencial sedimentada pelo verbete sumular 524 do STF. Neste caso ocorre a estabilidade da decisão, mas não a imutabilidade dos seus efeitos.

Na hipótese de arquivamento do inquérito ou das peças de informação baseada nos casos do artigo 397 do CPP, com a preclusão das vias recursais ou impugnativas, opera-se a coisa julgada formal e, como ocorre enfrentamento do caso penal (incisos I, II e III) ou o impedimento definitivo do enfrentamento do caso penal (inciso IV), também a coisa julgada material. Assim, os efeitos da sentença de arquivamento tornam-se imutáveis, de tal forma que pela incidência da garantia do *ne bis in idem*, previsto no artigo 8, número 4, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Decreto nº 678/92), de tal forma que o caso penal não poderá ser discutido em qualquer processo ou procedimento.

Desta forma, a hipótese inicial de que o arquivamento do inquérito policial é ato judicial cujo conteúdo decisório se torna imutável caso haja enfrentamento do mérito da causa, mais precisamente o caso penal, resta confirmado.

## REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BETINI, Alexandre. *O trancamento do inquérito policial*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

COUTINHO, Jacinto. A natureza cautelar da decisão de arquivamento do inquérito policial. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 18, n. 70, abr/jun, 1993.

COUTINHO, Jacinto. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Sacance. *Teoria Geral do Processo*. 12ª edição. São Paulo: Malheiros, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Coisa julgada penal. In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de (org.). *ESTUDOS em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Dias de Figueiredo Dias - volume III*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. (Studia Iuridica, 100. Ad Honorem, 5). Disponível em: <[http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=78920](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=78920)>. Acesso em: 17 jul. 2018.

HAMILTON, Sérgio Demoro. O arquivamento definitivo. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 39, p. 85-103., 2007. Disponível em: <[http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=66942](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=66942)>. Acesso em: 16 jul. 2018.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

JARDIM, Afrânio Silva. O Novo Código de Processo Civil e as Condições da Ação In: *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*, vol. 15, janeiro a junho de 2015.

LIEBMAN, Enrico Tulio. *Eficácia e Autoridade da Sentença: e outros escritos sobre a coisa julgada*. Tradução Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Forense, 1945.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARQUES, Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. vol. 2. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 16ª edição. São Paulo: Atlas, 2012.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Arquivamento do inquérito policial: sua força e efeito. *Revista do Advogado*. São Paulo, a III, n. 11, out./dez. 1982.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 23ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.

TORNAGHI, Helio. *Instituições de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. vol. 4. 24ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.



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

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

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

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

### **Dados do processo editorial**

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

- Recebido em: 17/07/2018
- Controle preliminar e verificação de plágio: 21/07/2018
- Avaliação 1: 05/08/2018
- Avaliação 2: 19/08/2018
- Avaliação 3: 20/08/2018
- Decisão editorial preliminar: 22/08/2018
- Retorno rodada de correções: 09/09/2018
- Decisão editorial final: 12/09/2018

### **Equipe editorial envolvida**

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editores-associados: 2 (FC e BC)
- Revisores: 3

#### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

SANTORO, Antonio E. R. Arquivamento do inquérito policial: uma análise sobre a imutabilidade dos seus efeitos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 3, p. 1095-1118, set./dez. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i3.174>



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


# A leitura do Supremo Tribunal Federal sobre o sistema recursal e o início da execução da pena: a pauperização do comparatismo à brasileira


*Supreme Court case law on the appeal system and the beginning of sentencing executing: the poverty of Brazilian comparative law*

**Fauzi Hassan Choukr<sup>1</sup>**

Faculdades de Campinas/SP

fhchoukr@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/8988661367547284>

 <https://orcid.org/0000-0002-6433-6203>

---

**RESUMO:** O presente artigo almeja discutir o emprego, pelo STF, do método comparativo como sustentação da sua racionalidade no enfrentamento do tema do início da execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Após uma análise do itinerário da compreensão da Corte sobre a matéria será apreciada a forma como o emprego do comparatismo se deu na mais recente decisão sobre a matéria, empregado que foi com frágeis básicas

---

<sup>1</sup> Pós-Doutorado pela Universidade de Coimbra (2012/2013). Doutorado (1999) e Mestrado (1994) em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo. Especializado em Direitos Humanos pela Universidade de Oxford (New College; 1996) e em Direito Processual Penal pela Universidade Castilla la Mancha (2007). Capacitação profissional para o sistema acusatório junto ao CEJA- Centro de Estudos Jurídicos das Américas (OEA), Chile, 2016; Pesquisador convidado do Instituto Max Planck para direito penal estrangeiro, internacional e criminologia (1997 a 2008); Pesquisador convidado do Collège de France, cátedra sob regência da Profa. Mirreile Delmas- Marty (2005 a 2011). Membro da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP); do Instituto Panamericano de Direito Processual; da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro); do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal (IBRASPP); do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) Pesquisas concentradas nos seguintes temas: direitos fundamentais e sistema penal; internacionalização de direitos e globalização econômica; justiça de transição. Promotor de Justiça no Estado de São Paulo (desde 1989).

metodológicas, passando a servir como argumento de autoridade para sustentá-los.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito comparado; STF; Duplo Grau; Início execução de pena.

**ABSTRACT:** *This paper aims to discuss the use, by the Supreme Brazilian Court, of the comparative method as a basis for its rationality about the moment when the penal sentencing must be executed and the penalty must be executed. After an analysis of the ways of the Court's understanding on that subject, it will be appreciated how the comparative law was employed in the most recent decision on the subject, which was used with fragile methodological basis, so being used as an authoritative argument to support them.*

**KEY-WORDS:** *Comparative law; Brazilian Supreme Courte case law; judicial review; beginning of enforcement of a penalty.*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. O cenário constitucional. 2. A construção da racionalidade decisória do STF no tema proposto: os dois primeiros “movimentos” e o emprego do comparatismo. 2.1. O apego ao sistema jurídico anterior a 1988. 3. O segundo movimento: a sustentação constitucional convencional para superação do entendimento anterior. 4. O terceiro movimento e a fragilidade argumentativa. 4.1. O emprego da argumentação comparada. Conclusões.

---

## INTRODUÇÃO

O presente texto tem como objetivo demonstrar a precariedade do uso do método comparado, pelo Supremo Tribunal Federal, na construção de sua compreensão sobre a relação entre presunção de inocência e o início da execução da pena, também chamada de “execução provisória” da sentença penal.

Sem buscar a análise individualizada de cada julgado daquela Corte sobre o tema desde 1988, a ênfase será dada ao itinerário jurisprudencial que culmina no quanto decidido no HC 126.292<sup>2</sup> e o que ali se utilizou a título de argumentação comparada como método para sustentar votos proferidos.

---

<sup>2</sup> BRASIL. STF. HC 126292, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, processo eletrônico dje-100 divulgado 16-05-2016

Como instrumento crítico ao emprego do comparatismo na forma apresentada pelo STF será empregada a compreensão metodológica encontrada nas obras de Eser e Legrand pelas quais se supera a mera invocação normativa a título de método de Direito comparado para enfatizar o conceito de cultura jurídica comparada, compreensiva dos aspectos normativos em sentido estrito, da aplicação prática respectiva e da cultura técnica que o analisa.<sup>3</sup>

Assim, como pontua Legrand<sup>4</sup> “trata-se de abordar uma lei ou uma decisão jurisprudencial lembrando a todo momento que essa lei ou essa decisão “não caiu do céu” para dizer as coisas em uma linguagem “popular”. Pelo contrário, a diferença está embutida em uma cultura. Ela se explica dessa forma à luz de uma cultura e só pode ser justificada à luz dessa mesma cultura”.

Essa concepção do comparatismo busca evitar não apenas a fragilização do método como, também, o mero mimetismo jurídico ou, em outra linguagem, o puro transplante de texto de lei desprovido de qualquer racionalidade desde sua fonte de origem até o ordenamento onde é empregado.

Ademais, o comparatismo como método exige seleção criteriosa de ordenamentos a serem utilizados na comparação, quando não a própria identificação de agrupamentos jurídicos com determinadas características que os envolvem em famílias jurídicas viabilizando, num primeiro momento, a macrocomparação para, em outra dimensão, comparar-se temas específicos, a denominada microcomparação<sup>5</sup>.

E, como passo essencial o comparatismo também exige que o objeto da comparação seja fracionado em seus elementos estruturais e, em relação a cada um deles, deve haver a análise específica.

---

public 17-05-2016.

<sup>3</sup> CRUZ, Peter de, *A Modern Approach to Comparative Law*, Boston, Kluwer, 1993, p. 15, apud ENRÍQUEZ, David. Interculturalismo y transdisciplinariedad: coordenadas en el mapa del derecho comparado sustentable. *Boletín mexicano de derecho comparado*, v. 44, n. 132, p. 1085-1126, 2011, p. 6.

<sup>4</sup> LEGRAND, Pierre. *Como ler o Direito Estrangeiro*. São Paulo: Contracorrente, 2018, p. 65. Na mesma linha de análise ENRÍQUEZ, David. Interculturalismo y transdisciplinariedad: coordenadas en el mapa del derecho comparado sustentable. *Boletín mexicano de derecho comparado*, v. 44, n. 132, p. 1085-1126, 2011.

<sup>5</sup> A ver o quanto afirmado por MOURA VICENTE, Dário – *Direito Comparado – Volume I – Introdução e Parte Geral*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 19.

Assim, adiantando um tópico que será particularmente abordado, falar em coisa julgada exige a compreensão dessa expressão no direito que se quer usar como fonte de comparação, não sendo possível *a priori*, conceber que o que se entende por coisa julgada no Direito brasileiro assim o seja, de forma idêntica, em outro ordenamento.

A escolha da crítica ao tema em concreto decidido pelo STF repousa na sua repercussão multidimensional no cenário jurídico posto que não se cinge à seara penal. Com efeito, antecipar os efeitos da execução da pena antes do trânsito em julgado – e usando o comparatismo como forte arrimo metodológico para tanto – possui repercussões desde as consequências civis em sentido estrito até mesmo aquelas de fruição de direitos da cidadania, como a capacidade eleitoral, sendo que nenhuma dessas dimensões foi sequer tangenciada quando a Corte resolveu empregar o comparatismo.

Inicia-se com o percurso traçado pela Constituição da República sobre o tema da vinculação da presunção de inocência com o trânsito em julgado para, na sequência, enlaçar a matéria com a postura do STF e o emprego do comparatismo.

## **1. O CENÁRIO CONSTITUCIONAL**

A Constituição da República determina que a execução da pena está ligada ao trânsito em julgado da sentença condenatória momento em que a pessoa acusada decai do seu direito à presunção de inocência sobre os fatos que lhe foram imputados para, então, ter início a execução da sanção.

A redação inovadora para os parâmetros constitucionais brasileiros claramente aponta no seu art. 5º, LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” e, por ela, se deveria ter por superada toda uma ordem anterior que admitia inúmeras espécies de prisão prévias ao julgamento transitado em julgado sem considerá-las, contudo, no contexto cautelar. Eram modalidades de prisões orientadas por fases processuais e aplicadas de forma automática.

A nova ordem constitucional, a qual deve ser acrescida pela ordem convencional em 1992 e reforçada, em 1998, com a aceitação, pelo

Brasil, da competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos não foi capaz de consolidar a modificação desse arcabouço jurídico e o que se viu nesse tema, em especial, foi a manutenção de todo um cenário argumentativo preexistente acentuado por argumentos metajurídicos que flertam com práticas políticas populistas em nome de uma difusa “eficiência” punitiva.<sup>6</sup>

Enfrentando a explícita redação constitucional mereceu destaque uma insistente divisão entre “presunção de inocência” e “presunção de não culpabilidade”<sup>7</sup>, aquela prevista no Direito Internacional Público e, a última, presente no texto constitucional, destacando-se que na expressão “não culpabilidade” constam orientações as quais induzem que “a tutela do interesse social de repressão à delinquência deveria preponderar sobre o interesse individual de liberdade.”<sup>8</sup>

A importância dessa distinção é trabalhada em países que guardam a dicotomia apontada (não culpabilidade x inocência) entre seus textos internos (Constituição) e externos (Convenções de Direitos Humanos) aos quais se encontram vinculados, como é o caso italiano.

---

<sup>6</sup> Inversamente ao quanto apontado por Damaška quando afirma que os sistemas processuais são pressionados para que se modifiquem pela necessidade de uma maior “eficiência” ou para atender estândares protetivos de direitos fundamentais (e nesse ponto se aproxima aos “dois modelos” de sistema penal proposto por Packer), a orientação jurisprudencial manteve seu olhar no passado em busca de um pseudo ideal de eficiência, atuando como um verdadeiro aríete hermenêutico contra o texto constitucional então recém promulgado. A propósito do quanto aqui afirmado ver DAMAŠKA, Mirjan. Aspectos globales de la reforma del proceso penal. Reformas a la Justicia penal en las Américas. [www.dplf.org/Fundación para el debido proceso legal](http://www.dplf.org/Fundación para el debido proceso legal), 2000; PACKER, Herbert L. Two models of the criminal process. U. Pa. L. Rev., v. 113, p. 1, 1964.

<sup>7</sup> Sobre o tema ver na doutrina nacional, entre outros, CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade. In: CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

<sup>8</sup> MIRZA, F. Processo Justo: O ônus da Prova à Luz dos Princípios da Presunção de Inocência e do in dubio pro reo. In: Cleber Francisco Alves; Sérgio de Souza Salles. (Org.). *Justiça, Processo e Direitos Humanos – Coletânea de Estudos Multidisciplinares*. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 79-96.

Afirma-se, quanto ao Direito italiano, que “il problema nasce anche dal fatto che le due formulazioni, contrariamente da quanto si possa essere indotti a ritenere, non sono sinonime, ma possiedono sfumature loro proprie facenti sì che sostenerne una comporta modificare il trattamento da offrire all'imputato”<sup>9</sup>, superando, assim, a posição de suposta neutralidade sustentada por Leone e Manzini<sup>10</sup> que mascara o “discurso antiliberal da Escola Técnico-Jurídica, de base político-fascista, [que] foi determinante na elaboração do art. 27 da Constituição Italiana de 1948”.<sup>11</sup>

A doutrina distintiva entre essas duas expressões e que é tomada como norteadora de um determinado “saber processual” deita suas raízes no pós II Guerra Mundial (Leone escreve em 1947 e Manzini é seu contemporâneo sustentando a dicotomia) e as críticas de Illuminati são datadas do final dos anos 1970 e publicadas no início dos anos 1980 assim como as de Sabbatini, quem escreve em 1976, portanto em períodos nos quais a interrelação de fontes normativas não era concebida da forma como é hoje, obrigando uma revisão conceitual profunda do conceito de poder estatal, soberania e produção normativa.

Essa diferenciação, cujas matrizes político-jurídicas se encontram amplamente superadas pela construção contemporânea do Estado de Direito,<sup>12</sup> permite uma expansão da “objetificação” da pessoa submetida à perseguição e não encontra mais guarida em textos teóricos mesmo no país usado como paradigma da preconizada distinção, seja porque dá-se a supremacia da maximização dos direitos fundamentais ou porque passou-se a assimilar tais expressões em favor da mais protetiva, a da presunção de inocência.

No caso brasileiro importa saber que no Anteprojeto Constitucional, elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, instituída

<sup>9</sup> BATIA, G. e PIZZO, A. La tutela dell' imputato —Saggio storico— concettuale, PAULESU, Pier Paolo. La presunzione di non colpevolezza dell'imputato, 30, Torino: Giappichelli, 2009, p. 30-50. Numa tradução livre: “O problema nasce também do fato que as duas formulações, contrariamente ao quanto se pode levar a crer, não são sinônimas, mas possuem contornos próprios de modo que sustentar uma delas comporta na modificação do tratamento conferido ao imputado”

<sup>10</sup> BATIA, op. cit.

<sup>11</sup> MIRZA, op cit.

<sup>12</sup> Para o direito italiano ver a crítica de ILLUMINATI, Giulio. *La presunzione d'innocenza dell'imputato*. Bolonha: Zanichelli, 1984, p. 21.



pelo Decreto nº 91.450, de 18 de julho de 1985 havia, no então artigo 43 § 7º, a previsão de presunção de inocência: “Presume-se inocente todo acusado até que haja declaração judicial de culpa”, alterado que foi ao longo dos trabalhos constituintes até alcançar a redação final que desde então possui.

Mas essa redação, que não se manteve no texto constitucional finalmente promulgado e que privilegiava a presunção de inocência, acaba por ser incorporado definitivamente ao direito interno quando se observa que pela interrelação de fontes normativas, a aceitação brasileira do sistema interamericano de direitos humanos, constituído pela estrutura bifásica OEA – Corte Interamericana de Direitos Humanos<sup>13</sup> impõe a adoção normativa mais protetiva porquanto se trata da tutela de direitos fundamentais, solução à sombra da qual inúmeras discussões teóricas precedentes, embora vistosas do ponto de vista estritamente técnico, perdem seu sentido político e, portanto, sua própria densidade teórica.

## **2. A CONSTRUÇÃO DA RACIONALIDADE DECISÓRIA DO STF NO TEMA PROPOSTO: OS DOIS PRIMEIROS “MOVIMENTOS” E O EMPREGO DO COMPARATISMO**

No arco temporal que vai de 1988 a 2016 dois grandes momentos podem ser identificados na abordagem jurídica do tema “início da execução da pena”: um, mais longo, vai de 1988 a 2009, portanto duas décadas nas quais insistiu-se numa hermenêutica lastreada na literalidade do CPP em detrimento do marco constitucional-convencional; outra, de 2009 a 2016, na qual aconteceu, ao menos do ponto majoritário no STF, a prevalência constitucional-convencional sobre as raízes codificadas.

Ambos momentos apresentaram algum relacionamento com o comparatismo: no primeiro, o emprego comparado foi razoavelmente tímido e desprovido de ambições maiores de argumento de autoridade; no segundo, o comparatismo já surge como argumento de autoridade para desautorizar a interpretação constitucional que se construía e que tem como consequência, portanto, a prevalência do Código de Processo Penal sobre o marco constitucional-convencional.

---

<sup>13</sup> CONSTANTINO, Giuseppe Luigi Pantoja. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: breves linhas sobre a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 20 dez. 2014

Nesse segundo momento, a título de comparatismo passa-se a incorrer na limitação metodológica criticada neste trabalho, tratando a título de comparatismo a mera indicação de textos normativos a partir dos quais são alcançadas rotulações genéricas sobre o funcionamento da existência de uma suposta execução antecipada da pena em determinado país.

## 2.1 O APEGO AO SISTEMA JURÍDICO ANTERIOR A 1988<sup>14</sup>

Ao longo de vinte anos, o STF repetiu, sem qualquer inflexão à base constitucional-convencional, a estrutura anterior lastreada na forma como o CPP organizava as hipóteses de prisão sem condenação definitiva, algumas delas de incidência automática.<sup>15</sup>

Mas esse desapego constitucional-convencional tinha uma dimensão prática: a insuficiência da estrutura judiciária em julgar definitivamente processos dentro de um prazo razoável.

As distorções se avolumavam (e ainda assim o é) para criar casos nos quais presos sem condenação definitiva aguardavam largo tempo o

<sup>14</sup> Para uma visão sobre o tema ver BRANDÃO, João Pedro Pereira. A execução antecipada da pena nos tribunais superiores brasileiros: os limites da garantia constitucional da presunção de não-culpabilidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 17, n. 80, p. 150-207., set./out. 2009.

<sup>15</sup> Na redação original do Código havia a previsão da prisão automática em função de pena em abstrato cominada a determinado crime de acordo com o Art. 312: “A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos”. Essa prisão sem fundamento cautelar projetava-se em todos os ritos, inclusive o do júri, criando, quando da pronúncia, a possibilidade de uma prisão automática, situação apenas modificada pela chamada “Lei Fleury”, a Lei 5941/1973 que modificou a redação original do Art. 408 do CPP para prever que: “Se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronuncia-lo-á, dando os motivos do seu convencimento. ... § 2º Se o réu for primário e de bons antecedentes, poderá o juiz deixar de decretar-lhe a prisão ou revogá-la, já se encontre preso. Além disso, havia a manutenção automática na prisão mesmo diante da sentença condenatória recorrível a teor do art. 393 que assim dispunha: “São efeitos da sentença condenatória recorrível: I – ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança” em combinação com o artigo Art. 318: “Em relação àquele que se tiver apresentado espontaneamente à prisão, confessando crime de autoria ignorada ou imputada a outrem, não terá efeito suspensivo a apelação interposta da sentença absolutória, ainda nos casos em que este Código lhe atribuir tal efeito”.

juízo do recurso interposto e lhes era negada a fruição de benefícios, somente previstos para condenados definitivos. Por esse motivo, viam-se em situação amplamente desfavorável por não poderem usufruir, por exemplo, da progressão de regime.

Atenta a esta situação, prestigiosa doutrina ainda no início dos anos 1990 apontava o cenário caótico<sup>16</sup> e pontuava que a solução encontrada na época era a de afastar explicitamente a cautelaridade<sup>17</sup> justificando desta forma a criação de uma execução inexistente a partir da expedição de um documento igualmente não previsto em lei: a GRP – guia de recolhimento provisória<sup>18</sup>, com a qual uma pessoa presa - que rigorosamente só poderia ser assim considerada com fundamento cautelar - fosse admitida como uma pessoa sentenciada para fins de obtenção de “benefícios processuais” específicos da execução da pena.<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup> SUANNES, Adauto Alonso Silvinho. Podemos falar em execução penal antecipada (jurisprudência comentada). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 2, n. 7, p. 167-173., jul./set. 1994

<sup>17</sup> SUANNES, op cit, neste ponto específico mencionando as falas de Afrânio Silva Jardim e Sérgio Médice (obras citadas no texto) que afastavam a natureza cautelar desse encarceramento. Além desses autores ver, no mesmo sentido, CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. *O processo penal em face da Constituição*, 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

<sup>18</sup> Neste ponto o CNJ não apenas endossou esse procedimento à margem do marco constitucional e da legalidade que dele decorre como o regulamentou por meio de Resolução gerando, inclusive, o pertinente questionamento sobre a extensão desse instrumento para legislar no campo penal. Para uma aguda crítica desse aspecto ver SOUZA, José Barcelos de. Execução provisória de pena privativa de liberdade. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 19, p. 42-54., ago./set. 2007.

<sup>19</sup> Entendimento que acabou sendo sumulado (sem efeito vinculante) pelo próprio STF: Súmulas 716 e 717 como reflexo das posições doutrinárias mencionadas, dentre elas a de KUEHNE ao citar uma vez mais Afrânio Silva Jardim e Sérgio Médici. In verbis: “Pela sua integral pertinência, remetemos ao estudo de Afrânio Silva Jardim: A prisão, em decorrência de sentença condenatória recorrível”, in *Direito Processual Penal*, Editora Forense, 4ª edição, pág 389/409, onde, na parte que nos interessa, é apresenta” da seguinte conclusão: “O reconhecimento da natureza de execução provisória à prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível permite ao réu se beneficiar dos direitos outorgados pela Lei de Execução Penal, mesmo antes da apreciação do seu recurso. Assim, o exercício do direito de recorrer não prejudica a situação processual do réu”. Oportunas, por igual, as colocações de Sérgio de Oliveira Médici”. KUEHNE, Maurício. *Revisão do decênio da reforma penal*:

Por esse viés “positivo” um instrumento legal inexistente no marco normativo e apoiado na ineficiência estrutural da Poder Judiciário em dar vazão a julgamentos de mérito no prazo razoável passou a ser defendido por segmentos acadêmicos<sup>20, 21</sup>

Essa construção típica de direito interno não contou, em sede de Corte Suprema, com apoio da argumentação comparada, limitando-se essa criação aos Tribunais Estaduais ou Regionais Federais. E, embora não seja tema específico deste trabalho a análise do comparatismo na doutrina da época, pode-se apenas destacar que foram raros – senão inexistentes – menções comparadas a essa “execução antecipada benéfica”.

## 2.2 A SUPREMACIA DA LÓGICA INFRACONSTITUCIONAL SOBRE AS BASES CONSTITUCIONAIS CONVENCIONAIS

Nesse primeiro movimento também se faz presente um argumento de direito interno que parece resumir aquilo que se desejava como um

---

*1985-1995: considerações sobre a execução provisória da sentença penal.* Faculdade de Direito de Curitiba, 1995. A afirmação deste autor é particularmente significativa do ponto de vista político pois viria a ocupar, anos depois da publicação desse artigo, a Direção do DEPEN junto ao Ministério da Justiça.

<sup>20</sup> Também por autores de outra geração, já formados e atuantes sob o marco constitucional-convencional. A propósito ver DEZEM, Guilherme Madeira. Presunção de inocência: efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial e execução provisória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 16, n. 70, p. 269-290., jan./fev. 2008, para quem “o acusado que se encontra preso, por exemplo, tendo sido condenado e não tendo sido admitido que recorresse em liberdade, sofrerá a chamada execução provisória, o que é plenamente constitucional”. Neste trecho mescla-se a justificação cautelar da prisão com os efeitos que advêm da sentença condenatória irrecurável, sobreposição dominante na jurisprudência mencionada neste tópico do trabalho.

<sup>21</sup> E também no campo dos precedentes. Interessante caso no TJSP demonstra que mesmo a execução provisória era vista como colidente com a Constituição e esse questionamento advinha por conta de resolução daquele Tribunal que a havia instituído: Não é inconstitucional o Provimento nº 653/99 do Egrégio Conselho Superior da Magistratura Bandeirante que reconhece a execução provisória da pena, permitindo ao preso provisório a obtenção de benefícios concedidos ao condenado com sentença transitada em julgado, assegurando-lhe a garantia da reprimenda na medida correspondente à infração penal estabelecida na sentença, em respeito ao status libertatis em confronto com o jus puniendi do Estado, sem prejuízo à futura alteração por conta de eventual substituição daquela pelo v. Acórdão. TJ-SP - EP: 990091548049 SP, Relator: Willian Campos, Data de Julgamento: 24/11/2009, 4ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 23/12/2009

ponto central: a (in)existência de efeitos suspensivos a determinados recursos, especialmente os de natureza constitucional.

Verdadeiramente é ele que se encontra presente no *leading case* do STF HC 68.726 (Rel. Min. Néri da Silveira)<sup>22</sup> e escrito a partir da redação original do Código de Processo Penal<sup>23</sup>, no qual o Relator, apoiado em texto doutrinário de 1959 (portanto trinta anos anterior ao texto constitucional), deu prevalência à estrutura infraconstitucional às bases constitucionais, tratando a prisão decorrente de sentença recorrível como algo independente, não-cautelar, e que merecia execução imediata diante da interposição de recursos sem efeito suspensivo.

Esse argumento de forte presença entre 1988 a 2009 voltaria a carga em 2016 escorado numa visão de “teoria geral do processo” e sensível à necessidade de dotar de “eficiência” o sistema processual penal, sobretudo diante do alegado número de recursos disponível às partes.

### **3. O SEGUNDO MOVIMENTO: A SUSTENTAÇÃO CONSTITUCIONAL CONVENCIONAL PARA SUPERAÇÃO DO ENTENDIMENTO ANTERIOR**

Esse segundo momento se dá com o julgamento, no STF, do HC 84.078/MG<sup>24</sup> que nas palavras de seu Relator, o então Min. Eros Grau, “a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar” e em cujo voto destaca-se a base doutrinária de

---

<sup>22</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 68726. Impte.(S) Fernando Eduardo Ayres Da Motta. Coator(A/S)(Es) Tribunal De Alçada Criminal Do Estado Do Rio De Janeiro. Pacte.(S) Marco Antonio Da Fonseca Loureiro. Relator Atual: Min. Néri da Silveira. J. em 28/06/1991. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1521108>. Acesso 12/09/2018. O trecho do relator que aqui se refere está na citação de Eduardo Espínola Filho, no vol 7º., dos seus “Comentários ao Código de Processo Penal” que data, na edição citada, de 1959.

<sup>23</sup> Na redação original do CPP: “Art. 637. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença”.

<sup>24</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus HC 84078. Relator(a): Min. Eros Grau. Julgamento: 05/02/2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação DJe-035 Divulgação em 25-02-2010. Publicação em 26-02-2010.

direito interno<sup>25</sup> e este referido estritamente às estruturas constitucionais brasileiras sem sequer mencionar qualquer compromisso internacional assumido pelo Brasil que diga respeito ao tema.<sup>26</sup>

Nada obstante, no voto divergente proferido pelo Min. Menezes Direito usou-se – como seria feito mais tarde - o “direito comparado” para sustentar a divergência com o Relator afirmando-se que “A prisão na pendência de recurso é admitida em sistemas de países reconhecidamente liberais, como, por exemplo, os Estados Unidos da América (Subseção “b” do § 3.582, D, Capítulo 227, Parte II, Título 18 do US Code), o Canadá (arts. 679 e 816 do Criminal Code) e a França (art. 367 do Code de Procédure Pénale). Nos Estados Unidos, o sistema é bem claro ao admitir o imediato início do cumprimento da pena, sendo certo que a interposição de recurso de revisão de que decorreria a possibilidade de alteração não é suficiente para obstar seu imediato cumprimento”.<sup>27</sup>

Nesse breve trecho, destacam-se deficiências que seriam posteriormente acentuadas: a redução do comparatismo legal a menção a artigos de lei, o emprego de instrumentos jurídicos aparentemente de mesma nomenclatura (v.g. “recurso de revisão”), mas sem a mesma conceituação, sua descontextualização normativa em relação ao restante do funcionamento do sistema jurídico e o absoluto silêncio àquilo que se mencionou no tópico introdutório como “juriscultura”.<sup>28</sup>

<sup>25</sup> Posição que viria a ser reforçada em texto doutrinário posterior: GRAU, Eros Roberto. Execução antecipada da pena. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (coord.). *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: G/Z, 2014.

<sup>26</sup> Como, por exemplo, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, adotado na legislação interna brasileira por força do Decreto 591, de 06.07.1992, Art. 14, 2. Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.

<sup>27</sup> O trecho em questão encontra-se na página 8 do voto do Ministro mencionado e correspondente à página 1104 do processo.

<sup>28</sup> Ao fazer essa menção o Ministro se apoia no trabalho FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca; GARCIA, Mônica Nicida; GUSMAN, Fábio. Execução Provisória da Pena Panorama nos ordenamentos nacional e estrangeiro. Revista ANPR Online, n. 7, 2008 o qual, por sua vez, incorre na mesma crítica ao fazer emprego do direito comparado: sua limitação a enumeração de artigos de lei.

#### 4. O TERCEIRO MOVIMENTO E A FRAGILIDADE ARGUMENTATIVA

O terceiro movimento é dado com o julgamento, pelo STF, do HC 126.292 cujo caso fático merece aqui ser destacado.<sup>29</sup>

Com efeito, trata-se de acusação penal pela prática de crime de roubo qualificado imputada a dois acusados quem, inicialmente presos, tiveram a liberdade provisória concedida e aguardaram o julgamento de mérito em liberdade.

Um deles foi condenado à pena de cinco anos e quatro meses; o outro a uma reprimenda maior, de 06 anos e 08 meses. O sentenciado à menor pena, por ser primário, pode apelar em liberdade; o outro teve sua prisão cautelar determinada e ambos recorreram. O Ministério Público não recorreu, pelo que o máximo da pena para ambos já estava determinado.

O TJSP julgou a apelação pouco mais de um ano após o encaminhamento dos autos àquela Corte quando, na apreciação da apelação, as condenações foram mantidas e mesmo o réu primário teve sua prisão decretada. É inegável que esse sentenciado teve sua situação processual piorada com o recurso por ele manejado.

Contra a determinação daquela prisão foi impetrado *habeas corpus* junto ao STJ, com parecer favorável do MPF à concessão, mas a liminar pretendida foi negada, o que levou à impetração do caso junto ao STF (aqui, o HC 126.292<sup>30</sup>), tendo a liminar sido deferida pelo então Min. Teori Zavascki reconhecendo a ilegalidade da prisão determinada pelo TJSP.

Submetido ao pleno do STF para análise da liminar concedida naquela Corte, o resultado final foi não apenas o do retrocesso processual no caso concreto, em verdadeiro emprego de um *habeas corpus* com resultado *in malam partem* como no retrocesso geral de compreensão da matéria.

Nesse julgado, o então Relator, Min Teori Zavascki, retomou a argumentação precedente a 2009 para afirmar que “Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado.”

---

<sup>29</sup> Com apoio na descrição feita por STRECK, Lênio Luiz. *O estranho caso que fez o STF sacrificar a presunção da inocência*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-ago-11/senso-incomum-estranho-fez-stf-sacrificar-presuncao-inocencia>, acessado em 10 de outubro de 2017.

<sup>30</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292. Relator(a): Min. Teori Zavascki. Julgamento: 17/02/2016. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

E concluiu: “É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa”.

Nesse trecho afigura-se, também para o direito interno, uma afirmação de grande perplexidade ao condicionar o duplo grau de jurisdição às espécies de efeitos que determinados recursos possuem, trilhando uma seara interpretativa de rara presença quando se observa, à luz da compreensão do Direito Internacional Público, nas decisões das Cortes protetivas de direitos humanos, as características básicas do que aqui se denomina de “duplo grau”.

#### 4.1 O EMPREGO DA ARGUMENTAÇÃO COMPARADA

O momento histórico vivido pelas Cortes Superiores, a partir da AP 470, conhecido como “caso mensalão”, implica na chegada de inúmeros recursos processuais oriundos de processos de larga repercussão nacional e tratar as prisões existentes como cautelares na esteira do quanto decidido no HC 84.078/MG a partir do primado constitucional implicaria na necessidade de uma resposta processual de mérito em tempo razoável, algo que os Tribunais Superiores parecem não ter condição operacional de ofertar como regra.<sup>31</sup>

O retorno à visão utilitarista contou, no julgado de 2016 acima referido, com um diferencial em relação ao cenário anterior: o uso do comparatismo como forte argumento de autoridade para reverter a compreensão tida como majoritária de 2009.

Essa mesma estratégia de legitimação viria a se fazer presente em 2018 quando foi apreciado o HC 152.752 impetrado com o objetivo de reverter o cenário instalado com o HC 126.292.

Antes de percorrer algumas das manifestações comparadas nestes julgados dado que os limites do presente texto não permitem a análise

---

<sup>31</sup> Ver, para o STF, Joaquim Falcão, Ivar A. Hartmann, Vitor P. Chaves em *III Relatório Supremo em Números: o Supremo e o tempo*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2014. 151 p. Para o Direito Penal a média de tempo para publicação do acórdão é, na média de 228 dias (cf. p. 73) e pedidos de vista em casos que envolvem esse ramo é de 269 dias (cf. p. 93)



individualizada de cada ordenamento usado na menção “comparada” é interessante destacar desde um primeiro momento, com Eser,<sup>32</sup> que, dentre as funções do comparatismo por ele enunciadas não se cogitou do emprego do comparatismo naqueles votos como fundamento para uma revisão legislativa, tampouco de uma conformação teórica harmonizadora do tema, mas sim da pretensão do uso do comparatismo como ferramenta de justificação da racionalidade da decisão.

Distante de qualquer das discussões contemporâneas sobre os desafios metodológicos do comparatismo, dos limites de seu emprego<sup>33</sup> e do seu papel na construção de uma estrutura harmonizada de ordenamentos num espaço regional passou-se diretamente, quando da apreciação pela Corte, à menção de artigos de lei de diferentes ordenamentos, unificados, num primeiro momento, apenas pela rotulação “liberal” para alcançar a legitimação para a decisão pessoal adotada.

Tomado o comparatismo como uma reflexão sobre culturas jurídicas, a dizer, desde a produção normativa até a maneira como se dá sua aplicação forense e a forma como a construção doutrinária se produz; o seu emprego nos julgados aqui tratados carece de profundidade posto que nada mais foi “comparado” senão a enunciação de textos normativos e sua justaposição ao texto questionado, na verdade, ao texto que se deseja limitar, a saber, a base constitucional.

E, como aponta precisa observação sobre o uso do comparatismo: “A la hora de interpretar y estudiar el texto extranjero, el comparatista

---

<sup>32</sup> “Two objectives are often clearly discernible in today’s comparative jurisprudence: on one hand, the consultation of foreign laws to create national legislation in the spirit of ‘legislative comparative law’; and on the other hand, the comparison of differing legal orders for the purpose of better understanding law in the spirit of ‘academic-theoretical comparative jurisprudence’. In addition, as already suggested by the civil lawyer Zitelmann at the beginning of this century, there is additional objective for the consideration of a foreign legal system: the comparative study which is necessitated by the application of law in individual circumstances and as such could perhaps be described as judicative comparative law.” “ESER, A.; “The importance of Comparative Legal Research for the Development of Criminal Science”, *Nouvelles Études Pénales*. Érès, Paris.1998.

<sup>33</sup> Ou do verdadeiro ceticismo sobre sua dimensão existencial. A este respeito ver DUBBER, M. D. *Comparative Criminal Law*, in M. Reimann and R. Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Oxford University Press, 2006)

debe entrar en el tejido jurídico de referencia en su globalidad. No debe detenerse únicamente en el contenido proporcionado por la normativa extranjera, sino que debe avanzar y examinar cómo este se amalgama en un único conjunto, incorporando también la doctrina y la jurisprudencia, que, como denomina Sacco, son el ‘formante’ del derecho. Esta toma de conciencia en su conjunto ayuda al comparatista a comprender la correcta finalidad, eficacia y alcance de la norma que está analizando, consiguiendo que el derecho comparado se convierta en ‘anticoncettuale’.<sup>34</sup>

Da análise do emprego denominado de comparatismo nesses julgados tem-se algumas situações destacadas.

Inicialmente, no HC 126.292 além do já evidenciado equívoco da redução do comparatismo a mera menção de artigos de lei, a assimilação do comparatismo a decisões de Cortes Internacionais, estas localizadas no âmbito do Direito Internacional Público.<sup>35</sup>

Nesse mesmo acórdão, e ainda por parte do mesmo Magistrado mencionado, a invocação de ordenamentos pertencentes a tradições jurídicas distintas, v.g. common law (direito estadunidense)<sup>36</sup> e civil law (direito europeu continental) como se entre eles houvesse simetria e, entre ambos e o direito interno brasileiro plena harmonização.

Na mesma esteira e com os mesmos problemas metodológicos o voto do Ministro Teori<sup>37</sup> no qual a interpretação normativa é dada *per saltum* <sup>38</sup> posto que apoiada em texto singular de direito interno sem

<sup>34</sup> FERRANTE, Alfredo. Entre derecho comparado y derecho extranjero: una aproximación a la comparación jurídica. *Revista Chilena de Derecho*, v. 43, n. 2, p. 601-618, 2016.

<sup>35</sup> Assim, por exemplo, no voto do Ministro Gilmar Mendes, especialmente em trecho contido na página 69 do acórdão.

<sup>36</sup> Cf. pg. 70 do voto mencionado no sobredito julgado.

<sup>37</sup> Cf pg. 12 e seguintes

<sup>38</sup> Vide, uma vez mais, o voto já mencionado de Menezes Direito ou o de Teori Zavascki que, após mencionar uma frase isolada da então Min. Ellen Gracie no julgamento do HC 85886 “*em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema*” (e não localizada no acesso eletrônico constante em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354366>>) passou-se a transcrever trechos de artigo doutrinário sem qualquer inflexão, tomando-se aquele material como portador de afirmações

que o próprio autor(a) do voto tenha diretamente consultado as bases do direito que se quer empregar a título comparado e sem flexionar o texto nacional empregado com outros tantos da literatura pátria que lhes são contrapostos.

Por sua vez, no HC 152.752 já mencionado<sup>39</sup> também foram empregadas referências do Direito Internacional Público.<sup>40</sup> Nesse mesmo acórdão, em um dos empregos do comparatismo foi, por exemplo, invocado o direito alemão, e chegou-se a insistir na interpretação da possibilidade de uma execução provisória, nada obstante a dicção normativa explícita em sentido contrário incidente na matéria.<sup>41</sup>

A posição adotada no julgado, no entanto, não se sustenta a teor da literatura de grande importância e de fácil acesso, pois, como afirma Roxin, “en particular, la cosa juzgada formal tiene importancia por lo siguiente: es presupuesto de la ejecución (§449). En contraposición con el proceso civil, en el proceso penal non hay una ejecución ‘provisional’, esto es, no es posible la ejecución sin cosa juzgada”.<sup>42</sup>

---

inquestionáveis e precisas as quais, como já destacado em nota anterior deste trabalho, também reduz o comparatismo à menção de textos legais.

<sup>39</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 152.752. Relator Atual: Min. Edson Fachin. Pacte.(S) Luiz Inacio Lula Da Silva. Impte.(S). Cristiano Zanin Martins. Sem julgamento definitivo até o momento em que este artigo foi concluído.

<sup>40</sup> Assim, no voto do Min. Fachin, especialmente pgs. 07 e 08, ao mencionar precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Da mesma maneira, e apenas citando artigos de tratados internacionais protetivos de direitos humanos, o voto do Min. Barroso, pp. 10 e 11. Igualmente no voto do Min. Alexandre Moraes, especialmente p. 10 arrimado num trabalho acadêmico singular.

<sup>41</sup> HC 126.292 citado, trecho do voto do Ministro Teori Zavascki (Relator) contido na página 14 do acórdão que, por sua vez, reproduz o voto do Ministro Menezes Direito já mencionado.

<sup>42</sup> ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 435. Da mesma maneira: COLOMER, Juan-Luis Gómez. *El proceso penal alemán: introducción y normas básicas*. Bosch, 1985, pp 180-181. O uso das referências de textos sobre direito alemão traduzidos para o espanhol é aqui feito para acompanhar o alerta trazido no texto de FERRANTE, Alfredo. Entre derecho comparado y derecho edxtranjero: una aproximación a la comparación jurídica. *Revista chilena de derecho*, v. 43, n. 2, p. 601-618, 2016.

Ainda nesse voto também foi empregado o direito italiano para justificar o raciocínio de uma “coisa julgada progressiva” ao ser afirmado que “O modelo italiano tem ainda outra regra bastante interessante, ao admitir a formação progressiva do trânsito em julgado. Havendo uma pena mínima (líquida) já com trânsito em julgado, dá-se início à execução”<sup>43</sup> sem, contudo, flexionar que essa possibilidade de execução “progressiva” encontra historicamente posições contraditórias<sup>44</sup> e mesmo sem amparo em precedentes da própria Corte de Cassação, devendo ser notada que a sobredita progressividade da coisa julgada não autoriza a execução antecipada da pena da forma como pretendida quando, por exemplo, houver a anulação do julgado com determinação de reenvio ao Juízo original<sup>45</sup>.

Contudo, ainda que a parte tida como definitiva diga respeito à pena (hipótese distinta da anteriormente mencionada), há lastro doutrinário suficiente para afirmar que ainda assim não existe a coisa julgada exequível na parte incontroversa: “in caso di annullamento parziale, il giudizio sarà rinnovato solo con riferimento alle disposizioni della sentenza annullate (...) mentre le altre assumeranno il valore di decisione passata in giudicato (che non significa, tuttavia, eseguibilità della sentenza in ordine alle parti non annullate, poiché l’eseguibilità della sentenza di condanna va posta in relazione alla formazione di un vero e proprio titolo esecutivo, mentre l’autorità di cosa giudicata ad una o più

<sup>43</sup> HC 152.752, voto do Min. Gilmar Mendes onde se faz menção expressa ao art. 624 do CPP italiano, contida na página 13 do seu voto.

<sup>44</sup> LATTANZI, Giorgio; LUPO, Ernesto. *Codice di procedura penale*. Giuffrè, 2008, p. 579. Para uma abordagem específica sobre o tema, ORLANDI, Renzo. *Provvisoria esecuzione delle sentenze e presunzione di non colpevolezza*. AA.VV, *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, Milano: Giuffrè, 2000, p. 123.

<sup>45</sup> A ver, por exemplo: Qualora venga rimessa dalla Corte di cassazione al giudice di rinvio la sola determinazione della pena, la formazione del giudicato progressivo riguarda esclusivamente l’accertamento del reato e la responsabilità dell’imputato; pertanto, *la detenzione dell’imputato deve essere considerata come custodia cautelare, e non come esecuzione di pena definitiva*. (Fattispecie relativa a rigetto del ricorso proposto dal P.G. avverso un’ordinanza di sostituzione della misura cautelare della custodia in carcere con quella degli arresti domiciliari disposta nel giudizio di rinvio). *Dichiara inammissibile*, App. Firenze, 23/04/2013. Cassazione penale sez. VI 19 dicembre 2013 n. 2324 (sem grifo no original).

statuizioni contenute nella sentenza di annullamento parziale è correlata esclusivamente all'esaurimento del relativo giudizio): l'autorità di cosa giudicata viene assumta dall'intera res iudicanda, a processo concluso"<sup>46</sup>.

E, como lembra Cordero, o art. 624, n.1, mencionado no voto do STF apenas existirá julgado executável quando a parte ainda pendente de impugnação se fizer agregar daquela já definitivamente decidida não havendo, pois, uma "execução provisória" em sede penal.<sup>47</sup>

## CONCLUSÕES

Do breve percurso trilhado observa-se que o emprego do comparatismo nas manifestações do STF sobre o tema do início da execução da pena quando da pendência de recursos gerando a chamada "execução provisória" deu-se com desapego às bases metodológicas contemporâneas do Direito comparado.

Visando ilustrar ou mesmo robustecer de autoridade a posição adotada, desatendeu-se aos primados essenciais da metodologia comparada quando foram invocados ordenamentos jurídicos de tradições distintas, com toda a herança política e cultural que isso significa.

Ainda, sem um próprio método de comparação foram invocados institutos jurídicos sem sua decomposição conceitual nos respectivos ordenamentos, os a serem usados como comparação e o brasileiro, de alguma maneira receptor desses pretensos conceitos.

Desatendido o elementar do método comparado, restou impraticável que se buscasse a essência do comparatismo, que é a análise

---

<sup>46</sup> GAITO, Alfredo. AA.VV, *Procedura Penale, Il ricorso per cassazione*, Torino: Giappichelli, 2010, pagg. 808 – 809. Em tradução livre: no caso de anulação parcial, o julgamento será renovado apenas no que diz respeito às disposições anuladas da sentença (...) enquanto as demais assumirão a condição de decisão transitada em julgada (o que não significa, contudo, a possibilidade de execução da sentença no que diz respeito às partes não anuladas, dado que exequibilidade da sentença de condenação se faz em relação à formação de um verdadeiro e próprio título executivo, ao passo que a autoridade da coisa julgada de um ou mais tópicos contidos na sentença parcialmente anulada diz respeito apenas ao exaurimento daquela parte): a autoridade da coisa julgada diz respeito à integralidade da res iudicata, de um processo concluído

<sup>47</sup> CORDERO, Franco. *Procedura penale*, Giuffrè, 2003, p. 795.

da cultura jurídica em cada um desses ordenamentos restando, pois, a isolada menção a textos normativos e não raras vezes usados de forma questionável mesmo nos ordenamentos dos quais foram extraídos.

Por tal carência de sustentação, em muitos momentos o comparatismo serviu apenas de um lastro argumentativo de autoridade para legitimar a refutação expressa do texto constitucional e, com isso, negar a base constitucional-convencional.

Isso significa, no caso presente, o retorno às bases políticas anteriores à própria reconstrução democrática do Estado brasileiro e reforça, na essência, a construção original do Código de Processo Penal, ele também, por sua vez, fruto de um momento político de exceção ao Estado de Direito e formatador de uma “cultura” processual igualmente autoritária.

## REFERÊNCIAS

BATIA, G. e PIZZO, A. “La tutela dell’ imputato —Saggio storico— concettuale”, PAULESU, P. P., La presunzione di non colpevolezza dell’imputato, 30, G. Giappichelli, Torino, 2009, p. 30-50.

BRANDÃO, João Pedro Pereira. A execução antecipada da pena nos tribunais superiores brasileiros: os limites da garantia constitucional da presunção de não-culpabilidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 17, n. 80, p. 150-207., set./out. 2009.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade. In: CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

COLOMER, Juan-Luis Gómez. *El proceso penal alemán: introducción y normas básicas*. Bosch, 1985.

CONSTANTINO, Giuseppe Luigi Pantoja. *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: breves líneas sobre a Comissão e a Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 20 dez. 2014.

CORDERO, Franco. *Procedura penale*, Milano: Giuffrè, 2003.

CRUZ, Peter de, *A Modern Approach to Comparative Law*, Boston, Kluwer, 1993, p. 15, apud ENRÍQUEZ, David. *Interculturalismo y transdisciplinariedad*:

coordenadas en el mapa del derecho comparado sustentable. *Boletín mexicano de derecho comparado*, v. 44, n. 132, p. 1085-1126, 2011, p. 6.

DAMAŠKA, Mirjan. Aspectos globales de la reforma del proceso penal. Reformas a la Justicia penal en las Américas. [www.dplf.org/Fundación para el debido proceso legal](http://www.dplf.org/Fundación para el debido proceso legal), 2000.

DEZEM, Guilherme Madeira. Presunção de inocência: efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial e execução provisória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 16, n. 70, p. 269-290., jan./fev. 2008.

DUBBER, M. D. Comparative Criminal Law, in M. Reimann and R. Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Oxford University Press, 2006)

ENRÍQUEZ, David. Interculturalismo y transdisciplinariedad: coordenadas en el mapa del derecho comparado sustentable. *Boletín mexicano de derecho comparado*, v. 44, n. 132, p. 1085-1126, 2011.

ESER, A.; *The importance of Comparative Legal Research for the Development of Criminal Science*, Nouvelles Études Pénales. Érès, Paris. 1998.

FERRANTE, Alfredo. Entre derecho comparado y derecho extranjero: una aproximación a la comparación jurídica. *Revista chilena de derecho*, v. 43, n. 2, p. 601-618, 2016.

FERRANTE, Alfredo. Entre derecho comparado y derecho extranjero: una aproximación a la comparación jurídica. *Revista Chilena de Derecho*, v. 43, n. 2, p. 601-618, 2016.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca; GARCIA, Mônica Nicida; GUSMAN, Fábio. Execução Provisória da Pena Panorama nos ordenamentos nacional e estrangeiro. *Revista ANPR Online*, n. 7, 2008.

GAITO, Alfredo. *AA.VV, Procedura Penale, Il ricorso per cassazione*, Torino: Giappichelli Editore, 2010.

GRAU, Eros Roberto. Execução antecipada da pena. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (coord.). *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: G/Z, 2014.

ILLUMINATI, Giulio. *La presunzione d'innocenza dell'imputato*. Bologna: Zanichelli, 1984, p. 21.

JOAQUIM FALCÃO, Ivar A. Hartmann, Vitor P. Chaves em III Relatório Supremo em Números: o Supremo e o tempo. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2014. 151 p.

KUEHNE, Maurício. Revisão do decênio da reforma penal: 1985-1995: considerações sobre a execução provisória da sentença penal. Faculdade de Direito de Curitiba, 1995.

LATTANZI, Giorgio; LUPO, Ernesto. Codice di procedura penale. Milano: Giuffrè, 2008, p. 579.

LEGRAND, Pierre. Como ler o Direito Estrangeiro. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018, p. 65.

MIRZA, F. Processo Justo: O ônus da Prova à Luz dos Princípios da Presunção de Inocência e do in dubio pro reo. In: Cleber Francisco Alves; Sérgio de Souza Salles. (Org.). Justiça, Processo e Direitos Humanos – Coletânea de Estudos Multidisciplinares. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 79-96.

MOURA VICENTE, Dário – Direito Comparado – Volume I – Introdução e Parte Geral, Almedina, Coimbra, 2008, p. 19.

ORLANDI, Renzo. Provisoria esecuzione delle sentenze e presunzione di non colpevolezza. AA.VV., Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni, Milano: Giuffrè, 2000, p. 123.

PACKER, Herbert L. Two models of the criminal process. U. Pa. L. Rev., v. 113, p. 1, 1964.

PAULESU, P. P., La presunzione di non colpevolezza dell'imputato, Torino: Giappichelli, Torino, 2009, p. 30-50.

ROXIN, Claus. Derecho procesal penal. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 435.

SOUZA, José Barcelos de. Execução provisória de pena privativa de liberdade. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 4, n. 19, p. 42-54., ago./set. 2007.

STRECK, Lênio Luiz. O estranho caso que fez o STF sacrificar a presunção da inocência. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-ago-11/senso-incomum-estranho-fez-stf-sacrificar-presuncao-inocencia>, acessado em 10 de outubro de 2017.

SUANNES, Adauto Alonso Silvinho. Podemos falar em execução penal antecipada (jurisprudência comentada). Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 2, n. 7, p. 167-173., jul./set. 1994.



### **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: 17/07/2018
- Controle preliminar e verificação de plágio: 21/07/2018
- Avaliação 1: 07/08/2018
- Avaliação 2: 22/07/2018
- Avaliação 3: 01/08/2018
- Avaliação 4: 26/07/2018
- Avaliador 5: 31/07/2018
- Decisão editorial preliminar: 17/08/2018
- Retorno rodada de correções: 12/09/2018
- Decisão editorial final: 22/09/2018

### **Equipe editorial envolvida**

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editores-associados: 2 (FC e BC)
- Editor-assistente: 1 (TACJ)
- Revisores: 5

### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

CHOUKR, Fauzi Hassan. A leitura do STF sobre o sistema recursal e o início da execução da pena: a pauperização do comparatismo à brasileira. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 3, p. 1119-1142, set/dez. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i3.177>



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


# Execução antecipada da pena: entre a garantia do estado de inocência, a coisa julgada e as teorias absolutas da pena


*Early implementation of the penalty:  
between the guarantee of the state of innocence,  
res judicata and the absolute theories of the penalty*

**Décio Franco David<sup>1</sup>**

Universidade Estadual do Norte do Paraná – Jacarezinho/Paraná

decio@dfdavid.com


 <http://lattes.cnpq.br/4417997720081911>


 <http://orcid.org/0000-0001-7284-3910>

**Gilson Bonato<sup>2</sup>**

Faculdade de Educação Superior do Paraná – Curitiba/Paraná

gilson@bonato.adv.br

 <http://lattes.cnpq.br/0710153947450817>

 <http://orcid.org/0000-0001-9303-0214>

- 
- <sup>1</sup> Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - Linha de Pesquisa: Função Política do Direito (início em 2016). Mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo (2016). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - Linha de Pesquisa: Função Política do Direito (2014). Pós-graduado em Gestão de Direito Empresarial pela FAE Centro Universitário (2009). Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (2008). Professor Substituto de Direito Penal da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor de Direito Penal da FAE Centro Universitário. Professor de Direito Penal da Faculdade de Educação Superior do Paraná (FESPPR). Professor de diversos cursos de Pós-graduação (lato sensu) em Direito Penal e Processual Penal. Advogado.
- <sup>2</sup> Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2008). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (1993) e em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (1987). Mestre em Direito Econômico e Social pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2002). Estágio em pós-doutoramento pela Universidade de Coimbra (2012). Professor Titular de Direito Processual Penal e Coordenador do Curso de Direito da Faculdade de Educação Superior do Paraná (FESPPR), mantida pela Fundação de Estudos Sociais do Paraná (FESP). Professor e Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Secal. Advogado criminalista.

---

**RESUMO:** O presente trabalho analisa o julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, no qual o Supremo Tribunal Federal decidiu pela possibilidade da execução antecipada da pena quando houver decisão confirmatória da condenação em Segundo Grau de Jurisdição. O trabalho foi desenvolvido sob o método dedutivo, tendo como técnica a documentação indireta com fontes secundárias (pesquisa bibliográfica). O trabalho objetiva responder a duas indagações: 1) a execução antecipada de pena pode mudar os conceitos de coisa julgada e presunção de inocência?; 2) a execução antecipada de pena corresponde ao retorno das teorias absolutas da pena? Em síntese, o artigo almeja demonstrar o desacerto da decisão sob o recorte dos argumentos centrais apresentados no julgado, compreendendo que há inicialmente uma dificuldade de compreensão quanto à natureza jurídica da garantia do estado de inocência, e, ao final, demonstrando como a decisão fere o conceito de coisa julgada e reforça as teorias absolutas da pena.

**PALAVRAS-CHAVE:** Presunção de Inocência; Normas regras e normas princípios; Teorias absolutas da pena.

**ABSTRACT:** *This paper analyses the judgment of habeas corpus number 126.292/SP, in which the Federal Supreme Court decided for the possibility of early execution of the penalty when there is a confirmatory decision of the conviction in Second Degree of Jurisdiction. The work has developed under the deductive method, having as technique the indirect documentation with secondary sources (bibliographic research). The paper aims to demonstrate the mismatch of the decision under the cut of the central arguments presented in the judgment, understanding that there is, initially, a difficulty of understanding as to the legal nature of the guarantee of the state of innocence and, at the end, demonstrating how the decision hurts the concept of res judicata and reinforces the absolute theories of punishment.*

**KEY-WORDS:** *Presumption of innocence; Legal rules and principles; Absolute theories of punishment.*

**SUMÁRIO:** 1 Introdução: O caso – 2 Natureza jurídica da presunção de inocência: norma princípio ou norma regra? – 3 O estado de inocência como garantia processual decorrente do princípio da culpabilidade – 4 Antecipação da execução da pena: Um retorno às teorias absolutas da pena e a deturpação do sistema penal integrado – Considerações finais – Referências Bibliográficas.

---

“Se temos que obedecer a certos princípios básicos do Direito Penal e a certos princípios constitucionais, não podemos, por razões supralegais, em determinados casos, deixá-los de lado. Ou os empregamos em todos os casos, ou os rejeitamos”. (Ministro Felix Fischer em voto no Recurso Especial nº 213.064/SP)

## 1. INTRODUÇÃO: O CASO

Em 17 de fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos no julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, que a pendência de recursos Especial ou Extraordinário não obsta o cumprimento prévio de pena privativa de liberdade.

Segundo o Ministro Relator, Teori Zavascki, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária “não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual”<sup>3</sup>. Em outras palavras, para o Ministro, a presunção de inocência estaria exaurida no segundo grau de jurisdição ordinário, haja vista a impossibilidade de debate das provas em sede de recursos especial e extraordinário<sup>4</sup>. Acompanharam o relator os ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. Divergiram os ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

O posicionamento adotado em 2016 modifica o antigo entendimento da Corte, o qual fora sedimentado pela decisão do Plenário no *Habeas Corpus* 84.078/MG, realizado em 05 de fevereiro de 2009. Nesse julgado, relatado pelo então Ministro Eros Grau, assentou-se, por sete votos a quatro, que o princípio da presunção de inocência se

---

<sup>3</sup> Página 08 do voto do Ministro no alusivo *habeas corpus*.

<sup>4</sup> “Os julgamentos realizados pelos Tribunais Superiores não se vocacionam a permear a discussão acerca da culpa, e, por isso, apenas excepcionalmente teriam, sob o aspecto fático, aptidão para modificar a situação do sentenciado” (p. 13 do voto).

mostra incompatível com a execução da sentença antes do trânsito em julgado da condenação.

O novo entendimento tornou-se cediço em todo o sistema jurídico nacional, de modo que os principais argumentos favoráveis à decisão foram a necessidade de garantir uma efetividade da persecução criminal, evitar a prescrição e, de certo modo, evitar recursos protelatórios que impeçam a execução da pena.

Em que pese o entendimento apresentado pelos sete ministros que decidiram pela possibilidade de execução antecipada da pena, tal postura contraria regras constitucionais (em especial o conceito de coisa julgada e a presunção de inocência) e representa uma nova faceta das teorias absolutas da pena, distorcendo a própria finalidade da atividade estatal de exercer o controle social do intolerável<sup>5</sup>. Nesse espeque, o presente trabalho tem por objetivo apontar como o novo posicionamento infringe não apenas a presunção de inocência e o conceito de coisa julgada, mas serve de efeito simbólico a uma nova ânsia punitiva estatal embalada por um verdadeiro fetiche popular<sup>6</sup> sobre a esfera penal e processual penal.

## 2. NATUREZA JURÍDICA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: NORMA PRINCÍPIO OU NORMA REGRA?

Como bem afirma José de Faria Costa, todo ramo científico jurídico necessita de um objeto diferenciado e autônomo, uma metodologia própria e princípios específicos<sup>7</sup> que orientem os rumos dogmáticos de compreensão e estudo da área. Em outras palavras, todo conhecimento científico ou filosófico resulta da existência de princípios<sup>8</sup>, os quais podem

<sup>5</sup> Sobre o assunto, BUSATO, Paulo César. Por que, afinal, aplicam-se penas? In: SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo – Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bittencourt*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 522.

<sup>6</sup> Acerca da correlação entre fetiche e pena, DAVID, Décio Franco; SALOMÃO NETO, Antônio. Fetichismo e Pena: Reflexões sobre psicanálise no Direito Penal. *Revista O Mal-Estar no Direito*, v. 2, n. 2. Set./2016, p. 1-17.

<sup>7</sup> COSTA, José de Faria. *Direito Penal Económico*. Coimbra: Quarteto, 2003, p. 19-20.

<sup>8</sup> Informa-se que a classificação aqui adotada segue posturas já apresentadas anteriormente em: DAVID, Décio Franco. *Fundação...*, *Op. cit.*, p. 153 e ss;

ser definidos como “enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber”<sup>9</sup>.

Para Miguel Reale, os princípios podem ser divididos em três categorias: a) omnivalentes<sup>10</sup>; b) plurivalentes<sup>11</sup>; c) monovalentes<sup>12</sup>. Para ele, os princípios gerais de direito são “enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas”<sup>13</sup>. Os princípios não são meros “preceitos de ordem moral ou econômica, mas sim esquemas que se inserem na experiência jurídica, convertendo-se, desse modo, em elementos componentes do Direito”<sup>14</sup>.

Por outro lado, Reale define norma jurídica como “uma estrutura proposicional enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória”<sup>15</sup>. Deste modo, a norma jurídica terá como características a natureza objetivo/heterônoma (que significa estar com ou contra a vontade de todos) e a exigibilidade/obrigatoriedade daquilo que enuncia<sup>16</sup>. Destaca-se que

---

DAVID, Décio Franco; ZAMBLAZI, Larissa Horn; DRUMMOND, Fernanda Guerra. Relação entre normas e princípio no Sistema Penal. In: Paulo César Busato. (Org.). *Fundamentos de Direito Penal* (Série Direito Penal Baseado em Casos). Curitiba: Juruá, 2013, p. 71-92.

<sup>9</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 303.

<sup>10</sup> “Quando são válidos para todas as formas de saber, como é o caso dos princípios de identidade e de razão suficiente” (REALE, Miguel. *Op. cit.*, p. 304).

<sup>11</sup> “Quando aplicáveis a vários campos de conhecimento, como se dá com o princípio da causalidade, essencial às ciências naturais. Mas não extensivo a todos os campos do conhecimento” (REALE, Miguel. *Loc. cit.*).

<sup>12</sup> São aqueles que “só valem no âmbito de determinada ciência, como é o caso dos princípios gerais de direito” (REALE, Miguel. *Loc. cit.*).

<sup>13</sup> REALE, Miguel. *Op. cit.*, p. 304

<sup>14</sup> REALE, Miguel. *Op. cit.*, p. 306.

<sup>15</sup> REALE, Miguel. *Op. cit.*, p. 95. “Dizemos que a norma jurídica é uma estrutura proposicional porque o seu conteúdo pode ser enunciado mediante uma ou mais proposições entre si correlacionadas, sendo certo que o significado pleno de uma regra jurídica só é dado pela integração lógico-complementar das proposições que nela se contém. Afirmamos que uma norma jurídica nuncia um dever ser porque nenhuma regra descreva algo que é, mesmo quando, para facilidade de expressão, empregamos o verbo *ser*” (REALE, Miguel. *Loc. cit.*).

<sup>16</sup> REALE, Miguel. *Op. cit.*, p. 93.

para Reale norma e regra são palavras sinônimas, uma vez que se refere aos dois termos de forma indistinta<sup>17</sup>.

Já para Robert Alexy<sup>18</sup> e Virgílio Afonso da Silva<sup>19</sup>, as normas constituem um gênero do qual os princípios e as regras são espécies. Para tanto, fazem uma análise detalhada sobre os critérios distintivos dos princípios e das regras.

O primeiro critério de distinção, o qual é utilizado em grande escala, é o da generalidade, segundo o qual “princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo”<sup>20</sup>. O autor alemão ainda indica que inúmeros critérios podem ser utilizados para a diferenciação, os quais acabam por desembocar em três teses específicas para tal fim<sup>21</sup>.

A primeira tese sustenta que não tem como diferenciar princípios de regras. Assim, qualquer tentativa “seria, diante da diversidade existente, fadada ao fracasso”<sup>22</sup>. A segunda tese vale-se dos graus inerentes às normas, isto é, “os adeptos dessa tese são sobretudo aqueles vários autores

<sup>17</sup> REALE, Miguel. *Op. cit.*, Capítulos IX a XI, p. 93 – 138.

<sup>18</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

<sup>19</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

<sup>20</sup> ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 87.

<sup>21</sup> “Outros critérios discutidos são a ‘determinabilidade dos casos de aplicação’, a forma de seu surgimento – por exemplo, por meio da diferenciação entre normas ‘criadas’ e normas ‘desenvolvidas’ – o caráter explícito de seu conteúdo axiológico, a referência à idéia de direito ou a uma lei jurídica suprema e a importância para a ordem jurídica. Princípios e regras são diferenciados também com base no fato de serem razões para regras ou serem eles mesmos regras, ou ainda. No fato de serem normas de argumentação ou normas de comportamento” (ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 88-89). “Há autores que sustentam que entre regras e princípios há uma diferença de grau. A partir dessa idéia, há aqueles que sustentam que o que distingue ambos seria o grau de importância: *princípios* seriam as normas mais importantes de um ordenamento jurídico, enquanto as *regras* seriam aquelas normas que concretizariam esses princípios. Há também aqueles que distinguem ambos a partir do grau de abstração e generalidade: princípios seriam mais abstratos e mais gerais que as regras. Outras classificações baseadas em algum tipo de gradação são possíveis” (SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 44).

<sup>22</sup> ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 89.



que vêm no grau de generalidade o critério decisivo para a distinção”<sup>23</sup>. A terceira tese defende que além da diferença de grau existe uma diferença qualitativa, esta é a tese utilizada por Alexy<sup>24</sup>. Deste modo, o autor afirma que “o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”<sup>25</sup>.

Na mesma toada, Virgílio Afonso da Silva afirma que de acordo com a teoria dos princípios, a diferenciação ocorre pela “estrutura dos direitos que essas normas garantem”. Assim, “no caso das *regras*, garantem-se direitos (ou se impõem deveres) definitivos, ao passo que no caso dos *princípios* são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*”<sup>26</sup>.

Consequentemente, “se um direito é garantido por uma norma que tenha a estrutura de uma regra, esse direito é definitivo e deverá ser realizado totalmente, caso a regra seja aplicável ao caso concreto”<sup>27</sup>, ou seja, a regra é sempre aplicada no caso concreto, inclusive no pertinente a sua exceção. Já no condizente aos princípios “não se pode falar em realização sempre total daquilo que a norma exige”<sup>28</sup>, sendo que muitas vezes se dá de forma parcial. Isso ocorre “porque no caso dos princípios há uma diferença entre aquilo que é garantido (ou imposto) *prima facie* e aquilo que é garantido (ou imposto) definitivamente”<sup>29</sup>.

Nessa esteira, Alexy conceitua princípios como mandamentos de otimização, os quais são caracterizados por “poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”<sup>30</sup>, em outras palavras, seu uso será o mais amplo possível.

Por outro lado, define que as regras servem para restringir a aplicação da norma, ou seja, são “determinações no âmbito daquilo que

---

<sup>23</sup> ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 90.

<sup>24</sup> ALEXY, Robert. *Loc. cit.*

<sup>25</sup> ALEXY, Robert. *Loc. cit.*

<sup>26</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 45.

<sup>27</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Loc. cit.*

<sup>28</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Loc. cit.*

<sup>29</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Loc. cit.*

<sup>30</sup> ALEXY, Robert. *Loc. cit.*

é fática e juridicamente possível”<sup>31</sup>, logo, “as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos”<sup>32</sup>.

Diante de tais considerações, verifica-se que a presunção de inocência não detém conteúdo normativo suficiente para ser considerado um princípio, embora, não raras vezes, seja assim chamado pela doutrina e jurisprudência. Em verdade, apura-se que a densidade normativa da presunção de inocência corresponde a uma norma regra<sup>33</sup>, pois não admite a ductilidade atribuída aos comandos normativos principiológicos<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 91.

<sup>32</sup> ALEXY, Robert. *Loc. cit.*. Além disso, Destaca Virgílio Afonso da Silva que “O elemento central da teoria dos princípios de Alexy é a definição de princípios como *mandamentos de otimização*. Para ele, princípios são normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidade fáticas e jurídicas existentes. Isso significa, entre outras coisas, que, ao contrário do que ocorre com as regras jurídicas, os princípios podem ser realizados em diversos graus. A idéia regulativa é a realização máxima, mas esse grau de realização somente pode ocorrer se as condições fáticas e jurídicas forem ideais, o que dificilmente ocorre nos casos difíceis. Isso porque, ainda que nos limitemos apenas às condições jurídicas, dificilmente a realização total de um princípio não encontrará barreiras na proteção de outros princípios ou de outros princípios. É justamente a essa possível colisão que Alexy quer fazer referência quando fala em ‘condições jurídicas’. Como já se viu – e como se verá também a seguir –, no caso das regras a aplicação não depende de condições jurídicas do caso concreto, pelo menos não nesse sentido apontado. É dessa diferença de estrutura que decorrem as diferentes formas de aplicação das normas jurídicas: a *subsunção* e o *sopesamento*” (SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 46).

<sup>33</sup> Em sentido idêntico: TAFFARELLO, Rogério Fernando. Triste tarde de fevereiro no Supremo Tribunal Federal, ou: “um requiem para a presunção de inocência”. *Boletim do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico*, Ano 04, edição especial. 2016, p. 08. Em sentido contrário, defendendo a presunção de inocência enquanto princípio: OLIVEIRA, Marlus Heriberto Arns de; MICHELOTTO, Mariana Nogueira. Presunção de inocência - avanço ou retrocesso? *Boletim do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico*, Ano 04, edição especial. 2016, p. 11-12; LINHARES, Sólton Cícero. Presunção de inocência prevista no artigo 5º LVII da Constituição Federal - Princípio ou Regra? É possível sua flexibilização? *Boletim do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico*, Ano 04, edição especial. 2016, p. 02.

<sup>34</sup> Nesse sentido, é bastante elucidativa a definição de Daniel Wunder Hachem ao afirmar que a presunção de inocência é “Típico exemplo de norma com caráter de regra, no sentido de Ronald Dworkin: aplicável segundo a lógica

Essa conclusão decorre não apenas de que ela deve ser aplicada integralmente até o marco normativo do trânsito em julgado, mas, igualmente, pelas previsões normativas regulamentadoras da quebra da presunção de inocência quanto à aplicação de penas, consoante preveem os artigos 105 e 147 da Lei de Execução Penal e do artigo 283 do Código de Processo Penal.

Inclusive, é este o entendimento expressado em decisão do Superior Tribunal de Justiça, em 14 de junho de 2017, ao determinar a impossibilidade de execução provisória de pena restritiva de direitos<sup>35</sup>. Disso decorre o óbvio: se não vale para uma pena restritiva de direitos, tampouco vale para uma pena privativa de liberdade. Em ambos os casos, far-se-ia necessária a revogação ou a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos legais mencionados, inclusive, do próprio texto constitucional. Em outras palavras, a famosa regra do “tudo ou nada” (*all-or-nothing-fashion*) de Ronald Dworkin<sup>36</sup> é a que melhor explica a natureza jurídica da presunção de inocência, pois ela deve ser aplicada de forma plena até sua materialização em sentido contrário.

### **3. O ESTADO DE INOCÊNCIA COMO GARANTIA PROCESSUAL DECORRENTE DO PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE**

O estado de inocência de todo cidadão é uma conquista que acompanha a evolução da formação dos Estados modernos como mecanismos de limitação do poderio punitivo estatal. Conforme preceitua Décio Franco David, a presunção de inocência pode ser compreendida como uma das

---

do tudo-ou-nada. No caso, a norma que fixa o prazo para recurso é válida e se aplica com tudo. Não há espaço para ponderação, diria Robert Alexy.” (HACHEM, Daniel Wunder. Sepultamento da presunção de inocência pelo STF (e os funerais do Estado Democrático de Direito). *Direito do Estado*, n. 86, 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/daniel-wunder-hachem/sepultamento-da-presuncao-de-inocencia-pelo-stf-e-os-funerais-do-estado-democratico-de-direito>>. Acesso em 21 ago. 2017).

<sup>35</sup> STJ, 3ª Seção. EREsp 1.619.087-SC, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Rel. para acórdão Min. Jorge Mussi, julgado em 14/6/2017 (Info 609).

<sup>36</sup> Cf. explicação do autor comparando as regras jurídicas às regras extralegais, em especial, com as regras de baseball: DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977, p. 24.-25

garantias derivadas do princípio da culpabilidade<sup>37</sup>. Essa fundamentação vinculada ao aludido princípio auxilia na compreensão da amplitude e aplicabilidade da referida garantia, além de expressar uma das balizas nas quais ocorre o entrecruzamento das esferas material e processual do sistema penal. Essas balizas de imbricação e orientação normativa/interpretativa possuem uma finalidade de harmonizar o sistema, sempre em direção a um modelo democrático e constitucional.

A relação entre Direito penal material e Direito penal processual, conforme bem defende Paulo Queiroz, não deve ser apenas instrumental, mas material<sup>38</sup>; construindo, portanto, um verdadeiro sistema integrado, no qual os princípios incidam de modo unitário em ambas as esferas<sup>39</sup>. Paulo César Busato também corrobora esse entendimento, ao comparar as relações entre as esferas material e processual, afirma que:

O Direito penal só pode produzir uma classe de resultado: pena ou medida de segurança. Se esse é o único resultado produzido pelo Direito penal aplicado e ele é indubitavelmente aflitivo dos demais direitos daquele que sofre sua interferência, o Processo deixa de ser um mero mecanismo de viabilização do Direito material penal para ocupar um lugar de equivalente protagonismo. É absolutamente inútil um Direito penal material cheio de garantias se o Processo penal admite, por exemplo, a tortura como meio de interrogatório. Desse modo, uma proposta de organização do Direito penal dentro de uma fórmula correspondente a um Estado social e democrático de Direito não pode abdicar de preocupações equivalentes no plano do Processo penal<sup>40</sup>.

Conforme asseverado acima, essa relação de unicidade/integralidade se apresenta de modo bastante firme quanto à culpabilidade, pois, na acertada afirmação de George Peter Fletcher, as normas materiais

<sup>37</sup> DAVID, Décio Franco. *Fundamentação principiológica do Direito Penal Econômico*: um debate sobre a autonomia científica da tutela penal na seara econômica. 2014.263. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, Paraná, p. 217 e ss.

<sup>38</sup> QUEIROZ, Paulo. *Direito Processual Penal*. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 30.

<sup>39</sup> QUEIROZ, Paulo. *Op. cit.*, p. 31.

<sup>40</sup> BUSATO, Paulo César. *Direito Penal*: Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 983-984.

estabelecem a culpa hipotética, em quanto as normas processuais determinam se um réu é culpado de fato<sup>41</sup>. Para o professor da Universidade de Columbia, a relação o juízo de culpabilidade se apresenta na relação integral por um silogismo legal de culpabilidade, de modo que o tipo penal em abstrato representa uma premissa maior, enquanto que os fatos dentro das regras processuais representam a premissa menor, de modo que a conclusão (culpado ou inocente) corresponde ao fechamento do silogismo<sup>42</sup>.

Quanto aos fundamentos de um sistema penal democrático e integrado, observa-se, com Juarez Cirino dos Santos, que o princípio da culpabilidade é o segundo instrumento mais importante de proteção individual no Estado de Direito, porque proíbe punir pessoas que não preenchem os requisitos do juízo de reprovação<sup>43</sup>. Em outras palavras, se não ocorrer confirmação do silogismo de culpa, conforme preceitua Fletcher, o Estado não poderá intervir na liberdade física dos cidadãos.

Assim, é verificável que o princípio da culpabilidade tem origem no reconhecimento do ser humano enquanto valor universal; suas raízes estão dispostas na filosofia cristã da Idade Média em razão do pensamento de respeito ao próximo<sup>44</sup>. Tradicionalmente atribui-se ao princípio um

---

<sup>41</sup> FLETCHER, George Peter. *Basic Concepts of Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 1998, p. 7.

<sup>42</sup> FLETCHER, George Peter. *Op. cit.*, p. 8.

<sup>43</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris/ICPC, 2007, p. 24.

<sup>44</sup> BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um Direito Penal Democrático*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 182-183. BRANDÃO, Claudio. Culpabilidade: sua análise na dogmática e no Direito Penal brasileiro. *Ciências Penais*, ano 1, n. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, set.-dez/2004, p. 171-174. Para este autor, a culpabilidade enquanto princípio só pode ser analisada sob a luz do método do Direito Penal, assim, utilizando-se da tópica, afirma: “O princípio da culpabilidade, que traduz a responsabilidade penal do homem, condiciona o método do direito penal porque é um dos mecanismos para o sopesamento do caso no processo da decisão e da argumentação jurídica, possibilitando a própria realização da tópica, que para garantir o respeito à dignidade humana pode superar o silogismo, assegurando, em determinados casos, decisões até mesmo *contra legem*. Quando se reconhecem, por exemplo, causas supraleais de inexigibilidade de conduta diversa, que é causa de exclusão da culpabilidade, reconhece-se a insuficiência do silogismo legal, que por óbvio não contempla tais causas, valorizando-se o homem pelo reconhecimento de circunstâncias concretas que devem afastar a aplicação do tipo penal. Isto é,

triplo sentido: a) Fundamento da pena (imputabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa); b) Graduação (elemento de determinação ou medição) de Pena; e, c) Fixação de dolo ou culpa (oposição à responsabilidade objetiva)<sup>45</sup>. Desse triplo sentido resultam três consequências: a) a culpabilidade é a medida da pena; b) a responsabilidade penal é pelo fato e não pelo autor; e, c) não há responsabilidade objetiva pelo simples resultado<sup>46</sup>.

Fernando Galvão, por sua vez, defende que a “garantia da culpabilidade exige a precisa identificação do objeto do juízo de valoração”<sup>47</sup>, motivo pelo qual, a culpabilidade “não pode ser conceito meramente formal e vazio de conteúdo, pois, caso contrário, o indivíduo submete-se ao incontrollável e imprevisível”<sup>48</sup>. Por esta razão, deve-se sempre levar em consideração que o princípio da culpabilidade está atrelado à “norma constitucional que proclama a dignidade da pessoa humana como um dos primeiros fundamentos da República (art. 1, III)”<sup>49</sup>. Eis, então, que as três consequências atreladas aos três sentidos apontados por Bitencourt devem ser ampliadas, resultando, atualmente, em cinco garantias<sup>50</sup>: a) Responsabilidade pessoal (ou individual); b) Responsabilidade subjetiva ou culpabilidade em sentido estrito; c) Responsabilidade pelo fato; d) Presunção de inocência ou não consideração prévia de culpabilidade; e, e) Individualização da pena<sup>51</sup>.

---

pois, o uso da tópica para aumentar a liberdade, o que confirma que o homem é um ser reconhecido em sua dignidade no direito penal, sendo, no âmago, o próprio fim desse direito. (BRANDÃO, Claudio. Culpabilidade..., p. 178).

<sup>45</sup> Por todos: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal*: Parte Geral, vol. 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 14.

<sup>46</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 15.

<sup>47</sup> GALVÃO, Fernando. *Direito Penal*: Parte Geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 141.

<sup>48</sup> GALVÃO, Fernando. *Op. cit.*, p. 141.

<sup>49</sup> DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*: Parte Geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 136.

<sup>50</sup> Conforme DAVID, Décio Franco. Considerações sobre as garantias do princípio da culpabilidade no Direito Penal Econômico. In: CÂMARA, Luiz Antônio; FONTELLA, Bibiana. (Org.). *Revista do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, v. 1, p. 157-188; DAVID, Décio Franco. *Delitos de Acumulação e proteção ambiental*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 227 e ss.

<sup>51</sup> DAVID, Décio Franco. *Fundamentação...*, *Op. cit.*, p. 209.

Reitera-se, portanto que de acordo com a garantia da *presunção de inocência* ou *não consideração prévia de culpabilidade*, a culpabilidade se insere não apenas nos mecanismos de Direito material, mas é imprescindível à matéria processual<sup>52</sup>. Assim, não obstante esta garantia estar devidamente prevista no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição, verifica-se norma de extrema importância ante a atuação penal estatal, cada vez mais influenciada aos mecanismos midiáticos<sup>53</sup>. Apenas a título elucidativo, podem ser utilizadas as expressões “presunção de inocência” e “presunção de não culpabilidade” como sinônimos; afinal, como bem pondera Gustavo Badaró, “as expressões ‘inocente’ e ‘não culpável’ constituem somente variantes semânticas de um idêntico conteúdo. É inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias”<sup>54</sup>. Por tal razão, podem ser usados ambos os termos para se referir à garantia.

Segundo Rogério Lauria Tucci, a *presunção de inocência* consiste na “asseguração, ao imputado, do direito de ser considerado inocente até

---

<sup>52</sup> “O fato de que o princípio de culpabilidade seja fonte comum de outros princípios tanto na seara do direito material quanto do direito processual penal vem em reforço da idéia de comunhão de fontes entre o Direito penal e o Direito processual penal e em evidente rechace àqueles que preconizam a possibilidade de uma teoria geral do processo, capaz de abrigar sob um mesmo arcabouço principiológico o processo penal e o processo civil” (BUSATO, Paulo César. *Fundamentos...*, *Op. cit.*, p. 205). Posicionamento idêntico em BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Op. cit.*, p. 39, rodapé 69. Sobre uma teoria autônoma do Direito Processual Penal frente ao Direito processual Civil: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989, p. 129 e ss.

<sup>53</sup> Sobre o assunto, urge transcrever um trecho de um julgado do Supremo Tribunal Federal: “Não se desconhece que programas jornalísticos sensacionalistas infestam o cotidiano, influenciando de maneira sórdida a percepção e o raciocínio do cidadão, substituindo o resguardo do direito constitucional à informação por deturpação de fatos e versões. O “gosto de sangue” parece ser o mote principal desses veículos, que desconhecem respeito por vidas inocentes e honra alheia, em nome da necessidade de clientela e audiência, que, em substância, se reduzem a busca de mercado e, pois, de lucro sem compromisso ético” (HC 111756 MC, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 22/12/2011, publicado em processo eletrônico DJe-022 divulg 31/01/2012 public 01/02/2012).

<sup>54</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 57.

que sentença penal condenatória venha transitar formalmente em julgado, sobrevindo, então a coisa julgada de autoridade relativa”<sup>55</sup>.

Assim, a garantia de que será mantido o estado de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória provoca consequências diretas na forma de tratamento para com o réu, no ônus da prova e na “obrigatoriedade de que a constatação do delito e a aplicação da pena serão por meio de um processo com todas as garantias e através de uma sentença fundamentada (motivação como instrumento de controle da racionalidade)”<sup>56</sup>.

Acerca do tratamento para com o réu, destaca Aury Lopes Jr que a presunção deve ser um princípio da maior relevância, pois ele obriga o juiz “não só a manter uma posição “negativa” (não o considerando culpado), mas sim a ter uma postura positiva (tratando-o efetivamente como inocente)”<sup>57</sup>. Afirma ainda que a presunção de inocência

a) Predetermina a adoção da verdade processual, relativa, mas dotada de um bom nível de certeza prática, eis que obtida segundo determinadas condições.

b) Como consequência, a obtenção de tal verdade determina um tipo de processo, orientado pelo sistema acusatório, que impõe a estrutura dialética e mantém o juiz em estado de alheamento (rechaço à figura do juiz-inquisidor – com poderes investigatórios/instrutórios – e consagração do juiz de garantias ou garantidor).

c) Dentro do processo, traduz-se em regras para o julgamento, orientando a decisão judicial sobre os fatos (carga da prova).

d) Traduz-se, por último, em regras de tratamento do acusado, posto que a intervenção do processo penal se dá sobre um inocente.<sup>58</sup>

<sup>55</sup> TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 313.

<sup>56</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 176.

<sup>57</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 218.

<sup>58</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 179. A mesma passagem



Por tal motivo, é possível afirmar que essa garantia, formadora de um processo penal liberal, se impõe como um verdadeiro dever de tratamento, atuando tanto na dimensão interna do processo quanto na externa<sup>59</sup>.

Em sua dimensão interna, impõe um dever de tratamento ao juiz, no sentido de repassar todo o ônus probatório à acusação e que a dúvida seja uma baliza absolutória, ao mesmo tempo em que o uso de prisões cautelares não se dê de modo abusivo<sup>60</sup>. Na dimensão externa, “a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu”<sup>61</sup>, sua consequência lógica é que o “bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência”<sup>62</sup>. Em síntese, a garantia da não presunção de culpabilidade afeta diretamente o ônus probatório, a limitação da publicidade sobre o réu e o processo e a vedação ao uso abusivo de prisões cautelares<sup>63</sup>.

Gustavo Badaró, ao comentar o conteúdo da garantia, afirma que o estado de inocência possui três significados<sup>64</sup>. Primeiramente,

---

consta em LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 71.

<sup>59</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. *Op. cit.*, p. 220; LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. *Op. cit.*, p. 181.

<sup>60</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual e sua conformidade constitucional*. *Op. cit.*, p. 181.

<sup>61</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual e sua conformidade constitucional*. *Loc. cit.*

<sup>62</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual e sua conformidade constitucional*. *Loc. cit.* Nesse sentido, Claus Roxin afirma que a imagem do acusado deve sempre ser preservada, pois integra o campo dos direitos personalíssimos, cf. ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003, 127-128.

<sup>63</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. *Op. cit.*, p. 220. Alberto Binder afirma que a presunção de não-culpabilidade mostra que “ninguém é culpado se uma sentença não o declara assim”. Isto, de fato, significa: 1. Que somente a sentença tem essa faculdade. 2. Que no momento da sentença existem duas possibilidades: culpado ou inocente. Não existe uma terceira possibilidade. 3. Que a ‘culpabilidade’ deve ser juridicamente provada. 4. Que essa construção implica a aquisição de um grau de certeza. 5. Que o acusado não tem que provar sua inocência. 6. Que o acusado não pode ser tratado como um culpado. 7. Que não podem existir mitos de culpa, isto é, partes da culpa que não precisam ser provadas” (BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 87).

<sup>64</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, p. 57.

uma faceta de garantia política correspondente à adoção de um processo acusatório, no qual, *o in dubio pro reo* se torna um consectário necessário. Em segundo lugar, é uma regra de tratamento do acusado “a ser utilizada sempre que houver dúvida sobre fato relevante para a decisão do processo”<sup>65</sup>. A terceira repercussão expressa uma regra de tratamento do acusado, impondo limites às prisões cautelares e à execução provisória ou antecipada da pena<sup>66</sup>.

Especificamente quanto a impor uma regra de tratamento, percebe-se uma harmonização com a proposta de Luigi Ferrajoli, para quem a presunção de inocência deriva do princípio de submissão à jurisdição<sup>67</sup>. O princípio de submissão à jurisdição exige que não haja culpa sem juízo e que não haja juízo sem que a imputação acusatória se sujeita à provação e uma possível refutação<sup>68</sup>. Assim, por tal princípio, Ferrajoli defende a presunção de inocência do imputado até prova contrária decretada pela sentença definitiva de condenação<sup>69</sup>. Essa perspectiva garantista reforça a proposta aqui defendida de que a garantia do estado de inocência (ou presunção de não-culpabilidade) é um efeito direto do princípio da culpabilidade, a qual só é afastada no caso concreto (premissa menor do silogismo proposto por Fletcher) com o trânsito em julgado de uma sentença condenatória, ou seja, com a formação de coisa julgada. A coisa julgada torna os efeitos da sentença imutáveis, produzindo imutabilidade de acordo com suas duas naturezas (formal e material).

A coisa julgada formal corresponde à imutabilidade da sentença no próprio processo, a qual ocorre pela preclusão das vias impugnativas sendo que tal faceta da coisa julgada se aplica a todas as formas de sentença, inclusive a terminativa<sup>70</sup>. Por sua vez, a coisa julgada material equivale à imutabilidade dos efeitos da sentença, sendo aplicada, apenas, às decisões

---

<sup>65</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Loc. cit.*

<sup>66</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, p. 58.

<sup>67</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 505.

<sup>68</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Loc. cit.*

<sup>69</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Loc. cit.*

<sup>70</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, p. 547.

de mérito, as quais projetam seus efeitos para fora do processo<sup>71</sup>. Com isso, “formada a coisa julgada material, o objeto do processo não poderá voltar a ser discutido em outro processo envolvendo as mesmas partes: é o que se denomina função negativa da coisa julgada”<sup>72</sup>.

Observa-se com tais conceitos que com a determinação do texto constitucional de que a presunção de inocência produz efeitos até o trânsito em julgado de sentença condenatória, o que se está afirmando é que sem ocorrer coisa julgada material não é possível afastar tal presunção! O mesmo raciocínio pode ser extraído das regras constantes nos já mencionados artigos 105 e 147 da LEP e 283 do CPP.

Em sentido contrário ao aqui defendido, advogando a possibilidade de execução antecipada da pena pela flexibilização da regra da presunção de inocência, Américo Bedê Júnior e Gustavo Senna afirmam que não deve prevalecer uma presunção de inocência diante de uma sentença condenatória que “analisou a fundo as questões e circunstâncias do caso concreto”<sup>73</sup>. Igualmente, destacam o fato de que recursos para o STF e o STJ não possuem efeito suspensivo<sup>74</sup>. No entanto, esse segundo argumento é facilmente refutado pelo artigo 1.029, § 5º do Código de Processo Civil de 2015, que prevê o efeito suspensivo para ambos os recursos. Quanto ao primeiro argumento (sem sequer tratar do desrespeito ao duplo grau de jurisdição), os autores distorcem não apenas o conceito de coisa julgada e trânsito em julgado, como também demonstram fé em um julgamento isento de parcialidades extraprocessuais submissas às mais variáveis desconfiças que se podem ter quando o processo penal se propõe a satisfazer o atual anseio popular de alcançar pacificação social pelo processo penal. De acordo com a certa explicação de Rubens Casara, a obtenção de pacificação social pelo processo penal é um mito que serve apenas aos movimentos repressistas e a uma violenta e opressora política criminal de “gestão da pobreza”, servindo, conseqüentemente,

---

<sup>71</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Loc. cit.*

<sup>72</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, p. 548.

<sup>73</sup> BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. *Princípios do Processo Penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 84.

<sup>74</sup> BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. *Op. cit.*, p. 85.

ao desmonte das políticas sociais cidadãs e democráticas, conforme tem ocorrido em inúmeros casos concretos<sup>75</sup>.

Desta forma, o entendimento esboçado no HC nº 84.078/MG é o que melhor se coaduna com a garantia de inocência, a qual é uma regra que deve ser aplicada a todo processo penal de modo que a execução da pena só pode ser iniciada após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Nesse sentido, válido transcrever as palavras do Ministro Eros Grau ao julgar o alusivo *writ*: “Apenas um desafeto da Constituição admitiria que alguém fique sujeito a execução antecipada da pena de que se trate. Apenas um desafeto da Constituição”<sup>76</sup>. Defender o cumprimento antecipado da pena corresponde a subtrair do réu sua condição de sujeito processual, convertendo-o em um objeto do processo<sup>77</sup>.

A aplicabilidade de sanção antes do trânsito em julgado da sentença condenatória foi objeto de análise da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso “Ricardo Canese vs. Paraguai”, decidido em 2004. No referido caso, Ricardo Nicolás Canese Krivoshein teve o reconhecimento da lesão aos seus direitos humanos por ficar proibido de sair do país por um período de quase oito anos por ter praticado o delito de difamação

---

<sup>75</sup> CASARA, Rubens R. R. *Mitologia Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 194-197.

<sup>76</sup> No mesmo sentido, Amilton Bueno de Carvalho afirma que: “salvar o futuro do direito é salvar o futuro da democracia, são as duas caras de uma mesma moeda: no momento que se joga fora o direito, joga fora a democracia; quando se joga fora a democracia, se joga fora o direito; só há democracia sustentada pelo direito, só há direito dentro da democracia (um sistema legal construído fora da democracia não é direito) e o critério legitimador interno do direito, no plano de sua verticalidade, é a Constituição. Daí porque o juiz deve estar vinculado à lei, mas não a qualquer lei – somente deve obediência àquelas que fazem presentes os valores materiais previstos na Constituição ou em princípios inegociáveis. Para ele, o direito, então, é sistema de proteção do débil; ambiciona-se um Estado social máximo e um Estado punitivo mínimo; um maior bem-estar ao não desviante e o menor sofrimento possível ao desviante – a quem se deve permitir o gozo de direitos, embora com alguma limitação; existem princípios que nem a unanimidade pode revogar: são a proteção do um contra todos” (CARVALHO, Amilton Bueno. *Direito Penal a marteladas: Algo sobre Nietzsche e o Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 46-47).

<sup>77</sup> Sobre a diferenciação entre sujeito do processo e objeto do processo: ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 123 e ss.

contra seu concorrente à presidência do Paraguai Juan Carlos Wasmosy. Embora Canese tenha sido absolvido em 2002 pela Corte Suprema de Justiça do Paraguai, ele havia sido condenado em primeiro grau, motivo pelo qual teve seu direito de sair do país restringido. A CIDH reconheceu na sentença que a restrição ao direito de ir e vir equivalia à antecipação da execução da pena, o que violou a presunção de inocência<sup>78</sup>.

Corroborando o entendimento aqui exposto, Estefânia Maria de Queiroz Barbosa e Guilherme Brenner Lucchesi afirmam que a decisão do STF permite duas interpretações: a) “ou passamos a entender que a prisão de alguém baseada em sua culpa não significa considerá-lo culpado, torcendo a lógica e executando pena restritiva de liberdade em relação a pessoas inocentes”<sup>79</sup>, o que por si só, seria um absurdo sem precedentes dentro do ordenamento ou b) “admitimos que o texto de uma cláusula pétreia constitucional pode ser totalmente desconsiderado, abrindo perigoso precedente para futuras infrações à ordem constitucional”<sup>80</sup>, o que geraria uma insegurança jurídica sem limites.

Ante o exposto, desde já é possível concluir que a postura apresentada pelo STF ao decidir o HC 126.292/SP fere a garantia do estado de inocência, motivo pelo qual deve ser modificado, retornando-se ao posicionamento anteriormente exposto no HC 84.078/MG<sup>81</sup>.

---

<sup>78</sup> Conforme item 162 do capítulo 3.2 da sentença (disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha\\_tecnica.cfm?nId\\_Ficha=218](http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=218)>. Acesso em 21 ago. 2017). Maiores declinações sobre o processo podem ser encontradas em GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 105 e ss.

<sup>79</sup> BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz; LUCCHESI, Guilherme Brenner. A interpretação inconstitucional do STF no HC 126.292. *Boletim do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico*, Ano 04, edição especial. 2016, p. 07.

<sup>80</sup> BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz; LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Loc. cit.*

<sup>81</sup> No mesmo sentido, OLIVEIRA, Marlus Heriberto Arns de; MICHELOTTO, Mariana Nogueira. *Loc. cit.* Sobre essa afirmação, é merecedor de transcrição um trecho do voto do Ministro Marco Aurélio Mello no HC em comento: “Reconheço que a época é de crise maior, mas justamente nessa quadra de crise maior é que devem ser guardados parâmetros, princípios, devem ser guardados valores, não se gerando instabilidade porque a sociedade não pode viver aos sobressaltos, sendo surpreendida. Ontem, o Supremo disse que não poderia haver execução provisória, em jogo, a liberdade de ir e vir. Hoje, pode”.

#### 4. ANTECIPAÇÃO EXECUÇÃO DA PENA: UM RETORNO ÀS TEORIAS ABSOLUTAS DA PENA E A DETURPAÇÃO DO SISTEMA PENAL INTEGRADO

Além da infração ao estado de inocência, apura-se que no julgamento do HC 126.292/SP foram utilizados argumentos retóricos para comprovar e fundamentar uma postura previamente adotada, tais como a necessidade de superar o paradigma da prescrição pela demora de execução da pena e a contenção de recursos protelatórios, ambos os pontos, segundo os ministros, seriam geradores de impunidade.

Como bem salienta Amilton Bueno de Carvalho, o discurso de impunidade é uma crença generalizada, e por ser crença, “depende unicamente da fé (justifica-se por si-mesmo): não interessa saber se é verdade ou não, se isso está comprovado ou não – a fé indica que é e pronto, é-porque-é!”<sup>82</sup>. Essa crença generalizada se verifica, por exemplo, no trabalho de Sólon Cícero Linhares, segundo o qual o STF teria dado uma resposta à sociedade por confrontar a impunidade<sup>83</sup>. Entretanto essa argumentação está pautada em uma atuação simbólica<sup>84</sup> do Direito penal e acaba por renovar as teorias absolutas da pena.

Segundo a visão retributiva, a pena corresponde a “uma compensação de culpa, uma resposta estatal ao mal cometido, de modo a restabelecer a ordem dos valores, tais como devem ser”<sup>85</sup>. Em outras palavras, para essa teoria “o fundamento que justifica o castigo radica em que este é a justa retribuição da violação do direito cometida pelo delinquente”<sup>86</sup>. Por isso, para aqueles que defendem tal teoria, a pena “não vislumbra nenhum fim socialmente útil, postulando a resposta, a expiação do mal cometido, traduzido juridicamente por um injusto

<sup>82</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de. *Op. cit.*, p. 81.

<sup>83</sup> LINHERES, Sólon Cícero. *Op. cit.*, p. 03.

<sup>84</sup> Sobre o uso inadequado do simbolismo: DAVID, Décio Franco. *Simbolismo: o hambúrguer do marketing político-criminal. Escola Superior de Direito Público*. Disponível em: <<http://esdp.net.br/simbolismo-o-hamburger-do-marketing-politico-criminal/>>. Acesso em 03 mar. 2017.

<sup>85</sup> SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da Pena: Conceito material de delito e sistema penal integral*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 205.

<sup>86</sup> BOZZA, Fábio da Silva. *Teorias da Pena: Do discurso jurídico à crítica criminológica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 07.

culpável”<sup>87</sup>. Em suma, para o retribucionismo a pena é um mal que objetiva a contraposição de outro mal correspondente ao crime<sup>88</sup>.

Os dois principais autores desse modelo teórico foram Immanuel Kant e Georg Wilhelm Friedrich Hegel, expoentes máximos da filosofia idealista alemã, sendo que ambos os autores trabalharam com a ideia de retribuição do mal pela pena. A diferença entre suas propostas é que Kant se fundamentou em argumentos éticos e morais, enquanto que Hegel trabalhou com uma fundamentação de base jurídica<sup>89</sup>.

Embora ambas as propostas tenham resultado em acertos dogmáticos como a ideia de proporcionalidade da punição diante do crime realizado e de responsabilização pautada na culpabilidade individual do sujeito<sup>90</sup>, certamente, as críticas a elas atribuídas preponderaram. Afinal, a proposta do Direito penal de exercer o controle social pela proteção de bens jurídicos não é compatível com a “simples” punição ou retribuição do mal. Do mesmo modo, a teoria kantiana pode resultar em um Estado déspota, o que proporciona, igualmente, a formalização de uma justiça meramente punitiva, que “não leva em consideração o homem como um ser social, em convivência com outros homens”<sup>91</sup>, bastando recordar do famoso exemplo da “ilha”<sup>92</sup>. Ainda, a crítica que merece maior mérito possui bases político-criminais. Observe-se que a realidade latino-americana impede o uso da proposta retribucionista haja vista que esse se “baseia no pressuposto da existência prévia de uma igualdade social”<sup>93</sup>, a qual é uma falácia

---

<sup>87</sup> SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Op. cit.*, p. 206.

<sup>88</sup> BUSATO, Paulo César. *Direito Penal. Op. cit.*, p. 749.

<sup>89</sup> Sobre as bases epistemológicas de seus pensamentos: SANTOS, Juez Cirino. *Op. cit.*, p. 456; BUSATO, Paulo César. *Direito Penal. Op. cit.*, p. 751-752.

<sup>90</sup> BUSATO, Paulo César. *Fundamentos do Direito penal brasileiro*. 3. ed. Curitiba: Edição do Autor, 2012, p. 309.

<sup>91</sup> FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; NÚNEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, Willian Terra de; BRITO, Alexis Couto de. *Direito Penal Brasileiro: Princípios fundamentais e sistema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 194.

<sup>92</sup> FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; NÚNEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, Willian Terra de; BRITO, Alexis Couto de. *Loc. cit.*

<sup>93</sup> BUSATO, Paulo César. *Fundamentos do Direito penal brasileiro. Op. cit.*, p. 312.

nos estados latino-americanos, principalmente diante do vertiginoso uso midiático do processo penal<sup>94</sup>.

Porém, embora tais críticas sejam bastante contundentes, não é tão simples assim superar os paradigmas retribucionistas (sejam eles de vertente kantiana<sup>95</sup> ou hegeliana<sup>96</sup>). Principalmente, pelo fato de que a psicologia popular e a necessidade de superação do “paradigma” da impunidade constroem uma nova base antropológica para a pena retributiva<sup>97</sup>. Esse imaginário coletivo influenciado pelo forte papel desempenhado pela mídia que, “sem contraditório, ampla defesa ou presunção de inocência, já fornece os culpados, antes mesmo da instrução criminal”<sup>98</sup>, materializam as medidas que John Pratt<sup>99</sup> e Simon Hallsworth<sup>100</sup> definem como punição pós-moderna. Segundo Hallsworth, as “fontes das quais a punição pós-moderna deriva tem suas raízes não somente na lógica da ordem penal pré-moderna, mas

<sup>94</sup> “A influência da televisão (e das corporações midiáticas que a exploram) no funcionamento concreto do sistema de justiça explica, em grande parte, o processo de dessimbolização (do desaparecimento dos limites constitucionais, por exemplo) que faz com que os direitos e garantias fundamentais passem a ser tratados como mercadorias, portanto negociáveis” (CASARA, Rubens R. R. *Processo Penal do Espetáculo* (e outros ensaios). 2. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 13).

<sup>95</sup> Sobre a dificuldade de superar a matriz kantiana: GRECO, Luís. A ilha de Kant. In: GRECO, Luís; MARTINS, António Carvalho. *Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 263-279.

<sup>96</sup> Sobre a dificuldade de superar a matriz hegeliana: DAVID, Décio Franco; SALOMAO NETO, Antônio. Reflexões sobre a pena em Hegel. *VI Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito*, 2017, Jacarezinho. Anais do VI Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito. Jacarezinho: UENP, 2016, p. 120-137.

<sup>97</sup> No mesmo sentido: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, p. 456; BOZZA, Fábio da Silva. *Op. cit.*, p. 09.

<sup>98</sup> CASARA, Rubens R. R. *Processo Penal do Espetáculo*. *Op. cit.*, p. 13.

<sup>99</sup> PRATT, John. O retorno dos “homens carrinho de mão” ou a chegada da punição pós-moderna? In: CÂNEDO, Carlos; FONSECA, David S (Org.). *Ambivalência, contradição e volatilidade no sistema penal*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012, p. 128-160.

<sup>100</sup> HALLSWORTH, Simon. A questão de uma punição pós-moderna. In: CÂNEDO, Carlos; FONSECA, David S (Org.). *Ambivalência, contradição e volatilidade no sistema penal*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012, p. 185-209.



especificamente na economia penal de excesso a qual ela estava vinculada”<sup>101</sup>, possibilitando que clamor punitivo popular – sem qualquer senso racional crítico – migre da execução da pena para as garantias processuais, em uma verdadeira antecipação de barreiras de imputação do sistema de justiça criminal, destruindo por completo os anseios que a modernidade projetou para Estados com sistemas democráticos<sup>102</sup>. Essa nova base configura o que David e Salomão Neto caracterizam como fetichismo penal<sup>103</sup>. Isso ocorre porque o discurso punitivista se concentra na antecipação do seu objeto de desejo (gozo), trazendo a punição para dentro do campo processual. Dessa forma, a pena passa a ser um “objeto”, não importando o que é desejado, mas, sim, o motivo sublime do desejo (visualização da punição): A pena é desejada como espetáculo e o espetáculo não pode atrasar! Assim ela propicia uma sensação de satisfação<sup>104</sup> e, psicanaliticamente, um gozo rápido. Nas palavras dos autores:

A essência da pena, seus horrores e a condição sob a qual ela submete o criminoso são abandonadas pela perspectiva fetichista. O que realmente importa é: “ele fez errado, tem de pagar”. Com isso, há uma espécie de idealização, na melhor forma de transubstanciação de valores, na qual a pena é esse instrumento mágico e santo de gozo. Ela submete o homem não a sua perda de subjetividade, como nos campos de concentração nazistas, nem ao criminoso que confessa como nos *gulags* soviéticos (ZIZEK, 2013, p. 66), mas sim ao *milagre da ressocialização*.

---

<sup>101</sup> HALLSWORTH, Simon. *Op. cit.*, p. 206.

<sup>102</sup> Em sentido próximo, Alexandre Morais da Rosa afirma que na atual conjuntura penal, o mecanismo sancionador serve para manter as regras de interesse do mercado, motivo pelo qual há que se punir alguém (objetos) para que o sistema se mantenha (Cf. ROSA, Alexandre Morais da; CARVALHO, Thiago Fabres de. *Processo penal eficiente e ética da vingança: em busca de uma criminologia da não violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 71-73.

<sup>103</sup> DAVID, Décio Franco; SALOMÃO NETO, Antônio. *Fetichismo e Pena. Op. cit.*, p. 10 e ss.

<sup>104</sup> O marcante capítulo inicial de *Vigiar e Punir* de Foucault com a descrição da execução de Damiens é um perfeito exemplo do espetáculo que circunda a pena (FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão*. 36. ed. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 9 e ss).

O discurso da impunidade reforça esse fetiche pois, por meio dele, a pena é desejada enquanto instrumento de conversão de criminosos em “homens de bem”<sup>105</sup>, ainda no curso processual. O problema de tal perspectiva é que, em estrita semelhança com o sujeito fetichista de Sigmund Freud<sup>106</sup>, é sabido tampouco a pena em si tem esse poder mágico, quanto mais o processo penal. Pelo contrário!

Nesse enfoque crítico psicanalítico, a antecipação da execução da pena pode ser atribuída à necessidade de um gozo rápido, a mera satisfação do fetiche por um pseudoprazer em razão do sofrimento corporal alheio<sup>107</sup>. Afinal, é impossível dissociar a ideia de punição (prisão) de penas corpóreas<sup>108</sup>.

Não obstante tais constatações, verifica-se que a ânsia punitivista ainda proporciona outros argumentos aos ministros do STF. Em especial, depreende-se de seus votos que o cerne da discussão foi redundante quanto ao efeito suspensivo dos recursos Especial e Extraordinário. No entanto, o verdadeiro problema não está alocado, apenas, em aspectos procedimentais, mas, fundamentalmente, quanto à permanência de respeito de uma regra constitucional e sua eficácia de norma constitucional que se materializa de forma integrada (planos material e processual).

Além disso, durante o julgamento do HC 126.292/SP foram realizadas menções ao Direito constitucional comparado como mero

<sup>105</sup> Eis aqui a definição das Tarântulas de Friedrich Nietzsche: “Assim, entretanto, aconselho-vos, meus amigos: desconfiai de todo aquele no qual o impulso de castigar é poderoso! São pessoas de má raça e de má linhagem; de seus semblantes espreitam o carrasco e o perseguidor. Desconfiai de todos aqueles que falam muito de sua justiça! Em verdade, em suas almas não é só o mel que lhes falta. E quando se intitulam “bons e justos”, não vos esqueceis de que não falta nada para torná-los fariseus, exceto – poder” (NIETZSCHE, 2014, p. 136).

<sup>106</sup> Sobre o fetichismo para Freud: FREUD, Sigmund. *Obras Completas*, volume 17: Inibição, sintoma e angústia, O futuro de uma ilusão e outros textos (1926-1929). São Paulo: Companhia das Letras, 2014, p. 303 e ss; DAVID, Décio Franco; SALOMÃO NETO, Antônio. Fetichismo e Pena. *Op. cit.*, p.06 e ss.

<sup>107</sup> Acerca da aplicação de uma punição fetichista em casos concretos: SMA-NIOTTO, Joao Vitor Passuello; DAVID, Décio Franco. Parcialidade e fetiche: Freud Explica. In: PRONER, Carol et. al. (Org.). *Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula*. Bauru: Canal 6 Editora, 2017, p. 224-230.

<sup>108</sup> COSTA, José de Faria. *Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra editora, 2005, p. 87 e ss.

argumento de autoridade<sup>109</sup> para fundamentar a decisão tomada<sup>110</sup>. Como bem anotam Barbosa e Lucchesi, trazendo o estudo feito por membros do Ministério Público Federal sobre o tema<sup>111</sup>, o Ministro relator, em seu voto, alega que “em nenhum país do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema”.

Aqui, mais uma vez, apura-se um erro na fundamentação da decisão, afinal, “o uso do direito constitucional comparado deve ser feito com método, sendo necessário enfrentar i) o contexto sócio-político no qual juízes de outros cortes decidiram e ii) o ordenamento jurídico-constitucional de cada país”<sup>112</sup> e não como indicação apenas de que em ordenamentos estrangeiros a regra é essa ou aquela.

Assim, resta evidenciado o desacerto da decisão tomada pelo STF no julgamento, necessitando-se, com urgência o retorno ao entendimento anterior, apresentado no HC nº 84.078/MG. Somente assim, estará sendo cumprida a garantia de presunção de inocência e o respeito ao conceito de trânsito em julgado.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme argumentos apresentados acima e reforçando que a decisão do STF se vincula ao senso comum, o qual é demasiadamente agressivo, exigindo “punir cada vez mais e cada vez mais a penas longas e cada vez mais com menos benefícios no momento da execução penal”<sup>113</sup>,

---

<sup>109</sup> “Nesse tipo de argumentação, a pessoa que toma a decisão e a decisão em si mesma são mais importantes do que o raciocínio desenvolvido para se chegar nela. Ao argumentar, a pessoa da autoridade expõe os motivos pelos quais foi convencida de determinada solução jurídica. (...) De qualquer forma, o objetivo da autoridade não é, nesse registro, argumentar em nome da melhor solução possível para o caso, mas sim apresentar as razões pelas quais formou sua *opinião pessoal* sobre qual deva ser a melhor solução para o caso” (RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do Direito (brasileiro). São Paulo: FGV Editora, 2013, p. 73-74, itálicos no original).

<sup>110</sup> BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz; LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Loc. cit.*

<sup>111</sup> BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz; LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Loc. cit.*

<sup>112</sup> BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz; LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Loc. cit.*

<sup>113</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de. *Op. cit.*, p. 81.

pode-se concluir, em resposta às duas indagações que nortearam o presente artigo<sup>114</sup>, que:

1. A presunção de inocência não detém conteúdo normativo suficiente para ser considerado um princípio, embora, não raras vezes, seja assim chamado pela doutrina e jurisprudência. Em verdade, apura-se que a densidade normativa da presunção de inocência corresponde a uma norma regra, pois não admite a ductilidade atribuída aos comandos normativos principiológicos. Pelo contrário, apresenta-se como uma regra que deve ser válida exatamente para aquilo que ela exige.

2. A garantia do estado de inocência (ou presunção) é derivada do princípio da culpabilidade. Sua previsão no artigo 5º, inciso LVII da Constituição apenas reforça seu status de garantia individual de todo processado criminalmente. Disso decorre que o magistrado, ao analisar o caso, deve manter uma posição negativa de não considerar o réu culpado ao tempo que exerce uma postura positiva, tratando-o efetivamente como inocente. Por isso a execução da pena só pode ser iniciada após o trânsito em julgado da sentença condenatória (coisa julgada formal e material). Defender o cumprimento antecipado da pena corresponde a subtrair do réu sua condição de sujeito processual, convertendo-o em um objeto do processo (a objetivação do sujeito corresponde às razões das teorias absolutas da pena, daí sua conexão em um sistema penal integrado)..

3. A utilização de argumentos de autoridade pelos termos “impunidade”, “recursos protelatórios” e “comparação com ordenamentos estrangeiros” apenas reitera a base epistemológica de teorias absolutas da pena; segundo as quais, a sanção tem caráter meramente retributivo, o que resulta em uma ampliação fetichista pautada no mito da pacificação social pelo processo penal.

4. A compreensão da presunção de inocência enquanto norma regra implica na aplicação integral (aspectos materiais e processuais) de seu conteúdo, o que enseja em reconhecer a ela uma garantia de proteção do “um contra todos”, conforme preconiza Amilton Bueno de Carvalho. O jogo democrático das garantias constitucionais não permite

---

<sup>114</sup> “1) a execução antecipada de pena pode mudar os conceitos de coisa julgada e presunção de inocência?; 2) a execução antecipada de pena corresponde ao retorno das teorias absolutas da pena?”

a relativização de uma norma evidente e que já detinha interpretação coadunada com o texto constitucional. Um sistema penal integrado deve manter suas premissas cidadãs e democráticas intactas e harmoniosas à fundamentação principiológica, de modo que a execução antecipada da pena desrespeita não apenas mecanismos de tratamento processual, mas infringe diretamente o conceito de coisa julgada, a regra da presunção de inocência (derivada do princípio da culpabilidade enquanto garantia de presunção de não-culpabilidade) e institui um sistema no qual a pena se justifique em si mesma (característica central das teorias absolutas da pena).

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz; LUCCHESI, Guilherme Brenner. A interpretação inconstitucional do STF no HC 126.292. *Boletim do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico*, Ano 04, edição especial. 2016, p. 06-07.

BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. *Princípios do Processo Penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal: Parte Geral*, vol. 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOZZA, Fábio da Silva. *Teorias da Pena: Do discurso jurídico à crítica criminológica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BRANDÃO, Cláudio. Culpabilidade: sua análise na dogmática e no Direito Penal brasileiro. *Ciências Penais*, ano 1, n. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, set.-dez/2004, p. 171-184.

BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2015.

BUSATO, Paulo César. *Fundamentos do Direito penal brasileiro*. 3. ed. Curitiba: Edição do Autor, 2012.

BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um Direito Penal Democrático*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

BUSATO, Paulo César. Por que, afinal, aplicam-se penas? In: SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo – Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bittencourt*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 511-523.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Direito Penal a marteladas: Algo sobre Nietzsche e o Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013

CASARA, Rubens R. R. *Mitologia Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASARA, Rubens R. R. *Processo Penal do Espetáculo (e outros ensaios)*. 2. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

COSTA, José de Faria. *Direito Penal Económico*. Coimbra: Quarteto, 2003.

COSTA, José de Faria. *Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra editora, 2005

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989.

DAVID, Décio Franco. *Delitos de Acumulação e proteção ambiental*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

DAVID, Décio Franco. *Fundamentação principiológica do Direito Penal Económico: um debate sobre a autonomia científica da tutela penal na seara econômica*. 2014.263. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, Paraná.

DAVID, Décio Franco. Considerações sobre as garantias do princípio da culpabilidade no Direito Penal Económico. In: CÂMARA, Luiz Antônio; FONTELLA, Bibiana. (Org.). *Revista do Instituto Brasileiro de Direito Penal Económico*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, v. 1, p. 157-188.

DAVID, Décio Franco. Simbolismo: o hambúrguer do marketing político-críminal. *Escola Superior de Direito Público*. Disponível em: <<http://esdp.net.br/simbolismo-o-hamburger-do-marketing-politico-crimal/>>. Acesso em 03 mar. 2017.

DAVID, Décio Franco; ZAMBAZI, Larissa Horn; DRUMMOND, Fernanda Guerra. Relação entre normas e princípio no Sistema Penal. In: Paulo César Busato. (Org.). *Fundamentos de Direito Penal (Série Direito Penal Baseado em Casos)*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 71-92.

DAVID, Décio Franco; SALOMÃO NETO, Antônio. Reflexões sobre a pena em Hegel. *VI Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito*, 2017, Jacarezinho. Anais do VI Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito. Jacarezinho: UENP, 2016, p. 120-137.

DAVID, Décio Franco; SALOMÃO NETO, Antônio. Fetichismo e Pena: Reflexões sobre psicanálise no Direito Penal. *Revista O Mal-Estar no Direito*, v. 2, n. 2. Set./2016, p. 1-17.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, Willian Terra de; BRITO, Alexis Couto de. *Direito Penal Brasileiro: Princípios fundamentais e sistema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FLETCHER, George Peter. *Basic Concepts of Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 1998.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão*. 36. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

FREUD, Sigmund. *Obras Completas*, volume 17: Inibição, sintoma e angústia, O futuro de uma ilusão e outros textos (1926-1929). São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014.

GRECO, Luís. A ilha de Kant. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antônio Carvalho. *Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 263-279.

HACHEM, Daniel Wunder. Sepultamento da presunção de inocência pelo STF (e os funerais do Estado Democrático de Direito). *Direito do Estado*, n. 86, 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/daniel-wunder-hachem/sepultamento-da-presuncao-de-inocencia-pelo-stf-e-os-funerais-do-estado-democratico-de-direito>>. Acesso em 21 ago. 2017.

HALLSWORTH, Simon. A questão de uma punição pós-moderna. In: CÂNEDO, Carlos; FONSECA, David S (Org.). *Ambivalência, contradição e volatilidade no sistema penal*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012, p. 185-209.

LINHARES, Sólon Cícero. Presunção de inocência prevista no artigo 5º LVII da Constituição Federal - Princípio ou Regra? É possível sua flexibilização? *Boletim do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico*, Ano 04, edição especial. 2016, p. 02-03.

LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014

OLIVEIRA, Marlus Heriberto Arns de; MICHELOTTO, Mariana Nogueira. Presunção de inocência - avanço ou retrocesso?. *Boletim do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico*, Ano 04, edição especial. 2016, p. 11-12.

PRATT, John. O retorno dos “homens carrinho de mão” ou a chegada da punição pós-moderna? In: CÂNEDO, Carlos; FONSECA, David S (Org.). *Ambivalência, contradição e volatilidade no sistema penal*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012, p. 128-160.

QUEIROZ, Paulo. *Direito Processual Penal*. Salvador: Jus Podivm, 2018.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do Direito (brasileiro)*. São Paulo: FGV Editora, 2013.

ROSA, Alexandre Morais da; CARVALHO, Thiago Fabres de. *Processo penal eficiente e ética da vingança: em busca de uma criminologia da não violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris/ICPC, 2007.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da Pena: Conceito material de delito e sistema penal integral*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.



SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SMANIOTTO, Joao Vitor Passuello; DAVID, Décio Franco. Parcialidade e fetiche: Freud Explica. In: PRONER, Carol et. al. (Org.). *Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula*. Bauru: Canal 6 Editora, 2017, p. 224-230.

TAFFARELLO, Rogério Fernando. Triste tarde de fevereiro no Supremo Tribunal Federal, ou: “um requiem para a presunção de inocência”. *Boletim do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico*, Ano 04, edição especial. 2016, p. 08-10.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

### **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.

- *Décio Franco David*: projeto e esboço inicial, levantamento bibliográfico, revisão bibliográfica, redação, revisão crítica com contribuições substanciais, aprovação da versão final.
- *Gilson Bonato*: 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: 25/07/2018
- Controle preliminar e verificação de plágio: 25/07/2018
- Avaliação 1: 03/08/2018
- Avaliação 2: 07/08/2018
- Avaliação 3: 08/08/2018
- Decisão editorial preliminar: 18/08/2018
- Retorno rodada de correções: 09/09/2018
- Decisão editorial final: 22/09/2018

### Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editores-associados: 2 (FC e BC)
- Revisores: 3

### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

DAVID, Décio F.; BONATO, Gilson. Execução antecipada da pena: entre a garantia do estado de inocência, a coisa julgada e as teorias absolutas da pena. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 3, p. 1143-1174, set./dez. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i3.180>



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

**Fundamentos de  
Direito Processual Penal**

---

*Fundamentals of  
Criminal Procedure*

---



# Realidades normativas de la persona jurídica como tercero civilmente responsable en los procesos penales cubanos


*Normative realities of the juridical person as civil responsible third in the Cuban criminal process*

*Realidades normativas da pessoa jurídica como terceiro civilmente responsável no processo penal cubano*

**Leaned Matos Hidalgo<sup>1</sup>**

Universidad de Granma – Cuba

lmatosh@udg.co.cu

 <http://orcid.org/0000-0002-4182-1732>

---

**RESUMEN:** Este artículo realiza un estudio propositivo acerca de las posibilidades de intervención de la persona jurídica como tercero civilmente responsable en el proceso penal, debido a que en el proceso de actualización del modelo económico cubano, este sujeto es fundamental en la gestión y desarrollo económico del país, pues existen varias brechas de impunidad civil de la persona jurídica, por delitos cometidos por sus agentes, funcionarios, directivos y trabajadores en el ejercicio de sus funciones. En este sentido se hacen coincidir incorrectamente las responsabilidades civil y penal con la persona natural responsable penalmente, aspectos que se discuten en la investigación que se presenta, pues resulta de vital importancia la contextualización de los cuerpos legales que permitan que la víctima obtenga una indemnización directa,

---

<sup>1</sup> Licenciada en Derecho. Diploma en Formación de Fiscales. Diploma en Derecho Penal. Profesora Asistente Derecho Procesal Penal de la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad de Granma, República de Cuba. Trabajo investigativo resultado del Proyecto “Consultoría Jurídica Rural”, realizado en el 2016 en municipios de la provincia Granma por la Disciplina Derecho de la Empresa. Departamento de Derecho.

segura y rápida por efectos del juzgamiento penal. Se utilizan los métodos análisis y síntesis, histórico-lógico, exegético jurídico, teórico jurídico y análisis jurídico comparado.

**PALABRAS CLAVES:** persona jurídica; tercero civilmente responsable; proceso penal; disposiciones normativas; contexto cubano.

**ABSTRACT:** *This article carries out a study about the possibilities of the juridical person's intervention as civil responsible third in the criminal process, because in the process of upgrade of the economic Cuban pattern, this fellow is fundamental in the management and economic development of the country, because several breaches of the artificial person's civil impunity exist, for crimes made by their agents, officials, directive and workers in the exercise of their functions. In this sense they are made coincide the responsibilities civilian incorrectly and penal with the natural responsible person penal, aspects that are discussed in the investigation that shows up, because it is of vital importance the upgrade of the norms that allow the victim to obtain a direct, sure and quick compensation for effects of the penal justice. The methods analysis and synthesis are used, historical-logical, juridical, theoretical juridical exegetic and juridical compared analysis.*

**KEY WORDS:** *juridical person; civil responsible third; penal process; normative dispositions; Cuban context.*

**RESUMO:** *Este artigo realiza um estudo propositivo sobre as possibilidades de intervenção da pessoa jurídica como terceiro civilmente responsável no processo penal, pois no processo de atualização do modelo econômico cubano, esse sujeito é fundamental na gestão e no desenvolvimento econômico do país, já que existem várias brechas de impunidade civil da pessoa jurídica por delitos cometidos por seus agentes, funcionários, diretores e trabalhadores no exercício de suas funções. Assim, acabam por se coincidir incorretamente as responsabilidades civil e penal com a pessoa natural responsável penalmente, aspectos que se discutem na pesquisa aqui apresentada, pois é de fundamental importância a contextualização dos diplomas legais que autorizam a vítima obter uma indenização direta, segura e rápida em razão do julgamento penal. Utilizam-se os métodos de análise e síntese, histórico-lógico, exegético jurídico, teórico jurídico e análise jurídica comparada.*

**PALAVRAS-CHAVE:** *pessoa jurídica; terceiro civilmente responsável; processo penal; disposições normativas; modelo cubano.*

**SUMARIO:** Exordio. 1. El tercero civilmente responsable en el proceso penal: la persona jurídica. 1.1. Surgimiento, evolución y definición. 1.2. Facultades reconocidas. 1.3 Responsabilidad extracontractual exigida a los terceros civilmente responsables. 1.4. La persona jurídica como tercero civilmente responsable. 2. La persona jurídica como tercero civilmente responsable en los procesos penales cubanos. 2.1. Antecedentes 2.2. Particularidades normativas de la persona jurídica como tercero civilmente responsable en el proceso penal cubano. 2.3. Propuestas para el perfeccionamiento. Conclusiones. Bibliografía.

---

## EXORDIO

En un proceso penal, además de la exigencia de la responsabilidad de este tipo, que es evidente por la naturaleza del hecho que se comete, también, en algunos supuestos, se deriva la responsabilidad civil producto del delito o por las consecuencias ocasionadas por el hecho delictivo, la que obliga al que lo causa a resarcir a la víctima o perjudicado por el daño o perjuicio ocasionado.

Lo más importante, en este sentido, y que se trae a colación en esta búsqueda, es que la responsabilidad civil no sólo alcanza a los criminalmente responsables, sino también a terceras personas que en distintos conceptos pueden venir sometidas a ellas, dentro de los que se encuentra, la persona jurídica en el caso de ser un funcionario o empleado en el cumplimiento de sus funciones.

Visto de esta forma, la responsabilidad civil de la persona jurídica en el proceso penal, no nace directamente de un acto delictivo, del que queda sujeto a ella, debido a que sin tener intervención en la ejecución del delito, ni en ninguna de las formas que integran la responsabilidad criminal, pueden incurrir en la civil, unas veces como principal obligado y otras, subsidiariamente en defecto de los responsables criminalmente, todos los que resultan implicados en el mismo proceso donde se exige una sanción por la comisión de un hecho delictivo.

Por lo que resulta complejo, para el tribunal, como sujeto procesal director, ubicado jerárquicamente en un eslabón superior, en la relación

jurídica procesal penal, el juzgamiento de un sujeto procesal, que la razón de su intervención es distinta a la del imputado, y de la propia especialización del tribunal; motivos que igualmente limitan el ejercicio de la acción conjunta del sujeto activo o acusador y la postulación procesal de la persona jurídica como tercero que responde civilmente.

Por otra parte, y, de hecho, una de las motivaciones fundamentales de la actuación de los terceros civilmente responsables en el proceso penal, y, por ende, de la persona jurídica en este concepto, es evitar la victimización secundaria, poniendo al inmolado en el centro del proceso, asegurando el perfeccionamiento del Debido Proceso, respecto a los derechos y garantías de los sujetos procesales (principales y secundarios) en igualdad de condiciones, aspectos que resultan en reformas procesales.

En el caso de Cuba, se estipula en las normas jurídicas procesales la intervención de la persona jurídica como tercero civilmente responsable, pero resulta insuficiente y a la vez contradictoria para muchos profesionales del Derecho la forma en la que vienen reconocidas y tratadas en el proceso penal; debido a que se identifican como acusados civilmente responsables, obviando la naturaleza civil de este sujeto, no se definen los actos procesales que puede realizar dentro del proceso ni los derechos y facultades que le asisten a la persona jurídica como tercero civilmente responsable; criterios que obstaculizan los objetivos anteriormente señalados.

Es por ello, que dentro del proceso de fortalecimiento de la institucionalización en el país, que conlleva a la actualización del modelo económico y al perfeccionamiento del ordenamiento jurídico, la intervención de la persona jurídica como tercero civilmente responsable en el proceso penal, se hace tema obligado; pues es pertinente la inclusión de modificaciones legislativas, que permitan utilizar coherentemente el principio de economía procesal y satisfacer los intereses materiales de la víctima como perjudicada por el hecho delictivo, aspectos que resultaran de este trabajo.

Por lo cual se designa como Problema Científico de la investigación: La inadecuada regulación de la intervención de la persona jurídica como tercero civilmente responsable en el proceso penal cubano, acarrea un sistema procesal ineficaz, y, por ende, una insatisfacción de los intereses materiales de la víctima del delito. Para el desarrollo del tema, se plantea



como Objetivo General: Fundamentar el perfeccionamiento del sistema procesal penal cubano en cuanto a la regulación de la persona jurídica como tercero civilmente responsable, a partir de la teorización de los elementos fundamentales, el estudio de normas penales adjetivas foráneas y el análisis de la normativa cubana acerca de esta institución, a fin de la satisfacción material de las víctimas del delito y el respeto al debido proceso.

## **1. EL TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE EN EL PROCESO PENAL: LA PERSONA JURÍDICA.**

### *1.1. SURGIMIENTO, EVOLUCIÓN Y DEFINICIÓN*

La organización judicial en sus inicios, con el Derecho Romano fundamentalmente, concebía a través de las fórmulas del sistema de enjuiciar una continuidad de actos que eran responsabilidad exclusivamente del órgano creado al efecto, a pesar de que ponía en conocimiento el hecho cualquier persona de la ciudadela.

En consecuencia, con el sistema acusatorio puro, la víctima ejercitaba la acción penal, pero el resto de los actos del proceso eran guiados por aquellos magistrados designados por el Imperio<sup>2</sup>, viéndose la inexistencia del tercero civilmente responsable en cualquiera de sus variantes, debido a que no evidencia en ninguna literatura consultada.

Posteriormente, con el sistema inquisitivo aparece la división en fases, aunque todavía el poder judicial se encontraba en manos de los que ejercían el poder político, por lo que todas las acciones y actos que se realizaban en el proceso, que tenía como finalidad sancionar a una persona responsable de un hecho prohibido, peligroso socialmente y además en contra de los cánones espirituales y morales, eran los mismos sujetos, aquellos que pertenecían a la Iglesia Católica y se nombraban juzgadores de conductas prohibidas y contra los cánones establecidos por la propia Iglesia.

---

<sup>2</sup> Véase: FERNÁNDEZ PEREIRA, Julio A. El Derecho Procesal Penal. Concepto y naturaleza del proceso penal. Evolucion historica. Los sistemas de enjuiciar. En: AA.CC. *Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal*. Tomo I. La Habana: Félix Varela, 2002. p. 4-10.

Recuérdese que, en esa etapa primaria, el propio sujeto que recibía la denuncia o anónimo era el encargado de investigar, detener, interrogar al sospechoso para arrancarle su confesión, dictar su sentencia, y hasta ejecutarla. La estructura organizativa durante el predominio del sistema inquisitivo, si bien generó alguna especialización de funciones y hasta de sujetos, como lo muestra el lejano antecedente del Ministerio Público, surgido en Flandes, en 1163, de lo que después sería la Fiscalía, sin embargo, mantuvo la centralización de esta actividad<sup>3</sup>, y con ello, la quimera de los terceros civilmente responsables, tanto personas naturales como jurídicas.

Con el triunfo de la Revolución Francesa, en 1789, las ideas de la tripartición de poderes y la función de cada órgano estatal, se desmontó el sistema inquisitivo que se conocía hasta el momento y se instituyó el sistema acusatorio moderno o mixto que conocemos hoy.

Empero, la actividad judicial fue desarrollando nuevas figuras procesales y al mismo tiempo hizo una determinación de sus funciones, con la instrucción del proceso, la investigación, la policía judicial, los peritos, la parte que formulaba la acusación, los jueces encargados de dictar sentencia y los encargados de la ejecución de estas, los defensores de oficio<sup>4</sup> y otros que intervenían en el proceso que no tenían ningún tipo de denominación, o sea eran simples contribuyentes en la realización del proceso penal.

La intención de participar en un proceso penal por parte de cualquier persona, llega a legitimarse con las propias formas de juzgar que establece el poder judicial, encargando a varios sujetos actuaciones en un determinado proceso, es por ello que suelen coincidir en algunos países los sujetos procesales en sede penal, pero en otros las responsabilidades cambian y por tanto el sujeto procesal<sup>5</sup>. De aquí en adelante se estipulan diversas teorías acerca de los sujetos procesales, convirtiéndose en aquellos que intervienen en algún momento procesal de la persecución penal, es aquí, por primera vez, que se comienza a tratar el tema de los terceros civilmente responsables en los procesos penales.

---

<sup>3</sup> Véase: BODES TORRES, Jorge Leslie. *Reflexiones sobre las etapas procesales y los sujetos responsables*. Sociedad Mexicana de Criminología. Capítulo Nuevo León, A.C. México. 2008

<sup>4</sup> Ídem.

<sup>5</sup> Ibídem.

Según Claria<sup>6</sup>, el tercero civilmente responsable es el sujeto particular y accesorio, que por citación o espontáneamente, se introduce en el proceso cuando se ejerce en él la acción civil, por afirmarse que conforme al derecho privado ha de responder por el daño causado con el delito que se atribuye al imputado.

Mendoza<sup>7</sup>, por su parte, conceptualiza a los terceros civilmente responsables como aquellos sobre quien recae la acción resarcitoria en un proceso penal y que tienen la obligación de responder subsidiariamente por el acusado.

En ambos conceptos, no se define la naturaleza del sujeto de derecho o de la persona que puede resultar tercero civilmente responsable en el proceso penal, lo que se debe entender, a partir del análisis de la legislación civil y penal, sustantiva y adjetiva, que fijan en concreto cuando las personas naturales y jurídicas son obligados como terceros con responsabilidad civil en el proceso penal.

Por tanto, se entiende para la presente, que los terceros civilmente responsables o terceros con responsabilidad civil en el proceso penal, son aquellos sujetos (personas naturales y/o jurídicas) que intervienen en un proceso penal, para responder en cuanto a la responsabilidad civil que se deriva del daño o perjuicio ocasionado por el delito, de forma directa o indirecta.

En este sentido, existen dos grandes grupos dogmáticos, los que asumen una posición restrictiva o estricta y los que asumen una posición extensiva o amplia, acerca de la concepción de este sujeto como procesal para el proceso penal. Véanse algunos ejemplos sobre estepreliminar:

#### *POSICIÓN ESTRICTA*

Fairén<sup>8</sup> hace referencia dentro de los elementos del proceso penal a “los sujetos como el elemento fundamental y protagónico del

---

<sup>6</sup> CLARÍA OLMEDO, Jorge A. *Derecho procesal penal*. Tomo I. Actualizado por Vázquez Rossi, Jorge E. Editores Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires. Argentina. 1998. p. 265.

<sup>7</sup> MENDOZA DÍAZ, Juan. *Derecho procesal*. Parte general. Edición Electrónica. La Habana. Cuba. 2014 p. 338 y 339.

<sup>8</sup> FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *Teoría General del Derecho Procesal*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie G. Estudios Doctrinales. No. 133. Universidad

proceso, pues estos son los encargados de ejecutar en plazos determinados de tiempo, los actos y acciones que desarrollan y fundamentan, la investigación, las pretensiones de las partes y la decisión respecto al hecho presuntamente delictivo”.

Según Álvarez<sup>9</sup> “el proceso penal se desarrolla por la sucesión de actos procesales de los sujetos procesales, dígame las partes y el tribunal, amén de que otras personas intervengan en el proceso penal. Los actos procesales que conforman el proceso y recaen sobre el objeto del mismo son la acusación, la defensa y la jurisdicción”.

Roxin<sup>10</sup>, por su parte, define los sujetos del proceso penal como “aquellos, del procedimiento, quienes representan la cara visible del proceso penal, son el imputado y su defensor, la fiscalía, el tribunal y el ofendido. Se habla de esas personas como de los sujetos del proceso porque ellas disponen siempre de derechos autónomos en el procedimiento”.

Por otra parte, Moras<sup>11</sup> explica que “en la actividad constante que implica el proceso, en el que paso a paso, de situación en situación, progresivamente se avanza irretornablemente hacia una meta final que es la sentencia, intervienen personas que, reguladas por la ley formal, tienen a su cargo el cumplimiento de diferentes roles. Así, en torno a éstos, aquéllas se agrupan alrededor de la función de promover, impulsar y demandar penas, todo lo cual constituye la acusación. Frente a ella se nuclea el acusado y las personas que lo asisten. Todo llevado ante el órgano jurisdiccional que es el que decide”.

En relación al tema, Oliva<sup>12</sup>, afirma que “pueden considerarse sujetos procesales aquellos que inciden directamente en la relación jurídica procesal penal, resaltando a los órganos jurisdiccionales”.

---

Nacional Autónoma de México. México. 1992. p. 20.

<sup>9</sup> ÁLVAREZ TORRES Y COLS, Osvaldo. *Generalidades del Derecho Procesal*. En: *Compilación de Temas de Derecho Procesal para Estudiantes de Derecho*. Editorial Universitaria. La Habana. Cuba. 2012. p. 6.

<sup>10</sup> ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Editorial Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires. Argentina. 2000.p. 121.

<sup>11</sup> MORAS MOM, Jorge R. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Editorial LexisNexis Abeledo – Perrot. Buenos Aires. Argentina. 2004. p. 42-43.

<sup>12</sup> OLIVA SANTOS, Andrés. *Los sujetos del proceso penal*. En: *Derecho Procesal Penal*. Sexta Edición, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003.

Los autores que se afilian a la teoría restrictiva de los sujetos procesales, argumentan en sentido general, que los sujetos procesales dentro del proceso penal son aquellos que intervienen directamente en la relación jurídica procesal penal, el resto de los sujetos que intervienen de una forma u otra en el proceso, son simples contribuyentes al desarrollo de la justicia.

#### POSICIÓN EXTENSIVA

Ahora bien, en cuanto a la idea de concebir solamente a los sujetos procesales según la posición restrictiva, no se podría calificar a los terceros civilmente responsables dentro de los sujetos procesales penales, pues ciertamente estos son parte de una relación jurídica procesal, pero no penal, sino de una relación jurídica procesal civil especial, donde dicha relación jurídica procesal civil es derivada y se desarrolla paralelamente a la relación jurídica procesal penal, donde las partes son la Fiscalía y/o el coadyuvante en representación de la víctima y los intereses estatales (demandante) y el tercero civilmente responsable (demandado).

Otra idea que se maneja en la doctrina<sup>13</sup>, es la de considerar a los terceros civilmente responsables como sujetos procesales para el proceso civil que se desarrolla colateralmente al proceso penal, cuando existe un supuesto de responsabilidad civil de las estipuladas en la legislación civil y penal, pero no sujetos procesales dentro del proceso penal, lo que a nuestro entender sería desacertado, pues estamos hablando de un único proceso y de naturaleza penal, por lo que deben concebirse sujetos procesales para este único proceso los terceros civiles demandados.

Respecto a la concepción amplia o extensiva de los sujetos procesales y la consideración de los terceros civiles demandados como sujetos procesales, se pueden mencionar otros tratadistas, entre ellos, Vázquez<sup>14</sup>; “quien asevera que los sujetos procesales son aquellas per-

---

<sup>13</sup> GALVEZ PUEBLA, Inés. *La ejecución de la responsabilidad civil derivada del delito en Cuba*. Tesis doctoral. Universidad de La Habana. Cuba. 2009; MARIN, J.C. *La acción civil en el nuevo Código Procesal chileno: su tratamiento procesal*. Revista de Estudios de Justicia. Chile. 2005.

<sup>14</sup> VÁZQUEZ ROSSI, Jorge E. *Derecho Procesal Penal*. Tomo II. El Proceso Penal. Editorial Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires. Argentina. 1997. p. 61.

sonas de existencia física que intervienen dentro del proceso y de las cuales emanan actos con relevancia para la investigación, discusión y decisión de la cuestión sometida u objeto procesal, por lo que actúan en el proceso penal conforme a las atribuciones y sujeciones que les asigna la ley para hacer valer, oponer o satisfacer directamente las pretensiones fundamentadas en el objeto procesal. En todo caso debe tratarse de la pretensión penal, y eventualmente en lo civil; pero no puede dejar de ser inmediata la vinculación con el hecho imputado y con la actuación del derecho en lo que a ese hecho respecta”.

Igualmente refiere Vázquez, que la existencia de dos clases de sujetos procesales, los necesarios y los eventuales, siendo los primeros aquellos sin los cuales no puede existir la relación jurídica procesal integrada por la acusación, defensa y decisión, como se advierte tales sujetos aparecen como órganos que concretan los respectivos poderes de acción, defensa y jurisdicción, indispensables para la constitución del proceso penal, derivados además de normas fundamentales que constituyen presupuestos para su actuación<sup>15</sup>.

Por su parte, Carnelutti<sup>16</sup> refiere a los sujetos del proceso, aquellos que “interceden directamente en el proceso, que están sujetos a la naturaleza del hombre. La antropología, sociología criminal, la psicología criminal, la naturaleza del delito y su remedio procesal, son aspectos que definen a las personas que intervienen en la realización del proceso”.

Igualmente sobre el tema, Levenne<sup>17</sup> sitúa como “personas que actúan en un proceso, a los sujetos procesales, partes y terceros. Los sujetos procesales pueden ser principales y secundarios. Para que la relación procesal se constituya son indispensables los primeros, a saber, el juez, acusador (ministerio público o querellante), y el acusado, a quienes corresponde, respectivamente, las tres funciones de decisión, acusación y defensa”.

---

<sup>15</sup> Ídem.

<sup>16</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el proceso penal*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Editorial Librería del Foro S. A. Buenos Aires. Argentina. 1994. p. 187-225.

<sup>17</sup> LEVENNE, Ricardo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. 2da edición. Tomo I. Editorial Depalma. Buenos Aires. Argentina. 1993. p. 227-228.

En relación a la delimitación de sujetos principales y secundarios, distingue<sup>18</sup> a los sujetos secundarios son la parte o actor civil, el civilmente demandado o responsable por el daño resultante del delito, y el civilmente obligado al pago de la multa. Sin los sujetos principales no puede existir la relación procesal; por la ley tienen el poder jurídico de accionar, de resistir o de defenderse y de decidir, o sea, tienen potestad de acusación, de defensa y de jurisdicción; los secundarios pueden intervenir en la relación procesal penal por un interés civil que hacen valer en ella con autorización de la ley. El sujeto pasivo del delito no es sujeto de la relación procesal, ni tampoco parte, salvo que esté facultado a constituirse en parte civil, en cuyo caso será un sujeto secundario.

Gil<sup>19</sup> aprecia que los sujetos principales en el desarrollo de los procesos penales, ante jurisdicción nacional e internacional, “son aquellos que tienen la obligación de investigar y comprobar el hecho, los que persiguen el castigo para los comisores de los delitos, los que plantean hipótesis contradictorias sobre la ejecución del hecho en defensa del responsable, el responsable y los que deciden sobre las consecuencias de la comisión del delito”. Coincidiendo con la identificación del tercero civilmente responsable como sujeto procesal.

Además, explica Bauman<sup>20</sup> “que en el proceso penal obran muchos sujetos procesales en posiciones muy diferentes y con muy diferentes cometidos. Pueden formarse tres grupos principales: el tribunal y los auxiliares del tribunal como entidad de decisión; los sujetos procesales en la función activa o acusatoria: ministerio público y auxiliares, acusador privado y acusador conjuntos; por último, los sujetos procesales en la función pasiva o parte acusada: imputado y defensor”. No obstante, ofrece una categoría muy particular de sujetos procesales “otros sujetos procesales”, refiriéndose a la asistencia judicial prestada a menores, los testigos, los peritos, autoridades administrativas y los terceros intervinientes.

---

<sup>18</sup> Ídem

<sup>19</sup> GIL GIL, Alicia. *Bases para la persecución penal de crímenes internacionales en España*. Editorial Comares. Granada. España. 2006. p. 47-66.

<sup>20</sup> BAUMANN, Jurgen. *Derecho procesal penal*. Conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos. Editorial Depalma. Buenos Aires. Argentina. 1986. p. 130 y 212-216.

Una vez relacionadas las más disímiles posiciones, se considera que los sujetos procesales son todas aquellas personas públicas o privadas, naturales y jurídicas, que intervienen necesaria o eventualmente en el proceso penal, para hacer valer sus pretensiones, a través de una sucesión de actos procesales. Estos sujetos van a ser titulares de los poderes de jurisdicción, acción o defensa, puestos en acto ante la presencia de un concreto objeto procesal penal; acogiéndose el artículo a la posición extensiva.

## 1.2. FACULTADES RECONOCIDAS

Ahora bien, teniendo en cuenta, que los terceros civilmente responsables, son igualmente sujetos procesales, las normas adjetivas reconocen una serie de derechos y garantías, que posibilitan el respeto al debido proceso dentro del proceso penal, de forma que se protege la participación de este, de igual forma que la del imputado/ acusado en el proceso.

### *FACULTADES PARA LA INSTRUCCIÓN:*

- Ser parte civil en el proceso cuando es parte el procesado penalmente.
- Participar en las acciones de instrucción/ investigación para el esclarecimiento del hecho.
- Podrá solicitar durante el sumario todas las providencias útiles para la comprobación del delito y la determinación de los culpables, debiendo estarse a lo que el instructor, fiscal o Juez de instrucción resuelva.
- Podrá declarar como tercero civil responsable o como testigo dentro del proceso.

### *FACULTADES PARA FASE INTERMEDIA Y DE JUICIO ORAL:*

El tercero civilmente responsable una vez considerado como tal, goza de las mismas facultades concedidas al imputado para su defensa, en lo concerniente a sus intereses civiles.



- Solicitar su intervención en el proceso cuando pueda ser civilmente demandado y se ejerza la acción civil resarcitoria.
- Debe de participar con el patrocinio de un abogado.
- Puede acogerse al derecho de no autoincriminación.
- Puede ser parte civil y testigo para alguna de las partes penales.
- Participar mediante su abogado en la práctica de medios de prueba.
- Rendir informe final en juicio mediante abogado, sobre el concepto de la responsabilidad civil.
- Puede recurrir la sentencia que declare su responsabilidad.

### 1.3. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL EXIGIDA A LOS TERCEROS CIVILMENTE RESPONSABLES

Los terceros civilmente responsables pueden ser personas naturales y personas jurídicas, partiendo del tipo de responsabilidad civil que puede exigirse en el proceso penal, las que son:

#### *RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL INDIRECTA*

Ese denominado “indirectamente responsable” por el hecho de otro responde en realidad por una falta suya, propia y distinta de la del vigilado o educando. La responsabilidad civil por el hecho ajeno se erige entonces a consecuencia de haber faltado el llamado por ley a responder, al deber jurídico concreto de vigilar, elegir y educar; lo que en el fondo constituye una garantía que ofrece la ley a los damnificados en aras de esa debilidad a que antes se hacía referencia. Ello ha permitido derivar, además, tres requisitos para que surja la responsabilidad civil extracontractual indirecta del tercero<sup>21</sup>: 1) La existencia de un vínculo de subordinación o dependencia entre el civilmente responsable y el

---

<sup>21</sup> CÓRDOVA ÁNGULO, Miguel. Anotaciones sobre el tercero civilmente responsable en el procedimiento penal colombiano. *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 34, no. 96, enero-junio 2013, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 57-81.

directamente responsable. 2) La verificación del deber de cuidado y control que le asiste al civilmente responsable, respecto del directamente responsable y 3) La culpa del directamente responsable en la irrogación del perjuicio.

#### *RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DIRECTA*

En principio, la responsabilidad civil extracontractual directa, en el caso de que la conducta dañina constituya delito, compete a quienes son responsables penalmente en calidad de autores o partícipes de la conducta punible, de manera que parecería imposible que alguien que no hubiera tomado parte en el delito fuera llamado a responder por un hecho propio. Sin embargo, esta afirmación solo es válida de cara a las personas naturales. En efecto, toda persona natural que sea responsable civilmente con carácter directo por un delito debe ser, en consecuencia, vinculada al proceso para responder penalmente, pero cuando los responsables son personas naturales dependientes de una persona jurídica, ya sea al nivel directivo o al operativo, y su conducta se da en desarrollo del objeto social de esa persona jurídica, se entiende que el ente en cuestión ha actuado a través de sus dependientes, de modo que sus delitos o culpas le son igualmente imputables.

#### *1.4. LA PERSONA JURÍDICA COMO TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE*

Se concurda en determinar que la razón de ser de las personas jurídicas es la existencia de fines que claramente exceden de las posibilidades de las personas naturales o individuales, por ello, fue necesaria la creación de un ente que por medio de la agrupación de voluntades o de patrimonio, logre los fines del desarrollo social.

Existen varias teorías acerca de la naturaleza de la persona jurídica, las que se agrupan en dos grandes grupos: las de ficción y las realistas, aunque existen varias posiciones intermedias. Las teorías de ficción conciben que la capacidad jurídica puede ser extendida a sujetos artificiales creados por simple ficción, tal sujeto es la persona jurídica, capaz de tener patrimonio propio.

Según Capilla Roncero<sup>22</sup>, a propósito de esta teoría, “es una fictio iuris, que quiere indicar que aquella situación, sin ser de una determinada manera en la realidad, merece esa consideración determinada para el ordenamiento jurídico”.

En cuanto a las teorías realistas, rechazan toda ficción y sientan como base que el concepto de persona no coincide con el hombre, sino con el sujeto de derecho, por lo que no se excluye que haya sujetos de derechos que no sean hombres, como es el caso de las personas jurídicas.

Existen igualmente las teorías socialistas, que no se desgastan en explicar si la persona jurídica es una realidad o una ficción, sino que centran su análisis en el Estado como principal sujeto colectivo, aunque no desconocen el resto de las personas jurídicas.

Por lo anteriormente explicado, se esgrimen varios conceptos de lo que se considera persona jurídica, según Ferrara<sup>23</sup> las personas jurídicas son las asociaciones o instituciones formadas para la consecución de un fin y reconocidas por la ordenación jurídica como sujetos de derecho. Por otra parte para Castán<sup>24</sup> es la entidad formada para la realización de los fines colectivos y permanentes de los hombres, a la que el derecho objetivo reconoce capacidad para derechos y obligaciones.

Por lo tanto, para la presente, la persona jurídica es la agrupación de personas individuales o patrimonio, reconocida por voluntad estatal en el ordenamiento jurídico como sujeto de derecho y con una estructura orgánica que le permita cumplimentar los fines económicos y sociales para los cuales fue creada.

Para la constitución<sup>25</sup> de la persona jurídica se deben tener en cuenta varios elementos: el patrimonio propio, la unidad orgánica, actuar jurídicamente en nombre propio y la responsabilidad independiente.

---

<sup>22</sup> CAPILLA RONCERO, Francisco. *La persona jurídica: funciones y disfunciones*. Editorial Tecnos. Madrid. España. 1993. p. 45

<sup>23</sup> FERRARA, Francisco. *Teoría de las personas jurídicas*. Editorial Reus. Madrid. España. 1929. p. 168.

<sup>24</sup> CASTÁN TOBEÑAS, Jose. *Derecho civil común y foral*. Editorial Reus. Madrid. España. 1943. p. 396.

<sup>25</sup> Existen varios sistemas de constitución de las personas jurídicas, el administrativo, que es aquel según el cual la persona jurídica nace por una decisión estatal que determina la constitución del ente (empresas estatales); el de

Respecto a esta última, implica que la persona jurídica al actuar en el mundo jurídico, adquiere derechos, pero al mismo tiempo obligaciones, las cuales debe cumplir con su patrimonio propio. Es por ello, que la capacidad jurídica que posee la persona jurídica se manifiesta en las sedes: civil (patrimonial, obligacional, extracontractual, contractual, testamentaria), penal, mercantil, laboral, económica, financiera y administrativa.

Resultando del ejercicio de esta capacidad jurídica, los supuestos de responsabilidad por los que viene obligada la persona jurídica. Entre ellas se encuentran la responsabilidad civil, la penal y la comercial.

Respecto a la responsabilidad civil, que es objeto de este trabajo, la persona jurídica responde por los actos realizados por sus agentes, funcionarios o empleados, por lo que siempre sería denominada tercero civilmente responsable en el proceso en cuestión, en este caso se trae a colación en la investigación, la responsabilidad civil de la persona jurídica cuando el acto ilícito que comete el agente, funcionario o empleado es de naturaleza penal, y por tanto, los hechos se ventilan en un proceso penal.

En el caso de las personas jurídicas, cuando se les imputa responsabilidad civil directa, estas pueden ser llamadas a responder como terceros civilmente responsables en un proceso penal, única y exclusivamente, por el hecho de sus agentes y nunca por la conducta de terceros ajenos a la misma; igualmente pueden ser convocadas como terceros civilmente responsables, si se les imputa responsabilidad civil indirecta.<sup>26</sup>

En cuanto a la responsabilidad civil extracontractual directa de las personas jurídicas<sup>27</sup>, tiene las siguientes características sustanciales centrales:

1. La culpa de cualquier agente del ente lo compromete, sin importar que se trate de un miembro directivo o ejecutivo de la persona jurídica. Sin embargo, es indispensable que sea un

---

autorización, según el cual la persona jurídica requiere la autorización de un órgano del Estado (asociaciones) y el normativo sin permiso previo o sistema de concesión, que reconoce como persona jurídica a aquellos entes que se constituyan conforme con el contenido indicado y las condiciones impuestas por la ley (cooperativas de créditos y servicios, de producción agropecuaria).

<sup>26</sup> CORDOVA ÁNGULO, M. Ob. cit.

<sup>27</sup> *Ídem*.

agente o dependiente del ente moral en cuestión que, además, hubiere cometido la culpa en ejercicio de sus funciones.

2. La demostración de la responsabilidad del dependiente es suficiente para acreditar la de la persona jurídica, sin que valga para esta demostrar que fue diligente en la elección o la vigilancia del dependiente. En efecto, no debe perderse de vista que, al ser una manifestación de la responsabilidad directa, se rige por las normas generales y no por los presupuestos de la indirecta o por el hecho ajeno.
3. Por lo anterior, ante la culpa del dependiente, la persona jurídica solo se exonera demostrando que el daño fue causado por un hecho ajeno –caso fortuito, hecho de un tercero o culpa de la víctima. En cuanto al “hecho de un tercero” como causal de exoneración, vale notar acá que las acciones de quienes no son agentes o dependientes de la persona jurídica se entienden como conductas de terceros, pues estos no tienen legitimación para actuar a nombre de la persona jurídica y sus conductas no pueden incorporarse a la voluntad de esta.
4. Existe responsabilidad solidaria entre la persona jurídica y el ejecutor de la conducta dañina, pudiendo aquella repetir contra este.

Esto no quiere decir, como es lógico, que cualquier actuación de un subordinado que genera daños provoca una responsabilidad civil de la persona jurídica o del Estado, sino que deben concurrir ciertas condiciones. La doctrina civilista ha desarrollado reglas de aplicación similares a la imputación objetiva del Derecho Penal, para establecer la estructura de la culpa extracontractual, algo que dice de la aproximación de la responsabilidad civil “ex delicto” a la responsabilidad civil por daño.<sup>28</sup>

En efecto, ha de partirse que, en el ámbito de la responsabilidad de las personas jurídicas, ya sea civil, mercantil o administrativa, siempre estamos ante una responsabilidad vicarial (*vicarius lablility*), esto es, es un sujeto quien actúa y otro, la persona jurídica, quien responde. Lo

---

<sup>28</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. De la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas y de las costas procesales. In: QUINTERO OLIVARES (DIR.). *Comentarios al nuevo código penal*, Navarra, Aranzadi, 1999, pág. 549.

determinante es establecer qué conductas, o más propiamente, el comportamiento de qué sujetos compromete en su responsabilidad a la persona jurídica. Este es un tema, que ha servido de fundamento para sostener que no es admisible la responsabilidad penal de las personas jurídicas, porque ésta es de carácter personal, por consiguiente, no hay identidad entre el sujeto que actúa y el que responde. No obstante, ha de recordarse que, incluso en el ámbito penal se reconocen casos de responsabilidad vicarial, como “el actuar en nombre de otro” y la autoría mediata.

Determinar el comportamiento y, más concretamente, el sujeto que compromete en su responsabilidad a la persona jurídica ha sido resuelto en el ámbito civil con la teoría de la representación: la actuación del representante compromete a la persona jurídica. Ésta solución también ha sido acogida en el ámbito penal con la figura del actuar en nombre de otro, ya antes citada. Las diversas fórmulas del Derecho Comparado de ésta institución, aunque con distintos alcances en el derecho positivo, poseen en común el reconocimiento de la actuación de un sujeto que compromete con su comportamiento a la persona jurídica. Dicho ámbito de sujetos, que en sus primeras regulaciones era un sujeto formal (el representante legal), ha ido ampliándose a sujetos materiales, esto es, personas que, aunque no posean un reconocimiento jurídico para representar a la persona jurídica, actúan materialmente comprometiéndola y actuando en su beneficio. Es lo que en doctrina se denomina el representante de hecho.<sup>29</sup>

Trasladando esta argumentación al ámbito de la responsabilidad civil que, como se ha dicho es admisible a fortiori, pues si se admite para la actuación del subordinado, con mayor razón ha de admitirse para el directivo que actúa en representación material, quien tiene capacidad de comprometer a la persona jurídica a hacer o no hacer algo y, actúa en beneficio o interés de la persona jurídica.

La afirmación de la responsabilidad civil, como tercero civilmente responsable, de la persona jurídica por delitos cometidos por sus directivos se fundamenta, además, en un principio de justicia material de Derecho Civil, que proviene del Derecho Romano: quien se beneficia

---

<sup>29</sup> GARCÍA CAVERO, Percy. *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación*. Barcelona, J.M. Bosch, 1999. p. 173.

de una actividad responde también por los daños que ella cause. Últimamente se sigue más la teoría del riesgo, importada de Alemania, como fundamento de quién debe responder frente a los daños causados. MEINI la ha explicado bien: “quien se organiza para realizar una determinada actividad económica (y, en general cualquier actividad) en cuya virtud despliega cursos causales de riesgo, así como hace suyos los beneficios que se obtienen por la explotación de la referida actividad, debe hacer suyos también los perjuicios”<sup>30</sup>. Nótese que esta fundamentación es para argumentar la posición de garante de los directivos respecto a los delitos cometidos por sus subordinados, a los efectos de afirmar la responsabilidad penal en comisión por omisión. Nuevamente, con mayor razón, servirá para afirmar la responsabilidad civil de la propia empresa, por los daños y perjuicios causados por los delitos cometido por los directivos.

Una vez establecidos los fundamentos de la responsabilidad civil de la persona jurídica como tercero civilmente responsable, es menester señalar cuáles requisitos deben de tenerse en cuenta para establecer dicha responsabilidad, los cuales se plantean por Zuñiga Rodríguez<sup>31</sup> de la siguiente forma:

1. La responsabilidad civil de la persona jurídica por el delito cometido por su directivo se fundamenta en la finalidad de reparación de daño causado, es decir en la existencia de un daño causado por el delito, que, no obstante, su carácter civil, ha de reconocerse que esta consecuencia jurídica del delito se inscribe dentro de una condena penal, desplegando una serie de efectos aledaños a la sanción penal.
2. Actuar en beneficio o interés de la persona jurídica. Requisito que sirve para distinguir la criminalidad desde la empresa, cuando esta es un instrumento para la comisión de delitos, de la criminalidad de los managers o delitos societarios en la que los directivos actúan en su propio beneficio.

---

<sup>30</sup> MEINI, Iván. *Responsabilidad penal del empresario por los delitos cometidos por sus subordinados*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 313.

<sup>31</sup> ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *A propósito de la responsabilidad civil de la persona jurídica por delito*. Tomado de: <[http://www.perso.unifr.ch/derecho-penal/assets/files/articulos/a\\_20080527\\_54.pdf](http://www.perso.unifr.ch/derecho-penal/assets/files/articulos/a_20080527_54.pdf)>.

3. Proporcionalidad de la consecuencia jurídica. Éste es un principio que rige toda restricción de derechos por parte del Estado. La fijación del monto de la reparación civil no escapa a dicha regla. El juez debe fijar la reparación civil en proporción al daño causado, en primer lugar, y, en segundo lugar, a la capacidad económica de los sujetos imputables. Esta ponderación, nuevamente, ha de tenerse en cuenta no sólo en relación del patrimonio del autor, sino también de la persona jurídica.

Otro aspecto a considerar en cuanto a la persona jurídica como tercero civilmente responsable, es la configuración de un Derecho Penal de personas jurídicas como una tercera vía, esta tercera vía consistiría en establecer unas “medidas penales contra personas jurídicas” como unas “formas distintas de actuación del derecho penal”<sup>32</sup>, y pasando primeramente por la posibilidad de exigir a la persona jurídica, la responsabilidad administrativa, luego la civil como tercero y por último la responsabilidad penal. Por cuanto, sería una posibilidad nueva para considerar la responsabilidad civil del tercero en un proceso penal.

## **2. LA PERSONA JURÍDICA COMO TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE EN LOS PROCESOS PENALES CUBANOS**

### **2.1. ANTECEDENTES**

Durante la colonia, en el país rigió mediante el Real Decreto de 23 de mayo de 1879, el Código Penal español de 1870, donde se regulaba la determinación de la responsabilidad civil dentro del proceso penal, como una forma directa para satisfacer en el proceso el interés material de la víctima del delito, además de extrapolar las costumbres europeas a la Isla.

Este antecedente, en principio, sentó las bases para que cuando se promulgara el Código de Defensa Social en 1936<sup>33</sup> y desde su entrada en

---

<sup>32</sup> GRACIA MARTÍN, Luis. *Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2016, núm. 18-05, p. 1-95.

<sup>33</sup> G.O.Extraordinaria. No.108 de fecha 11 de abril de 1936.



vigor en 1938, se decidiera continuar ofreciendo el mismo tratamiento a la responsabilidad civil<sup>34</sup>, solo se estableció una nueva modalidad para hacer efectiva la referida institución, que fue la conocida Caja de Resarcimiento, la que estuvo regida por varias normativas<sup>35</sup>, no obstante, constituyó un órgano intermediario entre la víctima y su victimario.

Respecto a los terceros civilmente responsables, son igualmente reconocidos expresamente en el Código de Defensa Social, como una institución importante en cuanto al logro del interés del perjudicado por el delito, cuando no fuese el acusado responsable civil, igualmente se hace mención a la persona jurídica como tercero civilmente responsable, en casos de responsabilidad civil extracontractual directa.<sup>36</sup>

Con las modificaciones que tienen lugar en nuestro país después de 1959, se hace necesario atemperar la legislación vigente, en este sentido se realizan varias modificaciones al Código de Defensa Social, hasta que el 15 de febrero de 1979 comienza a regir la Ley 21<sup>37</sup> que fue el nuevo Código Penal, el primero de la etapa revolucionaria, que siguió los mismos pasos de las dos normas anteriores, así en su Libro I, Título X, Capítulo I, II y III reguló lo referido a la responsabilidad civil proveniente del delito. *Este código mantuvo en su artículo 70 que... "el responsable penalmente lo es también civilmente por los daños y perjuicios causados por el delito. El Tribunal que conoce del delito declara las responsabilidades civiles y su extensión..."*<sup>38</sup>

---

<sup>34</sup> Este cuerpo legal estableció la responsabilidad civil derivada de delito, en el Libro I, Título VI, desde el Capítulo I hasta el V, estipulando en su artículo 110 que "todo hecho sancionable lleva consigo la responsabilidad civil".

<sup>35</sup> Ver más acerca de la Caja de Resarcimiento en: MENDOZA PÉREZ, Juan Carlos; CASTILLO TORRES, Elayne y HECHAVARRÍA CASTILLO, Richard. *La responsabilidad civil: la verdadera semántica de la Caja de Resarcimientos*. Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP. Año 13 / N° 46 - 2016.

<sup>36</sup> Ver más en GOITE PIERRE, Mayda; MÉNDEZ LÓPEZ, Mirna. La responsabilidad civil derivada del delito en Cuba: una institución entre dos normas. En: AA.CC. *Comentarios a Leyes penales cubanas*. Editorial UNIJURIS. La Habana. 2014. p. 295-296.

<sup>37</sup> Ley 21 de 1979, Código Penal. G.O. Ordinaria No.3 de fecha 1 de marzo de 1979.

<sup>38</sup> AGUILERA DE LA PAZ, Enrique. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Editorial Reus (S.A). 1924.

Dedica un capítulo a la responsabilidad civil de los terceros y otro a la ejecución de las obligaciones civiles provenientes del delito, donde mantiene a la persona jurídica como un tipo de tercero civilmente responsable en su artículo 71.<sup>39</sup>

Por su parte, la legislación adjetiva, durante el dominio español, se vio descrita por una imposición a la Isla de todas las normas legales acerca del proceso penal, la cual encontró su primer fundamento del sistema mixto, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal del 14 de septiembre del año 1882<sup>40</sup>, la que se hizo extensiva a Cuba, por Real Decreto de 19 de octubre de 1888 y comenzó a regir el 1ro de enero de 1889.

Esta ley, en materia de exigencia de responsabilidad civil en el proceso penal, en su Título IV *De las personas a quienes corresponde el ejercicio de las acciones que nacen de los delitos y faltas*, prescribió la posibilidad del ejercicio de la acción civil por daños y perjuicios, resultantes de la comisión del delito, además de identificar al sujeto responsable del ejercicio de dicha acción<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> CAPITULO II. DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS TERCEROS. ARTÍCULO 71.- 1. Son responsables civilmente: a) los órganos y organismos del Estado, las empresas, las cooperativas y cualquier otra entidad económica que disponga de patrimonio, por los delitos que cometan sus funcionarios, empleados o miembros, en el ejercicio legítimo de sus cargos y sean declarados, por ello, exentos de responsabilidad penal; 2. Son responsables cívicamente, en defecto de los que lo sean penalmente; a) los órganos y organismos del Estado, las empresas, las organizaciones económicas estatales, las cooperativas y cualquier otra entidad económica, en caso de delitos cometidos por los funcionarios públicos, sus empleados o dependientes, en el ejercicio de los actos propios de su cargo; b) las organizaciones económicas que operan hoteles, casa de huéspedes, albergues u otros establecimientos análogos, en relación con las sustracciones de bienes de que sean víctimas los huéspedes, y siempre que éstos hayan cumplido las disposiciones que regulan la custodia y vigilancia de dichos bienes; c) las organizaciones económicas que operan vehículos de cualquier clase destinados al transporte de personas y cosas, con motivo de los delitos cometidos por sus conductores en ocasión de la prestación de dicho servicio; ch) las entidades y personas privadas por los delitos cometidos por su empleador en el ejercicio de sus funciones.

<sup>40</sup> Tomada de: <<https://searchworks.stanford.edu/view/9948868>>. Consultado el 22 de abril de 2017.

<sup>41</sup> Artículo 100. De todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho

Además, esta Ley de Enjuiciamiento Criminal, refirió en su Título X *De la responsabilidad civil de terceras personas*, todo el contenido de la obligación en el proceso penal del tercero civilmente responsable, afiliándose en este sentido a la posición *numerus clausus* del Código Penal, pues remite a este para la definición de tipos de terceros civilmente responsables en el proceso; no obstante fue poco profunda la técnica de reacción de texto legal respecto a estos últimos, porque en el caso de las personas jurídicas, se deben tener en cuenta otros factores como domicilio, objeto social, patrimonio, a diferencia de las personas naturales.

Otros derechos normados en esta legislación española aplicada en Cuba, fue la solicitud de retención de las piezas de convicción, cuando el dueño fuese conocido, hasta tanto se ejercitase la acción civil, la contestación en forma de escrito de defensa y proposición de pruebas, una vez requeridos por el Tribunal con la entrega del escrito de acusación, asistencia o no al acto de juicio oral y la interposición de recursos procesales.

En cuanto a la contextualización del ordenamiento jurídico al proceso revolucionario cubano, se promulgó la primera ley de procedimiento penal revolucionaria, la Ley 1251 de junio de 1973<sup>42</sup>, la cual establecía los principios procesales socialistas y fue resultado del trabajo de las Comisiones de Estudios Jurídicos, creadas en abril de 1968<sup>43</sup>; en esta la persona jurídica como tercero civilmente responsable fue regulada de manera similar a la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Con el proceso de institucionalización del país, en 1975, tiene lugar el Primer Congreso del Partido Comunista, que delimitó la plataforma política del Estado Socialista y se promulga la Constitución en 1976, donde se conforman normativamente los elementos del sistema político socialista cubano.<sup>44</sup> La promulgación de la Constitución implicó que varias de las normas fueran derogadas, para ajustarlas a lo que se derivaba del texto constitucional, entre ellas la Ley de Procedimiento Penal, y se

---

punible. Artículo 112. Ejercitada sólo la acción penal, se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el dañado o perjudicado la renunciase o la reservase expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal, si a ello hubiere lugar.

<sup>42</sup> Ley 1251 de 1973, Ley de Procedimiento Penal. G.O. de fecha 25 de junio de 1973.

<sup>43</sup> FERNÁNDEZ PEREIRA, Julio A. Ob. cit. p. 20.

<sup>44</sup> MENDOZA DÍAS, Juan. Ob. cit. p. 44.

promulgó, la actual Ley No. 5, del 13 de agosto de 1977, de Procedimiento Penal; en la que se mantiene el reconocimiento de la persona jurídica como tercero civilmente responsable, aún en la más reciente modificación realizada por el Decreto-Ley 310 de mayo de 2013, que entró en vigor en octubre del mismo año.

Siendo así, la entrada en vigor de la Ley 62 el 30 de abril de 1988, actual Código Penal cubano, dejó de consignar expresamente todo el contenido de la responsabilidad civil derivada del delito, y pasa a ser estipulada solamente en la legislación civil, realizando una extensión para su aplicación como normas supletorias, convirtiéndose igualmente en una norma de reenvío, el cuerpo legal civil para la Ley de Procedimiento Penal.

## 2.2. PARTICULARIDADES NORMATIVAS DE LA PERSONA JURÍDICA COMO TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE EN EL PROCESO PENAL CUBANO.

### CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA

Las pautas valorativas de cualquier análisis en este sentido, deben de partir del texto constitucional<sup>45</sup>, en el cual se estipula en el artículo 10 el principio de Legalidad, en el contexto de cumplir lo reglamentado para el proceso cuando existe el tercero civilmente responsable, y dentro de estos se ubicaría a la persona jurídica y algunas regulaciones del *Debido Proceso* desde el artículo 56 hasta el 60 de la Constitución de la República de Cuba.<sup>46</sup>

### CÓDIGO CIVIL

El Código Civil cubano, al referirse a los terceros civilmente responsables, no lo hace desde esa definición, sino acerca de la *Responsabilidad*

---

<sup>45</sup> Constitución de la República de Cuba. G.O. Extraordinaria No. 3 de fecha 31 de enero de 2003, con las reformas aprobadas por la Asamblea Nacional del Poder Popular en el XI Periodo Ordinario de sesiones de la III Legislatura, 1992, 2005.

<sup>46</sup> Véase artículos de la Constitución de la República de Cuba.

*de las personas naturales y Responsabilidad de las personas jurídicas*, en la sección tercera y cuarta respectivamente del Capítulo IV *Actos Ilícitos*.<sup>47</sup>

Las personas jurídicas como terceros civilmente responsables también reciben un tratamiento en el mencionado código, estas son las que están obligadas a reparar los daños y perjuicios provocados a otros por actos ilícitos causados por sus dirigentes, funcionarios y demás trabajadores en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio del derecho de repetir contra el culpable, especificando que cuando el acto ilícito es constitutivo de delito responde subsidiariamente.<sup>48</sup>

En este caso la persona jurídica puede resultar responsable civilmente de un hecho propio del cual es incapaz de responder pues solo las personas naturales pueden hacerlo por lo que va a ser llamada al proceso penal para juzgar su responsabilidad civil extracontractual directa en el caso de que la conducta dañina constituya delito y así responder por sus agentes o dependientes siempre y cuando el hecho se cometa en desarrollo de su objeto social.

Igualmente, el resarcimiento de la responsabilidad civil por los actos ilícitos penales, comprende la restitución del bien, la reparación del daño material, la indemnización de los perjuicios y la reparación del daño moral.

## CÓDIGO PENAL

Por su parte, la Ley 62, Código Penal cubano<sup>49</sup>, regula lo concerniente a *la Declaración y Ejecución de las Obligaciones Civiles Provenientes del Delito*, a partir del Título X, artículo 70.1, partiendo del principio que el responsable penalmente lo es también civilmente por los daños y perjuicios causados por el delito, decidiendo que el Tribunal que conoce del delito fija la responsabilidad civil y su extensión, constituyéndose, una problemática en el orden penal la aplicación de esta institución.

---

<sup>47</sup> Ley No. 59, Código Civil. G.O. Extraordinaria No. 9 de fecha 15 de octubre de 1987.

<sup>48</sup> Véase artículo 95 del Código Civil cubano.

<sup>49</sup> Ley No. 62, Código Penal. G.O. Especial No. 3 de fecha 30 de diciembre de 1987.

En este sentido, se concuerda con GOITE y MÉNDEZ<sup>50</sup>, cuando exponen las siguientes dificultades, referidas sobre todo a la participación de la persona jurídica como tercero civilmente responsable:

- La participación desde la responsabilidad penal, aparece regulada en el artículo 18 del Código Penal, donde se establece que será exigible a los autores y a los cómplices. El Código Civil al delimitar las reglas a tener en cuenta para determinar el daño material y la indemnización de los perjuicios, fija que en el supuesto de ser varios responsables se hace atendiendo al grado de participación en el acto ilícito.
- El Código Civil establece como exención de la responsabilidad civil, las causas de justificación, sin embargo surge una dificultad, la obediencia debida, en el Código Penal, regula la misma, como parte de la llamada eximente que denomina el cumplimiento de un deber o el ejercicio de derecho, profesión, cargo u oficio.
- Se establecen términos diferentes para la prescripción de las acciones, la legislación sustantiva penal, fija dichos términos sobre la base de la sanción establecida en el tipo penal.

#### LEY DE PROCEDIMIENTO PENAL

En cumplimiento con lo regulado en la legislación sustantiva civil y penal, en cuanto a los terceros civilmente responsables, nuestra Ley de Procedimiento Penal<sup>51</sup> ofrece sucintamente un tratamiento a estos como sujetos procesales; la primera aparición se resalta en el Título III *De la Recusación y Excusa*, artículo 22 al señalar entre los sujetos que pueden recusar al acusado y posteriormente al acusado como responsable civilmente<sup>52</sup>.

<sup>50</sup> GOITE Y MÉNDEZ. Ob. cit. p. 308-310.

<sup>51</sup> Ley No.5 de 1977, Ley de Procedimiento Penal. G.O. Ordinaria No.37 de fecha 26 de agosto de 1977.

<sup>52</sup> ARTÍCULO 22.-Pueden recusar: 1. El Fiscal; 2. el acusador particular en los casos en que esta Ley permita su intervención; 3. el acusado; 4. el acusado como responsable civilmente.

En el análisis exegético de este particular, se percibe que el legislador cubano no marcó una nítida frontera entre lo que considera él por acusado, y quién sería entonces el acusado civilmente responsable, porque teniendo en cuenta que como se resaltara en el Código Penal y la propia Ley de procedimiento, la acción civil y la penal se ejercen conjuntamente, entonces bastaría con señalar solamente al acusado, pero si lo que se quiere es denotar la responsabilidad civil cuando se exige a un sujeto distinto al acusado, entonces la denominación correcta sería la de tercero civilmente responsable (persona natural o jurídica) y no “acusado como responsable civilmente”.

En este sentido, su correcta apreciación por parte del Tribunal, debe identificar a dos sujetos procesales, que independientemente de que ambos representen la cara visible del proceso penal, uno va a limitar su participación en el mismo con la responsabilidad civil, lo que no hace de su participación el centro del proceso, pero si resulta de vital importancia para la efectividad de la justicia penal.

Posteriormente en el Libro Tercero, Título II *De la Responsabilidad Civil Derivada del Delito*, artículo 275, se estipula que la acción para reclamar la responsabilidad civil que se derive del delito, se ejercita conjuntamente con la penal, excepto en el caso en que exista un lesionado respecto al cual la sanidad estuviere pendiente de atestarse.

Un aspecto relevante, es que en el artículo 277 comienza haciendo referencia al término tercero civilmente responsable, sin previamente haberse dado una conceptualización de quienes van a ser estos sujetos, y ni siquiera haberlos reconocido como sujeto procesal inicialmente, cuestión esta que dificulta la labor interpretativa del operador del Derecho, no obstante, se debe inferir que un embargo de bienes sobre un tercero civilmente responsable, ubicaría inmediatamente a este, como parte civil del proceso penal en cuestión, incluso a la persona jurídica, amén de las particularidades que se deben correr para presentarse como persona jurídica al proceso penal.

Respecto al escrito de calificación del Fiscal o el acusador particular, en el artículo 279, se prescribe que la acción civil, para ejercitarse conjuntamente con la penal, deben ser consignados en el mismo los siguientes particulares:

- La cosa que haya de ser sustituida
- El modo en que ha de procederse para la exigencia de la responsabilidad civil por daño moral o perjuicios

- La persona o personas que estén obligadas (No se realiza distinción entre personas naturales y jurídicas, por lo que se infiere que pueden ser ambas).

Norma, que ambiguamente se muestra de acuerdo, con la participación de terceros como responsables civiles, pues en su tercer apartado, define la persona o personas obligadas, que al realizar una interpretación literal, la persona o personas obligadas pueden ser, el acusado del proceso o un tercero en su defecto.

También sucede con los artículos 281 y 282, donde se señalan que una vez formuladas las conclusiones por el Fiscal o el acusador particular, el tribunal de estimar completas las diligencias, abrirá la causa a juicio oral y dispondrá se requiera a los acusados y terceros civilmente responsables, a fin de que se designen abogados para su defensa.<sup>53</sup>

O sea, aquí incluso se resalta que el tercero civilmente responsable va a ostentar los mismos derechos que el acusado, en cuanto a la defensa técnica y material, aspecto este que resulta singular, pues se está dejando al tercero sin un estatus procesal claro, otorgando en este momento la posibilidad de postulación procesal, pero en un estado anterior del proceso, no fue considerado como parte civil del proceso penal, realizándose en la mayoría las diligencias de investigación, limitando igualmente la posibilidad recusación casi solamente a la fase del debate de juicio oral antes de su inicio, el citado día en la sala

---

<sup>53</sup> Artículo 281.-(Modificado) Formuladas las conclusiones por el Fiscal o, en su caso, por el acusador particular, el Tribunal, de estimar completas las diligencias necesarias para proceder, abrirá la causa a juicio oral, teniendo por hecho la calificación y dispondrá se requiera a los acusados y terceros civilmente responsables, con entrega de las copias presentadas, a fin de que designen Abogados para su defensa, de no tenerlos ya designados, bajo el apercibimiento de que, de no hacerlo en el acto o, a más tardar, dentro de cinco días hábiles, se les nombrará Defensor de oficio. Este artículo fue modificado por el artículo 3 del Decreto-Ley No. 151, "Modificativo de la Ley de Procedimiento Penal", de 10 de junio de 1994 (G.O. Ext. No. 6 de 10 de junio de 1994, pág. 16). Artículo 282.-(Modificado) Transcurrido el plazo de cinco días hábiles a que se refiere el Artículo anterior sin que los acusados o los terceros civilmente responsables hayan hecho las designaciones de los Abogados de su elección, o no personados los mismos, se les designará de oficio, y se procederá con estos en la forma que se determina en el Artículo siguiente.



del Tribunal, más aún si se tratase de la persona jurídica como tercer civilmente responsable.<sup>54</sup>

Referente, a la interposición de los artículos de previo y especial pronunciamiento, el artículo 291, hace alusión al Fiscal y las demás partes, siendo vaga la definición, pues la intervención en el proceso de la persona jurídica como tercero civilmente responsable, a partir del requerimiento del Tribunal, citado artículo 281, le da la condición de parte civil a este, siendo un derecho la posibilidad de pronunciamiento respecto a lo normado en el artículo 290.<sup>55</sup>

---

<sup>54</sup> Artículo 284. Las partes pueden formular sobre cada uno de los puntos objeto de la calificación dos o más conclusiones alternativas. Artículo 285.-Se acompañarán copias del escrito de calificación y de la lista de testigos para su entrega a cada uno de los que sean parte en la causa. Artículo 286.-Las partes pueden pedir que se practiquen de inmediato aquellas diligencias de prueba que por cualquier causa sea de temer que no se puedan practicar en el juicio oral. Artículo 287.-Presentados los escritos de calificación, el Tribunal admitirá mediante auto las pruebas que considere pertinentes y rechazará las demás. Contra el auto que admita pruebas o mande a practicar las que se hallen en el caso a que se refiere el Artículo anterior, no se da recurso alguno. Contra el que las rechaza en todo o en parte, podrá interponerse, en su día, en recurso de casación, si se prepara oportunamente con la correspondiente protesta presentada a más tardar al día siguiente de la notificación. En el mismo auto el Tribunal señalará el día en que, dentro de los veinte siguientes, deban comenzar las sesiones del juicio oral, a menos que existan razones que obliguen a señalarlo para fecha posterior. Artículo 288.-Admitidas las pruebas el Tribunal adoptará las disposiciones adecuadas para que puedan practicarse en la oportunidad en que el juicio haya de tener lugar. A ese objeto librárá cuantos despachos sean necesarios y designará, en su caso, los peritos, haciéndoles saber su designación a los efectos de los Artículos 207 y 208.

<sup>55</sup> Artículo 290. Son objeto de artículos de previo y especial pronunciamiento las cuestiones siguientes: 1. La declinatoria de jurisdicción; 2. la de cosa juzgada; 3. la de prescripción de la acción penal; 4. la de amnistía; 5. la de falta de autorización para proceder, en los casos en que sea necesaria; 6. la falta de denuncia de la persona legítimada para formularla, en los casos en que, de acuerdo con la Ley, constituya un requisito para proceder. Artículo 291. El Fiscal, en el trámite de calificación, y las demás partes dentro de los tres primeros días del término concedido para evacuar conclusiones, pueden proponer las cuestiones expresadas en el Artículo anterior. Artículo 298. En el día siguiente al de la vista, si la hay, el Tribunal dictará auto resolviendo las cuestiones propuestas. Si las partes no han solicitado la celebración de vista, una vez decursado el término de prueba, el Tribunal dictará de inmediato auto resolviendo las cuestiones propuestas.

La Ley de Procedimiento Penal en su artículo 311, menciona el orden de práctica de medios de prueba en el acto de juicio oral, distinguiendo a los terceros civilmente responsables como un sujeto procesal en condición de parte, siendo el segundo en declarar, no obstante, el Tribunal puede alterar dicho orden, siendo positivo este aspecto en la norma, aunque si se tratase de una persona jurídica sería justo escuchar a los miembros de la dirección colegida y no solo al presidente, director o gerente.

Luego, a partir del artículo 312, se hace alusión a la declaración de los acusados y terceros civilmente responsables, resaltando en el artículo 313 y de hecho último artículo en el que se mencionan los terceros civilmente responsables, que, de atribuirse en la calificación, responsabilidad civil a persona distinta del acusado, le asiste a aquella el mismo derecho que a este para prestar declaración o no.<sup>56</sup>

Es obvio, que cuando se manifiesta “*responsabilidad civil a persona distinta del acusado*” se está refiriendo a los terceros civilmente responsables, cuestión esta que se debe inferir, pues de la forma en que viene redactada es inconcebible su comprensión. Lo que sí es relevante de este acápite, es que el testimonio del tercero no es una obligación, sino que se deja al margen de su valoración, lo que resulta positivo para sus intereses, pues de esta forma si considera que el mismo puede ser lesivo para sus beneficios, pues sencillamente no lo ofrece, asumiéndose una posición igualitaria y de equiparación respecto al acusado, a modo de ver de la investigación, justa con este sujeto procesal, que hasta esta última fase del proceso habían sido lacerados sus derechos, más si se trata de una persona jurídica.

Y por otra parte, no es obligatoria la comparecencia de la persona a quien solo se atribuye responsabilidad civil al acto de juicio oral, criterio normativo que deja una puerta abierta a la posterior contradicción con la sentencia respecto a los intereses civiles, pero que define la finalidad

---

<sup>56</sup> Artículo 313. De atribuirse en la calificación responsabilidad civil a persona distinta del acusado, le asiste a aquélla el mismo derecho que a éste para prestar o no declaración, en los términos expresados en el Artículo anterior. No es obligatoria la comparecencia de la persona a quien sólo se atribuya responsabilidad civil, pero será siempre indispensable su citación para dar comienzo al juicio oral. Su falta injustificada de asistencia a una de las sesiones, dispensará de la necesidad de tal citación para las que sucesivamente hayan de tener lugar.

del proceso en cuestión y su naturaleza, o sea, la determinación y comprobación de un hecho delictivo, la determinación de características y circunstancias de los participantes y la consecuente sanción penal.

Por tanto, se puede determinar que en nuestra Ley de Procedimiento Penal se ofrece un insuficiente tratamiento de la persona jurídica como tercero civilmente responsable, ya que este, independientemente de que se haga alusión vagamente en algunos artículos a los terceros civilmente responsables de forma general, como se analizó, se deja al margen de la valoración del operador del Derecho varios aspectos y actos procesales de éste, no se le brinda un tratamiento como sujeto procesal independiente, se utilizan indistintamente los términos de “tercero civilmente responsables” y “acusado civil responsable”, además de que no se conceptualiza y mucho menos se dejan claros cuales derechos le competen, a pesar de que en los pocos artículos en que aparece hayan elementos positivos que si se tienen en cuenta pueden unidos a un buen tratamiento traer a colación una correcta utilización de la institución.

Igualmente, la remisión de la Ley de Procedimiento al Código Penal y de este al Código Civil, hace más difícil, la regulación y consecuente participación de este tercero civilmente responsable en un proceso penal.

### 2.3. PROPUESTAS PARA EL PERFECCIONAMIENTO

La participación de la persona jurídica como tercero civilmente responsable en los procesos penales, hasta principios de los años 90, fue real y efectiva, pues los tribunales cubanos, tenían como referencia las legislaciones penales anteriores, que desarrollaban a grandes rasgos la forma de participación, el estatus procesal y el contenido de la responsabilidad que era exigible; pero esta práctica fue en decadencia, en principio por las propias limitantes normativas que han quedado plasmadas en la presente investigación, y por otra parte, por el criterio de algunas salas penales, respecto a la imposibilidad de participación de los terceros civilmente responsables en el proceso penal, debido a la no inclusión del contenido de la responsabilidad exigible en el Código Penal.

En una encuesta aplicada a 60 profesionales del Derecho que ejercen en esta sede, de los cuales 66,7% pertenecen a los tribunales

cubanos, casi no hacen referencia a la persona jurídica como tercero civilmente responsable, siendo en este momento, uno de los factores que conllevan a los indubitables errores en la práctica judicial, y por ende a una insatisfacción material de los intereses de la víctima del delito, siendo en la mayoría de los casos, el propio Estado cubano.

No obstante, en los últimos años, con la actualización del modelo económico cubano, se han tramitado procesos penales con la intervención de personas jurídicas como terceros civilmente responsables, tal es una causa del 2014, seguida por la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Provincial Popular de La Habana, que al valorar el abundante material probatorio de carácter documental, testifical y pericial aportado por la Fiscalía y los defensores, dictó sentencia, sancionando a las empresas Tokmakjian Group Inc., Tokmakjian Limited, CYMC Corp., Tokmakjian International Inc., y Perry Intertrade Inc, como terceros civilmente responsables por el actuar delictivo de VAHE CY TOKMAKJIAN.

Sin embargo, la acometida acerca del reconocimiento de la persona jurídica como tercero civilmente responsable en los procesos penales, debe ser en igual sentido, normativa, de ello se presentan las siguientes:

*Propuestas para perfeccionar la real intervención de los terceros civilmente responsables en los procesos penales cubanos*

Teniendo como precedente, las limitaciones para la participación real y efectiva de la persona jurídica como tercero civilmente responsable en el proceso penal cubano, se establecen las siguientes propuestas de perfeccionamiento:

#### 1. RESPECTO AL CÓDIGO PENAL:

- Definición de responsabilidad civil proveniente del delito para la persona jurídica.
- Definición de los terceros civilmente responsables y tipología.
- Remisión adecuada a la legislación civil, designando al Código Civil en materia de Responsabilidad civil por actos ilícitos, como cuerpo legal supletorio y en función de qué hace la remisión.

## 2. RESPECTO A LA LEY DE PROCEDIMIENTO PENAL:

- Reconocimiento de los sujetos procesales, y en especial, del tercero civilmente responsable como sujeto distinto del acusado, y dentro de estos a la persona jurídica.
- Identificar la actuación del tercero civilmente responsable en la fase preparatoria, sobre todo la de la persona jurídica (reconocer su participación en algunas diligencias de investigación y la posibilidad de declarar o no como testigo).
- Normar el contenido y forma de la exigencia de la responsabilidad civil de la persona jurídica como tercero en el proceso penal.
- Identificar expresamente el derecho de impugnación de las resoluciones del proceso, en especial judiciales.

## CONCLUSIONES

A manera de conclusiones se expresa:

No existe igualdad de criterio en la doctrina respecto a la consideración de la persona jurídica- tercero civilmente responsable como sujeto procesal del proceso penal, lo que dificulta su definición y estatus procesal.

No existe una participación significativa de la persona jurídica como tercero civilmente responsable en los procesos penales cubanos, que coadyuven con la materialización de los intereses materiales de las víctimas, por lo que se evidencia la ineficacia del sistema procesal penal.

Existen limitaciones normativas en cuanto a la exigencia de responsabilidad civil a la persona jurídica como tercero en los procesos penales cubanos, que propician el no reconocimiento normativo de esta y por ende una indefinición de concepto, derechos, facultades y garantías, siendo necesarias propuestas de modificación que contribuyan al perfeccionamiento del sistema procesal penal, en este sentido formulan las siguientes propuestas:

CÓDIGO PENAL - TÍTULO X - LA RESPONSABILIDAD CIVIL  
PROVENIENTE DEL DELITO - CAPÍTULO I - DEL CONTENIDO  
DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

ARTÍCULO 70.- 1. El responsable penalmente lo es también civilmente por los daños y perjuicios causados por el delito. El Tribunal que conoce del delito declara las responsabilidades civiles y su extensión, aplicando de forma supletoria y cuando sea necesario, las normas correspondientes de la Ley 59/1987, Código Civil cubano.

2. La responsabilidad civil comprende: a) la restitución de la cosa; b) la reparación del daño material; c) la indemnización del perjuicio; ch) la reparación del daño moral.

## CAPÍTULO II - LOS TERCEROS CIVILMENTE RESPONSABLES

ARTÍCULO 71.-1. Los terceros civilmente responsables pueden ser personas naturales y personas jurídicas.

2. En caso de no existir responsabilidad penal, son responsables civilmente: a) La persona jurídica responde por los daños causados por sus dirigentes, funcionarios o demás trabajadores que hayan actuado dentro de sus atribuciones o por obediencia debida, y que por esa circunstancia hayan sido declarados exentos de responsabilidad penal.

3. Son responsables civilmente, en defecto de los que lo sean penalmente: a) Las personas jurídicas están obligadas a reparar los daños y perjuicios causados a otros por actos ilícitos penales cometidos por sus dirigentes, funcionarios y demás trabajadores en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio del derecho que les asiste de repetir contra el culpable. Si el delito es cometido por los dirigentes, funcionarios o demás trabajadores en el indebido ejercicio de sus funciones, la persona jurídica responde subsidiariamente; b) las organizaciones económicas que operan hoteles, casa de huéspedes, albergues u otros establecimientos análogos, en relación con las sustracciones de bienes de que sean víctimas los huéspedes, y siempre que éstos hayan cumplido las disposiciones que regulan la custodia y vigilancia de dichos bienes; c) las organizaciones económicas que operan vehículos de cualquier clase destinados al transporte de personas y cosas, con motivo de los delitos cometidos por sus conductores en ocasión de la prestación de dicho servicio; d) las entidades y personas privadas por los delitos cometidos por su empleador en el ejercicio de sus funciones.

## LEY DE PROCEDIMIENTO PENAL - TÍTULO III - DE LOS SUJETOS PROCESALES - CAPÍTULO I - LOS SUJETOS EN EL PROCESO PENAL

ARTÍCULO 22.- Son sujetos del proceso penal: 1. El Tribunal; 2. El Fiscal; 3. El acusador particular en los casos en que esta Ley

permita su intervención; 4. El acusado; 5. El representante legal del acusado; 6. El tercero civilmente responsable; 7. Los testigos; 8. Los peritos; 9. Los instructores penales; 10. Y cualquier otro sujeto que intervenga en el contenido esencial del proceso.

#### CAPÍTULO VII - LOS TERCEROS CIVILMENTE RESPONSABLES

ARTÍCULO 28.- El tercero civilmente responsable será la persona que de acuerdo al Código Penal debe responder por los daños y perjuicios causados por el hecho punible no cometido por este.

ARTÍCULO 29.- El tercero civilmente responsable será admitido como parte civil en el proceso penal, una vez que se instituya como parte, el responsable penalmente, y tendrá los mismos derechos y facultades de las que goza el imputado respecto de la defensa de sus intereses civiles. La intervención como tercero le exime de su deber de declarar sobre el hecho punible

#### TÍTULO IV - DE LA RECUSACIÓN Y EXCUSA

ARTÍCULO 22(actualmente).- Pueden recusar: 1. El Fiscal; 2. El acusador particular en los casos en que esta Ley permita su intervención; 3. El acusado 4. El tercero civilmente responsable.

En cuanto a las diligencias de fase preparatoria:

ARTÍCULO 132(actualmente).- Cuando al practicarse las diligencias enumeradas en los Artículos anteriores, exista alguna persona respecto a la cual se haya adoptado alguna medida cautelar como presunto autor del hecho sancionable, se le instruirá de su derecho de asistir, igualmente se instruirá al tercero civilmente responsable si fuese el caso...

ARTÍCULO 134 (actualmente).- De considerarse necesario, pueden participar en la reconstrucción de los hechos el acusado, el tercero civilmente responsable...

#### CAPÍTULO V (actualmente) - DE LA DECLARACIÓN DEL ACUSADO Y LOS TERCEROS CIVILMENTE RESPONSABLES

Se incorporaría en este sentido la siguiente norma:

ARTÍCULO 167.- La toma de declaración del tercero civilmente responsable se haría siguiendo las reglas establecidas para la declaración del acusado.

Por otra parte, en cuanto al Dictamen Pericial, se dispondría:

ARTÍCULO 214.- Tratándose de diligencias que no admiten dilación o que por su índole no sea susceptible de ulterior reproducción, debe practicarse con la asistencia del Fiscal; y se

hará saber, siendo posible, al acusado y tercero civilmente responsables, en caso de existir, para que puedan designar, si es de su interés un defensor

## BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA DE LA PAZ, Enrique. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Editorial Reus (S.A). 1924.

ÁLVAREZ TORRES Y COLS, Osvaldo. *Generalidades del Derecho Procesal*. En: *Compilación de Temas de Derecho Procesal para Estudiantes de Derecho*. Editorial Universitaria. La Habana. Cuba. 2012.

BAUMANN, Jurgen. *Derecho procesal penal*. Conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos. Editorial Depalma. Buenos Aires. Argentina. 1986.

BODES TORRES, Jorge Leslie. *Reflexiones sobre las etapas procesales y los sujetos responsables*. Sociedad Mexicana de Criminología. Capítulo Nuevo León, A.C. México. 2008.

CAPILLA RONCERO, Francisco. *La persona jurídica: funciones y disfunciones*. Editorial Tecnos. Madrid. España. 1993.

CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el proceso penal*. Traducción de Santiago SENTÍS MELENDO. Editorial Librería del Foro S. A. Buenos Aires. Argentina. 1994.

CASTÁN TOBEÑAS, Jose. *Derecho civil común y foral*. Editorial Reus. Madrid. España. 1943.

CASTRO MORALES, Yudy. *Caja de Resarcimiento: aún quedan muchas cuentas pendientes*. Periódico Granma. Edición Impresa. 27 de abril de 2016.

CLARÍA OLMEDO, Jorge A. Actualizado por Vázquez Rossi, Jorge E. *Derecho procesal penal*. Tomo I. Editores Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires. Argentina. 1998.

CÓRDOVA ÁNGOLO, Miguel. *Anotaciones sobre el tercero civilmente responsable en el procedimiento penal colombiano*. Revista Derecho Penal y Criminología, vol. 34, no. 96, enero-junio 2013, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *Teoría General del Derecho Procesal*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie G. Estudios Doctrinales. No. 133. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 1992.



FERNÁNDEZ PEREIRA, Julio A. El Derecho Procesal Penal. Concepto y naturaleza del proceso penal. Evolución histórica. Los sistemas de enjuiciar. En: AA.C.C. *Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal*. Editorial Félix Varela. La Habana. 2002.

FERRARA, Francisco. *Teoría de las personas jurídicas*. Editorial Reus. Madrid. España. 1929.

GALVEZ PUEBLA, Inés. *La ejecución de la responsabilidad civil derivada del delito en Cuba*. Tesis doctoral. Universidad de La Habana. Cuba. 2009.

GARCÍA CAVERO, Percy. *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación*. Barcelona, J.M. Bosch, 1999.

GIL GIL, Alicia. *Bases para la persecución penal de crímenes internacionales en España*. Editorial Comares. Granada. España. 2006.

GOITE PIERRE, Mayda; MÉNDEZ LÓPEZ, Mirna. La responsabilidad civil derivada del delito en Cuba: una institución entre dos normas. En: AA.CC. *Comentarios a Leyes penales cubanas*. Editorial UNIJURIS. La Habana. 2014.

GRACIA MARTÍN, Luis. Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2016, núm. 18-05.

LEVENNE, Ricardo. *Manual de Derecho Procesal Penal. 2da edición. Tomo I*. Editorial Depalma. Buenos Aires. Argentina. 1993.

MARIN, J.C. *La acción civil en el nuevo Código Procesal chileno: su tratamiento procesal*. Revista de Estudios de Justicia. Chile. 2005.

MEINI, Iván. *Responsabilidad penal del empresario por los delitos cometidos por sus subordinados*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

MENDOZA DÍAZ, Juan. *Derecho procesal. Parte general*. Edición Electrónica. La Habana. Cuba. 2014.

MENDOZA PÉREZ, Juan Carlos; CASTILLO TORRES, Elayne y HECHAVARRÍA CASTILLO, Richard. La responsabilidad civil: la verdadera semántica de la Caja de Resarcimientos. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*. UNLP. Año 13 / N° 46 - 2016.

MORAS MOM, Jorge R. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Editorial LexisNexis Abeledo –Perrot. Buenos Aires. Argentina. 2004.

OLIVA SANTOS, Andrés. *Los sujetos del proceso penal*. En: Derecho Procesal Penal. Sexta Edición, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: De la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas y de las costas procesales. En: QUINTERO OLIVARES (DIR.). *Comentarios al nuevo código penal*, Navarra, Aranzadi, 1999.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Editorial Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires. Argentina. 2000.

VÁZQUEZ ROSSI, Jorge E. *Derecho Procesal Penal. Tomo II. El Proceso Penal*. Editorial Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires. Argentina. 1997.

ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *A propósito de la responsabilidad civil de la persona jurídica por delito*. Tomado de: <[http://www.perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20080527\\_54.pdf](http://www.perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080527_54.pdf)>.

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

*Agradecimentos (acknowledgement)*: MSc. Alcides Antúnez Sánchez, Profesor Auxiliar, por revisión final del contenido del manuscrito.

*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 integral aqui publicado não foi divulgado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplagio. Os itens 1.1 e 1.2 são versões revisadas e atualizadas de trechos publicados anteriormente em: HIDALGO, Leaned Matos; SÁNCHEZ, Alcides Antúnez. Referencias en torno a la intervención de los terceros civilmente responsables en los procesos penales en Cuba. *Ratio Juris*, vol. 11, n. 23, 2016.

### Dados do processo editorial

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

- Recebido em: 01/04/2018
- Controle preliminar e verificação de plágio: 01/04/2018
- Avaliação 1: 16/04/2018
- Avaliação 2: 19/04/2018
- Avaliação 3: 21/04/2018
- Deslocamento ao V4N3: 30/05/2018
- Decisão editorial preliminar: 18/06/2018
- Retorno rodada de correções: 06/07/2018
- Decisão editorial final: 14/07/2018

### Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-associado: 1 (CRG)
- Revisores: 3

### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

MATOS HIDALGO, Leaned. Realidades normativas de la persona jurídica como tercero civilmente responsable en los procesos penales cubanos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 3, p. 1177-1215, set./dez. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i3.157>



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





# Breve ensaio sobre a legitimidade do ativismo judicial no processo penal: limites e consolidação como prática jurídica

*Brief essay about the legitimacy of judicial activism in criminal procedure: limits and consolidation as legal practice*

**Aline Pires de Souza Machado de Castilhos<sup>1</sup>**


Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Porto Alegre/RS  
alinepirescastilhos@gmail.com


 <http://lattes.cnpq.br/7508668026521594>

 <https://orcid.org/0000-0002-1334-8255>

**Roberta Eggert Poll<sup>2</sup>**

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Porto Alegre/RS  
roberta.poll@hotmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/5678667511758396>

 <http://orcid.org/0000-0002-0667-2962>

---

**RESUMO:** O presente ensaio visa a analisar o ativismo judicial como ferramenta de controle das manifestações judiciais. O tema do artigo é a atuação do magistrado como legislador por meio da adoção de uma postura criativa e inovadora frente ao processo penal. O objeto de análise do trabalho é verificação da (in)compatibilidade do ativismo judicial como ferramenta de controle e convicção das decisões no sistema jurídico-penal brasileiro. A hipótese de pesquisa

---

<sup>1</sup> Mestranda em Ciências Criminais na PUCRS. Especialista em Direito Penal e Política Criminal pela UFRGS. Auxiliar de juiz do TJRS junto a 10ª Vara Criminal de Porto Alegre.

<sup>2</sup> Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Especialista em Direito Público pela UNESA. Advogada Criminalista.

gira em torno da questão relativa à violação ao fundamento democrático e o próprio desenvolvimento da função judicante. Isto é, como os intérpretes da lei compatibilizam o processo político democrático com a prática do ativismo judicial? O método de abordagem será o dedutivo, adotando-se como procedimento o bibliográfico. Destarte, em primeiro, propõe, o presente artigo, uma leitura sobre o conceito de ativismo e os principais problemas de utilização desta ferramenta para, ao depois, analisar-se a questão da utilização do fenômeno do ativismo judicial pelos magistrados de primeira instância como ferramenta de domínio de suas decisões.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ativismo judicial; Controle; Decisão; Separação dos poderes; Neoconstitucionalismo.

**ABSTRACT:** *This essay aims to analyze judicial activism as tool of domination and decision-making. The theme of this article is the magistrate's performance as a legislator through the adoption a creative and innovative approach to criminal proceedings. The object of analysis of the work is verify the (in)compatibility of judicial activism as a mechanism as a tool for control decisions in the Brazilian criminal-legal system. The hypothesis of research revolves around the question of the violation of the democratic foundation and the very development of the judicial function. how are the rights of the law compatible with the democratic process with the practice of judicial activism? The method of approach will be deductive, adopting as a bibliographical procedure. Firstly, this article proposes a reading on the concept of the judge-legislator and, afterwards, to analyze the question of the use of the phenomenon of judicial activism by the magistrates of first instance as a tool to control their decisions.*

**KEYWORDS:** *Judicial activism; Control; Separation of powers; Neo-constitutionalism.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. Como compatibilizar a instrumentalização dos direitos fundamentais e processo político democrático com a prática do ativismo? 2. A imparcialidade do julgador e os limites da interpretação legal; 3. Teoria da decisão: existem padrões a serem seguidos na interpretação judicial? Considerações Finais; Referências.

---

## INTRODUÇÃO

Diante do princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no artigo 5º de nossa Constituição Federal, inciso XXXV, tem o Poder Judiciário, com base em princípios e direitos fundamentais contemplados igualmente em nossa Carta Magna, encontrado guarida para contornar as omissões do Poder Legislativo, e assim, possibilitar, pretensamente, soluções mais justas e adequadas ao caso concreto.

A partir desta premissa, questiona-se: até que ponto está o Poder Judiciário autorizado a imiscuir-se na atividade do legislador, ainda que com o fim de uma busca por justiça?

Tal contexto, dá guarida a prática do ativismo judicial<sup>3</sup>, a qual tem se mostrado cada vez mais recorrente no cenário jurídico brasileiro. Na maioria das vezes em que se trata do assunto o foco de atenção fica na atuação do Supremo Tribunal Federal, seja através do julgamento de ações originárias na Corte, seja pelo uso do instrumento processual destinado às ações de controle de constitucionalidade.<sup>4</sup>

Não obstante essa seara de análise do ativismo judicial, o problema de pesquisa deste ensaio visa a responder à questão relativa a presença do ativismo judicial nas instâncias ordinárias do Poder Judiciário: como os intérpretes da lei compatibilizam o processo político democrático com a prática do ativismo judicial?

Pretende-se, assim, analisar a problemática de atuação de um *magistrado-legislador*, que se utiliza dessa prática forense com vistas ao domínio e controle da decisão judicial. Efetivamente, a hipótese sobre a qual se trabalha é relativa aos rumos que tem tomado a balança dos Poderes, ou seja, se a utilização deste fenômeno é prejudicial aos cânones da democracia (base fundamental da nossa sociedade) e mesmo ao próprio

---

<sup>3</sup> A literatura especializada aponta que a expressão “ativismo judicial” teve origem no ano de 1947, em um artigo publicado pela Revista Fortune sobre a Suprema Corte Americana de autoria do jornalista Arthur M. Schlesinger Junior. Compare em: JUNIOR SCHLESINGER, Arthur M. The Supreme Court. *Fortune*, Tampa, ano 35, n. 73, p. 202-208, jan., 1947.

<sup>4</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, Madrid, ano 15, n. 13, p. 17-32, jan./dez. 2009, p. 18.

desenvolvimento da função jurisdicional. Faz-se, assim, necessário o aperfeiçoamento crítico sobre as condições em que esta nova realidade tem se apresentando, analisando-se até que ponto pode o Magistrado “criar” legislação, bem como deixar de aplicar uma lei vigente, em nome de uma decisão mais justa.

Para construção do objeto de pesquisa será utilizada a técnica de revisão bibliográfica consistente em explicar o problema por meio das teorias publicadas em obras de um mesmo gênero, com resguardo em livros, periódicos e noticiosos online, partindo do geral para o particular, permitindo a construção de conclusões. O método empregado será o dedutivo, consistente em utilizar o raciocínio lógico que faz uso da dedução para obter a conclusão e; dialético, dado que objetiva se aproximar das discussões da realidade social, por meio da análise de uma situação concreto. De forma a auxiliar a pesquisa será utilizado o recurso à legislação, doutrina e jurisprudência acerca da matéria objeto do estudo.

A escrita divide-se em três tópicos substanciais para estabelecer uma compreensão geral e interdisciplinar do conteúdo proposto, quais sejam: Como compatibilizar a instrumentalização dos direitos fundamentais e o processo político democrático com a prática do ativismo?; O controle da decisão e a ingerência do Poder Judiciário na lei; Teoria da decisão: padrões a serem seguidos na interpretação.

## **1. COMO COMPATIBILIZAR A INSTRUMENTALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PROCESSO POLÍTICO DEMOCRÁTICO COM A PRÁTICA DO ATIVISMO?**

O ativismo judicial é uma conduta do Poder Judiciário, que interpreta a Constituição Federal de forma ampla e abrangente, a fim de contornar um eventual prejuízo decorrente da inércia e insuficiência de atuação dos demais poderes, em especial, do Poder Legislativo.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> ARANHA, Mariana Domigues de Castro Camargo; ARANHA FILHO, José Queiroz Telles de Camargo. *A legitimidade constitucional do ativismo judicial*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 86, p. 207-325, jan./mar., 2014, p. 321.



Consiste em um fenômeno surgido nas últimas décadas que, representa “o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos negativos)”.<sup>6</sup> Na verdade, o ativismo judicial equivale a uma desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes, na medida em que o magistrado acaba por ultrapassar as linhas demarcatórias da função jurisdicional, em prejuízo principalmente da função legislativa, mas também da função administrativa e, até mesmo, da função de governo.<sup>7</sup>

Partindo-se destas premissas, deve este fenômeno ser analisado a partir de sua relação com o processo democrático, bem como quanto a instrumentalização dos direitos fundamentais individuais e sociais, a fim de aferirmos a legalidade e legitimidade do ativismo.<sup>8</sup>

Nessa sena, pode se traduzir o ativismo como uma espécie de usurpação de competência, já que adentra a competência do Poder Legislativo;<sup>9</sup> consiste em uma manifestação que deriva do neoconstitucionalismo, ou seja, um novo interpretar da Constituição Federal, cujos paradigmas não foram, de forma geral, assimilados.<sup>10</sup> Observa-se, portanto, que o processo de criação do ativismo está umbilicalmente relacionado com o processo de formação do Estado Democrático de Direito, assentado

---

<sup>6</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

<sup>7</sup> OLIVER, Luciana Zanchetta. *Ativismo Judicial no Brasil e as consequências de sua consolidação*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 11-15.

<sup>8</sup> CAMARGO, Gerson Ziebarth. Aspectos doutrinários favoráveis e desfavoráveis ao ativismo e à autocontenção judicial. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, Umuarama, ano 18, n. 19, p. 233-264, jul./dez. 2016, p. 325-237.

<sup>9</sup> ARANHA, Mariana Domigues de Castro Camargo; ARANHA FILHO, José Queiroz Telles de Camargo. *A legitimidade constitucional do ativismo judicial*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 86, p. 207-325, jan./mar., 2014, p. 311.

<sup>10</sup> BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, Madrid, ano 15, n. 13, p. 17-32, jan./dez. 2009, p. 21-24.

nos pilares da democracia e dos direitos fundamentais. Em síntese, a evolução do Estado permitiu assegurar direitos individuais e coletivos, limitando a atuação política estatal, exigindo, por outro lado, políticas governamentais positivas que garantissem o mínimo de bem-estar aos indivíduos que dela fazem parte.<sup>11</sup>

A partir de tais premissas, e visando garantir esses direitos e assegurar o cumprimento das finalidades do Estado com máxima eficiência, chegamos a repartição dos Poderes em órgãos correspondentes à legislação, à justiça e à administração. Nos dizeres de Locke: “a única maneira pela qual uma pessoa qualquer pode abdicar de sua liberdade natural e revestir-se dos elos da sociedade civil é concordando com outros homens e juntar-se e unir-se em uma comunidade, para viverem confortável, segura e pacificamente uns com os outros, num gozo seguro de suas propriedades e com maior segurança contra aqueles que dela não fazem parte”.<sup>12</sup>

Consoante citação acima verifica-se que, o pacto social tinha, portanto, a finalidade de organizar os indivíduos politicamente sob o crivo de uma única lei que garantisse a convivência mútua. Nesta esteira, à luz dos dizeres de Montesquieu: “estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas particulares”.<sup>13</sup>

Todavia, em que pese o princípio da tripartição dos poderes tenha recebido relevante respaldo e ainda seja uma das bases de nossa democracia e de outras tantas, ele não possui mais a rigidez que possuía. Ademais, não apenas as funções “atípicas” do Poder Judiciário recebem críticas, mas ferramentas como medidas provisórias e delegações legislativas são questionadas, colocando à prova toda uma teoria.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> OLIVER, LUCIANA ZANCHETTA. *Ativismo Judicial no Brasil e as consequências de sua consolidação*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 11-15.

<sup>12</sup> LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 468.

<sup>13</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O Espírito das Leis*. Tradução Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 165.

<sup>14</sup> CARVALHO, Márcia Haydêe Porto de; SILVA, Júlio César Souza. O STF em sede de controle de constitucionalidade: justificação e legitimidade de suas

A atuação de cada órgão de forma independente, autônoma e harmônica entre si, é determinação e pressuposto básico do processo democrático. Ainda assim, a Constituição Federal autoriza que um órgão interfira sobre o outro, quando houver omissão ou ingerência, desde que a finalidade seja direcionada para o atendimento à direitos fundamentais individuais e sociais. Trata-se, do denominado sistema *checks and balances*, isto é, sistema de freios e contrapesos que, no entender de José Afonso, significa: “que os trabalhos do Legislativo e do Executivo, especialmente, mas também do Judiciário, só se desenvolverão a bom termo, se esses órgãos se subordinarem ao princípio da harmonia, que não significa nem o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco [que, aliás, integra o mecanismo], para evitar distorções e desmandos. A desarmonia, porém, se dá sempre que se acrescentem atribuições, faculdades e prerrogativas de um em detrimento de outro”.<sup>15</sup>

Em que pese a Constituição Federal determine que haja equilíbrio entre os Poderes, verifica-se que o Poder Judiciário se tornou o principal órgão de discussão e tradução de todos os valores e conteúdos amplos subjacentes às normas constitucionais, o que dentro de um modelo de sociedade da qual a Constituição Federal reflete os distintos interesses que a compõem, torna o órgão judicante o principal intermediário dos valores da própria sociedade.<sup>16</sup> Soma-se a isto o fato de que o exercício da atividade de interpretação e aplicação do Direito está permeado por uma

---

decisões em um contexto de revisão da teoria da separação dos poderes. Revista de Direito Constitucional e Internacional, n. 97, p. 143-164, set.-out., 2016, p. 144.

<sup>15</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 111.

<sup>16</sup> Nas palavras de Streck trata-se do fenômeno do ‘panpricipiologismo’, ou seja, “uma proliferação de princípios, circunstância que pode acarretar o enfraquecimento da autonomia do direito (e da força normativa da Constituição), na medida em que parcela considerável (desses princípios) é transformada em discursos com pretensões de correção e, no limite, como no exemplo da ‘afetividade’, um alibi para decisões que ultrapassam os próprios limites semânticos do texto constitucional. Compare em: STRECK, Lênio Luiz. O Panpricipiologismo e a “Refundação Positivistica”. In: COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo. *Constituição e Ativismo Judicial*:

textualidade normativa aberta e uma linguagem de princípios, trazendo ao Judiciário a função de interpretação desses valores e temos um Poder em claro destaque se comparado aos demais.<sup>17</sup>

Na busca por concretização desses valores (direitos fundamentais individuais e sociais), passa o órgão judicante a exercer de forma mais ampla em seu processo hermenêutico e, de aplicação das normas, uma função que precipuamente compete ao Poder Legislativo. Este deslocamento aos magistrados do debate destas questões de grande relevância mostra a grande tensão atual entre o Poder Judiciário e os demais Poderes. Não por outro motivo que Oscar Vieira aduz que: “na prática, as cortes constitucionais há muito se vêm debatendo com questões morais graves, como a pena de morte, o aborto, o significado da pessoa humana como limitação última à Constituição, a relação entre privacidade e liberdade de expressão”.<sup>18</sup>

Denota-se, portanto, que a exasperação das cláusulas abertas, dos conceitos indeterminados e dos próprios princípios motivaram a eclosão dos parâmetros normativos delimitadores da função criativa do magistrado. Todavia, como afirma Elival Ramos, “a identificação de limites ao órgão responsável pela tarefa de concretização, sutilmente, acaba por se deslocar de um plano exclusivamente jurídico-normativo para uma dimensão axiológica, externa ao ordenamento positivo”.<sup>19</sup>

Na verdade, todo o processo se inicia com a elaboração da leis pelo Poder Legislativo, tendo em vista os discursos de justificação que pautam a atuação estatal, quais sejam as pretensões jurídicas dos indivíduos (legitimidade democrática). Por outro lado, o Judiciário, “como representante imparcial da comunidade jurídica, se desenvolve perante uma ampla esfera

---

limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 221.

<sup>17</sup> FERREIRA, Eber de Meira. Poder Judiciário, *Ativismo Judicial e Democracia*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo. 2014, p. 88.

<sup>18</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. A moralidade da Constituição e os Limites da Empreitada Interpretativa, ou entre Beethoven e Bernstein. In: SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 227-228.

<sup>19</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 88.

pública jurídica um discurso de aplicação de normas. Justificação e aplicação, portanto, implicam distintas lógicas de argumentação que precisam ser distribuídas em dois diferentes Poderes do Estado. Complementando esse quadro, o princípio da vinculação do juiz à lei impede o Judiciário, que detém o poder de determinar a execução administrativa de suas próprias decisões, de definir o conteúdo de sua própria atuação”.<sup>20</sup>

Em face disso, refuta-se a ideia de que a atividade criativa dos magistrados para além do caráter deontológico dos direitos; “a prática da decisão está ligada ao direito e à lei, e a racionalidade da jurisdição depende da legitimidade do direito vigente. E esta depende, por sua vez, da racionalidade de um processo de legislação, o qual, sob condições da divisão de poderes do Estado de direito, não se encontram à disposição dos órgãos de aplicação do direito”.<sup>21</sup> É importante registrar que dois seriam os problemas quando da utilização da “jurisprudência dos valores”, mormente quando verificada a utilização do chamando “sopesamento”.<sup>22</sup> Em primeiro lugar, haveria o problema de que o caráter teleológico, orientado pelo caso concreto submetido à julgamento, pudesse levar à renúncia de direitos fundamentais (individuais e/ou sociais), em favor de objetivos coletivos. Por outro lado, a ponderação de interesses entre valores ou princípios não seria efetivamente um procedimento baseado em critérios racionais e, por conta disso, “seria realizado ou de forma arbitrária ou irrefletida”.<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> ROCHA, Jean Paul C. Veiga da. Separação dos Poderes e Democracia Deliberativa. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. *Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 181-182.

<sup>21</sup> HABERMAS, Jünger. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 297.

<sup>22</sup> O sopesamento ou ponderação de interesses é um critério utilizado na jurisprudência brasileira e de outros países como forma de solução de conflitos entre princípios. Isto é, se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Compare em: ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 143.

<sup>23</sup> MENDES, Conrado Hüber; SILVA, Virgílio Afonso da. Habermas e a Jurisdição Constitucional. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. *Direito e Democracia:*

A título de direito comparado, ressalta-se que a literatura estadunidense especializa tem sustentado a denominada teoria dos princípios neutros, pela qual as decisões das Cortes deveriam estar pautadas em um princípio a ser aplicado em decisões subsequentes, o que manteria, desta forma, o grau de coerência, certeza e objetividade jurídica do magistrado,<sup>24</sup> ou seja, se privilegiaria argumentos lastreados em uma primazia do Judiciário para realização de raciocínios sobre questões fundamentais, uma vez que este não estaria sujeito às pressões a que normalmente se submetem o Legislativo e até mesmo o Executivo.<sup>25</sup> Ademais, a análise realizada pela doutrina norte-americana é especialmente focalizada na Suprema Corte estadunidense, razão pela qual deve-se ter cuidado ao compará-la ao sistema jurídico brasileiro, cuja base normativa são direitos substantivos e não de viés procedimental, de caráter construtivo.<sup>26</sup> Outrossim, verifica-se que as críticas de utilização do fenômeno do ativismo judicial, desenvolvidas pela doutrina norte-americana podem sim ser aplicadas à realidade brasileira ainda que com ressalvas.

É importante lembrar que há uma preocupação com a utilização de um fenômeno que é ausente de critérios claros no processo de tradução dos valores e dos princípios, com a quebra do caráter deontológico do sistema normativo, e com a transgressão ao caráter democrático. No sistema democrático, o governo pertence ao povo,<sup>27</sup> que o exerce por meio de seus representantes, eleitos democraticamente por meio do voto, cujos representantes eleitos integram os Poderes Legislativo e Executivo. Já a

---

um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 213.

<sup>24</sup> O professor Herbert Wechsler publicou em 1959, na Revista de Direito da Universidade de Harvard, sua teoria sobre os princípios neutros de direito constitucional. Trata-se de um método jurídico de objetividade plena, que objetiva a neutralidade do intérprete. (WECHSLER, Herbet. Toward Neutral Principles of Constitutional Law. *Harvard Law Review*, Massachusetts, ano 73, n. 1, p. 1-35, nov. 1959).

<sup>25</sup> ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 78.

<sup>26</sup> FERREIRA, Eber de Meira. *Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo. 2014, p. 101.

<sup>27</sup> A própria origem da palavra democracia já indica a fonte do poder. Em grego “demo” significado povo e “cracia” significa poder. Logo, poder do povo.

designação dos membros do Judiciário, via de regra, ocorre por meio de concurso público de provas e títulos (art. 37, da Constituição Federal), ou, no caso dos órgãos de segunda instância, também por indicação e aprovação dos demais Poderes.<sup>28</sup>

É forçoso concluir que o uso exacerbado da ponderação de valores na forma de ativismo judicial desprestigia o Poder Legislativo, que teria combatida sua atividade criativa e inovadora no sistema jurídico brasileiro, na medida em que as leis criadas acabam por ter sua rigidez corrompida pelo exacerbado decisionismo realizada pelos magistrados, abalando a segurança jurídica. Certo é que a intervenção judicial em matéria reservada à deliberação política majoritária se traduz em uma intervenção do Direito no campo do pluralismo político, o que acaba gerando um desequilíbrio entre os poderes e grave prejuízo à democracia.<sup>29</sup>

O juiz deve atuar dentro da legalidade, e não motivado por vontade política própria, uma vez que exerce um poder representativo. O Estado é uno e o poder judiciário é apenas uma expressão do poder estatal.<sup>30</sup> Nesse exato sentido defende Perez, para quem: “não há dúvida de que a abertura para o Poder Judiciário do exercício de um papel político favorece o desenvolvimento do ativismo judicial. A transferência de decisões de repercussão política e social antes afetas ao Legislativo e ao executivo à seara do Judiciário, faculta-lhe exorbitar no exercício de suas funções, infringindo os lindes demarcatórios das tarefas reservadas aos demais Poderes. O aumento qualitativo do controle judicial enseja aumento da possibilidade de desvirtuamento de suas funções”.<sup>31</sup>

---

<sup>28</sup> OLIVER, Luciana Zanchetta. *Ativismo Judicial no Brasil e as consequências de sua consolidação*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade de Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 106.

<sup>29</sup> FRANCO, Aline Fonseca; COSTA FILHO, José de Oliveira. Pode o judiciário agir concretamente além dos limites de sua competência – ativismo judicial e judicialismo da política. *Colloquium Humanarum*, Presidente Prudente, ano 12, n. 1, p. 155-162, jan./abr. 2015, p. 160.

<sup>30</sup> ARANHA, Mariana Domingues de Castro Camargo; ARANHA FILHO, José Queiroz Telles de Camargo. *A legitimidade constitucional do ativismo judicial*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 86, p. 207-325, jan./mar., 2014, p. 301.

<sup>31</sup> PEREZ, Carlos Alberto Navarro. Relação entre o ativismo judicial e a atuação deficiente do poder legislativo: altruísmo e desserviço da democracia. *Revista*

Por fim, é importante frisar os efeitos negativos das decisões judiciais que interferem em campos destinados aos Poderes Legislativo e Executivo, especialmente no campo das finanças públicas, destrói o planejamento financeiro e público e captura a capacidade organizacional do Poder político.

## 2. A IMPARCIALIDADE DO JULGADOR E OS LIMITES DA INTERPRETAÇÃO LEGAL

É notório que o ordenamento jurídico brasileiro, em inúmeras vezes, apresenta uma realidade socioeconômica em desacordo com o texto normativo; em outras, o texto legal apresenta lacunas. Nenhuma destas situações eximem o Magistrado de sua atuação, devendo analisar os fatos e apresentar uma decisão à luz do sistema constitucional. No entanto, apenas na segunda situação ele está autorizado a dar uma solução não prevista legalmente, sob pena de estar adentrando a esfera de ingerência do Poder Legislativo.

Em verdade, estamos diante do fenômeno da judicialização da política, haja vista que questões extremamente relevantes de ordem política, social e moral, estão sendo decididas em caráter final pelo Poder Judiciário.<sup>32</sup> Trata-se de uma atitude que advém das próprias instâncias políticas, as quais acabam levando ao Poder Judiciário, matérias que não estão bem resolvidas no Parlamento, e que chegam aos juízes para um segundo instante de debate.<sup>33</sup> É como se a necessidade de proteção dos direitos e garantias fundamentais e da aplicabilidade da Constituição possibilitasse ao Poder Judiciário decidir casos ainda que sejam estes de essência política, mas que ficaram esquecidos pelos

---

de *Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 20, n. 78, p. 115-149, jan./mar. 2012, p. 120.

<sup>32</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: Paula, Daniel Giotti de; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (orgs.) *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 228-229.

<sup>33</sup> Paula, Daniel Giotti de; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (orgs.) *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 294.



demais poderes.<sup>34</sup> Trata-se de um cheque em branco, a ser preenchido pelo Magistrado da forma como este bem entenda, desde que o pretexto seja realizar justiça.

No entanto, um julgador que amolda a lei de acordo com a decisão que deseja ver concretizada nos autos, nulificando uma das bases do sistema judicial, quer seja, a segurança jurídica, não serve ao sistema democrático de direito, muito menos ao processo penal, que requer um julgador estritamente imparcial e vinculado aos ditames constitucionais, em especial ao contraditório e a ampla defesa.

Em face de tal premissas, mister enxergarmos os limites e a possibilidade de exercício da atividade jurisdicional como critérios relevantes, a fim de que se possa identificar o ativismo judicial<sup>35</sup>. Trata-se de uma preocupação por parte da doutrina e dos operadores do direito de forma geral, os cientes dos perigos de uma atuação judicial que extravase os limites da função jurisdicional tal como foi concebida, e, por isso, há muito o tema vem sendo debatido e ainda continua sendo uma questão extremamente atual.<sup>36</sup>

Mas o ativismo, ainda sim, encontra guarida em muitos. Existem os que defendem, de forma feroz a prática, argumentando que o objetivo primordial é extrair o máximo que a letra da lei pode nos dar, tendo-se

---

<sup>34</sup> MEDEIROS, Jackson Tavares da Silva de. Neoconstitucionalismo e ativismo judicial – limites e possibilidades da jurisdição constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 84, p. 175-221, jul./set. 2013, p. 212.

<sup>35</sup> MEDEIROS, Jackson Tavares da Silva de. Neoconstitucionalismo e ativismo judicial – limites e possibilidades da jurisdição constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 84, p. 175-221, jul./set. 2013, p. 175.

<sup>36</sup> FARIAS, Rachel Nunes de Carvalho. O ativismo judicial e a ingerência do poder judiciário na escolha das políticas públicas. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 101, n. 80, p. 57-81, mai./jun. 2017, p. 58. A autora refere que Édouard Lambert, em 1921, já afirmava da existência desse perigo, ideia que foi compartilhada, mais tarde, por Arthue Schlesinger Jr., em 1947, e que utilizou a expressão ativismo judicial para analisar as decisões dos juizes da Suprema Corte dos Estados Unidos. Muito por isso, se aduz a existência de uma ligação direta entre à origem do ativismo judicial e a história do estado norte americano. Desde então, em muitas ocasiões, a Corte Americana vem praticando ativismo judicial, muitas vezes reconhecendo direitos não previstos na carta magna daquele país.

uma interpretação fidedigna do texto legal, isso sem que se invada o campo de criação da norma, órbita do Poder Legislativo. Ademais, referem que o direito estaria amparado no exercício regular de um pretensão poder-dever, que partiria do geral-abstrato, da norma para o caso concreto, para aí então se materializar a prestação jurisdicional, realizando de forma efetiva a justiça no caso concreto<sup>37</sup>, o que deve ocorrer não apenas na interpretação da legislação, mas também em suas lacunas, assim como em sua ausência (anomia).

Há ainda quem argumente, na defesa da prática do ativismo, que se trata de prática que busca por um processo justo e igualitário, uma vez que não pode conviver com a inércia de qualquer dos sujeitos da relação processual, e que eventual atividade probatória no processo penal a ser realizada pelo julgador, não tem o condão, por si só, de macular o direito fundamental e constitucional a um juiz imparcial.<sup>38</sup> Proclama-se, ainda, pela reinvenção do princípio da separação dos poderes, já que não se poderia mais admitir uma separação estanque de competências, deixando, assim, o Poder Judiciário de ser não mais que apenas a “boca da lei” e tendo uma atuação mais ativa.<sup>39</sup>

Não obstante o fato de que a maior parte de tais condutas não poderiam sequer ser cogitada no processo penal, há que se diferenciar o julgador que busca na doutrina e jurisprudência formas de analisar caso concreto, daquele que usa tais mecanismos como forma de justificar a decisão que pretende tomar e que, muitas vezes, encontra-se em desconformidade com a lei que rege o caso concreto, justificando sua atuação com base no ativismo judicial. Não há que se falar em justiça em casos como tais, e muito menos em interpretação jurisprudencial, mas em uma simples busca de embasamento teórico-jurídico para uma decisão

---

<sup>37</sup> FARIAS, Rachel Nunes de Carvalho. O ativismo judicial e a ingerência do poder judiciário na escolha das políticas públicas. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 101, n. 80, p. 57-81, mai./jun. 2017, p. 59.

<sup>38</sup> SOUZA, Artur César de. O ativismo judicial no processo penal e a imparcialidade do juiz. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 868, jun. 2012, p. 432.

<sup>39</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Processo Constitucional e direitos fundamentais: ensaio sobre uma relação indispensável à configuração do estado democrático de direito. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano 71, n. 2, p. 63-91, abr./jun. 2009.

que já está tomada, baseada na convicção pessoal do magistrado, e que, considerando a utilização de tal mecanismo, pode ser alheia à prova dos autos e ainda sim estará justificada.

Deve-se atentar ainda para os possíveis riscos de se colocar em xeque a questão da legitimação democrática, de se ter uma possível politização da justiça, assim como a já mencionada ausência de competência institucional do Poder Judiciário para decidir além do que determina a lei.<sup>40</sup> Ademais, uma atuação probatória mais incisiva do magistrado, causará, sem sombra de dúvida, uma mancha ao sistema acusatório. Na verdade, negar ao juiz a atividade probatória nada mais é que a manifestação do princípio acusatório.<sup>41</sup>

O fato é que o juiz do ativismo probatório, independente de suas intenções, sempre que atua como se parte fosse, e assim, quando busca provas de ofício a fim de justificar a sua decisão, o faz beneficiando o autor ou o réu.<sup>42</sup> Nessa senda, mister uma teoria da decisão que faça frente ao solipsismo judicial que reina em nosso Judiciário, fenômeno que consegue reduzir o direito àquilo que dizem os juízes e os tribunais.<sup>43</sup> Ademais, sempre que o intérprete não conhece o processo que resultou e formou as bases do convencimento do magistrado, este se converte em uma marionete, e assim é levado a julgamentos inconsistentes, e quando alguém pensa de modo equivocado, o pensamento se torna rarefeito e quase nulo.<sup>44</sup>

Analisando-se, ainda, a temática da justiça vinculada ao ativismo judicial, verifica-se que a questão está em determinar como e quem deve

---

<sup>40</sup> URBANO, Maria Benedita. The law of judges: attempting against Montesquieu legacy or a new configuration for na old principle? *VIII World Congress of the Internacional Association os Constitutional Law*, México, n. 6-10, dezembro 2010.

<sup>41</sup> SOUZA, Artur César de. O ativismo judicial no processo penal e a imparcialidade do juiz. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 868, jun. 2012, p. 655.

<sup>42</sup> DELFINO, Lúcio; FERREIRA, Ziel Lopes. Streck, Fonseca Costa, Kahneman e Tversky: todos contra o ativismo judicial probatório de Michele Taruffo. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 255, maio. 2016, p. 163.

<sup>43</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

<sup>44</sup> FREITAS, Juarez. A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano 40, n. 130, p. 223-244. jun. 2013.

dizer o que é justo, o que é certo e errado, onde está o bem e onde está o mal, não parecendo razoável deixar tal questão como uma escolha ou convicção pessoal do julgador, como se este fosse o dono da verdade, que, como se sabe, sequer existe. Este não está, ou ao menos não deveria estar legitimado a impor a todos aqueles que têm seus bens jurídicos atrelados a sua competência, o seu senso de justiça.<sup>45</sup> Ademais, sempre devemos atentar ao fato de que jamais conhecemos o nosso juiz natural, o qual pode possuir convicções semelhantes às nossas, ou não. Mas e se o meu juiz natural possuir convicções semelhantes a um inquisidor? Fará ele justiça ao caso concreto?

Não se está aqui afirmando que não existem lacunas que necessitam ser preenchidas, assim como por vezes é necessária a superação da omissão de outros poderes, e há previsão constitucional para tanto, já que ao juiz não é assegurado o *no liqed*. Tal iniciativa é louvável e precisa ser incentivada.

Os dispositivos legais estão repletos de termos vagos, abertos e indeterminados,<sup>46</sup> e nada disso deve impedir o julgado de realizar sua atividade jurisdicional. Quanto maior o grau de indeterminação legal, mais importante e complexa é a tarefa do magistrado.

Todavia, é preciso lembrar que os direitos e garantias fundamentais não são apenas direitos das partes, mas preceitos que dirigem e vinculam a conduta do próprio magistrado<sup>47</sup> que necessita zelar pela lisura do processo, o que passa, necessariamente, pela sua imparcialidade. Desta feita, a busca pela efetivação de direitos fundamentais não é nem se deve traduzir em produção legislativa, mesmo por que estes já estão previstos em nossa Carta Magna. Em nenhuma circunstância deve a atividade jurisdicional se traduzir em atividade legiferante, e ao trazer aos

---

<sup>45</sup> ABOUD, Georges; LUNELI, Guilherme. Ativismo Judicial e instrumentalidade do processo. Diálogos entre discricionariedade e democracia. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 242, p. 19-45, abr. 2015.

<sup>46</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes Instrutórios do Juiz. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 154.

<sup>47</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidivo – o ativismo judicial. In: DE PAULA, Daniel Giotti; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (orgs.) *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador, JusPodivm, 2011, p. 397.

autos uma solução contrária à Constituição Federal e a legislação vigente, temos uma atividade que sequer pode ser chamada de legítima. Ademais, o poder de decidir não é discricionário, uma vez que, ao decidir à luz dos dispositivos legais, o julgador não o faz por juízos de conveniência e oportunidade. Estando o magistrado diante de uma hipótese de subsunção da situação que se encontra nos autos, não há alternativa ao magistrado que não seja a aplicação da regra invocada.<sup>48</sup>

Uma das formas de se evitar a manipulação da decisão por parte dos magistrados seria através da criação de uma teoria da decisão, que defina critérios de decidir, permitindo o controle o epistemológico e subjetivo do julgador por parte do cidadão, que atualmente é refém do senso de justiça do magistrado. Trata-se de uma alternativa para que a democracia não permaneça como vítima de uma irracionalidade que permeia as decisões judiciais pela simples razão de que juízes são seres humanos, e como tais, comentem erros cognitivos imperceptíveis.<sup>49</sup> Ademais, evitaria a manipulação de uma decisão jurídica, já que possibilitaria o rastreamento das razões que levaram àquela decisão, bem como o seu embasamento normativo.

Importante ainda salientar que, dentro do processo penal, é preciso que se construam sistemas processuais fundados no modelo acusatório, deixando-se de lado todo e qualquer resquício de um modelo inquisitorial, que por anos vigorou e que ainda nos dias de hoje deixa sua marca no processo penal brasileiro.<sup>50</sup>

Nunca é demais ressaltar que o julgador não pode buscar provas de ofício; esta é uma atribuição da acusação, do Ministério Público, e se o fizer, estará se tornando parcial. Um juiz que substitui o *parquet*, realizando perguntas para as testemunhas, buscando provas da materialidade

---

<sup>48</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes Instrutórios do Juiz. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 154.

<sup>49</sup> DELFINO, Lúcio; FERREIRA, Ziel Lopes. Streck, Fonseca Costa, Kahneman e Tversky: todos contra o ativismo judicial probatório de Michele Taruffo. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 255, maio. 2016, p. 163.

<sup>50</sup> RAMOS, Glauco Gumerato. Repensando a prova de ofício. *Revista de Processo*, n. 190, dez. 2010, p. 324.

e autoria do fato, está afastado do sistema acusatório.<sup>51</sup> Este juiz não mais possui legitimidade para julgar e não possui condições de produzir uma decisão justa. Se a questão não se encontra suficientemente elucidada, a alternativa é a absolvição, não havendo legitimidade na busca sob a justificativa de preenchimento de uma lacuna via ativismo judicial. Não é esse tipo de ativismo judicial que se encontra legitimado em nossa Carta Magna, e que permite ao Juiz a supressão de lacunas a fim de conferir exequibilidade a direitos e garantias fundamentais.

Na verdade, todas as garantias, processuais e penais, constituem-se em técnicas que objetivam minimizar ou reduzir o poder punitivo estatal, visando reduzir os espaços para ao arbítrio judicial e a afluência das penas.<sup>52</sup> O garantismo deve atuar como um limitador estatal, fundado nos direitos individuais, e não deve ser diferente com a atividade jurisdicional.<sup>53</sup>

Importante destacar que não se trata de atrelar o magistrado à literalidade da lei. Contudo, deve o julgador sujeitar-se à lei válida, entendendo-se validade como coerência com os significados que devem ser extraídos do texto constitucional<sup>54</sup>, ainda que a lei não traduza o significado de justiça que entende o juiz, deve ser aplicado ao caso concreto.

Mas o que temos visto em nossas decisões? Trata-se o ativismo judicial de matéria superada? Infelizmente, vislumbra-se de forma constante uma conduta jurisdicional vinculada à busca de determinada decisão, inclusive em casos em que não há qualquer lacuna a ser preenchida, de

---

<sup>51</sup> CASTRO, Alexandre Fonseca Monteiro de. Ativismo judicial e imparcialidade da jurisdição. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 281, abr. 2016.

<sup>52</sup> RUA, Mónica Maria Bustamente. La relación Del estándar de prueba de La Duda razonable y la presunción de inocencia desde el garantismo procesal en el proceso penal colombiano. *Opinión Jurídica*, Medellín, ano 9, n. 7, jan./jun. 2010, p. 84.

<sup>53</sup> FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JR., José Alcebíades (org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997, p. 90-91.

<sup>54</sup> SEGUNDO, Antonio de Holanda Cavalcante; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna Santiago. Íntima Convicção, veredictos dos jurados e o recurso de apelação com base na contrariedade à prova dos autos: necessidade de compatibilidade com um processo de base garantista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Porto Alegre, n. 116, set./out. 2015, p. 169.

forma que a busca ocorre para simplesmente justificar a decisão que o julgador quer, que lhe parece mais justa. E é nesse sentido que se questiona: justa para quem?

É preciso estar atento ao fato de que a decisão ativista que resolve por uma pretensa “justiça” pode significar uma injustiça, principalmente quando se encontram ausentes as bases constitucionais. Em casos como tais, mais adequado falar em injustiça, uma vez que não há melhor adjetivo para uma decisão parcial. Em que pese a nobreza que possa vir a advir de tal conduta, não se pode ficar vinculado ao que cada magistrado entende por justiça, sob pena deste tornar-se um mero legislador. Nos dizeres de Geraldo Prado, “quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador.”<sup>55</sup>

### **3. TEORIA DA DECISÃO: EXISTEM PADRÕES A SEREM SEGUIDOS NA INTERPRETAÇÃO JUDICIAL?**

Como já mencionado, em 1959, o professor da Universidade de Harvard, Herbert Wechsler desenvolveu, no Estado americano de Massachusetts, a teoria dos princípios neutros, cujo principal objetivo é a criação de *standards* para serem seguidos pelo julgador diante da realização de um processo de interpretação.<sup>56</sup> A partir das premissas desenvolvidas por Wechsler, seria possível a criação de uma teoria da decisão para o Processo Penal brasileiro, que estabelecesse padrões aos magistrados diante de sua atividade interpretativa. Isto porque, a regra de determinado caso concreto não diferiria dependendo da identidade ou do interesse do demandante.

A criação do Direito por parte dos magistrados há tempos vem sendo estudada e debatida, sendo chamada por alguns de “criatividade

---

<sup>55</sup> PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*, 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 132.

<sup>56</sup> WECHSLER, Herbet. *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*. *Harvard Law Review*, Massachusetts, ano 73, n. 1, p. 1-35, nov. 1959.

da função jurisdicional”<sup>57</sup>. Então por qual motivo até o presente momento não foi também estudada e desenvolvida uma teoria da decisão? A questão perpassa, necessariamente em primeiro, pela análise da própria estrutura do Direito Penal e do Processual Penal brasileiro, que seguem as normas da *Civil Law* e, em segundo, pelo estudo do papel do julgador diante do caso concreto: mero intérprete-aplicador ou participante da atividade legislativa?

Quanto ao primeiro ponto é imprescindível registrar que a literatura especializada vem afirmando, de uns tempos para cá, a existência de uma “miscigenação das famílias de direito ocidentais, quais sejam, a *Common Law* e a *Civil Law*”,<sup>58</sup> na medida em que a existência de pressupostos e caracteres opostos tem sido resguardado mais ao plano teórico do que para o plano prático. Portanto, esta barreira de criação de uma teoria da decisão, em vista da “modalidade de Direito” adotada no país (*Civil Law*) é facilmente superada pela própria estrutura do Direito.<sup>59</sup> A uma porque o Processo Penal brasileiro continua decidindo suas questões tendo-se em vista preceitos legais fixados antecipadamente e não em sentenças judiciais anteriores. A duas porque uma teoria da decisão obrigaria juízes e tribunais a decidirem de acordo com uma “decisão de princípio”, ou seja, repousando suas razões sobre todas as questões do caso, razões estas que em sua generalidade e imparcialidade transcenderiam qualquer resultado imediato que estivesse envolvido.

Outrossim, juízes e tribunais não devem utilizar princípios da maneira que são empregados na política (concretização de direitos da coletividade) ou na atividade legislativa (proteção em abstrato ao bem jurídico) mas, sim decidir apenas o caso que têm diante deles. Desta forma, já seria possível perceber o papel do julgador diante do caso concreto: o juiz não detém total liberdade interpretativa diante de sua tarefa de

---

<sup>57</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 13.

<sup>58</sup> FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. Interpretação Judicial Criativa: análise teórica e jurisprudencial. *Revista Direito e Inovação*, Frederico Westphalen, ano 2, n. 2, p. 35-43, jul. 2014

<sup>59</sup> Sobre as diferenças e semelhanças entre Civil e Common Law ver: VIEIRA, Andréia Costa. *Civil law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Fabris, 2007.



“criação da lei”, há limites materiais e processuais.<sup>60</sup> Uma teoria da decisão, com base em princípios neutros, objetivaria aplicar a regra do presente caso no próximo caso também, independentemente de o beneficiário do último caso ser menos atraente do que o vencedor anterior. Veja-se que, a exigência não é que o próprio princípio seja neutro, muito menos que o processo penal por meio do qual o princípio é criado também seja neutro, mas sim que o ato de aplicar o princípio ao caso em questão seja neutro (no sentido de que o princípio não será alterado porque o julgador não gosta do resultado).<sup>61</sup>

O processo criativo do magistrado seria, portanto, vinculado de alguma forma: seja à lei, ao precedente, ou à equidade. Isto porque: “a interpretação dependeria também de uma estrutura prévia que exprime o conhecimento mais originário dado pela posição prévia, visão prévia e concepção prévia de algo no mundo”.<sup>62</sup> Por outro lado, tal vinculação não seria absoluta, na medida em que o magistrado deveria permanecer livre para julgar conforme as provas produzidas durante a instrução processual e que passaram pelo crivo do contraditório. Se verificaria, no ponto, um ativismo judicial se o Supremo Tribunal Federal, por exemplo, fixasse a interpretação constitucional sobre determinada matéria e os juízes e tribunais inferiores não se submetessem ao precedente.<sup>63</sup>

Contudo, se após realizar a colheita das provas o próprio processo apontasse para a necessidade de aplicação do princípio neutro “A” e não “B”, não caberia ao magistrado aplicar o princípio neutro “B” porque o resultado da demanda, em seu foro íntimo, não lhe parece atraente. A teoria da decisão no ponto apontaria que a imparcialidade do magistrado

---

<sup>60</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 21.

<sup>61</sup> WECHSLER, Herbet. *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*. *Harvard Law Review*, Massachusetts, ano 73, n. 1, p. 1-35, nov. 1959.

<sup>62</sup> SILVA, Diogo Bacha e. *Ativismo judicial ou contrarrevolução jurídica: em busca da identidade social do poder judiciário*. *Revista de informação legislativa - RIL*, Brasília, ano 53, n. 210, p. 165-179. abr./jun. 2016.

<sup>63</sup> CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *Ativismo judicial: proposta para uma discussão conceitual*. *Revista de informação legislativa - RIL*, Brasília, ano 49, n. 193, p. 141-149. jan./mar. 2012, p. 144.

demandaria um valor e uma medida, que seriam determinados por uma análise geral que não dá importância aos acidentes de aplicação, encontrando um escopo que seja aceitável independentemente de qualquer interesse de pessoa ou grupo de pessoas.<sup>64</sup>

Desta forma, se, por exemplo, determinado julgador entendeu que em um caso de furto famélico que não deveria haver prisão de qualquer espécie por se tratar de hipótese excepcional, atrelada ao princípio da dignidade da pessoa humana, em decorrência da extrema penúria do indivíduo que furtou, não poderia ele, em um segundo caso de furto famélico decretar a prisão preventiva do acusado por entender que o tipo de alimento furtado não estaria abrangido pelo princípio da dignidade da pessoa humana – um quilo de *filet mignon*. Veja-se que, a premissa nos dois casos é a mesma: furto em decorrência de fome, ou seja, o indivíduo atuou em absoluto estado de necessidade, impelido unicamente pela vontade de se alimentar. A teoria da decisão impediria o magistrado de decretar a prisão preventiva em casos de furto famélico, pois o princípio de resolução (dignidade da pessoa humana no caso) seria neutro em um sentido comparável (tanto na definição de valores individuais competidores quanto na abordagem que implicasse em valorização da competição).

Em suma, uma teoria da decisão para o Processo Penal brasileiro que realmente fosse compreendida e aplicada por juízes e tribunais evitaria as chamadas lacunas que devem ser preenchidas pelo magistrado e que acabam por permitir ambiguidade e incertezas por parte dos jurisdicionados.

O fato é que o tema permanece indubitavelmente aberto para o debate, isto porque muitas questões ainda não foram suficientemente pesquisadas e compreendidas, de forma que o estudo do ativismo judicial, no direito brasileiro, deve ser realizado juntamente com o espaço público (cidadãos de forma geral), na medida em que ao fim ao cabo estes é que serão imediatamente afetados pela sua aplicação.

---

<sup>64</sup> WECHSLER, Herbet. Toward Neutral Principles of Constitutional Law. *Harvard Law Review*, Massachusetts, ano 73, n. 1, p. 1-35, nov. 1959.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do breve estudo realizado, verificou-se que o ativismo judicial é uma prática forense consolidada no sistema jurídico brasileiro como alternativa não apenas para efetivação de direitos fundamentais, tendo-se em conta à ausência de atuação legislativa e administrativa do Estado na execução de seus fins, mas também como forma de controle da decisão pelo magistrado, que busca nos contornos da lei adequação ao que deseja aplicar ao caso concreto. O fenômeno tem se mostrado cada vez mais presente nos julgamentos de primeira instância, sendo necessária a busca por uma solução que, se não impeça, ao menos limite a insurgência da magistratura no campo legislativo.

É inegável que as diversas demandas no campo social fizeram o Estado mudar, modificando, por sua vez, a relação entre os Poderes. Primeiramente, em uma época em que o Estado assumiu um posicionamento mais liberal em relação ao seu povo constatou-se a necessidade de um atuar mais forte do Poder Legislativo, com o objetivo de atender demandas reivindicadas pelas relações sociais. Por outro lado, quando o Estado avocou prestações positivas na Constituição e nas leis, o que se denominou de *Well fare state*, o Poder Executivo atraiu as expectativas sociais para si.

Todavia mister que tenhamos em mente que, atualmente, em um cenário de Estado democrático de direito, o eixo volta-se inexoravelmente ao Poder Judiciário. Isto porque o neoconstitucionalismo trouxe um maior protagonismo à atividade judicante, a partir do desenvolvimento de uma “justiça dos princípios”, dando margem para abertura dos enunciados legislativos, a uma incidência mais intensa do papel da hermenêutica.

Dessa feita, verifica-se a clara necessidade de concretização dos direitos fundamentais (individuais e sociais), que acabam relegados à segundo plano pelos Poderes Executivo e Legislativo. Contudo, o âmbito de interferência judicial deve estar restringido ao espaço de incidência da Constituição Federal em favor das instâncias tipicamente políticas, adstritos aos casos permitidos legalmente, sem que se permita que o magistrado se torne um verdadeiro legislador.

Nessa senda, uma questão surge: como os intérpretes da lei poderiam compatibilizar o processo político democrático com a prática

do ativismo judicial? A solução seria a criação de uma teoria da decisão, que traga aos magistrados critérios de decidir e que permita o controle epistemológico e subjetivo do *decisum* por parte do jurisdicionado, que hoje fica atrelado ao bom senso e aos critérios de justiça do juiz, que muitas vezes não existem ou que simplesmente não estão de acordo com sistema constitucional de direitos. Ademais, é preciso ter em mente que sempre que houver subsunção, deve o magistrado aplicar a lei, não tendo, portanto, o poder de opção dentre duas ou mais situações possíveis; verificados os pressupostos legais, a alternativa é aquela prevista na norma.

O magistrado não cria lei, a aplica, dentro dos limites permitidos pela interpretação. Deve-se rechaçar qualquer conduta judicial que busque no ativismo judicial uma forma de justificar a sua forma de pensar, desvinculando-se da prova gerada no processo. A necessidade de suprimir lacunas e interpretar a lei não representa um cheque em branco ao Magistrado, que pode assim interferir na atividade do Poder Legislativo. A atividade jurisdicional deve estar atrelada ao que foi produzido nos autos e pelas partes, e subordinada à lei e a Constituição, não devendo extrapolar os limites ali constantes.

A atuação do Poder Judiciário para o fim de concretização de direitos quando ocorre a omissão dos demais poderes é democrática e necessária. No entanto, a relação que existe entre o Poder Judiciário e as políticas públicas, em momento algum, significa que este tenha que criá-las. Esta função cabe ao Poder Legislativo, cabendo ao juiz apenas determinar que estas sejam cumpridas, sem se tornar um legislador e assim, transbordar a sua função constitucional. Ao juiz cabe realizar o direito no caso concreto pela via normativa, abstendo-se de criar normas.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; LUNELI, Guilherme. Ativismo Judicial e instrumentalidade do processo. Diálogos entre discricionariedade e democracia. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 242, p. 19-45, abr. 2015.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARANHA, Mariana Domigues de Castro Camargo; ARANHA FILHO, José Queiroz Telles de Camargo. A legitimidade constitucional do ativismo judicial. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 86, p. 207-325, jan./mar. 2014.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, Madrid, ano 15, n. 13, p. 17-32, jan./dez. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: Paula, Daniel Giotti de; FELLETT, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (orgs.) *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. In: DE PAULA, Daniel Giotti; FELLETT, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (orgs.) *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador, JusPodivm, 2011.

CAMARGO, Gerson Ziebarth. Aspectos doutrinários favoráveis e desfavoráveis ao ativismo e à autocontenção judicial. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, Umuarama, ano 18, n. 19, p. 233-264, jul./dez. 2016.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARVALHO, Márcia Haydêe Porto de; SILVA, Júlio César Souza. O STF em sede de controle de constitucionalidade: justificação e legitimidade de suas decisões em um contexto de revisão da teoria da separação dos poderes. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 97, p. 143-164, set.-out. 2016.

CASTRO, Alexandre Fonseca Monteiro de. Ativismo judicial e imparcialidade da jurisdição. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 281, abr. 2016.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo judicial: proposta para uma discussão conceitual. *Revista de informação legislativa - RIL*, Brasília, ano 49, n. 193, p. 141-149. jan./mar. 2012.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Processo Constitucional e direitos fundamentais: ensaio sobre uma relação indispensável à configuração do estado democrático de direito. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano 71, n. 2, p. 63-91, abr./jun. 2009.

DELFINO, Lúcio; FERREIRA, Ziel Lopes. Streck, Fonseca Costa, Kahneman e Tversky: todos contra o ativismo judicial probatório de Michele Taruffo. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 255, p. 141-166, maio. 2016.

ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. Interpretação Judicial Criativa: análise teórica e jurisprudencial. *Revista Direito e Inovação*, Frederico Westphalen, ano 2, n. 2, p. 35-43, jul. 2014.

FARIAS, Rachel Nunes de Carvalho. O ativismo judicial e a ingerência do poder judiciário na escolha das políticas públicas. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 101, n. 80, p. 57-81, mai./jun. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JR., José Alcebiades (org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997. p. 90-91.

FERREIRA, Eber de Meira. *Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo. 2014.

FRANCO, Aline Fonseca; COSTA FILHO, José de Oliveira. Pode o judiciário agir concretamente além dos limites de sua competência – ativismo judicial e judicialismo da política. *Colloquium Humanarum*, Presidente Prudente, ano 12, n. 1, p. 155-162, jan./abr. 2015.

FREITAS, Juarez. A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano 40, n. 130, p. 223-244, jun. 2013.

HABERMAS, Jünger. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

JUNIOR SCHLESINGER, Arthur M. The Supreme Court. *Fortune*, Tampa, ano 35, n. 73, p. 202-208, jan. 1947.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MEDEIROS, Jackson Tavares da Silva de. Neoconstitucionalismo e ativismo judicial – limites e possibilidades da jurisdição constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 84, p. 175-221, jul./set. 2013.

MENDES, Conrado Hüber; SILVA, Virgílio Afonso da. Habermas e a Jurisdição Constitucional. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. *Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O Espírito das Leis*. Tradução Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1987.

OLIVER, Luciana Zanchetta. *Ativismo Judicial no Brasil e as consequências de sua consolidação*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

PAULA, Daniel Giotti de; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (orgs.) *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011.

PEREZ, Carlos Alberto Navarro. Relação entre o ativismo judicial e a atuação deficiente do poder legislativo: altruísmo e desserviço da democracia. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 20, n. 78, p. 115-149, jan./mar. 2012.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 132.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, Glauco Gumerato. Repensando a prova de ofício. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 190, p. 315-337, dez. 2010.

ROCHA, Jean Paul C. Veiga da. Separação dos Poderes e Democracia Deliberativa. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. *Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008.

RUA, Mónica Maria Bustamente. La relación Del estándar de prueba de La Duda razonable y la presunción de inocencia desde el garantismo procesal en el proceso penal colombiano. *Opinión Jurídica*, Medellín, ano 9, n. 7, p. 71-91, jan-jun. 2010.

SILVA, Diogo Bacha e. Ativismo judicial ou contrarrevolução jurídica: em busca da identidade social do poder judiciário. *Revista de informação legislativa - RIL*, Brasília, ano 53, n. 210, p. 165-179. abr./jun. 2016.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA, Artur César de. O ativismo judicial no processo penal e a imparcialidade do juiz. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 868, p. 655-286, jun. 2012.

SEGUNDO, Antonio de Holanda Cavalcante; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna Santiago. Íntima Convicção, veredictos dos jurados e o recurso de apelação com base na contrariedade à prova dos autos: necessidade de compatibilidade com um processo de base garantista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Porto alegre, n. 116, p. 149-172, set-out. 2015.

STRECK, Lênio Luiz. O Panpricipiologismo e a “Refundação Positivista”. In: COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo. *Constituição e Ativismo Judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

URBANO, Maria Benedita. The law of judges: attempting against Montesquieu legacy or a new configuration for an old principle? *VIII World Congress of the Internacional Association of Constitutional Law*, México, n. 6-10, dez. 2010.

VIEIRA, Andréia Costa. *Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Fabris, 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A moralidade da Constituição e os Limites da Empreitada Interpretativa, ou entre Beethoven e Bernstein. In: SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007.

WECHSLER, Herbet. Toward Neutral Principles of Constitutional Law. *Harvard Law Review*, Massachusetts, ano 73, n. 1, p. 1-35, nov. 1959.

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

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

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

- *Roberta Eggert Poll:* projeto e esboço inicial, coleta e análise de dados, levantamento bibliográfico, revisão bibliográfica, redação, revisão crítica com contribuições substanciais, aprovação da versão final.



- *Aline Pires de Souza Machado de Castilhos*: 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)*: 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 autoplagio.

#### Dados do processo editorial

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

- |   |                                   |
|---|-----------------------------------|
| ▪ Recebido em: 30/03/2018                                 | <b>Equipe editorial envolvida</b> |
| ▪ Controle preliminar e verificação de plágio: 08/04/2018 | ▪ Editor-chefe: 1 (VGV)           |
| ▪ Aviso à autora do deslocamento ao V4N3: 08/04/2018      | ▪ Editor-assistente: 1 (BC)       |
| ▪ Avaliação 1: 11/06/2018                                 | ▪ Revisores: 3                    |
| ▪ Avaliação 2: 24/06/2018                                 |                                   |
| ▪ Avaliação 3: 28/06/2018                                 |                                   |
| ▪ Decisão editorial preliminar: 14/07/2018                |                                   |
| ▪ Retorno rodada de correções 1: 31/07/2018               |                                   |
| ▪ Decisão editorial preliminar 2: 04/08/2018              |                                   |
| ▪ Retorno rodada de correções 2: 15/08/2018               |                                   |
| ▪ Decisão editorial final: 04/09/2018                     |                                   |

### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

POLL, Roberta E; CASTILHOS, Aline P. S. M. O juiz legislador: o ativismo judicial como mecanismo de controle da decisão. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 3, p. 1217-1246, set./dez. 2018.  
<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i3.153>



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

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

---

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

---





# Armed Forces as Security Agency and The Competence of Military Courts: The Prospect of Democratic Breakdown

*Forças Armadas na Segurança Pública e a Competência dos Tribunais Militares: Possível Rompimento Democrático*

**Rodrigo Grazinoli Garrido<sup>1</sup>**


Universidade Federal do Rio de Janeiro - Rio de Janeiro/RJ  
grazinoli.foreense@gmail.com


 <http://lattes.cnpq.br/4027138006793482>

 <https://orcid.org/0000-0002-6666-4008>

**Ana Morell<sup>2</sup>**


Universidade Católica de Petrópolis – Petrópolis/RJ  
anamorell@me.com


 <http://lattes.cnpq.br/5703544393321502>

 <http://orcid.org/0000-0003-0821-6941>

**Silvana Vieira Azevedo<sup>3</sup>**

Universidade Federal do Rio de Janeiro - Rio de Janeiro/RJ  
silvanaptg@yahoo.com.br

 <http://lattes.cnpq.br/8274962982068807>

 <http://orcid.org/0000-0002-0575-7067>

---

<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.

<sup>2</sup> Licenciada em Direito pela Universidad de Valencia, com período de intercâmbio na Universidad Johannes Gutenberg de Maguncia, na Alemanha. Mestrado em Ciências Jurídicas pela Stanford University. Doutorado em Direito pela Universidad Carlos III de Madrid. Pos-doutoranda em Direitos Humanos pela CAPES/UCP.

<sup>3</sup> Bacharel em Direito FND-UFRJ.

---

**ABSTRACT:** This paper sought to discuss the role of the Armed Forces in Public Security, shedding light mainly on two points: the increased number of military crimes, especially those under Law n° 13.4891/17, and the maintenance of jurisdiction in military courts over conflicting parties involved in lawsuits of Law and Order Assurance nature. Therefore, an exploratory and qualitative research was developed based on national and international doctrine and jurisprudence, as well as on the Brazilian legislation. This enabled us to acknowledge that the way and the extent to which the Armed Forces have been employed in Public Safety and in the Brazilian criminal prosecution may result in great risks of damage to human rights and, hence, to democracy.

**KEY WORDS:** Armed Forces; Public Security; Military Crimes; Jurisdiction to try.

**RESUMO:** O artigo buscou discutir a atuação das Forças Armadas na Segurança Pública, lançando luz principalmente sobre dois pontos: o aumento no rol de crimes militares, especialmente no que diz respeito à Lei 13.4891/17, e a manutenção em tribunais militares com jurisdicionalidade sobre civis conflitados em ações de Garantia da Lei e da Ordem (GLO). Para tanto, foi desenvolvida pesquisa exploratória e qualitativa, a partir da doutrina e jurisprudência nacional e internacional e da legislação brasileira. Com isso, foi possível reconhecer que na forma e na regularidade em que se tem empregado as Forças Armadas na Segurança Pública e na persecução penal brasileira há grande risco de lesão aos direitos humanos e, assim, à democracia.

**PALAVRAS-CHAVE:** Forças Armadas; Segurança Pública; Crimes militares; Competência para julgamento.

**CONTENTS:** Introduction; 1. Criticism on Police Work in Public Safety; 2. Agents of The Armed Forces, the Military Staff; 3. Operations of Law and Order (LAO); 4. Militarization of Public Security and Human Rights; Conclusion; References.

---

## INTRODUCTION

The Brazilian Armed Forces have been increasingly used to assure the National Public Security. Only in the 2010's, a presidential

decree created about 50 law-and-order operations, which should be exceptional but became a palliative strategy for continuing problems in the federation units<sup>4</sup>.

Besides the criticism on the preparation of service members to act in direct contact with civilians on the streets, in times of peace, the army's performance in conflicts of public security has generated discussions about the limits of the military penal code and the jurisdiction of the military justice towards civilians, and thus considering the safeguard of human rights and democracy.

Thus, the role of the Army as a Public Security agent has to be investigated to throw light on two issues related to criminal prosecution by military agencies. One problem consists of an increased number of military felonies, especially due to changes in legislation for crimes committed by service members against life in the context of law-and-order (LAO) operations. Moreover, the other comprises the maintenance of military courts with jurisdiction over civilians with military personnel in policing actions of the Armed Forces in peacetime.

In doing so, we developed an exploratory and qualitative research based on documents from secondary sources of national and international legal writings and case law, and from primary sources of Brazilian legislation.

## 1. CRITICISM ON POLICE WORK IN PUBLIC SAFETY

For some time, public security has occupied a central space in political debates, following different approaches according with the existing decision-making institutions<sup>5</sup>. Above all, in late modernity, the fear of crime and terrorism has been demanding solutions that are more effective, which is well represented by a constant vigilance<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> MINISTÉRIO DA DEFESA. DISTRIBUIÇÃO DAS OPERAÇÕES DE GLO 1992 - 2018.

<sup>5</sup> FABRETTI, Humberto Barrinuevo. Políticas de segurança Pública: questionamentos preliminares. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; BRASIL, Patrícia Cristina (Orgs.). *O Direito na Fronteira das Políticas Públicas*. Páginas&Letras, 2015, p.23.

<sup>6</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Vigilância Líquida*. Jorge Zahar. 2013, passim.

Within this context, questions, controversies, and conflicts regarding public security actions and institutions increase concomitantly, especially those related to policing and police authority<sup>7</sup>. Police can be understood as a military or civil institution that has an organized personnel body with obligations, including the crime control and public order maintenance, even if physical force must be used<sup>8</sup>. These obligations were authorized by the society and respective governments and were applied to these people<sup>9</sup>.

The Brazilian military police model dates back from the arrival of the Second Line of auxiliary troops, in the Lisbon standards<sup>10</sup>. The police structure has two forces, one civil and another military, a model that has persisted more clearly since the arrival of the Royal Family<sup>11</sup>. The policing mandate can be understood as “the exercise of coercive power legitimately and legally backed by the force”<sup>12</sup>. The police power

---

<sup>7</sup> LEMES, Thiago Morais de Almeida e GARRIDO, Rodrigo Grazinoli. Transformações das instituições de segurança pública brasileira e seus reflexos no reconhecimento do mandato e na accountability. *Revista Direito & Paz*. v. 1, n. 36, 2017, p.218.

<sup>8</sup> BITTNER, Egon. *The Functions of Police in Modern Society. A Review of Background Factors, Current Practices, and Possible Role Models*. New York. Janson Aronson, 1975, passim.

<sup>9</sup> BAYLEY, David Hume. Comparando a Organização das Polícias em Países de Língua Inglesa. In: Tonry, Michael & Morris, Norval (eds). *Policiamento Moderno*. São Paulo, Editora USP, 2003, p. 539. CARRABINE, Eamonn; COX, Pam; LEE, Maggy; PLUMMER, Ken. e SOUTH, Nigel. *Criminology: A Sociological Introduction*. Routledge, 2009, p.338. MUNIZ, Jaqueline de Oliveira. e PROENÇA Jr. D. Da Accountability Seletiva à Plena Responsabilidade Policial. In: CRUSO, Haydée; MUNIZ, Jaqueline e CARBALLO e BLANCO, Antônio Carlos Carballo (Org.). *Polícia, Estado e Sociedade: Saberes e Práticas Latino-americanos*. 1 ed. Rio de Janeiro: Publit Seleções Editoriais, 2007, v. 1, p. 25.

<sup>10</sup> COMISSÃO DA VERDADE – ESTADO DE SÃO PAULO. Relatório. Tomo 1, Parte 1 - estruturas e sistemas da repressão. A militarização da segurança pública. 2015.

<sup>11</sup> For more information about structure and history of Brazilian Police Institutions, see: LEMES, Thiago Morais de Almeida e GARRIDO, Rodrigo Grazinoli. Transformações das instituições de segurança pública brasileira e seus reflexos no reconhecimento do mandato e na accountability. *Revista Direito & Paz*. v. 1, n. 36, 2017

<sup>12</sup> *Ibidem*, p.38.



as defined by the National Tax Code (Law nº 5172/1966) should not be thwarted, but it can be interpreted from the following wording:

Art. 78. The police power is deemed as a public administration activity that, limiting or disciplining right, interest or freedom, regulates the practice of an act or abstention of a fact, by virtue of public interest related to safety, hygiene, order, customs, discipline of production and market, the exercise of economic activities which are dependent upon concession or authorization by the Public Power for public peace or for the respect for property and individual or collective rights.

Certainly, the policing mandate not always was developed to serve the citizen but, above all, towards the fulfillment of specific political interests<sup>13</sup> That way, even in a democratic society, tensions and contradictions remain to be solved in this action.

Also, democratic and citizen actions should not be confused with neglect of the use of force, but rather the qualitative differences between force and violence must be underscored. Police action is fundamentally based on the use of force, within legality and legitimacy<sup>14</sup>. Thus, the policing mandate has to be an instrument of conflict management and coercion limited by legislation and social legitimacy.

Lastly, among the apparent contradictions of democratic police action are the limits of discretion. Police action should not be restricted as discretion is required to act differently in each case, demanding immediate and emergency decisions<sup>15</sup>. As a result, the police will always be like a “glass” waiting for the “stones” to be shattered. This subtle irony

---

<sup>13</sup> LEMES, Thiago Morais de Almeida e GARRIDO, Rodrigo Grazinoli. Transformações das instituições de segurança pública brasileira e seus reflexos no reconhecimento do mandato e na accountability. *Revista Direito & Paz*. v. 1, n. 36, 2017, p. 228.

<sup>14</sup> MUNIZ, Jaqueline de Oliveira. e PROENÇA Jr. D. Da Accountability Seletiva à Plena Responsabilidade Policial. In: CRUSO, Haydée; MUNIZ, Jaqueline e CARBALLO e BLANCO, Antônio Carlos Carballo (Org.). *Polícia, Estado e Sociedade: Saberes e Práticas Latino-americanos*. 1 ed. Rio de Janeiro: Publit Seleções Editoriais, 2007, v. 1, passim.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p.41.

was well established by Marx<sup>16</sup>: “the police become both the main support and the main threat to a democratic society”.

The training of Brazilian police officers is by far still part of a repressive proposal, based on criminal punitivism, militarism, and under a dogmatic vision typical of bachelorism<sup>17,18,19,20,21</sup>.

Kant de Lima points out that this training, focused on obedience to the rigid canons of law and hierarchy relations between positions, reveals to be:

[...]distanced from the essential for a good performance of police functions, which consists of making real-time, autonomous, and independent decisions subjected to further liability, which include an unpredictable variety of issues that are delivered.<sup>22</sup>

This lack of preparation for reality often leads the officers to go beyond the limits of law on behalf of “defense of public order” for believing in a clear division between citizens and enemies of society<sup>23</sup>. According to Rodrigues, the military police training is based on a model

<sup>16</sup> MARX, Gary T. Police and Democracy. In: Amir, M e Einstein, S. (eds.) *Policing, Security and Democracy: Theory and Practice*, vol. 2. Office of International Criminal Justice. 2001. online.

<sup>17</sup> BUARQUE DE HOLANDA, Sergio. Raízes do Brasil. 26<sup>a</sup> ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p.156.

<sup>18</sup> KANT de LIMA, Roberto. Entre as leis e as normas: Éticas corporativas e práticas profissionais na segurança pública e na Justiça Criminal. *DILEMAS*. Vol. 6 - n 4, 2, 2013, p. 564.

<sup>19</sup> RODRIGUES, R The Dilemmas of Pacification: News of War and Peace in the ‘Marvelous City’. Stability: *International Journal of Security & Development*, 3(1): 22, 2014, passim.

<sup>20</sup> FRANÇA, F.G. Pensar ou Obedecer? - Desafio da educação em direitos humanos para os policiais militares. *Revista Interdisciplinar de Direito Humanos*. V.4, n.1, 2016, p.75,

<sup>21</sup> MUNIZ, Jaqueline de Oliveira. A Crise de Identidade das Polícia Militares Brasileiras: Dilemas e Paradoxos da Formação Educacional. *Security and Defense Studies Review*. V. 1, 2001, p.186.

<sup>22</sup> Idem 18.

<sup>23</sup> KANT de LIMA, Roberto. *Ensaio de antropologia e de direito: Acesso à justiça e processos institucionais de administração de conflitos e produção da verdade jurídica em uma perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. 289p.

which reflects that “the development of individual leadership in a dialogic scenario that would be necessary for peace is not prioritized.”<sup>24</sup>

Indeed, this way of acting, which has historical roots, served the political interests of governments and was legitimized by a large part of the population, and persists as a form of social and crime control<sup>25</sup>. De Lima, citing other authors, made it even clearer in a passage that deserves to be quoted:

[...] the persistence of police violence, for instance, could be partly linked to the popular support given to police actions, demonstrating a cultural pattern widespread, which legitimizes the use of violence by authorities. As police behavior appears to be in line with acceptable standards for most people, there would be some reluctance to support attempts at change towards the strengthening of the rule of law and respect for individual rights<sup>26</sup>.

Such *modus operandi* can be well explained by the data from the 11<sup>th</sup> Brazilian Public Safety Yearbook<sup>27</sup>, wherein it is stated that between 2009 and 2016, there were 21,897 deaths during police operations. According to data from 2016, this situation brings fear to the majority of the population to be victims of such violence, by either the Military Police (59%) or the Civil Police (53%). Overall, 70% of the population believes that police officers overuse power. The recognition of the mandate is also related to the death of police officers. Brazilian police officers died 113% more on duty than did American police officers between 2009 and 2015; in 2016 alone, 437 police officers were murdered.<sup>28</sup>

Now, if even constitutional agents of public security (federal, civil and military police officers and military firefighters) are harshly

---

<sup>24</sup> *Ibidem* 19, p. 10.

<sup>25</sup> *Idem* 23.

<sup>26</sup> LIMA, João Marcelo Maciel. Democracia e accountability: mecanismos de controle externo na polícia militar do estado de São Paulo (1989-2007). *AURORA*. II(3), p. 56-69, 2008, p. 59.

<sup>27</sup> FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. 11º Anuário Brasileiro de Segurança Pública. 2017. p. 107.

<sup>28</sup> FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. 10º Anuário Brasileiro de Segurança Pública. 2016, p. 6.

criticized, despite their problems in professional training and performance, and instructions of acting in public safety as the first mission, what can we say about the performance of Armed Forces agents in this context? For these, the mission of public security, by the assurance of law and order, is only secondary<sup>29</sup>.

## 2. AGENTS OF THE ARMED FORCES, THE MILITARY STAFF

According to the definition found in the Aurélio Portuguese Dictionary, a military officer is someone who is taking part of “the Army’s career”, participating in “wars”, “battles”, among others.

In turn, the Military Penal Code brings a legal concept for it in its article 22, adding that “a serviceperson is [...] anyone who, in time of peace or war, is incorporated into the Armed Forces to serve in all ranks and grades, or subjection to military discipline”. While the article 142 of the Federal Constitution, specifically at § 3, determines that “the members of the Armed Forces are military officers”.

Nevertheless, as regards to Public Security, article 144<sup>30</sup> of the Federal Constitution brings the figure of Military Police and Fire Brigade, which, in turn, are incorporated into the Armed Forces only in case of declared war, to be the so-called Auxiliary Forces and reservations of the Army<sup>31</sup>, also divided into ranks and grades. In this way, the Brazilian Military Forces comprise the Armed Forces along with the State Military Police and Fire Brigade.

That being said, military officers are intended to serve the nation, through federal or state agencies, being a special civil servant (i.e.,

<sup>29</sup> Art. 142 c/c art.144, C.F e Lei Complementar n° 117/2004.

<sup>30</sup> C.F. art. 144 Public security, the duty of the State, the right and responsibility of all, is exercised for the preservation of public order and the security of persons and property, through the following organs: I - federal police; II - federal highway police; III - federal railway police; IV - civil police; V - military police and military fire brigades.

<sup>31</sup> C.F. art. 142 The Armed Forces, consisting of the Navy, the Army and the Aeronautics, are permanent and regular national institutions, organized on the basis of hierarchy and discipline, under the supreme authority of the President of the Republic, and are designed to defend The guarantee of constitutional powers and, on the initiative of any of them, of law and order.

military servant) who, in turn, owns a special status, as in the article 3 of the Law n° 6880/80 of the Military Statute. *In litteris*: “Due to their constitutional destination, the members of the Armed Forces are part of a special category of Homeland Servants, being named military officers.”

About this definition, the honorable Gasparini<sup>32</sup> provided an explanation of the term ‘agents’, “stating that military agents are all persons who, permanently or temporarily, perform military activity at the federal or state level, earning a subsidy”.

These agents, of both genders, enter the Military Forces through an open call for tender (military career) or by volunteering (summoned, reinstated, designated, or mobilized reserve component), military training students from active- and reserve-duty personnel, every Brazilian citizen mobilized for service in time of war, and people from compulsory military service (recruitment), which occurs through the provision of initial military service<sup>33</sup>.

In turn, it is important to emphasize that the military officers have unique duties and obligations, such as the sacrifice of their own life<sup>34</sup>. They also have rights, prerogatives and obligations assigned them according to their functions within the military hierarchy, whose division is based on ranks and grades or for being (or not) in active service for the Military Forces.

Rank is the hierarchical level of an officer, which is conferred by the President of the Republic for the Armed Forces<sup>35</sup> and by the Governor

---

<sup>32</sup> GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 17<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.309.

<sup>33</sup> Army recruitment is mandatory only for males above 18 years old, or for those who have a higher education degree of interest in the military administration (medical, veterinary, pharmacy, and nursing professionals). These people got rid of compulsory service at enrollment for being during academic formation, to do so later within their respective field of expertise.

<sup>34</sup> Lei n° 6.880/1980. art. 27. Art. 27. There are essential manifestations of the military value: I - patriotism, translated by the unwavering will to perform military duty and by the solemn oath of fidelity to the Motherland even with the sacrifice of one’s life; II - civility and the cult of historical traditions; III - faith in the high mission of the Armed Forces; IV - the spirit of body, pride of the military by the organization where it serves; V - the love of the profession of arms and the enthusiasm with which it is exercised; and VI - the technical and professional improvement.

<sup>35</sup> C.F. art. 142 § 3º I.

of the respective member state and Federal District for the Military Police and Fire Brigade<sup>36</sup>. Yet the grade is the hierarchical degree of the military base, which is vested by a competent military authority<sup>37</sup>.

Concerning the military activity or inactivity, the active military is known, by law, to be the person who is serving the Armed Forces or the State Military Forces, as well as those of the Federal District, ready to fulfill their constitutional functions and being in continuous activity and entirely devoted to the Military Forces. In the § 1 of the article 3, from the Military Statute, it is foreseen that active military people may be:

I - professional soldier; II - incorporated soldier to provide initial military service during periods foreseen by legislation or extensions; III - members of the Armed Forces Reserve when summoned, reinstated, designated or mobilized; IV - students of a military training body of active- and reserve-duty personnel; and V - in time of war, every Brazilian citizen mobilized for service in the Armed Forces.

Next comes the figure of an inactive military person, who is in remunerated reserve, retired or in both categories, exceptionally (fulfilling task for a certain time after reservation), as stated in paragraph “b” of § 1 of the article 3, from the Military Statute, as follows:

b) In inactive status:

I - Agents in a remunerated reserve belonging to the Armed Forces and receiving remuneration from the Union, but still subject to the provision of service on active duty, upon summons or mobilization; and II - retired persons that, when had undergone one of the above situations, are permanently exempted from active duty, but continue to receive remuneration from the Union.

In addition, those who are considered military officers are required dedication and continuous improvement through continuous and entirely devoted activity in favor of the primary purposes of the Military Forces, as well as intellectual capacity, physical ability, and moral reputation.

<sup>36</sup> C.F. art 144 § 6º.

<sup>37</sup> Lei nº 6.880/1980, art 16 § 3º.

### 3. OPERATIONS OF LAW AND ORDER (LAO)

As taught by Agra<sup>38</sup>, the Armed Forces, composed of the Brazilian Navy, Army, and Air Force, “are the contingent of men whose primary prerogative is the Nation’s defense, noting that these three forces have relative autonomy, following the guidelines formulated by the Ministry of Defense”.

The Federal Constitution, in turn, besides conferring the task of defending the country on the Armed Forces, it establishes their responsibilities, specifically in the article 142, such as “the guarantee of constitutional powers and, by the initiative of any of these, of the law and order”. Therefore, besides being based on principles, as will be seen from now on, the Armed Forces have attributions both in an external and internal sphere of our territorial delineations.

Abroad, the Armed Forces were given responsibility of maintaining the National Security and Sovereignty, ensuring the defense against threats from other States, as guardian of the Brazilian territory. In the National Defense field, the Armed Forces are supposed to protect the Brazilian population and look after national interests, protecting the country against any kind of threat that may harm its sovereignty. Furthermore, Hely Lopes Meirelles<sup>39</sup> emphasizes that “National Security is an integral and permanent surveillance of the State over its territory, safeguarding the people, its political regime and institutions”.

On the other hand, within a national scope, on continuance and regularity matters, “the forces are permanently disposed since they are linked to the very existence of the State, and cannot be dissolved for functioning continuously”<sup>40</sup>. Thus, the Armed Forces will also be in charge of ensuring the constitutional powers, when requested, and mainly by means of request, interventions would occur, but in due course of time in very special situations<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 775.

<sup>39</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25ª Edição. São Paulo: Malheiros, 1996.

<sup>40</sup> AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 775.

<sup>41</sup> C.F. art. 142.

This competence, called the Law and Order Operation (LAO), is signed in a subsidiary and interventional action, initiated by the President of the Republic or in response to a request made by any of the constitutional powers, through the Presidents of the Supreme Federal Court, the Federal Senate, or the House of Representatives.

This is not a recent action, it could have been seen more or less clearly since the constitution of 1824<sup>42</sup>. However, since the Constitution of 1988, it became more explicit especially in the assumptions expressed in articles 34 (Federal Intervention), 136 (State of National Defense), and 137 (State of Siege), as well as in the article 15 of Complementary Law n° 97/99.

In the first assumptions (federal intervention; state of defense; state of siege), there is a direct interference with the exercise of fundamental rights and autonomy by Federation Units. In the other three, the same is not true. Specifically, in nationally relevant events, the role of the Armed Forces in Public Security is regulated by the article 5, sole paragraph of Decree n° 3,897/01, wherein the military officers “are entrusted to network with local authorities”. In addition, the role in policing work requested by the State Governor is regulated by the Complementary Law n° 97/99, with wording modified by the Complementary Law n° 117/2004.

In spite of the lack of exceptions, to fulfill the demands for the action of the Armed Forces in Public Security, all the instruments for the preservation of the public order and the safety of people and property must be exhausted, or being unable to be employed. However, such joint action with military forces, instead of being occasional and of short duration, has been reiterated and for an indefinite period.

According to Barroso<sup>43</sup>, the most common ways of joining the Union and the states for the action of the Armed Forces have not been

---

<sup>42</sup> LIMA e SILVA, Gualterberg Nogueira e SCHWARTZ, Germano André Doerderlein. Espaço urbano e cultura do medo: o uso das forças em atividade de polícia. Reflexão dogmática sobre a pacificação nas comunidades brasileiras. In: SANTOS, Bartira Macedo Miranda; RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves e De MELLO, Marília Montenegro Pessoa. *Criminologias e política criminal*. Florianópolis: CONPEDI. 2015. p. 347.

<sup>43</sup> BARROSO, Luís. Roberto. Segurança pública: atuação das Forças Armadas tem de ser excepcional. Consultor Jurídico, 26 jun. 2008.



through agreements. This is, however, a means of regulating short-term actions used, for example, in stoppages by Military Police staff in Tocantins, Alagoas, Minas Gerais, Paraíba, Pernambuco and, more recently, Espírito Santo states.

Therefore, only in the 2010 decade, still underway, the Presidency of the Republic decreed LAO operations almost 30 times, which cost R\$ 1.4 billion. By comparison, between 2011 and 2015, presidential expenses with the National Public Security Secretariat did not exceed R\$ 49.9 million<sup>44</sup>.

For Machado<sup>45</sup>, the political choice to militarize public security has become quite evident in recent years. This author also reports that, only in 2017, the following LAO operations were decreed:

Rio de Janeiro (July 28 to December 31, 2017), Federal District (Esplanade of Ministries; May 24 to 25, 2017), Espírito Santo (February 6 to March 8, 2017), Greater Rio de Janeiro (February 14 to 22, 2017), Espírito Santo (February 6 to 16, 2017), Greater Natal (January 20 to February 4, 2017), and throughout the entire Brazilian Prison System (from January 17, 2017 to January 17, 2018).

In the last days of December 2017, the government enacted another LAO operation; sending two thousand men from the Armed Forces to Rio Grande do Norte, initially for a fortnight<sup>46</sup>. This operation was due to a strike by the state police officers over unpaid wages and poor work conditions.

Of course, public safety is everyone's right and state's responsibility, being embodied by the exercise of police power involving any action for public safety (article 144 of the Federal Constitution). However, among the public agencies responsible for public safety would be the Police, whether Federal Police, Federal Highway or Federal Railway Patrols,

---

<sup>44</sup> CABALLERO, M. Diagnóstico Reação em Vez de Prevenção. A Guerra do Brasil. *Jornal O Globo*. 14 de dezembro de 2017, p. 8.

<sup>45</sup> MACHADO, Leonardo Marcondes. Lei 13.491/17 e a militarização da segurança pública. In: FONTES, Eduardo e HOFFMANN, Henrique. *Temas avançados de polícia judiciária*. Salvador: JusPodium. 2018, passim.

<sup>46</sup> Decreto de 29 de dezembro de 2017.

as well as Civil and Military Police, of the responsibility of each state of the Federation, in addition to the Fire Brigade, which are all, intended to preserve or restore public order, and population property and well-being.

First of all, the Armed Forces are clearly not part of any body whose attribution is the exercise of activities related to public security, not least since there is an own chapter in the Federal Constitution about it. Thus, given its nature and constitutional mission, the Armed Forces can only be involved in public security in cases of article 15 of Complementary Law nº 97/99, when they would take the lead in public security bodies and work to restore order, as well as federal intervention in the member states of the Federation<sup>47</sup>.

Notably, the intervention cited in the Complementary Law No. 97 of June 9, 1999, which was later amended by the Complementary Law No. 117 of September 2, 2004, provides for general rules for organization, preparation, and employment of the Armed Forces, explaining in the article 15 under which conditions the Armed Forces are to act to guarantee law and order<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> FELIZARDO, Marília do Amaral e Do AMARAL, Vilma Aparecida. Da atuação das forças armadas na segurança pública dos estados-membros. *Revista de Direito Público*, V, 4, N. 2, 2009, p.79.

<sup>48</sup> Art. 15. The Federal President shall be responsible for engaging the Armed Forces in the country's defense and for constitutional guarantees of power in the participation of law and order and peace operations. The President directs the State Minister of Defense, who shall activate the operational bodies, as the following hierarchy: I - directly to the Supreme Commander, in the case of Combined Commands, composed by means adjudicated by the Armed Forces and, when necessary, by other organs; II - directly to the State Minister of Defense, for training purposes, in combined operations, or when it is considered the Brazilian participation in peace operations; III - directly to the respective Force Commander, respecting the superior direction of the State Minister of Defense, in the case of isolated employment of means of a single Force.

§ 1º The President of the Republic shall decide whether to use the Armed Forces, on his own initiative or in response to requests from the Presidents of Federal Supreme Court, Federal Senate, or House of Representatives. The President directs the State Minister of Defense, who shall activate the operational bodies, as the following hierarchy:

§2o To ensure law and order, the Armed Forces, at the initiative of any of the constitutional powers, shall act as the guidelines issued in the act of the Federal President, after depleting the instruments for preservation of

Currently, the law has not been reliably observed. Over time, although the Armed Forces have been used in situations that have already reached a high degree of conflict, there has been a glimpse of trivialization of military employment, repeatedly, for unlimited time, often as a way to increase the scarce contingent of state police.

In this regard, we can first cite the support given to political events such as ECO-92 in 1992<sup>49</sup>; OPERAÇÃO RIO II in 1995; municipal or national elections<sup>50</sup>; and to sporting events such as the Confederations Cup and the World Cup, both in 2014<sup>51</sup>; in addition to the Olympic Games hosted in Brazil in 2016<sup>52</sup>.

In the so-called “occupations”, such as those that took place in Rio de Janeiro at different times, like in Mangueira and Dendê slums in 1994, Rocinha in 2011, Complexo do Alemão in 2010, and Complexo da Maré in 2014, the Armed Forces were used as a state’s response to its own ineffectiveness in tackling crime, which reached alarming levels.

The latest cases of use of the Armed Forces outside of the constitutional scope have occurred in support of prisons. Only in the first quarter of 2017, several prisoner rebellions culminated in the death of

---

public order and people property and well-being listed in article 144 of the Federal Constitution.

§3o The instruments listed in the article 144, Federal Constitution, are considered exhausted when, at a given moment, they are formally recognized by the respective Federal or State Executive Chief as unavailable, inexistent or insufficient to the regular performance of a constitutional mission.

§4o If fulfilled the conditions in § 3o of this article, after message of the Federal President, operational bodies of the Armed Forces will be activated, which will develop, at times in a previously established area and for a limited time, preventive and repressive actions required to ensure the result of law and order operations.

§5o Once the Armed Forces are designated for law and order operations, the competent authorities should transfer, through a formal act, the operational control of public security bodies to the new authority in charge; so coordination centers for operations are formed, being composed of representatives of public bodies, under its operational control or with related interests.

<sup>49</sup> Lei Complementar n° 69/1991.

<sup>50</sup> Lei n° 4.737/1965, art- 23, XIV.

<sup>51</sup> Lei n° 12.663/2012.

<sup>52</sup> Decreto de 24 de agosto de 2016.

dozens of inmates in different states of the Federation, such as Amazonas, Roraima, São Paulo, and Rio Grande do Norte.

It is unambiguously that the use of the Armed Forces has become a recurrent and trivial tool, which does not tackle the root of the problem, but presents a fast and media solution, using the population confidence as sedative against problems with the growing criminality and wishes for effective responses by the State.

The ordinary use of the Armed Forces denotes the lack of investments in public security and politicizing the issue. Thus, such a choice demonstrates that there is no intent of improvements to assure social peace, increasing the Union's interference with states' affairs and threatening the federative pact.

#### **4. MILITARIZATION OF PUBLIC SECURITY AND HUMAN RIGHTS**

The use of Armed Forces in Public Security should occur only in exceptional situations, because when enforcement of these agents is reiterated in the form of Complementary Law No. 117/2004, it is possible to endanger the entire State framework.

Felizardo and Do Amaral point out the following consequences of this action:

[...] weakening of the democratic rule of law; disharmony among the three government branches; imbalance of the federative pact; state of chaos; disintegration of the fundamental rights; and small share of the Public Security organs already responsible for the safety of Member States<sup>53</sup>.

It should be clear that the constitutional use of the Armed Forces is not being discussed here, but rather the suitability and preparation of agents. According to Flavia Piovesan, prior to take any measure, it is needed to “respect the legal principles of reasonableness, proportionality,

---

<sup>53</sup> FELIZARDO, Marília do Amaral e Do AMARAL, Vilma Aparecida. Da atuação das forças armadas na segurança pública dos estados-membros. *Revista de Direito Público*, V, 4, N. 2, 2009, p. 79.

and necessity to avoid that any federal decree or intervention provides the possibility of a State acting under principles of authoritarianism”<sup>54</sup>.

Therefore, the confrontational and territorial domination politics have been worsened with clear perspective of militarization, where a criminal is the enemy, instead of encouraging a criminal investigation<sup>55</sup>. In general, these authors consider that “[...] the use of unprepared or malformed military forces can seriously jeopardize the rights to democracy, freedom, and life”<sup>56</sup>. The death of three young people in Morro da Providência (Rio de Janeiro) in 2008, during a military action, is an example of this<sup>57</sup>.

The recurrence of LAO operations led to submission and approval of an amendment of the Military Penal Code<sup>58</sup>. A representative of the Liberal Party (PL), Mr. Esperidião Amin, presented the law project to the House of Representatives and Senate. It empowered the Union Military Justice to judge intentional crimes against the life of soldiers involved in these operations against civilians if under the following conditions:

I – the fulfillment of duties as established by the President or the State Minister of Defense;

II – action involving the security of a military institution or mission, even if non-belligerent; or

III – activities of military nature, peace operations, law and order assurance or subsidiary attribution, which are performed in accordance with provisions stated in article 142 of the Federal

---

<sup>54</sup> PIOVESAN, Flávia. apud De LIMA e SILVA, Gualterberg Nogueira e SCHWARTZ, Germano André Doederlein. Espaço urbano e cultura do medo: o uso das forças em atividade de polícia. Reflexão dogmática sobre a pacificação nas comunidades brasileiras. In: SANTOS, Bartira Macedo Miranda; RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves e De MELLO, Marília Montenegro Pessoa. *Criminologias e política criminal*. Florianópolis: CONPEDI. 2015. p. 352.

<sup>55</sup> FELIZARDO, Marília do Amaral e Do AMARAL, Vilma Aparecida. *Revista de Direito Público*, V, 4, N. 2, 2009, p. 92.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 94.

<sup>57</sup> G1. Especialista teme que morte de jovens da Providência fique impune.

<sup>58</sup> PLC 44/2016 (PL 5768/2016). Justification [...] It should be noted that the Armed Forces are increasingly presente in the national scene acting close to society, especially in operations to guarantee the law and order. [...]

Constitution, and other information required by the following law codes:

- a) Brazilian Air Force Code;
- b) Complementary Law nº 97, of June 9, 1999;
- c) Military Code of Criminal Procedure; and
- d) Electoral Code.

Several politicians and public security professionals commented on complementary law project (PLC 44/2016) in *O Dia* newspaper<sup>59</sup>. The Senate Rapporteur, Senator Pedro Chaves, considered that, while in military action, these agents are the State itself, and it is impossible to judge them as regular citizens. Yet Senator Romario, who voted in favor of the project, considered that the Armed Forces have been increasingly used in such operations, so the Military Justice would be a more specialized body with specific knowledge for this kind of trials. The lawyer, Marcelo Knopfelmacher, acknowledged that the new legislation would bring greater security to the Armed Forces. In addition, Paulo Storani, former Captain of the PMRJ (Rio de Janeiro's Military Police), stressed that the Military Justice will never be corporatist, but on the contrary, it is much more rigid than is ordinary justice<sup>60</sup>.

A contrary view was highlighted by Ignácio Cano, a professor at UFRJ (Federal University of Rio de Janeiro), who considered it a contradiction the jurisdiction of military soldiers from the Public Security, such as state and district police forces, but judging them by another court<sup>61</sup>. The lawyer, João Tancredo, considered this measure a great step backwards, besides stating that this type of exception has already been proven to be unsuccessful in the military dictatorship<sup>62</sup>. The human rights advisor of Amnesty International Brazil, Renata Neder, believes that this legislation will encourage practices of extrajudicial executions,

---

<sup>59</sup> SANTANA, Matheus. Militar julgar militar: especialistas veem risco de corporativismo. *O Dia* de 15 de outubro de 2017.

<sup>60</sup> Idem.

<sup>61</sup> Idem.

<sup>62</sup> Idem.

as the actions of the Armed Forces in Public Security have historically violated the Human Rights<sup>63</sup>. Amnesty International has launched an urgent campaign “VETA TEMER: crimes against life must be tried in civilian courts, prevent such setback!”<sup>64</sup>.

Whether by the lack of legal warranties or unsuitableness, even the Army personnel feel uncomfortable participating in LAO operations. The Commander of the Land Forces, General Eduardo Villas-Boas, made this clear in a public hearing at the Senate Committee on Foreign Relations and Defense. At this time, the Commander criticized part of the population that demands military intervention to solve political crises<sup>65</sup>.

Despite the diverse opinions, which could lead to further discussions, on October 13 of 2017, President Temer sanctioned the Law n<sup>o</sup> 13491/17, with the amendments to the Military Penal Code, as proposed by the PLC 44/2016.

It should be borne in mind that, if for some changes in military criminal legislation would give legal security for soldiers employed in public security operations, the continuous use of the Armed Forces as police outside the barracks gives rise to a myriad of new situations of conflict, thus raising the questioning about this legislation.

Indeed, discussions on the limits of the military penal code are not restricted to Brazil. As for the degree of military jurisdiction over civilians, nations are divided into four categories:

- a) countries where military courts have jurisdiction only during the war period (Austria, Denmark, Finland, Germany, Norway and Sweden);
- b) countries where military courts have jurisdiction both in time of war and in time of peace, but cannot judge civilians (England and the United States);
- c) countries permitting civilians to be tried by military courts, but only in case of crimes against the external security of the country or the Armed Forces

---

<sup>63</sup> Idem.

<sup>64</sup> ANISTIA INTERNACIONAL. Assine agora a Ação Urgente VETA TEMER: crimes contra a vida devem ser julgados na justiça comum e impeça mais esse retrocesso!

<sup>65</sup> LEON, Lucas Pordeus. Comandante do Exército critica uso das Forças Armadas para garantia da lei e da ordem. Radio Agência Nacional.

(France, Italy, Argentina, and Uruguay), or during a state of siege (Colombia), or for terrorism crimes (Peru): d) countries that adopt a broad military jurisdiction over civilians in peacetime (Franco's Spain, Pinochet's Chile, Marcos's Philippines during martial law of 1974-81, and Brazil, even after the "Citizen" Constitution of 1988<sup>66</sup>.

As Military Justice Jurisdiction varies with each country, the related cases occupied about 11% of the total number of crime cases reaching the International Court of Human Rights. Overall, the Court recognizes that there are still some challenges to be overcome by the Military Justice to ensure the human rights. These include the right to a due process, an effective judicial protection, and the duty to investigate and prosecute those responsible for human rights violations<sup>67</sup>.

In seeking standards that limit the military justice action internationally, it must be deemed a restrictive military jurisdiction scope, besides special or exceptional, excluding civilian trials and those of military personnel directly involved in minor crimes, directly related to the military order<sup>68</sup>. Zaverucha and Melo Filho<sup>69</sup> considered that only countries that strictly follow these precepts would be democratic, being unjustifiable the exceptions found in the Brazilian Military Justice Code.

A more detailed analysis on international jurisprudence was reported in a very complete paper by Rabelo Neto<sup>70</sup>, who investigated 31 cases tried between 1999 and 2015, by the Inter-American Court of

<sup>66</sup> ZAVERUCHA, Jorge. Military Justice in the State of Pernambuco after the Brazilian Military Regime: An Authoritarian Legacy. *Latin American Research Review*. Vol. 34, No. 2, 1999. p.43-44.

<sup>67</sup> MAG-GREGOR, Eduardo Ferrer. Las siete principales líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicable a la justicia penal. *Revista IIDH*. Vol. 59, 2014. *passim*.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 80.

<sup>69</sup> ZAVERUCHA, Jorge. e MELO FILHO, Hugo. Justiça Militar. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Juarez; FILGUEIRAS, Fernando e STARLING, Heloisa. *Dimensões Políticas da Justiça*. Ed. Civilização Brasileira. p. 421-430, 2017.

<sup>70</sup> RABELO NETO, Luiz Octávio. Competência da justiça militar da união para julgamento de civis: compatibilidade constitucional e com o sistema interamericano de proteção de direitos humanos. *Revista de Doutrina e Jurisprudência do Superior Tribunal Militar*. V.25, n.2, 201. 2016. p. 119.



Human Rights (ICHR). According to this author, the ICHR considered the Military Court unable to judge civilian cases in 27 out of those, once it would infringe the legally binding principle of natural justice. Hence, the process would be rigged from the beginning and, thus, the ICHR avoided mentioning the defendant. In one of these cases, the ICHR considered the Military Justice partially and without independence.

With respect to jurisprudence, the author, specifically regarding the Brazilian Military Justice, does not rule out the possibility of the Military Justice judging civilians. However, he points out that, for an independent and impartial jurisdiction, in these cases, the military officers that are members of the Justice Council should not take part in trials<sup>71</sup>.

## CONCLUSION

Discussions on the use of the Armed Forces in public security should not be restricted to issues of “on the edge” of the public security system, that is, the ostensive ways of solving conflicts in peacetime, when in direct contact with civil society. In fact, such discussions should encompass military action throughout criminal prosecution. Thus, it should be analyzed the employment of the Judicial Police, the Military Public Ministry, and, above all, the Military Justice of the Union and of the States, in jurisdictionally on cases involving civilians and military officers who practice crimes that would not fit, in principle, among those who face administration and military hierarchy and discipline.

If these limits are not observed, the use of the Armed Forces is likely to violate human rights, hence, overcoming the defenses of democratic ideology. Thus, by further expanding the interpretation of what is considered a military crime, with an enlarged military courts jurisdiction over civilians, Brazil runs to enter in a dangerous exception state. In addition, applying the military personnel recurrently in LAO actions to solve the public security irregularities in federation units, despite recognizing vulnerable States, jeopardize the federative pact.

---

<sup>71</sup> RABELO NETO, Luiz Octávio. Competência da justiça militar da união para julgamento de civis: compatibilidade constitucional e com o sistema interamericano de proteção de direitos humanos. *Revista de Doutrina e Jurisprudência do Superior Tribunal Militar*. V.25, n.2, 201. 2016. p. 135.

## REFERENCES

ANISTIA INTERNACIONAL. Assine agora a Ação Urgente VETA TEMER: crimes contra a vida devem ser julgados na justiça comum e impeça mais esse retrocesso! Disponível em: <https://anistia.org.br/entre-em-acao/email/acao-urgente-veta-temer-crimes-contra-vida-devem-ser-julgados-na-justica-comum/>. Acesso em: 15 out 2017.

AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

BARROSO, Luís. Roberto. Segurança pública: atuação das Forças Armadas tem de ser excepcional. Consultor Jurídico, 26 jun. 2008. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/static/text/67573,1>>. Acesso em: 10 maio 2008.

BAUMAN, Zygmunt. *Vigilância Líquida*. Jorge Zahar. 2013.

BAYLEY, David Hume. Comparando a Organização das Polícias em Países de Língua Inglesa. In: Tonry, Michael & Morris, Norval (eds). *Policiamento Moderno*, São Paulo: USP, 2003, p. 539-576.

BITTNER, Egon. *The Functions of Police in Modern Society. A Review of Background Factors, Current Practices, and Possible Role Models*. New York. Janson Aronson, 1975.

BUAIZ AMEAÇA PEDRIR INTERVENÇÃO NO ES. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc21119816.htm>>. Acessado em 04 de junho de 2017.

BUARQUE DE HOLANDA, Sergio. *Raízes do Brasil*. 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

CABALLERO, M. Diagnóstico Reação em Vez de Prevenção. A Guerra do Brasil. *Jornal O Globo*. 14 de dezembro de 2017, p.8

CARRABINE, Eamonn; COX, Pam; LEE, Maggy; PLUMMER, Ken. e SOUTH, Nigel. *Criminology: A Sociological Introduction*. Routledge, 2009

COMISSÃO DA VERDADE – ESTADO DE SÃO PAULO. *Relatório. Tomo 1, Parte 1 - estruturas e sistemas da repressão. A militarização da segurança pública*. 2015. Disponível em: <http://comissaoaverdade.al.sp.gov.br/relatorio/>. Acesso em: 26 ago 2018.

CONFLITO ENTRE PMS DEIXA CINCO FERIDOS. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc2510200011.htm>>. Acessado em 02 de junho de 2017.

De BARROS, Marco Antonio. A lei de Segurança Nacional e a Legislação Penal Militar. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/artigos/4714cb.pdf>>. Acesso em 16. nov. 2016.

De FRANÇA, F.G. Pensar ou Obedecer? - Desafio da educação em direitos humanos para os policiais militares. *Revista Interdisciplinar de Direito Humanos*. V.4, n.1, p. 63-81, 2016.

De HOLANDA, Aurélio Buarque. *Minidicionário Aurélio*. 7ª ed. Curitiba: Positivo. 2008.

De LIMA, João Marcelo Maciel. Democracia e accountability: mecanismos de controle externo na polícia militar do estado de São Paulo (1989-2007). *AURORA*. II (3), p. 56-69, 2008.

De LIMA e SILVA, Gualterberg Nogueira e SCHWARTZ, Germano André Doederlein. Espaço urbano e cultura do medo: o uso das forças em atividade de polícia. Reflexão dogmática sobre a pacificação nas comunidades brasileiras. In: SANTOS, Bartira Macedo Miranda; RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves e De MELLO, Marília Montenegro Pessoa. *Criminologias e política criminal*. Florianópolis: CONPEDI. 2015.p.345-364.

EXÉRCITO VAI AO TOCANTINS PARA CONTER GREVE. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2805200101.htm>>. Acessado em 01 de junho de 2017.

FABRETTI, Humberto Barrinuevo. Políticas de segurança Pública: questionamentos preliminares. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; BRASIL, Patricia Cristina (Orgs.). *O Direito na Fronteira das Políticas Públicas*. Páginas&Letras, 2015, p.23-27.

FELIZARDO, Marília do Amaral e Do AMARAL, Vilma Aparecida. Da atuação das forças armadas na segurança pública dos estados-membros. *Revista de Direito Público*, V, 4, N. 2, p. 78-98, 2009.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. 2016, 137p.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. 2017. 107p.

G1. Especialista teme que morte de jovens da Providência fique impune. Notícia de 01 de jul de 2008. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Rio/0,,MUL632522-5606,00-ESPECIALISTA+TEME+QUE+MORTE+DE+JOVENS+DA+PROVIDENCIA+FIQUE+IMPUNE.html>. Acesso em: 26 ago 2018.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

KANT de LIMA, Roberto. *Ensaio de antropologia e de direito: Acesso à justiça e processos institucionais de administração de conflitos e produção da verdade jurídica em uma perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. 289p.

KANT de LIMA, Roberto. Entre as leis e as normas: Éticas corporativas e práticas profissionais na segurança pública e na Justiça Criminal. *DILEMAS*. Vol. 6 - n 4, 2, p. 549-580, 2013.

LEMES, Thiago Morais de Almeida e GARRIDO, Rodrigo Grazinoli. Transformações das instituições de segurança pública brasileira e seus reflexos no reconhecimento do mandato e na accountability. *Revista Direito & Paz*. v. 1, n. 36, p. 217-233. 2017.

LEON, Lucas Pordeus. Comandante do Exército critica uso das Forças Armadas para garantia da lei e da ordem. Radio Agência Nacional. 22 de junho de 2017. Disponível em: <http://radioagencianacional.etc.com.br>. Acesso em: 15 out 2017.

MAG-GREGOR, Eduardo Ferrer. Las siete principales líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicable a la justicia penal. *Revista IIDH*. Vol. 59, p. 28-118, 2014.

MACHADO, Leonardo Marcondes. Lei 13.491/17 e a militarização da segurança pública. In: FONTES, Eduardo e HOFFMANN, Henrique. *Temas avançados de polícia judiciária*. Salvador: JusPodium. p.161-164, 2018.

MARX, Gary T. Police and Democracy. In: Amir, M e Einstein, S. (eds.) *Policing, Security and Democracy: Theory and Practice*, vol. 2. Office of International Criminal Justice. 2001. Disponível em: <http://web.mit.edu/gtmarx/www/dempol.html>. Acessado em: 02 nov 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25ª Edição. São Paulo: Malheiros, 1996.

MINISTÉRIO DA DEFESA. *DISTRIBUIÇÃO DAS OPERAÇÕES DE GLO 1992 - 2018*. Disponível em: [https://www.defesa.gov.br/arquivos/exercicios\\_e\\_operacoes/glo/grafico\\_por\\_ano\\_barras\\_20180824.pdf](https://www.defesa.gov.br/arquivos/exercicios_e_operacoes/glo/grafico_por_ano_barras_20180824.pdf). Acessado em: 26 ago 2018.

MUNIZ, Jaqueline de Oliveira. A Crise de Identidade das Polícia Militares Brasileiras: Dilemas e Paradoxos da Formação Educacional. *Security and Defense Studies Review*. V. 1, p. 177-198, 2001.

MUNIZ, Jaqueline de Oliveira. e PROENÇA Jr. D. Da Accountability Seletiva à Plena Responsabilidade Policial. In: CRUSO, Haydée; MUNIZ, Jaqueline e CARBALLO e BLANCO, Antônio Carlos Carballo (Org.). *Polícia, Estado e Sociedade: Saberes e Práticas Latino-americanos*. 1 ed. Rio de Janeiro: Publit Seleções Editoriais, 2007, v. 1, p. 21-73.

MUNIZ, Jaqueline de Oliveira. Despolitização da segurança pública e seus riscos. In: De SOUZA, Rogério Ferreira e Gracino Jr, Paulo (orgs.). *Sociedade em perspectiva: cultura, conflito e identidade*. Rio de Janeiro: Gramma, 2012. p. 119-134.

RABELO NETO, Luiz Octávio. Competência da justiça militar da união para julgamento de civis: compatibilidade constitucional e com o sistema interamericano

de proteção de direitos humanos. *Revista de Doutrina e Jurisprudência do Superior Tribunal Militar*. V.25, n.2, 201. p.53-137. 2016

RODRIGUES, R The Dilemmas of Pacification: News of War and Peace in the ‘Marvelous City’. *Stability: International Journal of Security & Development*, 3(1): 22, p. 1-16, 2014.

SANTANA, Matheus. Militar julgar militar: especialistas veem risco de corporativismo. O Dia de 15 de outubro de 2017. Disponível em: <http://odia.ig.com.br/brasil/2017-10-15/militar-julgar-militar-especialistas-veem-risco-de-corporativismo.html>. Acesso em 15 out 2017.

SCHWARCZ, Lilia M.. e STARLING, Heloisa Maria Murgel. *Brasil: uma biografia*. Companhia das Letras, 2015.

ZAVERUCHA, Jorge. Military Justice in the State of Pernambuco after the Brazilian Military Regime: An Authoritarian Legacy. *Latin American Research Review*. Vol. 34, No. 2, p. 43-73, 1999.

ZAVERUCHA, Jorge. e MELO FILHO, Hugo. Justiça Militar. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Juarez; FILGUEIRAS, Fernando e STARLING, Heloisa. *Dimensões Políticas da Justiça*. Civilização Brasileira. p. 421-430, 2017.

### **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.

- *Rodrigo Grazinoli Garrido:* projeto e esboço inicial, levantamento bibliográfico, revisão bibliográfica, redação, revisão crítica com contribuições substanciais, aprovação da versão final.

- *Ana Morell*: levantamento bibliográfico, revisão bibliográfica, redação, revisão crítica com contribuições substanciais.
- *Silvana Vieira Azevedo*: projeto e esboço inicial, levantamento bibliográfico, revisão bibliográfica, redação.

*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: 26/05/2018
- Controle preliminar e verificação de plágio: 10/06/2018
- Avaliação 1: 14/06/2018
- Avaliação 2: 25/06/2018
- Avaliação 3: 04/07/2018
- Decisão editorial preliminar: 15/08/2018
- Retorno rodada de correções: 08/09/2018
- Decisão editorial final: 12/09/2018

#### Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-assistente: 1 (CRG)
- Revisores: 3

#### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

GARRIDO, Rodrigo G.; MORELL, Ana; AZEVEDO, Silvana V. Armed Forces As Security Agency and The Competence of Military Courts: The Prospect of Democratic Breakdown. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 3, p. 1249-1274, set./dez. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i3.167>



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

**Teoria da Prova Penal**

***Criminal Evidence Theory***






# Pessoas coletivas e os programas de *compliance*: a problemática da prova compartilhada com o processo penal de pretensão democrática


*Legal persons and compliance programs: the problem of proof shared with the criminal process of democratic pretension*

**Francisco de Assis de França Júnior<sup>1</sup>**

Universidade de Coimbra - Portugal

fajunior2016@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/2739102277898461>

 <http://orcid.org/0000-0002-6958-920X>

---

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo principal analisar criticamente a produção e o possível compartilhamento de provas originárias de programas de *compliance* com o processo penal que se pretende democrático. Nesse contexto, a partir de revisão bibliográfica, procuramos demonstrar potenciais implicações de direitos de defesa e alguns dos aspectos da tendência de privatização de deveres tradicionalmente estatais. Por fim, concluímos pela utilização válida de provas provenientes de investigadores particulares desde que sejam respeitados os mesmos limites atualmente vigentes para o regular funcionamento do processo penal em ambiente democrático.

**PALAVRAS-CHAVE:** Programas de *compliance*; Prova compartilhada; Processo penal; Democracia.

**ABSTRACT:** *The main objective of this paper is to critically analyze the production and possible sharing of evidence originating from compliance programs with the criminal process that is intended to be democratic. In this context, from a bibliographical review, we try to demonstrate potential implications of defense*

---

<sup>1</sup> Doutorando e Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Pesquisador visitante no Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht; Coordenador adjunto do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM no Estado de Alagoas; Professor no Centro Universitário CES-MAC (Maceió/AL); advogado.

*rights and some aspects of the tendency of privatization of traditionally state duties. Finally, we conclude that valid evidence is being used by private investigators as long as the same limits currently in force for the regular functioning of criminal proceedings in a democratic environment are respected.*

**KEYWORDS:** *Compliance programs; Proof shared; Criminal proceedings; Democracy.*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Pessoas coletivas e os programas de *compliance*: uma inevitável aproximação; 3. A produção de prova no âmbito dos programas de *compliance* e a potencial implicação de direitos e garantias fundamentais: é possível uma privatização de um dever tradicionalmente estatal?; 4. O compartilhamento (e o empréstimo) da prova com o processo penal de pretensão democrática; 5. Considerações finais; Referências.

---

## 1. INTRODUÇÃO

A responsabilização das pessoas coletivas é um daqueles temas cuja repercussão não há de se restringir ao âmbito da dogmática jurídico-penal. Muito pelo contrário. Sua dimensão, além de questões sociais e políticas, abarca ainda poderosíssimos interesses financeiros e econômicos. Daí que uma atuação direta do direito penal sobre elas tem merecido especial atenção de legisladores, doutrinadores, juízes e, como é óbvio, do próprio empresariado nas mais variadas circunstâncias. Não obstante essa entusiasmada mobilização, percebe-se claramente que nem todos os aspectos relevantes desse debate têm sido observados com a mesma intensidade.

No embalo do desenvolvimento econômico, a institucionalização da responsabilidade das pessoas coletivas na esfera penal acabou por desencadear uma espécie de relativização dos paradigmas iluministas até então vigentes.<sup>2</sup> Ou seja, os mecanismos usuais de alegadas prevenção e

---

<sup>2</sup> ANTUNES, Maria João. A responsabilidade criminal das pessoas colectivas entre o direito penal tradicional e o novo direito penal. *Lusitana*: Revista de

retribuição haviam sido moldados essencialmente para pessoas *de carne e osso*, não para aquele tipo de *abstração*. Não foi à toa que vimos popularizada a máxima *societas delinquere non potest*.<sup>3</sup> Partia-se, portanto, do pressuposto de que tais pessoas não podiam ostentar capacidade de ação ou de culpa, tampouco podiam sofrer uma pena de prisão, características que só poderiam ser direcionadas, como parecia evidente, às pessoas físicas.<sup>4</sup>

No entanto, com autoridades engajadas politicamente, a responsabilização penal das pessoas coletivas passou a ser consagrada nos ordenamentos espalhados pelo mundo,<sup>5</sup> o que ocorreu mais entusiasmadamente em países tributários do *common law*,<sup>6</sup> como é, na generalidade, o caso dos Estados Unidos.<sup>7</sup> Registre-se, *en passant*, que é esse direito

---

direito e cultura, Porto, n. 1-2, 2003. p. 359.

- <sup>3</sup> Para uma análise aprofundada sobre esse contexto, por todos, recomenda-se: FIGUEIREDO DIAS, Jorge. Para uma dogmática do direito penal secundário. In: *IDPEE – Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários*. V. I. Coimbra: Coimbra, 1998.
- <sup>4</sup> “O direito penal só podia ser aplicado a seres humanos, vivos, capazes de discernimento e cuja inteligência e vontade não tivessem sofrido nenhum dano”. (LAINGUI, André. Sur quelques sujets non-humains des anciens droits pénaux. ROBERT, Jacques-Henri; TZITIS, Stamatios. *La personne juridique dans la philosophie du droit penal*. Paris: Éditions Panthéon Assar, 2001. p. 13) (tradução livre).
- <sup>5</sup> Apenas para que se tenha uma ligeira ideia do que essa disseminação representa atualmente, na Europa, por exemplo, para que não nos alonguemos, tem-se: Bélgica, Dinamarca, Estônia, Finlândia, França, Holanda, Irlanda, Islândia, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, Noruega, Polônia, Portugal, Espanha, Reino Unido, Suécia e Suíça. BEVIÁ, Jordi Gimeno. *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas* – adaptada a las reformas del CP LECRIM, circular FGE 1/2016 y jurisprudencia del TS. Navarra: Aranzadi, 2016. p.30. Além disso, atente-se para o fato de que o termo “pessoa coletiva”, que é o adotado em Portugal, possui relativas variações a depender do país. No Brasil, por exemplo, a terminologia convencional, pelo próprio legislador, é a de “pessoa jurídica”.
- <sup>6</sup> FARIA COSTA, José de; COSTA ANDRADE, Manuel da. Sobre a concepção e os princípios do direito penal econômico. In: *IDPEE – Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários*. V. I. Coimbra: Coimbra, 1998. p. 347 ss.
- <sup>7</sup> É paradigmática a decisão de 1909 no caso New York Central & Hudson River Railroad vs United States. BEVIÁ, Jordi Gimeno. *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas* – adaptada a las reformas del CP LECRIM, circular FGE 1/2016 y jurisprudencia del TS. Navarra: Aranzadi, 2016. p. 30.

americano que, mesmo nos países do *civil law*, influencia a opção por esse tipo de responsabilização, sobretudo na Europa.<sup>8</sup> Com uma obstinação em tentar evitar/reparar prejuízos financeiros e econômicos, formou-se um caudal de argumentos de natureza prática que desembocou no que atualmente conhecemos por *direito penal econômico*.

É com o aumento desse interesse estatal sobre as pessoas coletivas na dinâmica social moderna – e, conseqüentemente, com a criação de mecanismos de controle e de eventual responsabilização – que se fertiliza o terreno para o aparecimento dos programas de *compliance*,<sup>9</sup> o objeto do interesse central da presente pesquisa. Temerosa por conta da atuação do direito penal nas liberdades fundamentais, parte significativa do empresariado tem se antecipado com programas direcionados aos riscos que as atividades empresariais comportam. A partir daí, um complexo sistema de boa *governança* tem sido moldado com o intuito de dificultar, ao máximo, *desvios* no exercício de funções vinculadas à empresa.

Assim, verificamos ultimamente empresas que se obrigam a manusear, mais do que meros mecanismos de prevenção, autônomos sistemas de investigação e de responsabilização que possuem contornos diferentes daqueles que normalmente encontramos num processo penal de pretensão democrática. Amparados pelas próprias regras, aqueles que investigam nesse tipo de ambiente, cuja natureza é essencialmente privada, não raro, buscam proteger a imagem da empresa. Não é, por exemplo, o que normalmente se observa da atuação do Ministério Público, em que, quando se investiga, o direcionamento dá-se quase sempre no sentido de cobrar a condenação dos envolvidos.

---

<sup>8</sup> MARTÍN, Adán Nieto. ¿Americanización o europeización del Derecho Penal económico? *Revista Penal*, España, n. 19, p. 120-136, 2007. E ainda: MARTÍN, Adán Nieto. La corrupción en el comercio internacional (o de cómo la americanización del derecho penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo). *Revista Penal*, España, n. 12, p. 3-26, 2003.

<sup>9</sup> Anabela Miranda Rodrigues, em texto publicado recentemente, entre outras preocupações, recorda-nos “como o ‘capitalismo regulatório’, através de um de seus elementos essenciais – os programas de cumprimento (*compliance*) –, procurou edificar uma estratégia de controle da atividade econômica ilícita”. RODRIGUES, Anabela Miranda. Direito penal econômico – é legítimo? É necessário? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 25, n. 127, 2017. p. 16.

Desse modo, o que apontamos como *deficitário* nesse tipo de debate está relacionado com a dinâmica de produção, compartilhamento e empréstimo de provas.<sup>10</sup> Dada a polissemia ínsita ao termo *prova*, cumpre-nos, desde logo, destacar que, em bom rigor, sabemos que a *prova emprestada* e a *prova compartilhada* possuem realidades tecnicamente diferentes.<sup>11</sup> Em apertada síntese, quando fazemos circular provas sem que tenham passado pelo devido contraditório, temos uma espécie de compartilhamento, e não de empréstimo. Emprresta-se uma prova apenas quando ela originalmente passou por um processo marcado pelo contraditório. Mas disso, logo se perceberá, não nos ocuparemos de maneira pormenorizada.<sup>12</sup>

Nesse passo, questão nevrálgica é sabermos (se e) como as provas produzidas nesses programas de *compliance* poderiam vir a ser aproveitadas validamente no âmbito de um processo penal que se pretende democrático, ou seja, em um ambiente que, em termos de investigação, preza pelos paradigmas (discursivos) que norteiam uma substancial democracia (ampla defesa, contraditório, presunção de inocência, entre outros importantes valores com os quais vamos dialogar a seguir) muito

---

<sup>10</sup> “De uma forma intencionalmente clara, o CPP [Código de Processo Penal] distingue os *meios de obtenção da prova* dos *meios de prova*, constituindo o objeto da prova todos os factos juridicamente relevantes para a existência ou inexistência do crime, a punibilidade ou não punibilidade do arguido e a determinação da pena ou da medida de segurança aplicáveis (artigo 124º do CPP). É através dos *meios de obtenção da prova* que são obtidos os *meios de prova* a partir dos quais se forma a convicção das autoridades judiciárias”. ANTUNES, Maria João. *Direito processual penal*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 110. Por uma questão de praticidade, no desenvolvimento da presente pesquisa, utilizamos apenas a expressão “prova”, tal como é utilizada na legislação brasileira (artigo 155 ss. do CPP), ao invés de “meios de prova”, como prescrito na referida legislação portuguesa. Vale, no entanto, destacar, que, no Brasil, tal distinção é a adotada pelo projeto de novo código de processo penal (Projeto de Lei do Senado n. 156/2009).

<sup>11</sup> Devo o alerta à Senhora Professora Doutora Inês Fernandes Godinho, que, em encontro sob a coordenação da Senhora Professora Doutora Maria José Capele, em 4/5/2018, na Casa da Jurisprudência, em Coimbra, abordou o assunto.

<sup>12</sup> Embora tenhamos optado pelo alerta da diferenciação, o que se percebe é que não há recorrência na doutrina sobre tal aspecto. Veja-se, como representativo dessa indiferença: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 395 ss.

especialmente na prática de seus agentes. Será preciso, em certa medida, explicitar, analisar e até mesmo propor certos pontos de contato entre os mecanismos pesquisados.

É, portanto, a partir de uma pontual revisão bibliográfica, que avaliaremos sucintamente se não estaríamos diante de uma espécie indevida de *privatização* de investigação tradicionalmente estatal. Nosso objetivo principal é o de procurar estimular reflexões críticas sobre eventuais violações aos direitos fundamentais, sempre a partir dos procedimentos enfocados.

## 2. PESSOAS COLETIVAS E OS PROGRAMAS DE COMPLIANCE: UMA INEVITÁVEL APROXIMAÇÃO

É inegável que nas últimas décadas a economia tem assumido uma preponderância jamais vista na dinâmica social. Se há uma estrutura que conseguiu a proeza de se *conectar* uniforme e eficientemente com praticamente todos os países do globo, é a econômica. Para António Pinto Monteiro<sup>13</sup>, a intensidade desse fenômeno na modernidade foi o que nos proporcionou uma verdadeira “aceleração histórica”, que correspondeu, como é evidente, a “uma acentuada mudança no fenômeno jurídico”. É a partir desse contexto que René Savatier<sup>14</sup> aponta para uma *indigesta* “inflação legislativa”, com o que também nos foram apresentados “efeitos perniciosos ao nível da cognoscibilidade das regras jurídicas”.<sup>15</sup>

Esse processo evolutivo, proporcionado pelo dinamismo com o qual o tecido social passou a se movimentar, sobretudo a partir do século

<sup>13</sup> PINTO MONTEIRO, António. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Dissertação para exame de pós-graduação em Ciências Jurídico-Civis na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra, 1985. p. 14.

<sup>14</sup> SAVATIER, René. *L'inflation législative et l'indigestion du corps social*. Paris: Dalloz, 1977. Recomenda-se ainda: SAVATIER, René. *Les Métamorphoses économiques et sociales du Droit Civil d'Aujourd'hui*. 3ª ed. Paris: Dalloz, 1964.

<sup>15</sup> PINTO MONTEIRO, António. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Dissertação para exame de pós-graduação em Ciências Jurídico-Civis na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra, 1985. p. 14.

XX, levou o direito a se estruturar como um “sistema aberto”, ou seja, “não logicamente fechado e concluso e de mero desenvolvimento progressivo (implícito ou analítico), mas materialmente aberto a novos conteúdos, a novas aquisições e a possíveis mutações histórico-normativas [...]”<sup>16</sup>. Temos, na generalidade, um sistema que se adaptou ao *diálogo* com as necessidades mais práticas das pessoas, dotado, portanto, de um instrumental que “não poderá alhear-se da realidade concreta que pretende conformar”<sup>17</sup>. O que não significa dizer que não existam limites.

Desse modo, o crescente interesse do direito – e em especial do direito penal – pelas pessoas coletivas não surgiu *do nada*, senão como resultado das circunstâncias que, embora delineadas a traços largos, deixamos antever. A deflagração desse movimento de normatização da dinâmica social não demoraria até chegar à pessoa coletiva, assim como também não tardaria até chegar ao seu interior.<sup>18</sup> Tanto é assim que já convivemos com uma *indigesta* quantidade de programas de *compliance*. Para Adán Nieto Martín<sup>19</sup>, tais normas internas acabam por se assemelhar a uma espécie de *grande rio*, onde desembocam numerosos afluentes de procedências diversas.

Pese essa proliferação de normas de autorregulação –<sup>20</sup> que podem vir a variar de uma empresa para outra –, se partirmos da ideia de que a

---

<sup>16</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. *Lições de introdução ao estudo do direito*. Coimbra: Coimbra, 1968-69, 329 ss.

<sup>17</sup> PINTO MONTEIRO. António. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Dissertação para exame de pós-graduação em Ciências Jurídico-Civis na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra, 1985. p. 15.

<sup>18</sup> “a empresa foi ‘descoberta’ pelo direito penal e pela criminologia como um centro susceptível de gerar ou de favorecer a prática de factos penalmente ilícitos, porque de repercussão desvaliosa no tecido económico-social”. FARIA COSTA, José de. A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas colectivas à luz do direito penal). *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa, ano 2, n. 4, out.-dez., 1992. p. 543.

<sup>19</sup> MARTÍN, Adán Nieto. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de. *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 23.

<sup>20</sup> CRAWFORD, Adam; HUCKLESBY, Anthea (ed.). *Legitimacy and compliance in criminal justice*. New York: Routledge, 2013. p. 4.

utilização do direito penal em ambiente pretensamente democrático deve mesmo se manter nos limites de um “mínimo ético”<sup>21</sup>, não deve ser de todo ruim que tenhamos tantas opções à mão. O que há de incomodar, no entanto, é a falta de critérios relativamente seguros que nos auxiliem, quando necessário, na acoplagem<sup>22</sup> desse sistema de natureza privada com o sistema penal. Afinal, não percamos de vista que, como veremos adiante, mesmo numa investigação da própria empresa, são possíveis reflexos negativos em direitos e garantias historicamente consagradas no ordenamento posto.

Uma aproximação, ao que nos parece, merece (e deve) ser conduzida pelo processo penal. Com a disponibilização de mecanismos que nos permitam proteger eficientemente o que se idealizou como bem jurídico e, por consequência, a respeitar os valores consagrados tradicionalmente em ambientes democráticos. Mas essa não é uma questão com a qual nos ocuparemos agora. Sobre ela, aliás, discorreremos mais detidamente no capítulo que segue. A questão que aqui nos interessa é a de saber ao certo em que consistem os programas de *compliance*. Para já, se nos é permitido utilizar a metáfora de Adán Nieto Martín<sup>23</sup>, importa conhecermos quais os principais “afluentes” desse *grande rio* disposto à nossa frente.

Antes, porém, destaque-se que as Nações Unidas divulgaram uma série de princípios para um pacto mundial com vistas à promoção de uma “cidadania corporativa”<sup>24</sup>. Lançado em 26 de julho de 2000, o documento, intitulado *Global Compact*<sup>25</sup>, pretendia incentivar empresas

---

<sup>21</sup> FARIA COSTA, José de. *Noções fundamentais de Direito Penal – fragmenta iuris poenalis*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 174 ss.

<sup>22</sup> Dito no sentido *luhmanniano*, tal como se pode aprofundar em: LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002; Recomenda-se ainda: LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. v. I e II. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

<sup>23</sup> MARTÍN, Adán Nieto. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de. *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 23.

<sup>24</sup> BEVIÁ, Jordi Gimeno. *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas – adaptada a las reformas del CP LECRIM, circular FGE 1/2016 y jurisprudencia del TS*. Navarra: Aranzadi, 2016. p. 30.

<sup>25</sup> Disponível em: <<https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission>>. Acesso em 22 mar. 2018.



a: 1) Fazer negócios de forma responsável, alinhando suas estratégias e operações com dez princípios sobre direitos humanos, trabalho, meio ambiente e combate à corrupção; e 2) Tomar ações estratégicas para avançar objetivos sociais mais amplos, tais como os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas, com ênfase na colaboração e inovação. Mas só em 2004 instituiu-se como princípio (10) que “as empresas devem trabalhar contra a corrupção em todas as suas formas, incluindo a extorsão e o suborno”.<sup>26</sup>

Também os órgãos vinculados à União Europeia se ocuparam, por vezes, do tema do comportamento das pessoas coletivas. É possível constatar tal interesse, por exemplo, na recomendação 18/88, de 20 de outubro, do Comité de Ministros dos Estados-Membros, nas decisões-quadro do Conselho (2004/757, de 25 de outubro; 2005/667, de 12 de julho; 2005/222, de 24 de janeiro; entre outras)<sup>27</sup> e nas diretivas (em especial, para que não nos alonguemos: 2013/34/UE, de 26 de junho; 2014/95/UE, de 22 de outubro, entre outras). O que se percebe é que as empresas têm sido *pressionadas* a adequarem suas estruturas a modelos de governança que privilegiem certa transparência e que possuam mecanismos eficientes de prevenção, investigação e responsabilização no caso de eventuais *desvios*.

Dada a flagrante diversidade de empresas espalhadas pelo mundo, e as culturas diversas com as quais elas se relacionam, a preocupação central de tais órgãos (regionais e internacionais) tem sido com o estabelecimento de alguma uniformização no trato das questões que são entendidas como potencialmente prejudiciais ao regular funcionamento da dinâmica social. Com a globalização, problemas locais e regionais estão cada vez mais *conectados* uns com os outros. Portanto, parece-nos compreensível que se busque instituir modelos de uma política de responsabilidade

---

<sup>26</sup> O enfrentamento da corrupção, aliás, tem sido apontado como um dos principais responsáveis pelo crescimento dos debates sobre os *programas de compliance*. Para aprofundar esse aspecto, recomenda-se: MANACORDA, Stefano; CENTONZE, Francesco; FORTI, Gabrio. (ed.) *Preventing Corporate Corruption – the anti-bribery compliance model*. New York: Springer, 2014.

<sup>27</sup> BEVIÁ, Jordi Gimeno. *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas* – adaptada a las reformas del CP LECRIM, circular FGE 1/2016 y jurisprudencia del TS. Navarra: Aranzadi, 2016. p. 30.

supranacional amparados por algum lastro científico e que favoreçam a aproximação e a colaboração entre os envolvidos.

Registre-se ainda que um estudo sobre uma eventual uniformização dos *programas de compliance* deve implicar também questões relacionadas à sua legitimidade. No entanto, não será propriamente esse o nosso foco. Segundo Adam Crawford e Anthea Hucklesby<sup>28</sup>, a quantidade de normas nessa área levanta muitos questionamentos, muito especialmente sobre sua legitimidade. Para os autores, essas questões “exigem um exame conceitual rigoroso”, além de convocarem “nossa atenção ao pensarmos em maneiras de regular melhor o comportamento das pessoas e promover a conformidade com as normas sociais vigentes”.

Feito o destaque, tratemos agora, pois, ainda que sucintamente – dada a natureza ensaística da presente pesquisa –, dos *afluentes* que nos despertaram mais o interesse no processo de recolha da bibliografia com a qual nos deparamos. É preciso saber ao certo quais as principais providências que o empresariado deve efetivar para exercer uma administração comprometida com os princípios enunciados pelos órgãos citados. Como são muitos os programas de *compliance*, optamos por seguir a linha já traçada por Adán Nieto Martín<sup>29</sup>, um autor cuja obra é recorrentemente lembrada pelos que também enfrentam o tema. Serão, portanto, as reflexões do catedrático da Universidade de Castilla la Mancha o nosso principal referencial teórico a partir daqui.

Em primeiro lugar, tem sido apontado como imprescindível, como é evidente, a nomeação de um responsável, uma pessoa física, alguém comprometido com “a administração do risco”. A partir disso, impõe-se ainda “estabelecer um sistema de documentação, análise de riscos, estabelecer normas de conduta, etc.”.<sup>30</sup> Tentar antecipar-se, no máximo possível, aos problemas que eventualmente imponham inconvenientes legais ao regular funcionamento da empresa é o que se pretende com as

<sup>28</sup> CRAWFORD, Adam; HUCKLESBY, Anthea (ed.). *Legitimacy and compliance in criminal justice*. New York: Routledge, 2013. p. 4. Tradução livre.

<sup>29</sup> MARTÍN, Adán Nieto. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de. *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

<sup>30</sup> Idem, p. 24. Tradução livre.

providências referenciadas. A figura do administrador nomeado especificamente para tal função proporciona que as cobranças, por melhorias ou por responsabilização, estejam concentradas naquela pessoa, evitando uma pulverização e a perda do foco.

Eis o *compliance officer*, a quem se incumbem de “criar regras e aprimorá-las permanentemente, apoiar a direção da empresa, inclusive nos processos negociais, fornecer aconselhamento preventivo e treinamento aos integrantes da organização empresarial, introduzir e coordenar os meios de controle para manter o respeito às normas do programa, detectar antecipadamente os desvios, informar frequentemente aos conselhos de direção acerca da situação do programa, de novos riscos identificados e das medidas preventivas, além de executar e/ou coordenar investigações internas e tomar, junto com os diretores, medidas disciplinares punitivas e as destinadas a eliminar os âmbitos de vulnerabilidade da empresa”.<sup>31</sup>

Em segundo lugar, seria preciso instituir uma espécie de *governo corporativo*, uma estrutura em que se possibilitem mecanismos que limitem a atuação tanto de dirigentes quanto dos demais funcionários da empresa.<sup>32</sup> Assim entendido, o exercício do poder, mesmo em ambiente de natureza particular, precisa de barreiras contra o arbítrio. Com amparo em William S. Laufer<sup>33</sup>, a perspectiva de Adán Nieto Martín<sup>34</sup> é a de que,

---

<sup>31</sup> LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINS, Jorge Washington Gonçalves. Considerações preliminares acerca da responsabilidade criminal do compliance officer. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 284, jul., 2016. p. 12. Os autores se amparam em: MOOSMAYER, Klaus. Anforderungen an den Compliance-Beauftragten. ROTSCHE, Thomas (org.). *Criminal Compliance*. Baden-Baden: Nomos, 2015. p. 209. Recomenda-se ainda: PLANAS, Ricardo Robles. El responsable de cumplimiento («Compliance Officer») ante el Derecho penal. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.) *Criminalidad de empresa y compliance – Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013. pp. 319-331.

<sup>32</sup> BENEDETTI, Carla Rahal. Criminal Compliance: Instrumento de Prevenção Criminal Corporativa e Transferência de Responsabilidade Penal. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 59, jan. 2013. p. 315.

<sup>33</sup> LAUFER, William S. *Corporate Bodies and Guilty Minds – the failure of corporate criminal liability*. Chicago: University of Chicago Press, 2006.

<sup>34</sup> MARTÍN, Adán Nieto. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de. *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 24. Tradução livre.

“quando se pensa em como controlar os administradores ou os postos mais elevados de direção com o fim de que não cometam infrações, resulta imprescindível contar com um órgão independente do poder empresarial, de outro modo, o controle sobre a cúpula da empresa não resultará crível”.

Depois, espera-se a existência de um código de ética que vincule a dinâmica de funcionamento da empresa, “onde se consegue o compromisso de luta contra a corrupção, a condenação de práticas restritivas da concorrência, a proteção de dados, etc.”<sup>35</sup>. Como constatado por Adán Nieto Martín<sup>36</sup>, “a execução dos códigos éticos tem levado à criação de novos órgãos, como a Comissão do Código, *Ethics Board*, etc. E tem surgido cargos, como o *ethics officer*, que cumprem funções semelhantes aos *compliance officer*”. Tem-se, com isso, mais uma das iniciativas que fazem parte do processo de fomento de “uma cultura da legalidade na empresa”<sup>37</sup>.

Enrique Bacigalupo<sup>38</sup> faz questão de enfatizar as consequências negativas da falta de ética no meio empresarial. Os abusos praticados pelas gestões não são pautados por tais valores; além disso, são capazes de provocar um significativo (e, evidentemente, não desejado) descontrole do sistema financeiro mundial. O autor, referindo-se à crise que eclodiu no ano de 2008, aduz ainda que na crise financeira “não só se fala de economia e problemas estruturais do sistema econômico e financeiro, senão também de questões de *legalidade*, de *ilegalidades* e de *debilidades éticas*”. A causa da crise, portanto, estaria vinculada também a um “distanciamento ‘*dos fundamentos éticos*’”.

Outra providência importante é a disponibilização do mecanismo da auditoria interna – uma iniciativa voltada para a identificação de possíveis desvios de comportamento de quaisquer dos vinculados à empresa. Pelas normas contidas na *Statement on Auditing Standards* (SAS Nº 78),<sup>39</sup>

<sup>35</sup> Ibidem. Tradução livre.

<sup>36</sup> Ibidem. Tradução livre.

<sup>37</sup> Idem, p. 25. Tradução livre.

<sup>38</sup> BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y Derecho penal*. Navarra: Aranzadi, 2011. p. 13-16. Tradução livre.

<sup>39</sup> MARTÍN, Adán Nieto. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de. *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 25.

emitida em 1995 pelo *Auditing Standards Board* do *American Institute of Certified Public Accountants*, tem-se que “o controle interno é um processo – afetado pelo conselho de diretores da entidade, gerência e demais envolvidos – designado para proporcionar uma razoável segurança em relação ao sucesso dos objetivos das seguintes categorias: (a) segurança da informação financeira, (b) efetividade e eficiência das operações, e (c) cumprimento das leis e regulações aplicáveis”<sup>40</sup>.

A adesão a programas de certificação de qualidade também tem sido apresentada como um ingrediente importante nesse processo que intenciona evitar uma incidência do direito penal sobre o funcionamento das pessoas coletivas.<sup>41</sup> A *International Organization for Standardization* (ISO), que é uma das maiores e mais conhecidas organizações a desenvolver normas de auxílio à implantação e ao funcionamento de uma gestão qualificada, “cria documentos que fornecem requisitos, especificações, diretrizes ou características que podem ser usadas consistentemente para garantir que materiais, produtos, processos e serviços sejam adequados para a finalidade”<sup>42</sup>.

Toda essa parafernália, constituída de mecanismos internos de vigilância, controle e responsabilização<sup>43</sup> – muitas vezes sobrepostos – que acabamos de passar em revista de maneira sucinta, ao mesmo tempo que intenciona proporcionar alternativas à incidência do direito penal, está sobretudo focada para garantir o regular funcionamento das pessoas coletivas. Em alguns países, como na Espanha, mesmo que não se consiga evitar tal invasiva incidência, a existência desses instrumentos pode levar

---

<sup>40</sup> Disponível em: <http://www.abaco.ec/equal/ipaper/sas-0078.doc>. Acesso em 22 mar. 2018. Tradução livre.

<sup>41</sup> BOCK, Dennis. Compliance y deberes de vigilancia en la empresa. KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de. *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 107.

<sup>42</sup> Disponível em: <https://www.iso.org/standards.html>. Acesso em 23 mar. 2018.

<sup>43</sup> Adán Nieto Martín assegura que “los planteamientos de la ética empresarial y del voluntarismo jurídico están sin duda alguna en el ADN de las *Guidelines* y más concretamente de los programas de cumplimiento”. Com amparo em Braithwaite, o autor então conclui que “en la actualidad puede decirse que se trata de estrategias complementarias, confluyentes, en el control del comportamiento colectivo desviado”. MARTÍN, Adán Nieto. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid: Iustel, 2008. p. 221; BRAITHWAITE, John. The new regulatory state and the transformation of criminology. *British Journal of Criminology*, n. 40, pp. 222-238, 2000.

à atenuação ou até mesmo à exclusão da responsabilização penal.<sup>44</sup> Tais possibilidades, aliás, dentre outras nuances, podem ser encontradas nos artigos 31 bis, 31 ter, 31 quater, 31 quinquies, do Código Penal espanhol.

Em Portugal, tem-se, por exemplo, o artigo 11, número 6, do código penal, que prescreve: “a responsabilidade das pessoas colectivas e entidades equiparadas é excluída quando o agente tiver actuado contra ordens ou instruções expressas de quem de direito”.<sup>45</sup>

No Brasil, a Lei n.º 12.846/2013, que “dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira”, em seu artigo 7º, inciso VIII, prescreve que “serão levados em consideração na aplicação das sanções (...) a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”. O Regulamento n.º 8.420/2015, no artigo 41, prescreve os requisitos para a admissibilidade dos *programas de integridade* das empresas.

Assim, não foi por acaso que, no início do capítulo, mencionamos a proliferação de normas desse tipo. Uma incursão, ainda que palmar, na bibliografia sobre o assunto, leva-nos inevitavelmente a concluir que, atualmente, são muitos os recursos à mão do empresariado. Usar todo o potencial da empresa para fazer frente à sofisticada competitividade que a modernidade nos impôs exige disciplina e uma aguçada capacidade de adaptação às eventuais adversidades. Esses mecanismos internos, que na sua maioria são de naturezas essencialmente empresarial e laboral,<sup>46</sup>

---

<sup>44</sup> A legislação em França e nos Estados Unidos, por exemplo, possibilita até mesmo a não promoção processual penal contra as pessoas coletivas, consagrando-se o princípio da oportunidade nesse âmbito. ANTUNES, Maria João. Privatização das investigações e compliance criminal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 28, n. 1, jan-abr, 2018. p. 120-121.

<sup>45</sup> Sobre a perspectiva portuguesa, com uma análise crítica do artigo 11 do código penal e da jurisprudência, recomenda-se: BRITO, Teresa Quintela de. Relevância dos mecanismos de ‘compliance’ na responsabilização penal das pessoas colectivas e dos seus dirigentes. *Anatomia do crime – revista de Ciências Jurídico-Criminais*, Coimbra, n. 0, jul.-dez., pp. 75-91, 2014.

<sup>46</sup> Como antevisto, são muitos os recursos à mão do empresariado, podendo os programas de *compliance* assumir modelos diversos a depender da determinação legal. Manuel Gómez Tomillo, por exemplo, constata que “o Direito alemão assume um modelo administrativo sancionador para impor, de alguma

servem para manter no *radar* da pessoa coletiva comportamentos que podem vir a comprometer não apenas seu regular funcionamento, mas principalmente sua possibilidade de continuar a existir legalmente.

Não temos dúvidas, portanto, de que a adesão aos programas de *compliance* é um caminho sem volta para o empresariado, sobretudo para aqueles à frente de empresas de médio e grande porte. O fato é que as pessoas coletivas nunca estiveram tão em evidência, exigindo-se delas não apenas um comportamento omissivo quanto à prática de violações, sobretudo aos direitos humanos, mas efetiva proatividade no sentido de não permitir que elas ocorram no âmbito de sua influência direta. Essa é uma das atuais preocupações de Adán Nieto Martín, para quem os estados deveriam se dedicar a obrigar as empresas a criarem “diligências devidas” com o intuito de evitar as mencionadas violações.<sup>47</sup>

Embora disseminadas, essas normas não são propriamente uma *novidade*. Logo, estabelecer regras de conduta e exigir o respeito a elas não é rigorosamente uma *inovação*. O modo como as empresas atualmente lidam com essa dinâmica normativa é que sofreu significativas adaptações. A criação de um *canal de denúncias* e a possibilidade de uma *investigação interna*,<sup>48</sup> por exemplo, abrem possibilidades que, a depen-

---

forma coativamente, deveres de *compliance* nas personas jurídicas (e o ordenamento italiano no marco concreto de luta contra a corrupção). Pelo contrário, o Direito projetado espanhol e o *Corpus Iuris* optam por um modelo penal”. TOMILLO, Manuel Gómez. *Compliance penal y política legislativa – el deber personal y empresarial de evitar la comisión en el seno de las personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo blanch, 2016. p. 95. Tradução livre.

<sup>47</sup> MARTÍN, Adán Nieto. Compliance programs en materia de derechos humanos. Colóquio *Direito penal económico em mudança*. Auditório da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 20 mar. 2018.

<sup>48</sup> ANTUNES, Maria João. Privatização das investigações e compliance criminal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 28, n. 1, jan-abr, 2018. p. 122; RIOS, Rodrigo Sánchez; MACHADO, Allian Djeyce Rodrigues. Criminalidade intraempresarial, sistemas de denúncia interna e suas repercussões na seara penal: o fenômeno do whistleblowing. *Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 25, n. 137, 2017. Vale também: RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing: una aproximación desde el derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013; RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.). *Criminalidad de empresa y compliance – Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013.

der das circunstâncias, preocupam-nos. Elas podem servir para que seja enquadrada uma filial que deliberadamente não cumpre o programa de sua matriz, como também podem servir para apurar infrações com sérias consequências à vida de seus empregados.<sup>49</sup>

Daí que os programas de *compliance* podem funcionar como uma espécie de *antecâmara* do processo penal.<sup>50</sup> Só que com uma dinâmica de produção de provas dirigida por particulares, com regras de garantias pessoais alegadamente *menos rígidas*, pois subordinadas aos direitos empresarial e laboral, o que pode vir a ser um risco, tendo em vista que, nesse tipo de persecução, é provável que exista interferência em direitos fundamentais. Ao permitirmos, sem uma necessária reflexão crítica, a fruição desse movimento, estaríamos adotando um comportamento negligente perante a tendência de uma *privatização do processo penal*.<sup>51</sup> É preciso avaliar como tudo isso pode se coadunar com os valores democráticos.

### **3. A PRODUÇÃO DE PROVA NO ÂMBITO DOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE E A POTENCIAL IMPLICAÇÃO DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: É POSSÍVEL UMA PRIVATIZAÇÃO DE UM DEVER TRADICIONALMENTE ESTATAL?**

São muitos os trabalhos dedicados às nuances da produção de prova no âmbito de um processo penal que se pretende democrático.<sup>52</sup> Por

<sup>49</sup> Devo a reflexão do presente parágrafo à Senhora Professora Doutora Maria João Antunes, que, no encontro do dia 22/3/2018, em Coimbra, embora não tenha afirmado exatamente aquilo o que escrevemos – razão pela qual já nos desculpamos por eventuais equívocos interpretativos –, levou-nos a refletir da maneira crítica sobre o assunto.

<sup>50</sup> ANTUNES, Maria João. *Idem*, p. 127.

<sup>51</sup> A ideia é, originariamente, devida à Senhora Professora Doutora Maria João Antunes. Vide nota 48. Mais em: ANTUNES, Maria João. Privatização das investigações e *compliance* criminal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 28, n. 1, jan-abr, 2018. Também no sentido exposto: MARTÍN, Adán Nieto. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de. *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 46-48.

<sup>52</sup> Para uma análise rigorosa e aprofundada a respeito, partindo-se da perspectiva do direito português, recomenda-se: COSTA ANDRADE, Manuel da. *Sobre as proibições de provas em processo penal*. Coimbra: Coimbra, 2013. Esse



óbvio, utilizaremos alguns deles ao longo do presente capítulo, tendo em vista que são parâmetros fundamentais ao debate proposto, mas não nos debruçaremos pormenorizadamente sobre esse específico tema. Não por entendermos que não seja importante – muito longe disso –, mas porque nos interessa esse tipo de atividade nas investigações promovidas por intermédio dos programas de *compliance*. A atuação de particulares no exercício desse ofício e a sua potencial interferência negativa em direitos e garantias fundamentais são os nossos principais objetos de preocupação.

Como sabemos, inúmeras são as possibilidades de produção de provas numa investigação presidida pelo Estado. Se utilizarmos como parâmetro o Código de Processo Penal português, por exemplo, a regra é a de que “são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei” (artigo 125.º). Admitem-se, portanto, provas testemunhais, declarações (do arguido, do assistente e das partes civis), acareações, reconhecimentos, reconstituições do fato, perícias e documentos variados. Nessa dinâmica, para garantir “a realização da justiça e a descoberta da verdade material”, tolera-se a utilização de *medidas de coação*, desde que calibradas pela legalidade, necessidade, adequação, proporcionalidade e subsidiariedade.<sup>53</sup>

---

tema da proibição, aliás, foi pioneiramente introduzido em Portugal por Jorge de Figueiredo Dias: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Revisitação de algumas ideias-mestras da teoria das proibições da prova em processo penal (também à luz da jurisprudência constitucional portuguesa). *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 146, n. 4000, set.-out., 2016. pp. 3-16. Originalmente em: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra, 1974. Uma análise histórica da prova em matéria criminal no espaço europeu, recomenda-se: MITTERMAYER, Carl Joseph Anton. *Tratado da prova em matéria criminal* – ou exposição comparada dos princípios da prova em matéria criminal, etc., de suas aplicações diversas na Alemanha, França, Inglaterra, etc. 3ª ed. Trad. Alberto Antonio Soares. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1917. p. 22 ss.

<sup>53</sup> ANTUNES, Maria João. *Direito processual penal*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 120-135. Muito longe de advogarmos o imobilismo do sistema de controle estatal, mas não se pode deixar de destacar, sobretudo no Brasil, de uma incipiente cultura democrática, que o argumento “[d]a realização da justiça e a descoberta da verdade material”, mesmo com a calibragem apontada, parece-nos uma porta generosamente aberta para que, como nos diz Aury Lopes Jr., “os movimentos repressivistas e as ideologias decorrentes” continuem fazendo com que, “cada vez mais, a ‘liberdade seja ‘provisória’ (até o CPP consagra a liberdade provisória...) e a prisão cautelar (ou mesmo definitiva) uma regra”. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 42-43.

O empenho do empresariado em tentar neutralizar ameaças ao regular funcionamento da pessoa coletiva pode vir a ultrapassar limites importantes numa democracia. Logo, pode vir a provocar graves violações a valores consagrados convencional e constitucionalmente. Para Jordi Gimeno Beviá<sup>54</sup>, “em certas ocasiões podem se confundir as investigações internas com situações nas quais a pessoa jurídica, para controlar tudo o que acontece dentro dela, coloca, em suas dependências, câmaras, microfones, intercepta as telecomunicações de seus empregados, etc.”. Ainda que se consiga tal desiderato, segundo o autor, “podem supor uma vulneração muito importante de direitos fundamentais dos trabalhadores”.

Não há de ser difícil concluir que, em determinadas circunstâncias, as consequências práticas de uma investigação interna podem ser mais gravosas do que uma presidida pelo próprio Estado. Perceba-se, por exemplo, que despedir uma pessoa por conta de uma infração disciplinar, tal como uma violação ao código de ética da empresa, dando-se publicidade disso, tem o potencial de ser mais prejudicial à sua vida social do que se aplicada uma pena de multa por conta da prática de um crime.<sup>55</sup> Nessas circunstâncias, perder o emprego, através do qual o sujeito sustenta a si e à própria família, tendo ficado *malvisto* no mercado de trabalho, possui um potencial de impacto mais pesados sobre a *dignidade humana*.<sup>56</sup>

José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira<sup>57</sup> explicam que os “interesses do processo criminal encontram limites na dignidade humana (art. 1º [da Constituição da República portuguesa – doravante

---

<sup>54</sup> BEVIÁ, Jordi Gimeno. Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas – adaptada a las reformas del CP LECRIM, circular FGE 1/2016 y jurisprudencia del TS. Navarra: Aranzadi, 2016. p. 227. Tradução livre.

<sup>55</sup> No caso da legislação portuguesa, por exemplo, veja-se o art. 137 do código penal (homicídio por negligência), que, apesar de ter a vida como bem juridicamente tutelado, prescreve como pena alternativa à privação da liberdade a possibilidade de uma multa.

<sup>56</sup> Valor esse que, por ser a base de um Estado de direito democrático, está consagrado, entre outros instrumentos normativos, na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), na Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950), na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) e na Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos (1981).

<sup>57</sup> GOMES CANOTILHO, J. J.; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada* – v. I. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 524.

CRP]) e nos princípios fundamentais do Estado de direito democrático (art. 2º), não podendo, portanto, valer-se de actos que ofendam direitos fundamentais básicos”. Corolários do respeito à dignidade humana, outros *paradigmas*<sup>58</sup> historicamente conquistados, como a intimidade da vida privada, o *nemo tenetur se ipsum accusare*, a presunção de inocência, o contraditório, a ampla defesa, entre outros, colocam-se também à prova diante dessa “nova” (e invasiva) atividade empresarial.

Nesse passo, antes de prosseguirmos, merece ser enfatizado o fato de que, ao celebrarem o contrato de trabalho, os empregados se comprometem com o seu regular cumprimento. O gesto desencadeia uma série de obrigações recíprocas, entre as quais a aceitação da autoridade patronal no exercício da atividade contratada. São os empregados, portanto, subordinados aos dirigentes com os quais se relacionam na estrutura hierarquizada da empresa. Assumem, a partir daí, entre outros, os deveres de zelo, cooperação, lealdade e obediência.<sup>59</sup> Portanto, não é por acaso que a percepção que se tem é a de que os programas de *compliance* podem acabar assumindo a característica de *antecâmara* do processo penal.

Afinal, como sopesar as obrigações laborais dos empregados com os direitos e garantias consagrados no ordenamento democrático? Ainda que em contexto diverso, aqui valem, por analogia, as lições de Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade<sup>60</sup>. Para os autores, “a obrigação legal de prestar informações no âmbito de um processo de fiscalização e supervisão não se confunde com – nem prejudica – [por exemplo] o direito ao silêncio que assiste ao arguido no âmbito de um eventual processo sancionatório posterior (criminal ou contra-ordenacional), designadamente, no âmbito de interrogatório perante as autoridades

---

<sup>58</sup> No sentido *kuhniano*: KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 12ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2013.

<sup>59</sup> Para aprofundar essas questões, recomenda-se: CORDEIRO, António Menezes. *Manual de Direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 1991; e AMADO, João Leal. *Contrato de trabalho: noções básicas*. Coimbra: Almedina, 2016.

<sup>60</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge; COSTA ANDRADE, Manuel da; COSTA PINTO, Frederico de Lacerda da. *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 49.

competentes”. E concluem: “Aí valem, em todo a sua plenitude, as regras processuais que prevêem o direito ao silêncio do arguido”.

Os investigadores possuem, muito por conta dessas regras laborais, uma relação de maior poder de *pressão* junto aos empregados, o que se acentua sobre os menos graduados. Há, nesses casos, uma relação de certa ascendência hierárquica dos que investigam sobre os que são investigados, o que, como dissemos, demanda preocupação pelas potenciais interferências indevidas em direitos e garantias fundamentais. Como se não bastasse, esses investigadores ainda têm acesso desembaraçado a uma série de documentos – tais como os relacionados com a vida particular e profissional dos empregados – que um agente estatal normalmente teria de estar de posse de uma ordem judicial para consegui-los.

Perceba-se que na perspectiva de Anabela Miranda Rodrigues<sup>61</sup>, os programas de *compliance*, que, para ela, desenvolveram-se independentes do direito penal, apresentam problemas para este ramo do direito. Segundo a catedrática de Coimbra, esses programas “podem ser usados como uma armadilha para as empresas e levar à reversão do ônus da prova ou podem servir de fachada, o que reduz a responsabilidade corporativa. Os programas de conformidade devem ser eficazes e mantidos vivos e totalmente operacionais. A chave para superar esses problemas é evitar seu descrédito. É necessário aumentar sua credibilidade através de órgãos de conformidade independentes, profissionais e participativos e vinculá-los à ética empresarial deliberativa e à democracia das partes interessadas”.

Constata-se, ademais, que o controle judicial não é incisivamente garantido na dinâmica da investigação interna.<sup>62</sup> As cautelas podem estar vinculadas a outros interesses. Ramon Ragués i Vallès<sup>63</sup> aponta, por exemplo, que – agora dizemos nós: pelas cautelas que os direitos funda-

<sup>61</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. Compliance programs and corporate criminal compliance. PoLaR – Portuguese Law Review, v. 2, n. 1, jan., 2018. p. 1. (tradução livre)

<sup>62</sup> Embora, como é óbvio, possa vir a ser convocado pelos que se sentirem prejudicados.

<sup>63</sup> RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.). *Criminalidad de empresa y compliance – Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013. p. 189.

mentais impõem – a investigação dos agentes estatais é geralmente mais lenta do que aquela presidida pela empresa. Em virtude das implicações penais e dos prejuízos diversos que poderiam sofrer, da perspectiva do autor, a comunicação de eventuais *desvios* às autoridades ficaria a cargo da conveniência empresarial. Entretanto, nos casos de comunicação, identificados comportamentos prescritos como crime, aí sim, atuaria o Estado.

Por outro lado, pese-se que condicionar a ideia de respeito às regras mínimas de uma investigação no âmbito dos programas de *compliance* unicamente à presença de uma espécie de *juiz de garantias* (dentro de uma *lógica processual* de reserva de juiz) poderia ser encarado como uma pressuposição de falta de boa-fé na relação jurídica entre “iguais”<sup>64</sup>, ou seja, na relação que se estabelece entre os investigadores e os investigados, ambos encarados como *particulares*. Ambos, portanto, “livres” para se socorrerem do judiciário nos casos de eventuais abusos. Se assim não fosse, seria inverter a *lógica* de que a boa-fé há de ser pressuposta na dinâmica social e na própria estrutura geral do ordenamento jurídico.<sup>65</sup>

Ocorre que essas investigações, como sabemos, auxiliam na formação do convencimento do responsável pela resolução do conflito. Tem-se, portanto, uma tarefa necessária para que se possa definir, se for o caso, quais responsabilidades devem recair sobre a pessoa investigada. A atividade probatória serve justamente para que se atinja esse perseguido desiderato. Daí que a produção de provas ganha contornos preocupantes no âmbito dos programas de *compliance*. Dito de outra maneira: teremos provas recolhidas sob a égide de um sistema particular que, uma vez entregues ao Estado, tendem a ser decisivas na formação da convicção sobre a permanência ou não do *status* de inocência do investigado.

---

<sup>64</sup> Na persecução penal, tal como a conhecemos atualmente, não há propriamente “iguais”, vez que, quem, normalmente, acusa (e mesmo quem julga) atua enquanto representante do Estado contra um particular.

<sup>65</sup> O mesmo raciocínio poderia ser projetado para os centros de mediação e arbitragem, não necessariamente vinculados ao poder judiciário. Mas esse não nos parece um ponto absolutamente resolvido, constituindo-se, portanto, no atual estágio de nossa pesquisa, numa conclusão provisória, aberta, como é evidente, ao contraditório. Aprofundadamente sobre a boa-fé e a necessidade de proteção da confiança, por todos, recomenda-se: CORDEIRO, António Meneses. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2015.

Apesar de todas as ressalvas que podem (e devem) ser feitas nessa temática, o uso de particulares em investigações não tem sido considerado, de *per si*, como ilegítimo. A propósito disso, na legislação portuguesa tem-se esse tipo de possibilidade na Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto, que estabelece o regime jurídico das ações encobertas para fins de prevenção e investigação criminal.<sup>66</sup> Assim, também no âmbito da empresa, a presença de investigadores particulares não há de se constituir como uma providência ilegítima ou *ameaçadora* dos direitos fundamentais, desde que, como nos parece óbvio, se proceda “mediante meios legítimos para a obtenção da informação”.<sup>67</sup>

No Brasil, por sua vez, a participação efetiva de particulares em investigação oficial recebeu a atenção do legislador penal a partir do advento da Lei 13.432/2017, de 11 de abril, onde dispôs sobre o exercício da profissão de detetive particular. Entre outras coisas, nela se estabeleceu que “o detetive particular pode colaborar com investigação policial em curso, desde que expressamente autorizado pelo contratante” (art. 5º); “o aceite da colaboração ficará a critério do delegado de polícia, que poderá admiti-la ou rejeitá-la a qualquer tempo” (Parágrafo Único do art. 5º). Abre-se uma oportunidade de estruturação de verdadeiras empresas nessa área, o que reforça a preocupação com a privatização do processo penal.

Apesar das obrigações que recaem sobre os empregados, algumas das quais mencionamos há pouco, bem como da implantação legítima dos programas de *compliance*, existem esferas de proteção dos direitos dos empregados que não podem ser ultrapassadas por uma investigação interna.<sup>68</sup>

---

<sup>66</sup> Em especial nos artigos 1.º, número 2, e 4.º. No Brasil não há previsão legal específica para tal, razão pela qual se pressupõe que a prática esteja proibida. Apesar disso, a utilização de particular “encoberto” tem sido objeto de intensa discussão na doutrina brasileira. Repercussões em: PORCIÚNCULA, José Carlos. Delator não pode incitar interlocutor a cometer crimes para denunciá-los depois. *Revista Consultor Jurídico*, Brasília, jul., 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-04/jose-porciuncula-ilegalidades-gravacao-joesley-batista>. Acesso em 30 abr. 2018.

<sup>67</sup> ESTRADA I CUADRAS, Albert; ANGLÍ, Mariona Llobet. Derechos de los trabajadores y deberes empresario. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.). *Criminalidad de empresa y compliance* – Prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013. p. 220-221. Tradução livre.

<sup>68</sup> Notadamente que existem limites semelhantes para uma investigação estatal, no entanto, pela natureza ensaística da presente pesquisa, fomos direto ao

A intimidade da vida privada é uma delas. Não podem os investigadores, por regra, sobretudo quando não guardam relação direta com a atividade profissional, dirigir questionamentos sobre a vida íntima, sentimental, sexual ou ideológica dos investigados. Segundo Albert Estrada i Cuadras e Mariona Llobet Anglí<sup>69</sup>, esse tipo de indagação estaria proibida, “tanto pelo respeito ao direito à intimidade, como pela influência do princípio que proscreve a discriminação por essas causas”.

Veja-se ainda o âmbito de limitação do *nemo tenetur se ipsum accusare*,<sup>70</sup> o que há de nos levar a afirmar, junto com Manuel da Costa Andrade<sup>71</sup>, que “os deveres de colaboração subsistentes em ramos de direito exteriores ao processo penal não podem projectar-se sobre o processo penal em provas (coercivamente) auto-incriminatórias”. Segundo o autor, que em seu texto trata de uma questão de autoincriminação em recolha de provas no âmbito de uma investigação tributária, “a comunicação entre os procedimentos-ambiente e o processo penal é interrompida pela estrita *vinculação ao fim* dos dados auto-incriminatórios resultantes do cumprimento dos deveres de colaboração e cooperação que ordenamentos como o direito tributário [também o laboral ou empresarial] fazem impender sobre o cidadão”.

De todo modo, os argumentos até aqui expostos nos permitem concluir que os direitos de defesa em processo investigativo, se comparados com os direitos sociais ínsitos ao ambiente de trabalho, que é, aliás,

---

que constitui o centro de nossas atenções.

<sup>69</sup> ESTRADA I CUADRAS, Albert; ANGLÍ, Mariona Llobet. Derechos de los trabajadores y deberes empresario. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.) *Criminalidad de empresa y compliance – Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013. p. 222. Tradução livre. Os autores se amparam em: CARDONA RUBERT, María Belén. El derecho a la intimidad en la relación laboral. *Ius et Praxis*, Chile, año 4, (2), pp. 107-134, 1998.

<sup>70</sup> Nesse particular, interessante é a análise encontrada em: PAIS, Ana. Os programas de compliance e o risco de privatização do processo penal. Em especial, a problemática da ‘prova emprestada’ e o princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare*. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, v. II, 2017. p. 671 ss.

<sup>71</sup> Os colchetes são nossos. COSTA ANDRADE, Manuel da. *Nemo tenetur se ipsum accusare* e o direito tributário. Ou a insustentável indolência de um acórdão (nº 340/2013) do Tribunal Constitucional. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 144º, nº 3.989, novembro-dezembro, 2014, p. 153.

o *habitat* dos programas de *compliance*, estão em esferas mais próximas da dignidade humana, devendo, portanto, prevalecer.<sup>72</sup>

No entanto, dada a existência de uma larga margem de discricionariedade, será imprescindível observar determinados limites para que se admita a implantação e o funcionamento legítimo dos inúmeros modelos de *compliance* atualmente existentes. Daí a necessidade de estarmos no âmbito daquilo que Ulrich Sieber<sup>73</sup> classificou por “autorregulação regulada”, também conhecida por “corregulação estatal e privada”, que se constitui numa “fórmula mista ou intermediária entre autorregulação e regulação estatal, que se caracteriza por conceder uma margem de discricionariedade àqueles que devem especificar o programa e as fórmulas que usa para estimular ou pressionar para sua adoção”.

Por razões como essas, diretamente vinculadas à necessidade de respeito aos valores consagrados no ordenamento jurídico com os quais se vinculam, é possível encontrarmos quem afirme que os programas de *compliance*, apesar de sua natureza eminentemente privada, “na medida em que procuram respeitar a legalidade penal e neutralizar os riscos criminais, assumem uma certa natureza de ordem pública”.<sup>74</sup> A ser assim, as atividades que nós, *pessoas físicas*, levamos a cabo cotidianamente

<sup>72</sup> Devo a presente reflexão à Senhora Professora Doutora Inês Fernandes Godinho, que, em encontro sob a coordenação da Senhora Professora Doutora Maria José Capelo, em 4/5/2018, na Casa da Jurisprudência, em Coimbra, abordou sucintamente o assunto. Ademais, dirá Ingo Wolfgang Sarlet que a dignidade humana “acaba por justificar (e até mesmo exigir) a imposição de restrições a outros bens constitucionalmente protegidos”. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 74.

<sup>73</sup> SIEBER, Ulrich. Programas de ‘compliance’ en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. Trad. Abanto Vásquez. *El Derecho Penal Económico en la era Compliance*. ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (Dir.). Valencia: Tirant, 2013, p. 77. Tradução livre.

<sup>74</sup> NEIRA, Ana María. La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal. *Política criminal*. V. 11, n. 22 (Diciembre 2016), Art. 5, pp. 469-470. Tradução livre. Com amparo em: GOÑI SEIN, José Luis. Programas de cumplimiento empresarial (compliance programs): aspectos laborales. MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; GÓMEZ MARTÍN, Víctor (Dirs.); HORTAL IBARRA, Juan Carlos; VALIENTE IBÁÑEZ, Vicente (Coords.). *Responsabilidad de la empresa y compliance*. Programas de prevención, detección y reacción penal. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2014. p. 383.



também estariam abarcadas por tal premissa, já que “também estamos submetidos ao cumprimento de certas regras de prudência: de controle do próprio corpo e de nosso âmbito de organização”.<sup>75</sup>

Não obstante eventuais controvérsias, já que a fórmula apresentada acima não resolve nossos problemas, uma investigação nos domínios da pessoa coletiva, embora possua peculiaridades – como o fato de ser presidida por particulares –, deve guardar, tanto quanto possível, similaridades com as regras tradicionalmente esculpidas para uma persecução penal em ambiente que se pretende democrático. Movido por tal preocupação, Jordi Gimeno Beviá<sup>76</sup>, para quem “algumas empresas tratam de estabelecer certos paralelismos entre as garantias internas e as garantias legais”, destaca que o conglomerado industrial alemão SIEMENS “dispõe que a investigação haverá de respeitar a presunção de inocência do empregado e os direitos do Comitê da Empresa (*Work Council*)”.

É a partir desse cenário que percebemos o avanço da iniciativa privada sobre atividades normalmente vinculadas aos agentes públicos. Ensino, saúde, limpeza, iluminação, segurança, entre outras, são atividades sobre as quais as empresas nutrem significativos interesses, de modo que, atualmente, em muitos desses setores, tem se apresentado como tênue a linha destinada a separar o público do privado. Portanto, sobre a possibilidade de *privatização* (ou particularização) de deveres tradicionalmente estatais não restam dúvidas. Não só isso é possível como já é uma realidade.<sup>77</sup> Nas ciências criminais, dada a incapacidade estatal de cumprir as promessas que historicamente têm sido feitas à sociedade, essa movimentação já nos parece despontar como uma tendência consolidada.<sup>78</sup>

---

<sup>75</sup> LASCURAÍN, Juan Antonio. Los programas de cumplimiento como programas de prudencia penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 25, n. 1 a 4, jan.-dez., 2015. p. 96. Tradução livre.

<sup>76</sup> BEVIÁ, Jordi Gimeno. *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas* – adaptada a las reformas del CP LECRIM, circular FGE 1/2016 y jurisprudencia del TS. Navarra: Aranzadi, 2016. p. 227. Tradução livre.

<sup>77</sup> Vale a leitura de: DAMIÃO DA CUNHA, José Manuel. *O conceito de funcionário, para efeito de lei penal e a “privatização” da administração Pública. Uma revisão do comentário ao art. 386.º do Código Penal* – Comentário Conimbriense do Código Penal. Coimbra: Coimbra, 2008.

<sup>78</sup> Ainda que em outro contexto, Aury Lopes Jr. adverte-nos: “cumpre destacar que o monopólio estatal de perseguir e punir está sendo questionado a cada

No que se refere à privação da liberdade, esse tipo de fenômeno já está consolidado em diversos países que se intitulam *democráticos*. Nos Estados Unidos e no Brasil,<sup>79</sup> apenas para ficarmos nesses dois exemplos, inúmeros estabelecimentos prisionais estão entregues à responsabilidade de empresas privadas. Além disso, sobretudo nos países em que é mais forte o medo pelo avanço de atividades terroristas, empresas de segurança privada proliferam.<sup>80</sup> Ocorre que, ultimamente, o que tem figurado como objeto de interesse é o processo de responsabilização. Para Adán Nieto Martíns<sup>81</sup>, “a responsabilidade penal das pessoas jurídicas é na realidade um exemplo de privatização de funções públicas”, o que não nos parece, por si só, algo absolutamente indevido.

Segundo o autor, “a ideia que se esconde atrás da responsabilidade penal é que a imposição de uma pena serve para motivar os dirigentes da pessoa jurídica a porem em marcha um sistema ‘policial’ interno que impeça a comissão de delitos como a corrupção, e que em caso de cometimento que se descubra”.<sup>82</sup> Não obstante não nos parecer, nesse primeiro momento, ilegítima a presença desse “sistema policial” interno, ele impõe medidas que não permitam qualquer abuso na busca pela responsabilização quando identificado algum tipo de *desvio*. Disso,

---

dia com mais força, com o implemento de princípios, como oportunidade e conveniência da ação penal, aumento do número de delitos de ação penal privada ou pública condicionada, e com as possibilidades de transação penal (*plea bargaining*). A justiça negociada configura uma perigosa e equivocada alternativa ao processo penal”. LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal – introdução crítica*. Lisboa: Rei dos Livros, 2016. p. 68.

<sup>79</sup> Vejam-se, por exemplo: WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2011; WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres – a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2003; SILVA, José Adaumir Arruda da. *A privatização de presídios – uma ressocialização perversa*. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

<sup>80</sup> OLIVEIRA, Ariana Bazzano de. A guerra terceirizada: as empresas privadas de segurança e a ‘guerra ao terror’. *Carta Internacional*, São Paulo, v. 5, n. 1, mar., 2010. pp. 64-77. Disponível em: <https://cartainternacional.abri.org.br/Carta/article/download/530/284>. Acesso em 30 abr. 2018.

<sup>81</sup> MARTÍN, Adán Nieto. La privatización de la lucha contra la corrupción. *Cahiers de defense sociale – pour una politique criminelle humaniste*, 2011-2012. p. 71. Disponível em: [http://www.defensesociale.org/CAHIERS\\_2012/Cahiers\\_2011-2012\\_PDF.pdf](http://www.defensesociale.org/CAHIERS_2012/Cahiers_2011-2012_PDF.pdf). Acesso em 27 mar. 2018. Tradução livre.

<sup>82</sup> *Ibidem*. Tradução livre.

aliás, conforme veremos a seguir, dependerá a validade da prova, quando compartilhada com o processo penal.

Na perspectiva de Maria João Antunes<sup>83</sup>, “a cooperação privada na investigação criminal deve rodear-se de uma série de garantias que compensem os riscos que tais investigações geram”. Segundo a autora, “por um lado, as investigações internas deverão obedecer às garantias básicas e irrenunciáveis do processo penal, o que mostra o quanto é relevante elaborar um *código* que regule as *investigações internas*; por outro, o direito processual penal só deverá valorar os meios de prova obtidos com respeito pelos direitos fundamentais”.

Nesse contexto, sobre a produção da prova, pode-se dizer que a excessiva demanda aliada à limitada quantidade de juízes, sobretudo no caso de países como o Brasil, em que os recursos destinados ao funcionamento do judiciário não são propriamente abundantes, praticamente empurram o processo, sobretudo o criminal, para esse caminho. Já se fala, no âmbito do direito probatório, em um movimento de *desjudicialização da prova*.<sup>84</sup> A iminência de um cenário como esse, no qual os programas de *compliance* se apresentam com protagonismo, impõe-nos o debate e a apresentação de alternativas que, em vez de suplantarem, devem reforçar os direitos de defesa e os valores democráticos.

#### **4. O COMPARTILHAMENTO (E O EMPRÉSTIMO) DA PROVA COM O PROCESSO PENAL DE PRETENSÃO DEMOCRÁTICA**

Formada a convicção sobre a responsabilidade de alguém no âmbito de um desses programas de *compliance*, a questão que nos norteia agora é saber se pode vir a ser legítimo o compartilhamento das provas

---

<sup>83</sup> ANTUNES, Maria João. Privatização das investigações e compliance criminal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 28, n. 1, jan-abr, 2018. p. 125-126.

<sup>84</sup> MÜLLER, Julio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova – análise econômica e jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Devo a lembrança, sobre a discussão doutrinal atinente à *desjudicialização da prova*, à Senhora Professora Doutora Maria José Capelo, com quem tivemos encontro no dia 4/5/2018, na Casa da Jurisprudência, em Coimbra.

ali recolhidas com um processo penal de pretensão democrática.<sup>85</sup> Em apertada síntese: seria possível “utilizar, num determinado processo, os elementos de convicção formados em procedimento diverso e autônomo?”.<sup>86</sup> No fundo, levando-se em conta a ideia de unidade jurisdicional, além de razões de economia e celeridade,<sup>87</sup> o compartilhamento de provas, em tese – e dito a traço grosso –, não deveria encontrar maiores resistências quando interessados órgãos de mesma natureza.

Ocorre que, de maneira geral, o problema que se coloca no presente capítulo diz respeito à possibilidade da circulação de provas entre órgãos de natureza bem diversa. Ou seja, não se trata apenas do fato de termos de um lado uma empresa privada e do outro uma entidade pública, mas de estarmos diante de uma dinâmica de produção de provas que é regida essencialmente por normas administrativas, contratuais, laborais e/ou empresariais, além de procedimentos (que podem afetar direitos fundamentais) presididos por particulares. É evidente, porém, que essas normas estão vinculadas à legalidade, mas numa margem de discricionariedade que nos preocupa quando se trata da responsabilização de alguém.<sup>88</sup>

<sup>85</sup> Embora a questão do *empréstimo* da prova também esteja relacionada com a problemática proposta, nosso enfoque, conforme o próprio título do trabalho já indica, recairá sobre o *compartilhamento*, vez que, da nossa perspectiva, este último, pelas características que já delineamos no início deste trabalho, encontra-se em patamar diferenciado, ou seja, a prova compartilhada parece-nos possuir, originalmente, um valor *deficitário* pela ausência de contraditório. De toda forma, tanto quanto possível, faremos considerações mais gerais, sem nos atermos especificamente a uma ou a outra expressão.

<sup>86</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Limites ao compartilhamento de provas no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, v. 122, 2016. p. 44. O autor faz menção ainda ao termo “*circolazione probatoria*”, que encontra em: ROMBI, Natalia. *La circolazione delle prove penali*. Padova: Cedam, 2003; FERRUA, Paolo. *La prova nel processo penale*. v. I. Torino: Giappichelli, 2015. p. 179 ss.

<sup>87</sup> Um processo penal sem dilações indevidas é também parte dos direitos do investigado. Sobre o necessário equilíbrio entre um processo demasiadamente rápido, que suplanta garantias, e aquele que se arrasta por anos, impondo prejuízos econômicos, sociais e psicológicos ao investigado, recomenda-se: LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

<sup>88</sup> Perceba-se, no entanto, que uma coisa é utilizar uma prova de outra investigação para acusar alguém, outra, bem diferente, é utilizá-la para defender um direito fundamental que lhe pertence, utilizá-la, portanto, no âmbito de

Ainda que estejamos diante de uma responsabilização de natureza não penal, é forçoso concluirmos que suas consequências, como já o dissemos (logo no início do capítulo 3), podem ser tão ou até mais pesadas do que aquelas de natureza penal. As circunstâncias são ainda piores quando os elementos recolhidos nesse processo interno de investigação, que culminou na responsabilização não penal do investigado, são compartilhados para levar a uma condenação em um processo penal. Em ambos os casos, pelas implicações que podem existir em direitos e garantias fundamentais, convém que se observem determinados limites.<sup>89</sup> É, portanto, imperioso que se estabeleça uma margem mais apertada de discricionariedade.

Na esfera processual penal, consolidou-se a ideia de que uma prova digna de um ambiente que se pretende democrático é aquela recolhida a partir de procedimentos que direcionam sua atenção, tanto quanto possível, ao respeito à intimidade da vida privada, ao *nemo tenetur se ipsum accusare*, à presunção de inocência, ao contraditório, à ampla defesa, enfim, a uma série de limites que, antes de se colocarem como obstáculos intransponíveis, são mecanismos de prevenção contra o arbítrio e contra os excessos que eventualmente se pretenda praticar no exercício do poder punitivo. Mas, mesmo nessa ótica, o compartilhamento da prova produzida apresenta algumas importantes objeções.

Para que se tenha uma ligeira ideia sobre algumas das implicações desse compartilhamento na esfera do contraditório, embora entre processos de mesma natureza, lembra-nos Antonio Magalhães Gomes Filho<sup>90</sup>,

---

um direito de defesa. Não menosprezamos essa diferença, razão pela qual nosso foco consiste na possibilidade de utilização desse tipo de prova em prejuízo do investigado.

<sup>89</sup> Sobre algumas das limitações de órgãos não essencialmente policiais, mesmo que se referindo especificamente às comissões parlamentares de inquérito, vale a leitura de: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Limites aos poderes investigatórios das comissões parlamentares de inquérito. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 83, out., 1999.

<sup>90</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Limites ao compartilhamento de provas no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, v. 122, 2016. p. 53. Sobre os demais aspectos da prova, do mesmo autor, recomenda-se: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997.

ao convocar a advertência de Paolo Ferrua<sup>91</sup>, que “somente com alguma compressão o contraditório para a prova realizado em um processo pode valer em relação a imputação diversa; a rigor, mesmo quando o acusado seja o mesmo, a estratégia defensiva muda segundo o crime que lhe é atribuído e somente com algum esforço o contraditório para a prova realizado em um processo pode valer em relação a imputação diversa”.

Antonio Magalhães Gomes Filho<sup>92</sup> traz-nos ainda os argumentos de Aury Lopes Jr.<sup>93</sup>, para quem “a prova produzida em um processo está vinculada a um determinado fato e réu (ou réus); ao ser trasladada automaticamente, está-se esquecendo a especificidade do contexto fático que a prova pretende reconstruir; o diálogo que se estabelece com a prova é vinculado ao fato que se quer apurar ou negar; logo, diferentes diálogos são estabelecidos com a mesma prova quando se trata de apurar diferentes fatos”. E conclui: “a prova emprestada desconsidera isso e causa sérios prejuízos para todos no processo penal”. Diante disso, a admissibilidade desse compartilhamento somente se sustentaria num “exame caso a caso”.<sup>94</sup>

Não obstante as objeções que, com razão, têm sido feitas – para que avancemos até um cenário que provavelmente não se consiga evitar, pois, como dissemos (no capítulo 3), há uma tendência de privatização em curso sobre determinadas atividades estatais –, partamos do pressuposto de que esse compartilhamento *considera* as limitações já impostas no âmbito do processo penal.<sup>95</sup> Dito mais específica e resumidamente,

<sup>91</sup> FERRUA, Paolo. *La prova nel processo penale*. v. 1. Torino: Giappichelli, 2015. p. 180. Parte importante do presente trabalho do autor pode ser encontrado no Brasil em: FERRUA, Paolo. *La prova nel processo penale*. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 81-128, jan.-abr. 2018.

<sup>92</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Limites ao compartilhamento de provas no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, v. 122, 2016. p. 53.

<sup>93</sup> LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 584.

<sup>94</sup> Essa é a conclusão apresentada pelo professor da Universidade de São Paulo. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Limites ao compartilhamento de provas no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, v. 122, 2016. p. 53.

<sup>95</sup> Para uma análise mais aprofundada a respeito dessas limitações no compartilhamento, recomenda-se: TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 35 n. 140 out./dez. 1998.

para parte da doutrina, quatro devem ser os requisitos a essa admissibilidade: a) serem os fatos apurados semelhantes; b) ter sido produzida em processo entre as mesmas partes ou no qual figure como parte quem lhe suportará os efeitos; c) a observância do procedimento sobre a natureza originária da prova; e d) a observância do procedimento sobre a prova documental.<sup>96</sup>

Em sendo assim, para Eduardo Talamini<sup>97</sup>, uma vez “preenchidos os pressupostos específicos e genéricos, a parte tem direito a que se proceda ao empréstimo”. Segundo o autor, “nessa hipótese, a simples possibilidade de sua reprodução não é motivo para a inadmissão”, o que “não significa, contudo, que a prova emprestada receberá sempre, absoluta e necessariamente, o valor que talvez possuísse em sua essência originária”. E mais: uma vez trasladada, “o juiz, no caso concreto e motivadamente, conferir-lhe-á o valor que ela mereça”. E conclui: “ausentes os requisitos constitucionais para sua admissão, não é concebível nem mesmo sua permanência nos autos do segundo processo”.

Perceba-se, no entanto, que as análises com as quais nos deparamos estão quase sempre vinculadas ao compartilhamento de provas entre processos de mesma natureza. A doutrina, de um modo geral, é relativamente produtiva quanto aos requisitos necessários ao compartilhamento de provas entre juízos penais ou entre juízos cíveis e penais, mas pouco numerosa quando o assunto envolve o que se produz como prova no âmbito dos programas de *compliance*. Ademais, não nos é dado olvidar que nessas investigações internas normalmente somos apresentados a um quadro em que “a pessoa individual se depara com dois gigantes: o Estado e a empresa, que, é também uma grande multinacional, pode ter um poder maior que muitos Estados”.<sup>98</sup>

---

<sup>96</sup> Conforme apanhado em: ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 256; DEMCZUK, Claudio. O uso da prova emprestada no processo penal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília ano 49, n. 193, jan.-mar., 2012. p. 289; INELLAS, Gabriel César Zaccaria de. *Da prova em matéria criminal*. São Paulo: J. de Oliveira, 2000. p. 118.

<sup>97</sup> TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 35 n. 140 out./dez. 1998. p. 159.

<sup>98</sup> MARTÍN, Adán Nieto. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA

Ainda que não advogemos qualquer espécie de paralisação do sistema estatal de controle e de fiscalização ante essa *nova realidade*, ou seja, com empresas que têm se estruturado com aparatos investigativos altamente sofisticados e eficientes – impulsionadas pelo advento das tecnologias –, é necessário apontarmos para a busca de um “equilíbrio de poderes aceitáveis”. Como adverte Adán Nieto Martín<sup>99</sup>, “a alta direção de uma empresa é a que tem o poder interno dentro da entidade, poder que a permite ocultar seus delitos ou fabricar bodes expiatórios”. Portanto, para o mencionado autor, “se a investigação interna é a antessala do processo penal, deve oferecer garantias similares”.

Nesse particular, merecem ainda relevo as questões vinculadas ao *regime geral das proibições de provas*, com o qual, aliás, as empresas precisam se familiarizar. A propósito disso, Karl-Heinz Gössel<sup>100</sup> aduz que “de há muito que se vem tentando desenvolver a doutrina das proibições de prova segundo duas vias divergentes: de um lado, a partir da essência da prova e das proibições de prova; de outro lado, privilegiando-se, inversamente, as consequências de desrespeito das proibições de prova”. Jorge de Figueiredo Dias<sup>101</sup> sustenta que “deve abrir-se mão de uma *aproximação monista* da teoria processual penal das proibições de prova, em favor de uma *consideração diferenciada*, que tome em conta no caso concreto os valores conflituantes e, sempre que possível, a sua otimização”.

---

GIMENO, Íñigo Ortiz de. *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 48. Tradução livre.

<sup>99</sup> A expressão anteriormente aspeada também pertence ao autor: MARTÍN, Adán Nieto. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de. *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 48. Tradução livre.

<sup>100</sup> GÖSSEL, Karl-Heinz. As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha. Trad. Manuel da Costa Andrade. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa, ano 2, v. 3, jul.-set., 1992. p. 398.

<sup>101</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Revisitação de algumas ideias-mestras da teoria das proibições da prova em processo penal (também à luz da jurisprudência constitucional portuguesa). *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 146, n. 4000, set.-out., 2016. p. 14.



Para o catedrático de Coimbra<sup>102</sup>, “toda regra processual probatória contém, na medida em que ordena um determinado procedimento, a proibição de proceder de outro modo”. Segundo ele, “se uma tal proibição é violada, tal não conformaria porém motivo inevitável para recusar como proibida a prova obtida”. Ainda segundo ele, “justamente por isso, a proibição violada não constitui razão de *recurso* da decisão que a propósito viesse a ter lugar no processo penal onde se discutisse a validade da prova alcançada”. O que não aconteceria diante de uma autêntica proibição de prova, pois “tais proibições constam de normas jurídicas cuja violação *afeta a prova como tal*, por mais que esta possa revelar-se adequada à investigação da verdade e corresponda, em pura realidade histórica, efetivamente a esta”.

Diante das preocupações sucintamente apresentadas, importa-nos, com a presente pesquisa acadêmica, procurar estimular que se reflita criticamente, cada vez mais, sobre “cómo el *compliance* puede integrarse en el sistema penal”.<sup>103</sup> É uma aproximação que nos tem sido apresentada como inevitável. Resta-nos descobrir, no entanto, se, de fato, haverá algum equilíbrio nesse processo de cooperação entre ramos de natureza tão diversa. O que não se espera, ao menos de nossa parte, é uma tentativa de *colonização* de um ramo sobre o outro. Em tal caso, convém nos questionarmos se seria o *compliance* a assumir características penais ou o direito penal a assumir características comuns aos tais programas de *compliance*.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tentamos, tanto quanto nos foi possível, evitar o enfrentamento direto das tormentosas questões vinculadas ao tema da prova no âmbito de um processo judicializado. Discussões sobre a alegada

---

<sup>102</sup> Idem, p. 6.

<sup>103</sup> MARTÍN, Adán Nieto. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de. *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 49.

necessidade da busca pela *verdade*,<sup>104</sup> por exemplo, foram deliberadamente deixadas de lado por conta da natureza ensaística da presente pesquisa. Justo por isso registramos, desde o primeiro momento, que o que mais nos interessava eram as nuances da produção da prova nos programas de *compliance*, fora, portanto, do ambiente judicializado. A partir daí, com a profundidade que nos foi permitida, é que nos deslocamos ao debate sobre a utilização desse tipo de prova no âmbito do processo penal.

Essa *invasão* da iniciativa privada nos domínios outrora considerados incontestes dos agentes estatais, impactando decisivamente no processo penal, precisa ser melhor confrontada com os valores democráticos. Daí porque o contraditório, a ampla defesa, a presunção de inocência, o *nemo tenetur se ipsum accusare*, o acesso a instâncias recursais, entre tantos outros, não podem ser critérios *negligenciados* nas investigações internas deflagradas pelas pessoas coletivas. No atual *estado da arte*, a dinâmica do compartilhamento de provas do ambiente essencialmente privado para o público deve reconhecer limites mais rígidos para que a consideremos validamente.

Por fim, embora não possamos apontar com absoluta segurança os rumos que, muito em breve, deverão tomar os programas de *compliance* diante dessa inevitável aproximação junto ao processo penal que se pretende democrático, é possível afirmarmos, na esteira do célebre poema de José Régio, por onde não nos é permitido caminhar. Sejam quais forem os caminhos pretendidos pelas empresas e pelos legisladores, as garantias historicamente conquistadas para o processo penal não podem ser simplesmente esquecidas no âmbito dos programas de *compliance*. Se assim não for, a certeza que temos, tal como aquela expressa pelo poeta português em seu *Cântico Negro*, é a de que “sei que não vou por aí”.

---

<sup>104</sup> Nesse aspecto, em termos processuais penais e civis, respectivamente, recomenda-se: KHALED JÚNIOR, Salah Hassan. *A busca da verdade no processo penal*: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013; OLIVER MAESTRE, Sara J. Prueba, proceso civil y verdad, derecho positivo, filosofía y lógica. *Diario de La Ley*, n. 7.128, ano XXX, mar., 2009; Vale também a leitura de: TARUFFO, Michele. *Ermeneutica, prova e decisione*. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 129-148, jan.-abr. 2018.

## REFERÊNCIAS

- AMADO, João Leal. *Contrato de trabalho: noções básicas*. Coimbra: Almedina, 2016.
- ANTUNES, Maria João. Privatização das investigações e compliance criminal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 28, n. 1, jan-abr, 2018. p. 120.
- ANTUNES, Maria João. *Direito processual penal*. Coimbra: Almedina, 2016.
- ANTUNES, Maria João. A responsabilidade criminal das pessoas colectivas entre o direito penal tradicional e o novo direito penal. *Lusíada: Revista de direito e cultura*, Porto, n. 1-2, 2003.
- ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y Derecho penal*. Navarra: Aranzadi, 2011.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: RT, 2016.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Limites aos poderes investigatórios das comissões parlamentares de inquérito. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 83, out., 1999.
- BENEDETTI, Carla Rahal. Criminal Compliance: Instrumento de Prevenção Criminal Corporativa e Transferência de Responsabilidade Penal. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 59, jan. 2013.
- BEVIÁ, Jordi Gimeno. *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas* – adaptada a las reformas del CP LECRIM, circular FGE 1/2016 y jurisprudencia del TS. Navarra: Aranzadi, 2016.
- BOCK, Dennis. Compliance y deberes de vigilancia en la empresa. KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de. *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- BRAITHWAITE, John. The new regulatory state and the transformation of criminology. *British Journal of Criminology*, n. 40, pp. 222-238, 2000.
- BRITO, Teresa Quintela de. Relevância dos mecanismos de ‘compliance’ na responsabilização penal das pessoas colectivas e dos seus dirigentes. *Anatomia do crime* – Revista de Ciências Jurídico-Criminais, Coimbra, n. 0, jul.-dez., pp. 75-91, 2014.
- CARDONA RUBERT, María Belén. El derecho a la intimidad en la relación laboral. *Ius et Praxis*, Chile, año 4, (2), 1998.

CASTANHEIRA NEVES, António. *Lições de introdução ao estudo do direito*. Coimbra: Coimbra, 1968-69.

CORDEIRO, António Meneses. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2015.

CORDEIRO, António Meneses. *Manual de Direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 1991.

COSTA ANDRADE, Manuel da. *Nemo tenetur se ipsum accusare e o direito tributário*. Ou a insustentável indolência de um acórdão (nº 340/2013) do Tribunal Constitucional. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 144º, nº 3.989, novembro-dezembro, 2014.

COSTA ANDRADE, Manuel da. *Sobre as proibições de provas em processo penal*. Coimbra: Coimbra, 2013.

CRAWFORD, Adam; HUCKLESBY, Anthea (ed.). *Legitimacy and compliance in criminal justice*. New York: Routledge, 2013.

DAMIÃO DA CUNHA, José Manuel. O conceito de funcionário, para efeito de lei penal e a “privatização” da administração Pública. Uma revisão do comentário ao art. 386.º do Código Penal – Comentário Conimbricense do Código Penal. Coimbra: Coimbra, 2008.

DEMCZUK, Cláudio. O uso da prova emprestada no processo penal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília ano 49, n. 193, jan.-mar., 2012.

ESTRADA I CUADRAS, Albert; ANGLÍ, Mariona Llobet. Derechos de los trabajadores y deberes empresario. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.) *Criminalidad de empresa y compliance – Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013.

FARIA COSTA, José de; COSTA ANDRADE, Manuel da. Sobre a concepção e os princípios do direito penal económico. In: *IDPEE – Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. V. I. Coimbra: Coimbra, 1998.

FARIA COSTA, José de. *Noções fundamentais de Direito Penal – fragmenta iuris penalis*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2015.

FARIA COSTA, José de. A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas colectivas à luz do direito penal). *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa, ano 2, n. 4, out.-dez., 1992.

FERRUA, Paolo. La prova nel processo penale. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 81-128, jan.-abr. 2018. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1>

- FERRUA, Paolo. *La prova nel processo penale*. v. I. Torino: Giappichelli, 2015.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge; COSTA ANDRADE, Manuel da; COSTA PINTO, Frederico de Lacerda da. *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova*. Coimbra: Almedina, 2009.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Revisitação de algumas ideias-mestras da teoria das proibições da prova em processo penal (também à luz da jurisprudência constitucional portuguesa). *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 146, n. 4000, set.-out., 2016.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Para uma dogmática do direito penal secundário. In: *IDPEE – Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. V. I. Coimbra: Coimbra, 1998.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra, 1974.
- GOMES CANOTILHO, J. J.; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada – v. I*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Limites ao compartilhamento de provas no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, v. 122, 2016.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997.
- GOÑI SEIN, José Luis, Programas de cumplimiento empresarial (compliance programs): aspectos laborales. MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; GÓMEZ MARTÍN, Víctor (Dirs.); HORTAL IBARRA, Juan Carlos; VALIENTE IBÁÑEZ, Vicente (Coords.). *Responsabilidad de la empresa y compliance*. Programas de prevención, detección y reacción penal. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2014.
- GÖSSEL, Karl-Heinz. As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha. Trad. Manuel da Costa Andrade. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa, ano 2, v. 3, jul.-set., 1992.
- INELLAS, Gabriel César Zaccaria de. *Da prova em matéria criminal*. São Paulo: J. de Oliveira, 2000.
- KHALED JÚNIOR, Salah Hassan. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Atlas, 2013.
- KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 12. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013.

LAINGUI, André. Sur quelques sujets non-humains des anciens droits pénaux. ROBERT, Jacques-Henri; TZITIS, Stamatios. *La personne juridique dans la philosophie du droit penal*. Paris: Éditions Panthéon Assar, 2001.

LASCURAÍN, Juan Antonio. Los programas de cumplimiento como programas de prudencia penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 25, n. 1 a 4, jan.-dez., 2015.

LAUFER, William S. *Corporate Bodies and Guilty Minds – the failure of corporate criminal liability*. Chicago: University of Chicago Press, 2006.

LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINS, Jorge Washington Gonçalves. Considerações preliminares acerca da responsabilidade criminal do compliance officer. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 284, jul., 2016.

LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal – introdução crítica*. Lisboa: Rei dos Livros, 2016.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. v. I e II. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

MANACORDA, Stefano; CENTONZE, Francesco; FORTI, Gabrio. (ed.) *Preventing Corporate Corruption – the anti-bribery compliance model*. New York: Springer, 2014.

MARTÍN, Adán Nieto. Compliance programs en materia de derechos humanos. Colóquio “*Direito penal económico em mudança*”. Auditório da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 20 mar. 2018.

MARTÍN, Adán Nieto. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de. *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

MARTÍN, Adán Nieto. La privatización de la lucha contra la corrupción. *Cahiers de defense sociale – pour una politique criminelle humaniste*, 2011-2012. Disponível em: [http://www.defensesociale.org/CAHIERS\\_2012/Cahiers\\_2011-2012\\_PDF.pdf](http://www.defensesociale.org/CAHIERS_2012/Cahiers_2011-2012_PDF.pdf). Acesso em 27 mar. 2018.

MARTÍN, Adán Nieto. ¿Americanización o europeización del Derecho Penal económico? *Revista Penal*, España, n. 19, p. 120-136, 2007.

MARTÍN, Adán Nieto. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid: Iustel, 2008.

MARTÍN, Adán Nieto. La corrupción en el comercio internacional (o de cómo la americanización del derecho penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo). *Revista Penal*, España, n. 12, p. 3-26, 2003.

MITTERMAYER, Carl Joseph Anton. *Tratado da prova em matéria criminal – ou exposição comparada dos princípios da prova em matéria criminal, etc., de suas aplicações diversas na Alemanha, França, Inglaterra, etc.* 3. ed. Trad. Alberto Antonio Soares. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1917.

MOOSMAYER, Klaus. Anforderungen an den Compliance-Beauftragten. ROTSCH, Thomas (org.). *Criminal Compliance*. Baden-Baden: Nomos, 2015.

MÜLLER, Julio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova – análise econômica e jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NEIRA, Ana María. La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal. *Política criminal*. v. 11, n. 22, Diciembre, 2016.

OLIVER MAESTRE, Sara J. Prueba, proceso civil y verdad, derecho positivo, filosofía y lógica. *Diario de La Ley*, n. 7128, ano XXX, mar., 2009.

PAIS, Ana. Os programas de compliance e o risco de privatização do processo penal. Em especial, a problemática da ‘prova emprestada’ e o princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare*. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, v. II, 2017.

PINTO MONTEIRO. António. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Dissertação para exame de pós-graduação em Ciências Jurídico-Civis na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra, 1985.

PLANAS, Ricardo Robles. El responsable de cumplimiento («Compliance Officer») ante el Derecho penal. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.) *Criminalidad de empresa y compliance – Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013.

PORCIÚNCULA, José Carlos. Delator não pode incitar interlocutor a cometer crimes para denunciá-los depois. *Revista Consultor Jurídico*, Brasília, jul., 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-04/jose-porciuncula-ilegalidades-gravacao-joesley-batista>. Acesso em 30 abr. 2018

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing: una aproximación desde el derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

RAGUÉS I VALLÈS. Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.) *Criminalidad de empresa y compliance –Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013.

RIOS, Rodrigo Sánchez; MACHADO, Allian Djeyce Rodrigues. Criminalidade intraempresarial, sistemas de denúncia interna e suas repercussões na seara penal: o fenômeno do whistleblowing. *Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 25, n. 137, 2017.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Compliance programs and corporate criminal compliance. *PoLaR – Portuguese Law Review*, v. 2, n. 1, jan., 2018. p. 1. Disponível em: <http://www.portugueselawreview.pt/wp-content/uploads/2018/05/PoLaR-Vol.-2-No.-1-January-2018-1.pdf>. Acesso em 1 jun. 2018.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Direito penal económico – é legítimo? É necessário? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 25, n. 127, 2017.

ROMBI, Natalia. *La circolazione dele prove penali*. Padova: Cedam, 2003.

SAVATIER, René. *L'iflation législative et l'indigestion du corps social*. Paris: Dalloz, 1977.

SAVATIER, René. *Les Métamorphoses économiques et sociales du Droit Civil d'aujourd'hui*. 3. ed. Paris: Dalloz, 1964.

TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 35 n. 140 out./dez. 1998.

TOMILLO, Manuel Gómez. *Compliance penal y política legislativa – el deber personal y empresarial de evitar la comisión en el seno de las personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo blanch, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SIEBER, Ulrich. Programas de 'compliance' en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. Trad. Abanto Vásquez. *El Derecho Penal Económico en la era Compliance*. ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (Dir.). Valencia: Tirant lo blach, 2013.



TARUFFO, Michele. Ermeneutica, prova e decisione. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 129-148, jan.-abr. 2018. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.136>

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres – a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

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

*Agradecimentos (acknowledgement)*: Meus agradecimentos ao Centro Universitário Cesmac (Maceió/AL), que me permitiu o licenciamento da condição de professor em seus quadros para a realização da pesquisa *in loco* na Universidade de Coimbra (PT).

*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: 13/06/2018
- Controle preliminar e verificação de plágio: 17/06/2018
- Avaliação 1: 21/06/2018
- Avaliação 2: 26/06/2018
- Avaliação 3: 03/07/2018
- Decisão editorial preliminar: 21/07/2018
- Retorno rodada de correções 1: 03/08/2018
- Decisão editorial preliminar 2: 04/08/2018
- Retorno rodada de correções 2: 07/08/2018
- Decisão editorial final: 15/08/2018

### Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-assistente: 1 (RDG)
- Revisores: 3

### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

FRANÇA JÚNIOR, Francisco de Assis de. Pessoas Coletivas e os Programas de Compliance: A Problemática da Prova Compartilhada com o Processo Penal de Pretensão Democrática. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 3, p. 1277-1318, set./dez. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i3.170>



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

**Processo Penal em  
perspectiva interdisciplinar**

---

*Criminal Procedure in an  
Interdisciplinary Perspective*

---



# Entre leyes y saberes: normas procesales, ejecución penitenciaria y formación de los abogados en Córdoba (1887/1940)


*Between laws and knowledge: procedural rules, execution penitentiary and training of lawyers in Cordoba (1887/1940)*

*Entre leis e saberes: normas processuais, execução penitenciaria e formação dos advogados em Córdoba (1887/1940)*

**José Daniel Cesano<sup>1</sup>**

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales/Argentina

danielcesano@gmail.com

 <https://orcid.org/0000-0002-8252-4339>

---

**RESUMEN:** El trabajo se propone sistematizar la evolución de las reglas procesales que han regido la ejecución de las penas privativas de libertad en la legislación de la Provincia de Córdoba (Argentina) entre 1887/1940. Especialmente se analiza la significación de la reforma procesal de 1940, en comparación con los textos legales anteriores. Paralelamente se estudia, en igual período, las características de la enseñanza universitaria del Derecho procesal penal, con el objeto de determinar cómo era la formación que se daba a los abogados en relación a este aspecto de la materia.

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba). Miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro correspondiente de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires. Miembro de los Institutos de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas (Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba) y de Investigaciones de Historia del Derecho (INHIDE – Buenos Aires). Codirector de la *Revista de Historia de las Prisiones* (url: <http://www.revistadeprisiones.com/>) y del Portal de Investigaciones “Horizontes y convergencias. Lecturas históricas y antropológicas sobre el derecho” (Url: <http://horizontesycom.ar/>).

**PALABRAS-CLAVE:** Penas privativas de libertad; Procedimiento penal; Formación del abogado.

**ABSTRACT:** *This article proposes to systematize the evolution of the procedural rules that have governed the execution of custodial sentences in the legislation of the Province of Córdoba (Argentina) between 1887/1940. In particular, the significance of the procedural reform of 1940 is analyzed, in comparison with the previous legal texts. At the same time, the characteristics of university education in criminal procedure law are studied in the same period, in order to determine how the training given to lawyers was related to this aspect of the subject.*

**KEY-WORDS:** *Penalties of imprisonment; criminal procedure; training of the lawyer.*

**RESUMO:** *Este trabalho se propõe de analisar a evolução das regras processuais que denotaram a execução das penas privativas da liberdade na legislação da Província de Córdoba (Argentina) entre 1887 e 1940. Em particular, analisa-se o significado da reforma processual de 1940, com relação aos códigos anteriores. Ao mesmo tempo, estudar-se-á, considerando o mesmo período, as características do ensinamento universitário de Direito processual penal, com o objetivo de determinar como era a formação que se oferecia aos advogados em relação a esse aspecto da matéria.*

**PALAVRAS-CHAVE:** *penas privativas da liberdade; processo penal; formação do advogado.*

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. La ejecución penal de la sentencia en la legislación procesal penal de Córdoba, anterior a la sanción del Código Procesal penal de 1939. 3. La preocupación formativa universitaria respecto de los aspectos procesales de la ejecución de la pena privativa de libertad. 4. Las reglas jurídicas sobre la ejecución de la pena privativa de la libertad en el Código Procesal Penal de Sebastián Soler y Alfredo Vélez Mariconde. 5. Alfredo Vélez Mariconde y la enseñanza del Derecho Procesal Penal en la Cátedra cordobesa. 6. Conclusiones. Bibliografía.

---

## 1. INTRODUCCIÓN

Actualmente, las legislaciones procesales penales vigentes en nuestro país, consagran el principio que, la ejecución de la pena impuesta por una sentencia condenatoria, constituye una etapa del proceso que se encuentra bajo la competencia del poder judicial<sup>2</sup>.

¿Siempre fue esto así?; en su caso ¿a partir de cuando?

Uno de los propósitos de este trabajo es dar respuesta de estas cuestiones; prestando especial atención a lo sucedido en la provincia de Córdoba.

Para cumplir este objetivo comenzaremos por describir cómo se regulaba la ejecución de la sentencia penal a partir del primer código procesal penal vigente en Córdoba. Luego nos detendremos en algunas de las propuestas legislativas que se realizaron al respecto; especialmente, los proyectos de reforma integral de Enrique Martínez Paz, Julio Rodríguez de la Torre y, finalmente, el de Alfredo Vélez Mariconde y Sebastián Soler; documento, éste último, que fue sancionado por la legislatura provincial en la sesión de la Cámara de Diputados del 22 de agosto de 1939; convirtiéndose así, a partir del 28 de febrero de 1940, en el nuevo digesto provincial.

Este Código representó, en su momento, un notable avance para la cultura jurídica argentina al introducir, entre otras innovaciones significativas, la oralidad en nuestro proceso penal.

¿Cuál fue la incidencia de este Código en relación a la regulación de la etapa ejecutiva de la pena?

La pregunta constituye igualmente uno de los propósitos de esta indagación.

Finalmente, junto a estos interrogantes, también pretendemos escrutar cómo se diseñó la preparación académica de los abogados cordobeses en relación a esta temática. Dicha información la consideramos

---

<sup>2</sup> Sobre la judicialización de la etapa de ejecución penal, cfr. Cesano, José Daniel. *Los objetivos constitucionales de la ejecución penitenciaria*. Córdoba: Alveroni Ediciones, 1997, pp. 153/163 y Cesano, José Daniel. *Derecho penitenciario. Aproximación a sus fundamentos*. Córdoba: Alveroni Ediciones, 2007, p. 124 y siguientes.

relevante en la medida que la concepción que reflejaba aquella enseñanza, indudablemente puede ser útil para captar la forma en que se ejercieron roles vinculados con el quehacer de la ejecución de la pena privativa de libertad; cuestión de diseño educativo, pero que, indiscutiblemente también se ve condicionada con el material normativo, regulador de estas cuestiones.

## **2. LA EJECUCIÓN PENAL DE LA SENTENCIA EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL PENAL DE CÓRDOBA, ANTERIOR A LA SANCIÓN DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 1939**

La Constitución Provincial de 1870 establecía, entre las atribuciones del poder legislativo, la de dictar el código de procedimientos para los tribunales de la provincia (artículo 86, inciso 29); con lo cual, quedó fijada aquella competencia no delegada, para cuya puesta en acto se hizo necesario la redacción de diversos cuerpos legales.

En lo que concierne a la codificación procesal penal, en 1886 se encomendó a José R. Ibáñez y Juan Biale Massé la redacción de un código de procedimientos en lo criminal y correccional. Los autores, finalizado el texto, lo elevaron al ministro de gobierno, justicia y culto, Ramón J. Cárcano, con fecha 31 de agosto de 1886.

Dicho documento, con algunas modificaciones, es sancionado por la legislatura, a través de la ley 1.079, como Código de Procedimientos en lo Criminal para la Provincia de Córdoba, el 9 de septiembre de 1887, durante la administración de Ambrosio Olmos.

Ibáñez y Biale Massé reconocían como fuentes inmediatas de su texto al proyecto de Manuel Obarrio, para la Capital Federal (de 1882) y a la revisión del mismo hecha por Onésimo Leguizamón, Filemón Posse y Juan E. Barra<sup>3</sup>. En forma mediata, puede advertirse claramente la incidencia del Código Procesal Penal español, promulgado por Real Decreto

---

<sup>3</sup> Levaggi, Abelardo. La codificación del procedimiento criminal en la Argentina en la segunda mitad del siglo XIX. *Revista de Historia del Derecho*. Buenos Aires, N° 11, p. 173, 1983. Así lo reconocen los propios proyectistas en la nota de elevación del documento presentado. Al respecto, cfr. *Código de procedimiento en lo criminal. Proyectado por los Des. José R. Ibáñez y J. Biale Massé*. Córdoba: Talleres Tipográficos de “El Interior”, 1886, p. 4.



del 22 de diciembre de 1872, el cual fue una de las principales fuentes que había utilizado Obarrio y que en España fue derogado diez años después.

El Código, a su vez, con fecha 6 de noviembre del año 1889, fue modificado por la ley n° 1.190; la que comenzó a regir a partir del 1° de enero de 1890<sup>4</sup>. Entre las reformas realizadas caben destacar: la supresión del capítulo de la querrela, la transformación sustancial del procedimiento para el hábeas corpus y la competencia adjudicada, por el artículo 44, al Tribunal Superior, para conocer, en grado de apelación o consulta, de las sentencias en que se imponga pena de muerte, presidio o penitenciaría por tiempo indeterminado y en grado de apelación solamente de aquellas en que se impongan más de diez años de presidio o penitenciaría<sup>5</sup>. La materia ejecutiva, sin embargo, no sufrió modificaciones por parte de la ley 1190; aún cuando, en razón de las otras enmiendas que acabamos de mencionar, la numeración original del texto sancionado en 1887, no se mantuvo.

¿Cómo se regulaba la ejecución de la sentencia penal en este texto?

El Título VIII del Libro Tercero se ocupaba de la materia, bajo el siguiente epígrafe: “De la ejecución de las sentencias”.

En lo concerniente a las penas privativas de libertad sólo había, dentro de ese Título un único artículo. La previsión en cuestión disponía: “Las penas de presidio, penitenciaría, prisión y arresto, se harán saber á las autoridades encargadas de la dirección del establecimiento en que deban cumplirse esas condenas, con inclusión de un testimonio literal de la sentencia, á los efectos determinados respecto de cada una de ellas en el Código Penal”<sup>6</sup>.

Sin embargo, la técnica del Código se caracterizó por introducir, en su Libro Cuarto, un Título VIII (según el ordenamiento de la ley de 1890),

---

<sup>4</sup> Cfr. Tinti, Pedro León; Marengo, Carmen Nidia. *Córdoba y su Justicia. 1573 – 1926*. Córdoba: Edición Poder judicial de la Provincia de Córdoba, Centro de Perfeccionamiento Ricardo C. Núñez, 2001, p. 155.

<sup>5</sup> Tinti; Marengo, *Córdoba y su Justicia. 1573 – 1926*, op. cit., p. 155.

<sup>6</sup> Artículo 546, *Código de procedimiento en lo criminal. Proyectoado por los Dres. José R. Ibáñez y J. Biale Massé*, op. cit.; artículo 500, Código de Procedimientos en lo Criminal de la Provincia de Córdoba, con las modificaciones de la ley 1190, en *Ley orgánica de los Tribunales. Códigos de Procedimientos en lo Civil, Comercial y Penal de la Provincia de Córdoba*. Córdoba: Imprenta Argentina, 1916. En lo sucesivo utilizaremos esta última edición, de acuerdo a la numeración de su articulado.

que contenía algunas reglas de interés en relación a esta temática. El Título en cuestión se intitulaba “De las prisiones y de las visitas de los presos”.

Este subsistema normativo contenía previsiones dirigidas, especialmente, a los directores de los establecimientos carcelarios y que se orientaban a fijar algunas de sus obligaciones en relación a las personas privadas de libertad; tales como: la forma en que debían actuar en caso de detectar, en los internos, una enfermedad mental; cuidar de que se cumpla la incomunicación de los procesados, decretada por el juez; deber de informar al órgano jurisdiccional el estado de enfermedad, muerte o evasión de los presos y cuidar que “los presos se mantengan separados en cuanto sea posible, según sus antecedentes personales y la naturaleza y gravedad de los delitos que se les imputa”; especialmente debían prever un departamento “para los niños o jóvenes que entren en ellas, debiendo los alcaides velar (...) para que no estén en contacto inmediato con los presuntos criminales de otra edad”.

Asimismo se regulaba la institución de la visita de cárceles por parte del juez de instrucción; la cual tenía por objeto “conocer el estado de los presos y oír las reclamaciones que éstos hagan sobre el tratamiento que reciban en el establecimiento, y las peticiones que directamente formulen sobre el estado de las causas”. De acuerdo al artículo 563, estas visitas eran facultativas; lo que puede inferirse del verbo con el que el legislador diseñó el precepto (“podrá”, decía la norma). Por el contrario, eran de carácter obligatorias las visitas mensuales por parte de uno de los miembros de la Sala de lo Criminal y las trimestrales por parte del Tribunal Superior.

Tres aspectos resultan de interés para perfilar la naturaleza de la etapa ejecutiva:

En primer lugar, que las previsiones descritas parecen poner un énfasis particular en la situación legal de los procesados. Más allá de algunas reglas que también mencionan a los condenados, la preocupación central del Título se refiere a los cautelados.

En segundo lugar la escasa visibilidad que se observa, en esta parte de la regulación, respecto al rol del defensor. En rigor, las únicas previsiones contenidas en el Título se vinculan con la atribución de los letrados para “conferenciar libremente con sus defendidos”, luego de cesar la incomunicación; sin que pueda obstaculizar su ministerio “las

disposiciones reglamentarias del establecimiento” y a la de acompañar, a las visitas trimestrales realizadas por el Tribunal Superior, junto con los jueces del crimen, los de paz y el Ministerio Fiscal.

Finalmente – y esto es muy significativo – la legislación parece no haber querido definir cuales son los ámbitos de competencia específicos en esta materia, entre el poder administrador y el judicial.

En efecto, uno de los artículos más importantes de este Título – el 562 –enumera una serie de resguardos en relación a las condiciones de privación de libertad vinculadas a: los establecimientos, su seguridad e higiene; la alimentación; la salud; la preservación a la persona privada de su libertad de los rigores climáticos; de que el tratamiento de los presos “corresponda á los reglamentos dictados para los mismos establecimientos por la autoridad competente”; de que no se aplique a los internos rigores ni mortificaciones; etcétera.

Ahora bien lo interesante de este texto es que no determina la autoridad a la que correspondía velar por el cumplimiento de aquellos resguardos sino que, el acápite inicial, de manera imprecisa, se limitaba a señalar que: “Las autoridades judiciales y administrativas”, cuidarán del cumplimiento, “en lo que respectivamente les concierne”.

Básicamente el texto que sustituyó el Código de Alfredo Vélez Mariconde y Sebastián Soler, fue aquel que resultó de la citada enmienda de la ley 1190<sup>7</sup>.

Sin embargo, no debe pensarse que, desde 1890 hasta 1937 – en donde da inicio el proceso que epilógara en la sanción del nuevo código – aquella legislación procesal no fue blanco de críticas.

Por el contrario, los intentos de reforma proliferaron; enfatizándose – como una de las censuras más comunes – la marcada fidelidad del texto de Ibáñez y Biale Massé a la codificación procesal penal española de 1872; con los defectos que ésta entrañaba. En efecto, si bien se reconocía

---

<sup>7</sup> Así lo señalan, Tinti; Marengo, *Córdoba y su Justicia. 1573 – 1926*, op. cit., p. 155: “El Código de los Dres. Ibáñez y Biale Massé rigió el procedimiento criminal de la Provincia de Córdoba hasta 1939, año en que se sancionó el redactado por los Dres. Alfredo Vélez Mariconde y Sebastián Soler, y por su medio sobrevivieron formas jurídicas discrepantes con el régimen político establecido por la Constitución de 1853, formas que cuando fue redactado el Código, la propia España había abandonado al sancionar la reforma procesal en 1882”.

el avance que representó el proceso de unificación legislativa que supuso el Código, especialmente frente a la heterogeneidad y coexistencia de fuentes de muy diversa procedencia y cronología, las estructuras del modelo inspirador, de fuerte tono inquisitivo, fueron objeto de cuestionamiento y, de hecho, en la propia España, resultaron sustituidas por la ley de 1882. En este sentido, en uno de los proyectos presentados para modificar el texto de 1887, se señalaba lo anacrónico que era el sistema “reproducido” por aquella ley que, como ya lo señalamos, era el del antiguo sistema español<sup>8</sup>.

A este motivo, se añadirían otros dos; concretamente: a) a partir de 1922, la sustitución del Código Penal de 1887, por el de 1921<sup>9</sup>, cuerpo sustantivo que requería de la adecuación procesal, para el funcionamiento de algunas de sus reglas, por parte de las normativas provinciales<sup>10</sup> y b) la reforma de la constitución provincial, en 1923, que introducía enmiendas vinculadas con el funcionamiento y estructura del Poder Judicial<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Cfr. Rodríguez de la Torre, Julio. Proyecto de Código de Procedimiento en lo criminal para la Provincia de Córdoba. *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*. Córdoba, N. 2/3/4 (9), Abril, Mayo, Junio 1922, p. 204. También criticó el Código de 1887 Enrique Martínez Paz, El procedimiento penal y el proyecto de Código de 1918. *Proyecto de Código de procedimientos en materia penal para la provincia de Córdoba*. Córdoba: sin pie de imprenta, 1918, p.259: “Mas tarde, cuando la constitución definitiva del país hacía incompatible la vigencia de los códigos españoles con los derechos y libertades proclamados se pensó en la necesidad de revisar las leyes vigentes para darnos nuestras propias leyes; todos estos esfuerzos no alcanzaron resultado eficaz; los nuevos códigos no fueron sino copias no disimuladas de otros códigos españoles de una época de decadencia”.

<sup>9</sup> Sobre este texto, cfr. Cesano, José Daniel. *Rodolfo Moreno (H), su mundo parlamentario y el proceso de codificación penal argentino*. Ed. Brujas, Córdoba, 2018.

<sup>10</sup> De hecho, la Legislatura Provincial se transformó en caja de resonancia de algunas cuestiones que surgidas del nuevo código nacional exigían cierta adecuación procesal. Un ejemplo de ello lo constituye el proyecto de ley que establecía el procedimiento a seguir en los juicios revisorios a los efectos del artículo 2, inciso 2, del Código penal (ley más benigna) y para la aplicación de la libertad condicional. Al respecto, cfr., *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 19ª Sesión Ordinaria, 24 de agosto de 1922, p. 647 y siguientes.

<sup>11</sup> En tal sentido, el Gobernador Julio A. Roca expresaba en su discurso ante la Asamblea Legislativa de 1924: “La creación del Tribunal Superior de Justicia ha determinado la necesidad de modificar los Códigos de Procedimientos en

En este clima reformista destacan dos proyectos, que se muestran especialmente relevantes por la jerarquía intelectual de sus realizadores – dos catedráticos destacados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba, con una relevante trayectoria y reconocimiento académicos –: Enrique Martínez Paz y Julio Rodríguez de la Torre.

El 17 de mayo de 1918, durante la administración de Julio C. Borda, Enrique Martínez Paz elevó un nuevo proyecto de reforma integral<sup>12</sup>. El proyecto fue enviado a la legislatura en 1918; no obstante no tuvo tratamiento parlamentario expreso por cuanto, al momento en que se pretendía considerarlo, ya había entrado en vigencia el nuevo Código Penal de la Nación (1922); lo que, en opinión de ciertos legisladores, volvió anacrónicas algunas de las disposiciones del proyecto a la luz de la reciente regulación sustantiva<sup>13</sup>. Junto a este dato objetivo, tampoco debería pasarse por alto, como factor explicativo de la falta de sanción de este proyecto, el cambio en la orientación política de la gobernación cordobesa ya que, si al momento de su presentación la administración era de extracción radical, un año más tarde hombres del Partido Demócrata ocuparían la primera magistratura<sup>14</sup>.

---

lo Civil y en lo Criminal a fin de fijar las normas a que ha de ajustarse la sustanciación de los nuevos recursos de su competencia” (cfr. *Mensaje del Gobernador de la Provincia de Córdoba Dr. Julio A. Roca. Leído ante la Asamblea Legislativa al inaugurarse el período ordinario de sesiones del año 1924*. Córdoba: sin pie de imprenta, 1924, p. 6).

<sup>12</sup> Martínez Paz, Enrique, *Proyecto de Código de procedimientos en materia penal para la provincia de Córdoba*, obra citada.

<sup>13</sup> Así lo dijeron los diputados C. Suárez Pinto y Horacio S. Valdés, en la sesión del 23 de junio de 1922, *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, N° 12. Córdoba: Tipográfica A. Biffignandi, 1922, pp. 279 y 295, respectivamente.

<sup>14</sup> En efecto, el 17 de mayo de 1919, tras la renuncia de Rafael Núñez, Jerónimo del Barco asumió la gobernación; detentando este cargo hasta el 17/5/22; en donde fue elegido otro político de extracción demócrata, Julio A. Roca. En relación a este período de la historia política cordobesa se ha señalado que: “Los demócratas fueron derrotados por la UCR en 1915, pero retomaron el ejecutivo provincial en 1919 de la mano de Rafael Núñez, líder representativo de los sectores más conservadores del partido, quienes por entonces experimentaban un creciente temor ante el impacto de la Reforma Universitaria y la agudización de la conflictividad social. El Partido Demócrata se mantuvo en el poder durante tres gobernaciones sucesivas” (cfr. Ortiz Bergia, María José; Reyna, Franco D.; Portelli, María Belén; Moretti, Nicolás D.. *Procesos amplios*,

Poco menos de cuatro años después, el profesor de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Córdoba, Julio Rodríguez de la Torre, con fecha 22 de marzo de 1922, elevó un anteproyecto al Ministro de Gobierno, Justicia, Culto e Instrucción Pública, Doctor Benjamín Achaval. El 3 de abril, el Poder Ejecutivo hizo suyo el texto y remitió el proyecto a la Cámara de senadores, la cual giró el texto a su Comisión de Legislación y Negocios Constitucionales<sup>15</sup>. El mismo tampoco fue sancionado, al quedar atascado en la Cámara de Diputados; en donde se generó un debate, ante la propuesta del diputado Rafael Moyano López tendente a que el Poder Ejecutivo procediese a nombrar otra comisión, no mayor a tres miembros, encargada de redactar un nuevo proyecto de Código de procedimientos en lo Criminal, la que debería tomar “como antecedentes los estudios y proyectos redactados con anterioridad a la presente, por encargo del mismo Poder Ejecutivo”, entre los que se encontraba el texto redactado por Rodríguez de la Torre; al cual, algunos diputados, habían achacado deficiencias técnicas y una exagerada precipitación en su redacción<sup>16</sup>.

---

*miradas locales. Una historia de Córdoba entre 1880 y 1955.* Córdoba: Centro de Estudios Históricos “Prof. Carlos S. A. Segreti”, 2015, p. 53).

<sup>15</sup> *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 1ª sesión ordinaria, 5 de Mayo de 1922. Córdoba: Imprenta “La Minerva”, 1923, p. 31.

<sup>16</sup> Sesión del 23 de junio de 1922, *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, N° 12, op. cit., p. 297, en donde el diputado Valdés señaló: “Parece que el proyecto del Dr. Julio Rodríguez de la Torre no está informado de ningún antecedente de legislación comparada, se ha limitado a hacer reformas que han nacido en su propia mente y que tal vez no tengan ambiente en ninguna parte”; en tanto que el diputado Moyano López indicó: “Hombre de reconocida competencia y autoridad, especialistas en la materia, me refiero al doctor Julio B. Echegaray, profesor de procedimientos penales en la Universidad de Córdoba, encuentra fallas en el mismo” (p. 285). Otro factor adicional que puede explicar el fracaso del tratamiento de este proyecto, se relaciona con el cambio de gobierno ocurrido en la Provincia. En efecto el 17 de mayo de 1922 – esto es, cuarenta y cuatro días después de la remisión a la legislatura – asume la primera magistratura Julio A. Roca. Y si bien Roca, al igual que su antecesor (Jerónimo del Barco), reconocían una misma filiación política (Partido Demócrata), no debe perderse de vista que esta continuidad no logró suprimir “las diferencias políticas e ideológicas que existían en el seno del partido” (cfr. Ortiz Bergia; Reyna; Portelli; Moretti. *Procesos amplios...*, op. cit., p. 53). A ello debe añadirse que el nuevo mandatario provincial, frente a la reforma constitucional, pretendió llevar a cabo un profundo proceso de modificación de la legislación orgánica y procesal; en la cual, su ministro de Gobierno (Guillermo Rothe) tendría un protagonismo muy relevante. De

Cabe entonces la pregunta de sí, estos textos, incluyeron un diseño diverso de la materia ejecutiva.

El proyecto de Martínez Paz, que en otras cuestiones se caracterizó por sus notorios avances, en el tema que nos ocupa no introdujo grandes innovaciones. Por de pronto la ejecución penal de la sentencia, en lo que atañe a las penas privativas de libertad incluyó una cláusula idéntica al artículo 500 del Código entonces vigente, respecto a la obligación del juez de remitir a la administración un testimonio literal de la sentencia (art. 491).

Con todo, dos diferencias pueden observarse del cotejo entre el texto proyectado y el Código que pretendía sustituir: por una parte la ausencia de un Título destinado a las cárceles y visitas de presos y, por otro, la inclusión de una regulación expresa de la gracia.

Al momento de la elaboración de este proyecto, estaba vigente el Código penal de 1887. Tal digesto no contemplaba el instituto de la libertad condicional – el cual, como veremos enseguida, recién se regula en la ley 11.179 – sino que preveía la gracia. En la nota de elevación, Martínez Paz explicaba la necesidad de esta regulación indicando que: “El título relativo al derecho de gracia viene a llenar una necesidad evidente. El ejercicio de este derecho ha dado ocasión a graves conflictos. El Poder Ejecutivo ha entendido reiteradamente que le corresponde ese derecho que de ordinario es ejercido por los funcionarios judiciales. Prevenir este estado de inseguridad es, como se comprende, indispensable”<sup>17</sup>. Según su autor, el trámite diseñado no era otro que el que la práctica venía adoptando y aconsejando como bueno. Éste consistía en la presentación de la solicitud ante el juez o tribunal que hubiese fallado en primera instancia. Recibido el pedido, el juez, previo informe del director de la cárcel, resolvería; elevando su resolución en consulta a la Cámara de Apelaciones. Si se tratara de un condenado en juicio oral, la Cámara debía resolver sin otro trámite que el aludido informe (artículos 553 y 554).

---

hecho, el nuevo mandatario, confiaría al ministro Rothe los proyectos de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del Código de Procedimientos en lo Criminal. Poco tiempo después, y cuando Rothe había sido designado miembro del Tribunal Superior de Justicia de la provincia, también a él se le encomendaría la redacción de un proyecto de reforma del Código de procedimientos en lo Civil y Comercial.

<sup>17</sup> Martínez Paz, Enrique. *Proyecto de Código...*, op. cit., p. 117.

A diferencia del proyecto de Martínez Paz, cuando Rodríguez de la Torre presentó el suyo en 1922, existía un nuevo Código Penal. Las nuevas reglas sustantivas se caracterizaron por introducir diversas instituciones que, en el digesto anterior, no se encontraban. Específicamente, y en orden a las penas privativas de libertad, éstas se dividieron únicamente en dos especies (reclusión y prisión) y se previeron algunas instituciones individualizadoras de la pena; una de ellas con gran incidencia sobre la etapa ejecutiva: la libertad condicional. Es lógico, entonces, que este proyecto incluyera una regulación un poco más extensa en relación a esta materia.

En esa dirección destacaban, en primer término, los artículos 202 y 203 que se refería a las cárceles para penados. Las previsiones, concretamente, referían que en la cárcel de penados se cumplirán las penas privativas de la libertad según el sistema celular, con trabajo obligatorio y en común en los talleres, de acuerdo al código penal. Por su parte, y respecto a la pena de reclusión, la misma podía “provisoriamente cumplirse en la cárcel de penados, siempre que sea expresamente ordenado en la sentencia definitiva por los jueces respectivos”.

Asimismo, junto a estas bases elementales para el régimen de los penados, se incluyó también previsiones relativas a los cautelados. Muchas de ellas ya estaban en la legislación procesal vigente. En rigor, la novedad más interesante al respecto estuvo representada por la obligatoriedad, para los encausados y procesados, de concurrir a una escuela elemental para los analfabetos, o de instrucción notoriamente insuficiente, como también a los talleres de trabajos manuales, de objetos cuya confección sea susceptible de llevarse a cabo en el relativo corto tiempo de la prisión preventiva. Por muchas razones de idiosincrasia y condiciones personales de los prevenidos de moral, de higiene, de humanidad – decía Rodríguez de la Torre– “no es posible, ni aconsejable, que se les mantenga en absoluta inacción, y ociosidad, durante todo el tiempo de la prisión preventiva. Para evitar las consecuencias de un estado semejante, y en procura de que esa gente tenga algún dinero para su familia, quela generalidad de las veces sufren miseria, establecemos el pequeño taller (por ejemplo, fábrica de escobas, plumeros, gorras, alpargatas y otros), en que el procesado pueda trabajar para vender lo que produzca. Es natural que el gobierno dará la materia prima, y la descontará al venderse lo manufacturado y reglamentará debidamente los talleres, y aún el trabajo mismo, pues los



procesados- a imitación de los penados - podrán realizar trabajos encomendados de afuera por la industria libre”.

Hemos dicho que la libertad condicional también constituyó una de las innovaciones más importantes respecto de la ejecución de la pena privativa de la libertad. Como consecuencia de ello – en palabras de su autor – el proyecto le da “una reglamentación puramente mecánica, y la somete a consulta de la Cámara de apelación. Para economizarle gastos al penado y evitar otras ulterioridades se establece que solo él y únicamente los defensores oficiales y el presidente, o secretario del patronato podrán gestionar su liberación condicional; excluyendo así toda otra representación”. El texto analizado fijó, además, un trámite específico para resolver este pedido. Según el mismo, realizada la solicitud el juez pedirá informe al director del establecimiento penal respecto a la clase de condena que sufre el penado, el día en que empezó a cumplirse, la fecha en que termine, el tiempo que lleva cumplido de la pena y si durante ese tiempo ha observado los reglamentos carcelarios; si no es reincidente; si no ha tenido ninguna evasión o tentativa de ella, o no estuviere procesado por algún delito cometido en la prisión, o se le hubiera revocado una liberación anterior. Recibidos los informes se pasarán en vista al ministerio fiscal, por tres días improrrogables, y evacuada ésta, resolverá el juez, acordando la liberación o negándola, si no estuviere en las condiciones establecidas en código penal, o no hubiere tenido alguna evasión o tentativa, o cometido nuevo delito dentro del penal.

Un dato relevante es la falta de intervención, en este trámite, de la defensa. Si bien es cierto que, uno de los sujetos legitimados para realizar esa solicitud era el defensor, no puede soslayarse que dicha intervención era una de las posibilidades para iniciar el pedido, encontrándose también autorizado para ello, el propio penado y el presidente o secretario del patronato. Si se diesen algunas de estas hipótesis, el trámite respectivo se sustanciaba sin la intervención de un letrado defensor.

La regulación sustantiva estableció, en relación a la libertad condicional, la intervención del Patronato. Por tal razón, el proyecto también se ocupó de dicha institución. En la nota de elevación, Rodríguez de la Torre señalaba que “La provincia no tiene patronato de liberados. Existe una institución con el nombre de ‘Patronato de presos’ cuyos propósitos se caracterizan por la beneficencia, más que por motivos de tutela jurídico-social

a los liberados. A esa institución nos referimos en el proyecto, para que de acuerdo con el ministerio de justicia, ejerza provisoriamente, mientras se llena el vacío, alguno de los actos propios de los Patronatos e indispensables para la efectividad de la liberación condicional. Esa misma sociedad o institución podrá organizarse en forma y ser reconocida y reglamentada por el gobierno, a los efectos consiguientes. Momentáneamente podrá desenvolverse con la autorización que el proyecto confiere”.

### **3. LA PREOCUPACIÓN FORMATIVA UNIVERSITARIA RESPECTO DE LOS ASPECTOS PROCESALES DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD**

En términos generales y como un balance de lo que hasta aquí llevamos analizado, es posible observar dos cuestiones:

En primer lugar, que el tema de los aspectos procesales de la ejecución de las penas privativas de libertad carecía de gran visibilidad. Tanto en el Código procesal vigente como en el proyecto de 1918, el tratamiento de esta cuestión fue muy discreto; estableciéndose algunas reglas relativas a la materia; las cuales quedaron limitadas a determinar ciertas obligaciones estatales en orden a las condiciones de detención; sin delimitar, claramente, a qué poder competían estas obligaciones y, paradójicamente, poniendo un énfasis especial en la prisión preventiva; institución que, por supuesto, jurídicamente no se identificaba con las penas privativas de libertad. Es cierto que, en el malogrado proyecto de 1922, existió una mayor preocupación sobre estas cuestiones; más esto estuvo vinculado a la vigencia del nuevo código penal recientemente sancionado; cuyas instituciones exigían de ciertas reglamentaciones procesales, que el proyecto receptaba.

En segundo lugar, y como un principio común tanto de la ley vigente como de los proyectos reformadores, una marcada despreocupación en relación al ejercicio de la defensa técnica durante la ejecución de la condena.

¿Qué lugar ocupaba, en la formación de los abogados cordobeses, la ejecución de la pena privativa de la libertad?; ¿es posible observar, en los ámbitos académicos, aquella apatía legislativa?

En investigaciones anteriores nos hemos detenido en parte de esta cuestión, integrando diversas disciplinas que se dictaban en la Facultad de Derecho de tres universidades argentinas (Buenos Aires, Córdoba y La Plata). En este sentido, las orientaciones que respecto de esta materia se daban en las Cátedras de Derecho penal, Derecho Administrativo y Derecho Procesal Penal y Organización Judicial de aquellas casas de estudio nos mostraban qué lugar ocupaba la temática en aquellas estructuras curriculares<sup>18</sup>. En esta oportunidad nos detendremos exclusivamente en el saber procesal; cuya inteligencia requiere de la previa exposición de la perspectiva normativa que condicionaba la selección de los conocimientos que proponía la materia universitaria; cuestión analizada en el acápite precedente.

Los primeros programas de esta asignatura contienen una referencia genérica en orden a la ejecución de la sentencia penal; lo que indirectamente se vincula con las penas privativas de libertad en la medida que, entre las sanciones previstas por el Código penal de 1887, se establecía las de presidio, penitenciaría, prisión y arresto<sup>19</sup>. Sin embargo, es a partir de 1925 cuando se comienza a dar mayor visibilidad a la cuestión carcelaria en esta asignatura. En efecto, sin dejar de considerarse la ejecución de las sentencias como parte de los contenidos curriculares, cuando la cátedra fue titularizada por Julio B. Echegaray, la en una unidad de su programa incluyó como novedad los siguientes temas: “Prisiones. Inspección y visitas judiciales. Fuga de presos”<sup>20</sup>. Esta tendencia permaneció en el programa de Ernesto S. Peña, de 1930<sup>21</sup>. La

---

<sup>18</sup> Núñez, Jorge A.; Cesano, José Daniel (ms). Pensando jurídicamente la prisión (1887-1955): notas historiográficas sobre el origen del Derecho Penitenciario en las Universidades Argentinas”. *Seminario El desafío de la diversidad: arquitecturas de seguridad, derecho penal y vigilancia entre los siglos XIX y XXI*. Buenos Aires, 12 y 13 de abril de 2018, organizado por Instituto Max-Planck para la Historia del Derecho Europeo, pp. 1 /35.

<sup>19</sup> Así, el programa del catedrático Pedro N. Garzón, correspondiente al año 1915 (cfr. Archivo Histórico de la Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Córdoba [en adelante AHD.UNC.] Libro 200021, *Programa de Procedimiento Teórico Practico en lo Criminal*, p. 11) establecía como uno de los contenidos de la bolilla XX, el tópico “Ejecución de las sentencias”.

<sup>20</sup> AHD.UNC. Libro 200030, *Programa de Organización Judicial y Procedimientos Penales, 1925*, p. 279.

<sup>21</sup> Cfr. Bolilla 19, cfr. AHD.UNC. Libro 200034, *Programa de Organización Judicial y Procedimientos Penales, 1930*, p. 10.

inclusión de estos tópicos se explica a partir de la legislación procesal que, por entonces, regía; la cual, como lo hemos indicado, incluía un Título destinado a estas cuestiones.

#### **4. LAS REGLAS JURÍDICAS SOBRE LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE SEBASTIÁN SOLER Y ALFREDO VÉLEZ MARICONDE**

El 28 de agosto de 1939, el Poder Ejecutivo de la Provincia, a la sazón ejercido por Amadeo Sabattini, de extracción radical, promulgó el texto sancionado por la Cámara de Diputados y que había convertido en Código Procesal Penal de la Provincia, el proyecto elaborado por Alfredo Vélez Mariconde y Sebastián Soler; destacados juristas, que profesaban, respectivamente, en las Cátedras de Organización judicial y procedimiento penal y Derecho penal, en la Universidad Nacional de Córdoba<sup>22</sup>.

En la Exposición de Motivos<sup>23</sup>, sus autores reconocían, en primer término, haber sistematizado, conforme al ejemplo de las legislaciones más modernas, la temática de la ejecución. Indicaban, además, que habían reglado “los incidentes de ejecución, materia totalmente extraña a la ley vigente”, para entrar luego al tratamiento de las distintas partes de la sentencia que se ejecuta: la condenación penal, la civil y las costas, subdividiendo, en cada caso, la materia.

Con relación a las penas privativas de la libertad el Código reguló, también como una institución novedosa, el diferimiento de la pena, la cual podía tener lugar en dos casos: a) cuando debiera cumplirla una mujer embarazada o que tenga un hijo menor de seis meses y b) cuando el condenado se encontrase gravemente enfermo y la inmediata ejecución se hiciera imposible, sin poner en peligro su vida, de acuerdo al dictamen de peritos (art. 538).

De gran significación, especialmente si se lo compara con la legislación anterior y las orientaciones que caracterizaron a los

<sup>22</sup> Al respecto, cfr. Cesano, José Daniel. *Contexto político, opinión pública y perfiles intelectuales en el proceso de codificación procesal pena de la provincia de Córdoba (1937/1939)*. Córdoba: Ed. Lerner, 2017.

<sup>23</sup> Provincia de Córdoba. *Código de procedimiento penal. Ley 3831. Edición Oficial*. Córdoba: Talleres Gráficos de la Cárcel Penitenciaria de Córdoba, 1941.

intentos de reforma, fue la regulación expresa de los denominados incidentes de ejecución. Dos artículos del nuevo texto legal merecen aquí mencionarse. En primer lugar el artículo 532, según el cual, es competencia jurisdiccional – específicamente: del juez o tribunal encargado de la ejecución –, “resolver todas las cuestiones e incidentes que se susciten”; aclarando que, el presidente de la cámara, despacharía las cuestiones de mero trámite ejecutivo. Por otra parte, en el artículo siguiente se regulaba el trámite de esos incidentes, los cuales debían resolverse “previa vista al Ministerio Fiscal o a la parte interesada”, en el término de diez días; pudiendo ser recurrido lo allí resuelto únicamente a través de la casación; cuya interposición no suspendía la ejecución, salvo que así lo dispusiese el Tribunal que resolvió el incidente.

Finalmente, y pese a que uno de los aspectos centrales del nuevo código fue la introducción del juicio oral en instancia única, esta modalidad no se extendió a los incidentes de ejecución, los que continuaron realizándose bajo la forma escritural.

Durante la tramitación parlamentaria del proyecto, en la Cámara de Senadores, el miembro informante Juan S. Palmero, también destacó la innovación en esta materia, señalando que el texto en consideración, salvaba “indiscutibles omisiones del Código vigente”.

¿Cuáles fueron las fuentes utilizadas por los proyectistas en estos temas?

Si lo novedoso estuvo representado por dar organicidad a la materia, a través de la configuración de los incidentes de ejecución y su trámite, es indudable que aquí, Vélez Mariconde y Soler abrevaron, como fuente interna, en el proyecto de Código Procesal Penal de la Nación elaborado por Mario Antelo; en tanto, como fuente externa, se tuvo en consideración la regulación que de los trámites de ejecución realizara el Código procesal penal italiano de 1930.

Por su parte, en relación con el diferimiento de la pena privativa de la libertad, los antecedentes de la previsión local encontraban sus antecedentes en los Códigos procesales noruego e italiano (de 1913) y en la Ordenanza Procesal Penal Alemana.

Sobre la realización que realizaba el Código procesal penal italiano de 1930, la doctrina contemporánea venía desarrollando una elaboración

teórica de gran importancia. Tanto Vincenzo Manzini<sup>24</sup> como Guglielmo Sabatini<sup>25</sup>, ambos autores muy consultados por Vélez Mariconde, elaboraron desarrollos respecto a los incidentes de ejecución. Manzini los había definido como la “relación procesal contenciosa, promovida por el Ministerio Público o por el particular interesado, que surge con ocasión de la ejecución de una sentencia penal hecha irrevocable o de otra providencia del juez por la que esté prescripto expresamente este procedimiento; incidente que tiene por contenido una de las cuestiones específicamente previstas por la ley u otra controversia relativa a interpretación o aplicación del fallo o a las providencias no discrecionales emitidas para la ejecución de ese mismo fallo”<sup>26</sup>.

Cabe destacar que en la normativa italiana, y con reflejo en los análisis de los en procesalistas de la época, comenzó a darse mayor significación al derecho de defensa en estos incidentes; y aún cuando el mismo no resultaba obligatorio en esta fase, si le era exigible al presidente del tribunal, el nombramiento de un defensor de oficio al interesado admitido al patrocinio gratuito<sup>27</sup>

¿Por qué insistimos en la regulación y el trámite incidental como una innovación del nuevo texto?

Las razones son las siguientes:

Por una parte, el trámite del incidente supuso una participación de la defensa del condenado en este segmento del proceso. Bien es verdad que, el texto no lo dice en forma explícita; pero ello se desprende de la interpretación del artículo 533, en la medida que disponía la vista “a la parte interesada”. De hecho, en el artículo 547, cuando se reglamentaba procesalmente la libertad condicional, en la parte final se indicaba que el

<sup>24</sup> Manzini, Vincenzo. *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano secondo il nuovo codice*. Volume cuarto. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1932, p. 730 y siguientes.

<sup>25</sup> Sabatini, Guglielmo. *Istituzioni di Diritto Processuale Penale*. Napoli: Alberto Morano, 1933, p. 370 y siguientes.

<sup>26</sup> Manzini, *Trattato...*, op. cit., pp. 731/732.

<sup>27</sup> Como lo señala Sabatini, *Istituzioni...*, op. cit., p. 371: “In seguito alla richiesta o alla istanza, il presidente o il pretore nomina un difensore di ufficio all' interessato ammesso al gratuito patrocinio, giacché la difesa non é obbligatoria in sede di esecuzione (...)”.

peticionante podía hacerse patrocinar por abogado. El dato no es menor porque dotaba de visibilidad a la a defensa técnica durante esta etapa; lo que era extraño a la codificación anterior y sus proyectos de modificación. De hecho – y esto realiza aún más las disposiciones del Código de Córdoba – algunos años después de su puesta en vigencia, continuaba un clima indiferente en relación con la necesidad de la intervención del defensor en estos incidentes. Así, a título de ejemplo, en a exposición de motivos del Proyecto de Ley Complementaria del Código Penal, reglamentando en régimen de la Libertad Condicional, presentado en 1942, su autor, Jorge H. Frías, expresaba que: “¿Qué tienen que hacer los abogados defensores en las peticiones de libertad condicional, que no constituyen derechos a debatir o a probar y que sólo se relacionan con el régimen del cumplimiento de la pena en libertad, que facultativamente debe acordarse o negarse por resolución judicial? ¿En virtud de qué principio constitucional o legal se permite esa intervención de defensores?”<sup>28</sup>

En segundo término porque, también se observa un esfuerzo por determinar el carácter jurisdiccional de esta etapa; cuestión muy desdibujada la legislación anterior.

## **5. ALFREDO VÉLEZ MARICONDE Y LA ENSEÑANZA DEL DERECHO PROCESAL PENAL EN LA CÁTEDRA CORDOBESA**

¿Qué ocurría en la cátedra universitaria mientras se gestaba este proyecto?

Hacia 1937, Vélez Mariconde era encargado de la titularidad de la cátedra de Derecho Procesal Penal. En tal carácter realizó algunas enmiendas al programa de la asignatura, dotando de mayor especificidad al contenido de la etapa de ejecución penal de la sentencia. Así, en una unidad aglutinó, dividido por distintos numerales, tres cuestiones: dos etapas eventuales del proceso -los recursos y ejecución- y algunos procedimientos especiales. La particularidad de este programa estuvo dada por detallar los contenidos relevantes de la ejecución -consignado como puntos de desarrollo: concepto, caracteres, presupuestos, órganos

---

<sup>28</sup> Para el texto del proyecto, cfr. *Revista Penal y Penitenciaria, Dirección General de Institutos Penales* Buenos Aires, N° VII, 26, pp. 544/555.

y acumulación de penas- y en cierta confusión en que se incurrió en colocar, dentro de los procedimientos especiales, a la fuga de presos y a la libertad condicional; cuando, en rigor, ambas eran contingencias que se vinculaban específicamente con la ejecución de una sentencia condenatoria a prisión o reclusión. En el programa de 1940, cuando continuó como profesor suplente en ejercicio de la titularidad, Vélez Mariconde subsanó parcialmente el déficit que acabamos de señalar por cuanto, si bien se mantuvo entre los procedimientos especiales al tratamiento de la “fuga de presos”, ya se ubicó a la libertad condicional en la etapa de ejecución. Esta estructura continuó, aunque eliminándose la cuestión de la fuga de presos, en los programas de 1944, 1951 y 1952.

La mayor especificidad dada a esta materia, por parte de los programas de 1937 y los sucesivos, se explica, indudablemente, por la propia concepción que al respecto tuvo Vélez Mariconde y que, de hecho, al elevar el proyecto de Código al Poder Ejecutivo provincial, el 27 de noviembre de 1937, ya había concretado como formulación normativa.

## 6. CONCLUSIONES

Con la sanción del Código Procesal Penal de Alfredo Vélez Mariconde y Sebastián Soler, se puede visualizar cómo, la etapa de ejecución penal, adquiriría perfiles jurídicos de mayor densidad. Éste, también era el parecer del primero de los autores citados, en su tarea docente, como propuesta académica universitaria.

Lo recién expresado lo demuestran las apreciaciones que realizara el propio Vélez Mariconde en su tarea doctrinaria. Así, en 1942, elaboró un trabajo, con vocación general, intitulado *Los principios fundamentales del proceso penal según el Código de Córdoba*<sup>29</sup>; texto que sintetiza su parecer en esta materia. Allí, el catedrático señaló: “La sentencia judicial irrevocable termina el juicio propiamente dicho; pero no pone término a la actividad

---

<sup>29</sup> Esta obra fue publicada en forma de libro y simultáneamente en la revista *Jurisprudencia Argentina*, 1942 – IV – 13 y ss. Esta última publicación fue reeditada en Bertolino, Pedro J. (Director), *Summa Procesal Penal*, Tº III. Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot, 2013, pp. 3367 / 3413. Las citas que aquí se efectúan se corresponden con esta reedición.



jurisdiccional. (...) La sentencia condenatoria exige el cumplimiento de la pena impuesta, lo que corresponde al órgano jurisdiccional que la dictó (...). Este pronunciamiento definitivo da origen al tercer momento de la función represiva: el de la ejecución. La ley penal alcanza realización práctica, que se completa mediante una actividad administrativa”<sup>30</sup>. El párrafo transcrito enfatiza, de esa manera, el carácter jurisdiccional que revisten los incidentes que pueden suscitarse con motivo de la ejecución de una pena privativa de libertad; aunque, desde luego, también reconoce, en la administración penitenciaria, la realización práctica de aquélla<sup>31</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

ARCHIVO HISTÓRICO DE LA FACULTAD DE DERECHO. Universidad Nacional de Córdoba. Libros 200021, 200030 y 200034. “Programas utilizados”.

CESANO, José Daniel. *Los objetivos constitucionales de la ejecución penitenciaria*. Córdoba: Alveroni Ediciones, 1997.

CESANO, José Daniel. *Derecho penitenciario. Aproximación a sus fundamentos*. Córdoba: Alveroni Ediciones, 2007.

CESANO, José Daniel. *Contexto político, opinión pública y perfiles intelectuales en el proceso de codificación procesal pena de la provincia de Córdoba (1937/1939)*. Córdoba: Lerner, 2017.

CESANO, José Daniel. *Rodolfo Moreno (H), su mundo parlamentario y el proceso de codificación penal argentino*. Córdoba: Ed. Brujas, 2018.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO EN LO CRIMINAL. *Proyectado por los Dres. José IBÁÑEZ, R; BIALET MASSÉ, J.* Córdoba: Talleres Tipográficos de “El Interior”, 1886.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. LEY 3831. *Edición Oficial*. Córdoba: Talleres Gráficos de la Cárcel Penitenciaria de Córdoba, 1941.

---

<sup>30</sup> Vélez Mariconde, *Los principios fundamentales...*, op. cit., p. 3371.

<sup>31</sup> Vélez Mariconde, *Los principios fundamentales...*, op. cit., p. 3377: “Finalmente, y en el caso de una sentencia condenatoria, se verifica la ejecución (...), donde la relación procesal tiene sólo por objeto las cuestiones jurisdiccionales que la misma suscita o puede suscitar, aun durante la práctica y administrativa aplicación de las sanciones”.

FRÍAS, Jorge H. Proyecto de Ley Complementaria del Código Penal, reglamentando en régimen de la Libertad Condicional. *Revista Penal y Penitenciaria, Dirección General de Institutos Penales*, Buenos Aires, N° VII, 26.

LEVAGGI, Abelardo. La codificación del procedimiento criminal en la Argentina en la segunda mitad del siglo XIX. *Revista de Historia del Derecho*. Buenos Aires, N° 11, 1983.

*Ley orgánica de los Tribunales. Códigos de Procedimientos en lo Civil, Comercial y Penal de la Provincia de Córdoba. Edición oficial.* Córdoba: Imprenta Argentina, 1916.

MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano secondo il nuovo codice*. Volume cuarto. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1932.

Martínez Paz, Enrique. *Proyecto de Código de procedimientos en materia penal para la provincia de Córdoba*. Córdoba: sin pie de imprenta, 1918.

MENSAJE DEL GOBERNADOR DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA DR. JULIO A. ROCA. *Leído ante la Asamblea Legislativa al inaugurarse el período ordinario de sesiones del año 1924*. Córdoba: sin pie de imprenta, 1924.

NÚÑEZ, Jorge A.; CESANO, José Daniel (ms). Pensando jurídicamente la prisión (1887-1955): notas historiográficas sobre el origen del Derecho Penitenciario en las Universidades Argentinas. *Seminario “El desafío de la diversidad: arquitecturas de seguridad, derecho penal y vigilancia entre los siglos XIX y XXI*. Buenos Aires: 12 y 13 de abril de 2018, organizado por Instituto Max-Planck para la Historia del Derecho Europeo.

ORTIZ BERGIA, María José; REYNA, Franco D.; Portelli, María Belén; Moretti, Nicolás D. *Procesos amplios, miradas locales. Una historia de Córdoba entre 1880 y 1955*, Córdoba: Centro de Estudios Históricos “Prof. Carlos S. A. Segreti”, 2015.

RODRÍGUEZ DE LA TORRE, Julio. Proyecto de Código de Procedimiento en lo criminal para la Provincia de Córdoba. *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, Córdoba: Imprenta de la Universidad, N° 2/3/4 (9), Abril, Mayo, Junio 1922.

SABATINI, Guglielmo. *Istituzioni di Diritto Processuale Penale*. Napoli: Alberto Morano, 1933.

TINTI, Pedro León; MARENGO, Carmen Nydia. *Córdoba y su Justicia. 1573 – 1926*. Córdoba: Edición Poder judicial de la Provincia de Córdoba, Centro de Perfeccionamiento Ricardo C. Núñez, 2001.

VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. Los principios fundamentales del proceso penal según el Código de Córdoba. Pedro J. Bertolino (Director), *Summa Procesal Penal*, T° III. Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot, 2013.

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

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

*Declaração de autoria e especificação das contribuições (declaration of authorship):* todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste artigo estão listadas como autores.

*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: 13/07/2018
- Avaliação 1: 17/08/2018
- Retorno rodada de correções 1: 30/08/2018
- Retorno rodada de correções 2: 05/09/2018
- *Autor convidado*

#### Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editora-associada: 1 (BC)

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

### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

CESANO, Daniel José. Entre leyes y saberes: normas procesales, ejecución penitenciaria y formación de los abogados en Córdoba (1887/1940). *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 3, p. 1321-1344, set./dez. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i3.187>



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