



Revista Brasileira de **Direito Processual Penal**

Volume 8 - Nº 02 - mai./ago. 2022

ISSN 2525-510X

<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i2>

Dossiê

***“Condenações e acusações injustas: panorama atual,
causas, mecanismos de correção e reparação”***



Publicação fomentada pelo CNPq
(Chamada 15/2021 Programa Editorial)



IBRASPP

EXPEDIENTE / MASTHEAD

EDITORES-CHEFES / EDITORS-IN-CHIEF

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

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

EDITORES-ASSOCIADOS / ASSOCIATE-EDITORS

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

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

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

Prof. Dr. Keith A. Findley (University of Wisconsin, Madison, United States) 

Prof. Me. Mauricio Duce (Universidad Diego Portales, Santiago, Chile) 

EDITORES-ASSISTENTES / ASSISTANT-EDITORS

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

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

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

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

Prof. Dr. Felipe da Costa De-Lorenzi (Universidade Federal de Rio Grande, Rio Grande/RS, Brasil)  

Prof. Dra. Manuela Abath Valença (Universidade Federal de Pernambuco, Recife/PE, Brasil)  

Me. Mattia Giangreco (Università degli Studi di Catania, Catania, Italia) 

Dra. Michelle Barbosa de Brito (Pesquisadora independente, Belém/PA, Brasil)  

Prof. Dra. Priscila Machado Martins (Universidad de los Andes, Santiago, Chile)  

Prof. Dr. Rafael de Deus Garcia (Universidade de Brasília – Brasília/DF, Brasil)  

CONSELHO EDITORIAL / EDITORIAL BOARD

Profa. Dra. Claudia Cesari, Università degli Studi di Macerata, Macerata, Italia

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

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

Prof. Dr. Giulio Illuminati, *Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna, Bologna, Italia

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

Profa. Dra. Livia Giuliani, Università degli Studi di Pavia, Pavia, Italia

Profa. Dra. Lorena Bachmaier Winter, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España

Prof. Dr. Manuel Monteiro Guedes Valente, Universidade Autônoma de Lisboa, Lisboa, Portugal

Prof. Dr. Máximo Langer, University of California, Los Angeles, United States

Prof. Dr. Michele Caianiello, *Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna, Bologna, Italia

Prof. Dr. Paolo Ferrua, Università degli Studi di Torino, Torino, Italia

Prof. Dr. Rafael Hinojosa Segovia, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España

Prof. Dr. Raúl Cervini, Universidad Católica de Uruguay, Montevideo, Uruguay

Prof. Dr. Renzo Orlandi, *Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna, Bologna, Italia

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

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

Agustina Alvarado Urizar (Universidad Católica del Norte, Coquimbo, Chile)
Alejandro Turienzo (Universidad de Barcelona, Barcelona, España)
Alexandre Morais da Rosa (Universidade Federal de Santa Catarina - Florianópolis/SC, Brasil)
Américo Bedê Freire Júnior (Faculdade de Direito de Vitória - Vitória/ES, Brasil)
Ana Luisa Leão de Aquino Barreto (Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro/RJ, Brasil)
Antonio Henrique Graciano Suxberger (Centro Universitário de Brasília - Brasília/DF, Brasil)
Antonio Pedro Melchior (Universidade Federal do Rio de Janeiro - Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil)
Barbara Lavarini (Università degli studi di Torino, Torino, Italia)
Bruno Tadeu Buonicore (Centro Universitário de Brasília - Brasília/DF, Brasil)
Camelin Marcie de Poli (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - Porto Alegre/RS, Brasil)
Cedric Gilson (University of Westminster, London, United Kingdom)
Diogo Malan (Universidade Federal do Rio de Janeiro e Universidade Estadual do Rio de Janeiro - Rio de Janeiro/RJ, Brasil)
Dyellber Oliveira Araújo (Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal)
Enrique Letelier Loyola (Universidad de Valparaíso, Valparaíso, Chile)
Felipe Gorioitía Abbott (Universidad de Valparaíso, Valparaíso, Chile)
Fernanda Regina Vilares (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP - Brasília/DF, Brasil)
Flávio da Silva Andrade (Universidade Federal de Minas Gerais - Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil)
Guillermo Oliver (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile)
Gustavo Mascarenhas Pedrina (Universidade de São Paulo/SP, Brasil)
Javier Velasquez (Universidad Católica de Temuco, Temuco, Chile)

Karolina Kremens (Uniwersytet Wrocławski, Wrocław, Poland)

Keity Ferreira de Souza e Saboya (Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal/RN, Brasil)

Leonardo Costa de Paula (Faculdade Cenecista - Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil)

Lucas Nogueira do Rêgo Monteiro Villa Lages (Universidade Federal do Piauí, Teresina/PI, Brasil)

Maria Carolina de Melo Amorim (Faculdade Damas - Recife, Pernambuco, Brasil)

Maria Grazia Coppetta (Università di Urbino, Urbino, Italia)

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

Rodrigo Grazinoli Garrido (Universidade Federal do Rio de Janeiro e Universidade Católica de Petrópolis, Rio de Janeiro, Brasil)

Salvador Guerrero Palomares (Universidad de Málaga, Málaga, España)

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

Simone Lonati (Università Bocconi, Milano, Italia)

Stefano Ruggeri (Università degli Studi di Messina, Messina, Italia)

Valsamis Mitsilegas (Queen Mary University of London, London, United Kingdom)

Vitor de Paula Ramos (Universitat de Girona, Girona, España)

Wojciech Jasiński (Uniwersytet Wrocławski, Wrocław, Poland)

Ximena Marcazzolo Awad (Universidad del Desarrollo, Concepción, Chile)

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

André Szesz (Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil)

Bruno Cavalcante Leitão Santos (Centro de Estudos Superiores de Maceió, Maceió, AL, Brasil)

Carlos del Río Ferretti (Universidad Andrés Bello, Santiago, Chile)

Charles Martins (Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal)

Delia Magherescu (Gorj Bar Association, Targu Jiu, Romênia)

Denis Solodov (University of Warmia and Mazury in Olsztyn, Olsztyn, Poland)

Elżbieta Zębek (University of Warmia and Mazury in Olsztyn, Olsztyn, Poland)

Francisco de Assis de França Júnior (Centro de Estudos Superiores de Maceió, Maceió, AL, Brasil)

Hugo Luz dos Santos (City University of Macau, Macau, People's Republic of China)

Javier Escobar Veas (Universidad Austral de Chile, Puerto Montt, Chile)

João Alcantara Nunes (Pesquisador independente, Porto Alegre, RS, Brasil)

Luiz Eduardo Cani (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil)

Nicola Pascucci (Università degli Studi di Urbino Carlo Bo, Urbino, Italia)

Rogério Schietti Cruz (Universidade Nove de Julho, São Paulo, SP, Brasil)

Thiago Pierobom de Ávila (Centro Universitário de Brasília, Brasília, DF, Brasil)

Víctor Beltrán Román (Universidad Diego Portales, Santiago, Chile)

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

Sumário

- 521** Dossiê: “Condenações e acusações injustas: panorama atual, causas, mecanismos de correção e reparação”
“Wrongful convictions and prosecutions: current status, causes, correction and reparation mechanisms”
- 523** Editorial of dossier “Wrongful convictions and prosecutions: current status, causes, correction and reparation mechanisms” - Wrongful convictions and prosecutions: an introductory overview
Editorial del dossier “Condenas e imputaciones erróneas: estado actual, factores que las producen, mecanismos de corrección y reparación” - Condenas y persecuciones penales erróneas: una introducción panorámica
Mauricio Duce
Keith A. Findley
- 567** Investigação criminal, reconhecimento de pessoas e erros judiciais: considerações em torno da nova jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça
Criminal investigation, recognition of persons and miscarriage of justice: considerations around the new jurisprudence of Superior Court of Justice
Rogério Schietti Cruz
- 601** Confesiones y riesgos de condenas e imputaciones erróneas: identificación de algunos aspectos problemáticos en Chile
Confessions and the risks of wrongful convictions and prosecutions: Identification of some problematic aspects in Chile
Víctor Beltrán Román
- 653** Unlawful prosecution in the case regarding the destruction of a forest ecosystem
Persecução ilegal em casos relacionados à destruição de um ecossistema florestal
Denis Solodov
Elżbieta Zębek

- 679 Erros judiciários em tempos de digital surveillance: os algoritmos de reconhecimento facial em questão

Miscarriages of justice in digital surveillance times: the facial recognition algorithms in question

Luiz Eduardo Cani

João Alcantara Nunes

- 713 Imputazioni ingiuste e rimborso delle spese legali da parte dello Stato: luci ed ombre della nuova disciplina italiana

Unfair charges and reimbursement of legal costs by the State: light and shade of the new Italian law

Nicola Pascucci

765 Fundamentos de Direito Processual Penal

Fundamentals of Criminal Procedure

- 767 Processo Penal e Inteligência Artificial: Rumo a um Direito (Processual) Penal da Segurança Máxima?

Criminal Procedure Law and Artificial Intelligence: Towards a Criminal (Procedure) Law of Maximum Security?

Hugo Luz dos Santos

- 823 Las condiciones normativas del juicio de hecho y el denominado principio de razón suficiente, a propósito del recurso de nulidad en el proceso penal chileno. Una crítica procesal

The normative conditions of the judgment of fact and the so-called principle of sufficient reason, for the purpose of the appeal for nullity in the Chilean criminal procedure. A procedural criticism

Carlos del Río Ferretti

- 869 A Comparative Analysis of the Case Law of the European Court of Human Rights on the Right against Self-Incrimination

Un análisis comparado de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho a no autoincriminarse

Javier Escobar Veas

- 903 A prisão administrativa de militares por indisciplina e sua (in) compatibilidade com o regime democrático
The administrative prison of military for indiscipline and its (in)compatibility with the democratic regime

Bruno Cavalcante Leitão Santos

Francisco de Assis de França Júnior

- 927 Persecução penal: investigação, juízo oral e etapa recursal**
Criminal prosecution: investigation, public oral trial and appeal

- 929 Achieving Judgment by Means of Forensic Science During the Criminal Proceedings in Romania

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

Delia Magherescu

- 965 Teoria da Prova Penal**
Criminal evidence theory

- 967 A gravação ambiental feita pela vítima de crime: análise da continuidade de sua litude após a Lei n. 13.964/2019

Environmental recordings by the victim of crime: analysis of its legality persistence after Law n. 13,964/2019

Charles Martins

Thiago Pierobom de Ávila

- 1007 O *standard* de prova para condenação por crimes sexuais: é viável e eficaz a flexibilização da exigência de corroboração probatória em crimes dessa espécie com o objetivo de redução da impunidade?

The standard of proof for convictions for rape crimes: Is it feasible and effective to weaken the requirement for corroboration of evidence in crimes of this kind with the aim of reducing impunity?

André Szesz

1043 Crítica científica

Scientific Criticism (reader's letter)

- 1045 Scientific criticism of "Unlawful prosecution regarding forest ecosystem destruction"

Crítica científica de "Unlawful prosecution regarding forest ecosystem destruction"

Rodrigo Grazinoli Garrido

Dossiê:
**“Condenações e acusações injustas:
panorama atual, causas, mecanismos
de correção e reparação”**

*“Wrongful convictions and
prosecutions: current status, causes,
correction and reparation mechanisms”*

Editorial of dossier “Wrongful convictions and prosecutions: current status, causes, correction and reparation mechanisms” - Wrongful convictions and prosecutions: an introductory overview

Editorial del dossier “Condenas e imputaciones erróneas: estado actual, factores que las producen, mecanismos de corrección y reparación” - Condenas y persecuciones penales erróneas: una introducción panorámica

Mauricio Duce¹

Diego Portales University, Santiago, Chile
mauricio.duce@udp.cl

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

Keith A. Findley²

University of Wisconsin, Madison, United States
keith.findley@wisc.edu

 <https://orcid.org/0000-0002-4205-2920>

ABSTRACT: This paper provides an overview of several central topics for comparative research on wrongful convictions and prosecutions (near misses). The work addresses three issues: studies that attempt to establish the quantity or frequency of errors; research that investigates the factors that increase the likelihood of their occurrence; and, finally, research on the mechanisms for correcting and compensating them. In each area, advances in available knowledge are identified, but also that we are still far from having all the information that would be required. We aim to serve as an introduction to this special issue of the RBDPP

¹ Magíster en Ciencias Jurídicas Universidad de Stanford; profesor titular Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

² Clinical Professor, University of Wisconsin Law School; Co-Director, Wisconsin Innocence Project. J.D., Yale Law School 1985; B.A., Indiana University 1981.

and as a starting point for those who wish to know state of the art on the subject.

KEYWORDS: wrongful convictions; wrongful prosecutions; contributing factors; correction of wrongful convictions; compensation of wrongful convictions and prosecutions.

RESUMEN: *En este trabajo entregamos una visión panorámica de diversos tópicos que han sido centrales en la investigación comparada en materia de condena e imputaciones erróneas. Nuestro objetivo es que ella sirva de introducción a este dossier especial de la RBDPP y también como un punto de partida para quienes quieran conocer el estado del arte en la materia. El trabajo aborda tres temas: la investigación que intenta establecer la cantidad o frecuencia de los errores; aquella que indaga en los factores que aumentan la probabilidad que se produzcan; y, finalmente, en los mecanismos destinados a corregirlos y repararlos. En cada área se identifican avances en el conocimiento disponible, pero también que aún estamos lejos de contar con toda la información que se requeriría.*

PALABRAS-CLAVES: *condenas erróneas; persecuciones penales erróneas; factores que aumentan su probabilidad; corrección de condenas erróneas; compensación de condenas e imputaciones erróneas.*

INTRODUCTION

No criminal justice system can claim to be error-free.³ No system is infallible. Any suggestion of infallibility reveals a lack of understanding of how the system works and what happens in any human enterprise. Indeed, criminal justice forms part of a very complex system, where actors with very different objectives intervene, events are serious and very dissimilar, and the number of interacting factors can generate tensions that increase the chances of bad decision-making. Moreover, judicial

³ Among these mistakes, those that are probably most serious and paradigmatic occur at opposite extremes. On the one hand, there are cases in which an innocent person is convicted (also called “false positives”) and, at the other extreme, in which a guilty party is acquitted (“false negatives”). In between, there are many other types of errors.

systems usually have structural limitations that compromise their ability reconstruct past events and discover the truth.

Hence, the problem of wrongful convictions is not just a theoretical possibility. Rather, the evidence indicates that errors are more frequent than is intuitively believed, that they may arise from perfectly avoidable causes, and that they produce enormous damage to those who suffer them. Unfortunately, at the same time, criminal justice systems are notoriously reluctant to correct and remedy their mistakes. Thus, the risk of erring is a reality that cannot be ignored.

Academic interest in criminal justice errors and false positives is old, both in the Anglo-Saxon and continental traditions. For example, in the United States, Edwin Borchard's work at the beginning of the twentieth century is often highlighted as a precursor in the field.⁴ In Europe, the investigations can be identified even earlier, for example, in Giurati's work originally published in 1893.⁵ However, the most intense concern about this matter seems to have occurred only in recent decades. At present, the study of one type of error—the conviction of innocent people—has gained enormous importance, attracting growing academic research.⁶ At the same time, this renewed interest has given birth to an activism movement aimed at exonerating innocent victims of wrongful

⁴ We refer to his work of 1913 (BORCHARD, Edwin. *European systems of state indemnity for errors of criminal justice*, *passim*); and, especially from 1932 (BORCHARD, Edwin. *Convicting the innocent: errors of criminal Justice*. New Haven: Yale University Press, 1932, *passim*). On the importance of the Borchard's work, see NORRIS, Robert. *Exonerated*. New York: New York University Press, 2019, pp. 14-15; LEO, Richard, GOULD, Jon. *Studying wrongful convictions: learning from social sciences*, pp. 11-12.

⁵ GIURIATI, Domenico. *Errores judiciales: diagnosis y remedios*. Santiago: Ediciones Olejnik, 2018, *passim*. In Germany highlights the classic work of Hirshberg originally published in the mid twentieth century (1960). HIRSHBERG, Max. *La sentencia errónea en el proceso penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1969, *passim*.

⁶ The literature that reviews academic research in the field is extensive, particularly in the United States. For instance, two books contain chapters with comparative analysis of the problem in different continents, including Germany, Canada, Spain, the United States, The Netherlands, England, Italy, Israel, Poland, and Switzerland: HUFF, Ronald.; KILLIAS, Martin (editors). *Wrongful convictions: international perspectives in miscarriages of justice*. Philadelphia: Temple University Press, 2010, *passim* and HUFF, Ronald.;

convictions.⁷ Finally, this renewed interest in wrongful convictions has produced several governmental and authoritative reports that have tried to diagnose the problem and, at the same time, propose solutions.⁸

Experience and scholarly inquiry over the last couple of decades have generated a massive growth in knowledge about wrongful convictions. We know that wrongful convictions are more common than we previously

KILLIAS, Martin (editors). *Wrongful convictions & miscarriages of justice*. New York: Routledge, 2013, *passim*.

⁷ The best-known work is that carried out by the Innocence Project, created in the United States in 1992 by Barry Scheck and Peter Neufeld, which is dedicated to exonerating wrongly convicted people by demonstrating their innocence, mainly using DNA evidence. More information is available at: www.innocenceproject.org (last accessed on July 1, 2022). The Innocence Project spawned the growth of other such innocence-advocacy organizations, many of which expand the work to non-DNA cases as well. Together, these projects have formed the Innocence Network, an international network of organizations dedicated to providing free legal and investigative services to exonerate people wrongly convicted. In addition to affiliates in the United States, the Network includes institutions from Australia, Argentina, Brazil, Canada, Italy, Ireland, the Netherlands, Taiwan, and United Kingdom. <https://www.innocencenetwork.org/directory> (last accessed on July 1, 2022). For a history of the innocence movement in United States. NORRIS, Robert. *Exonerated*. *Passim*, FINDLEY, Keith. *Innocence Found: The New Revolution in American Criminal Justice*, in COOPER, Sarah (ed.). *Controversies in innocence cases in America*, Ashgate Publishing Ltd., 2014), *passim* and FINDLEY, Keith & GOLDEN, Lawrence. *The Innocence Movement, the Innocence Network, and Policy Reform*, in ZALMAN, Marvin and CARRANO, Julia (eds.). *Making justice: the innocence challenge to criminal justice policy and practice*, Taylor & Francis/Routledge Press, 2013, *passim*.

⁸ A few examples: In Canada, FPT HEADS OF PROSECUTIONS COMMITTEE. *Report on the preventing of miscarriages of justice*. 2004, *passim* and FPT HEADS OF PROSECUTIONS COMMITTEE. *The path to justice: preventing wrongful convictions*. 2011, *passim*. In Scotland CHALMERS, James; LEVERIK, Fiona; SHAW, Alasdair (editors). *Post-corroboration safeguards review report of the academic expert group*, 2014, in <https://www.webarchive.org.uk/wayback/archive/20150219141548/http://www.gov.scot/About/Review/post-corroboration-safeguards> (last accessed on July 1, 2022). In England, Wales, and Northern Ireland: THE WESTMINSTER COMMISSION ON MISCARRIAGES OF JUSTICE. *In the interest of justice: an inquire into the Criminal Case Review Commission*, 2021, in <https://www.criminal-justicehub.org.uk/wp-content/uploads/2021/11/Westminster-Commission-on-Miscarriages-of-Justice-In-the-Interests-of-Justice.pdf> (last accessed on July 1, 2022).

believed and go beyond the mere theoretical possibility of error in any criminal justice system.⁹ Moreover, most errors occur because of systemic practices or structures that could be corrected if we identified them in advance. In this regard, one of the issues that has produced the most significant number of studies has been identifying factors that increase the likelihood that convictions of innocent people will occur.¹⁰ Research has shown that, when such factors are present, the probability of an error or the outright conviction of an innocent person increases significantly.¹¹

More recently, studies have arisen focusing on a different type of error, the so-called *near misses*— that is, cases in which an innocent is arrested or prosecuted, but the case is dismissed before trial or the accused

⁹ So far, we have talked about wrongful convictions as synonymous with convictions of innocent people. However, in a broader sense “wrongful conviction” encompasses various situations beyond conviction of innocents, including cases in which the conviction was based on a process with serious due process violations, incorrect application of criminal law, or a wide range of significant defects of another nature. HOYLE, Carolyn; SATO, Mai. *Reasons to doubt: Wrongful convictions and the criminal case review commission*. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 23. It should be noted that there is also an important debate regarding the scope of “innocence” for the purposes of understanding cases of wrongful convictions. We will not address that debate in this work as it would stray from our core goals. On this matter we recommend LEO, Richard. *Has the innocent movement become an exoneration movement? The risks and rewards of redefining innocence*. In MEDWED, Daniel (editor). *Wrongful convictions and the DNA revolution. Twenty-Five Years of Freeing the Innocent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, pp. 57-83; FINDLEY, Keith. *Defining innocence*, pp. 1157-1208.

¹⁰ The literature with empirical research on the subject is also very extensive. We recommend for those starting their study an important book that presents a detailed analysis of the first 250 cases in which DNA exonerated a wrongly convicted person in the United States: GARRETT, Brandon. *Convicting the innocent*. Cambridge: Harvard University Press, 2011, *passim*.

¹¹ Until now we have spoken indistinctly of system errors and wrongful conviction, even though these concepts are different. When we speak of system errors, we refer to a much broader category of problems in the functioning of criminal justice, including innocent people wrongly convicted. Other errors, however, also belong in the category of “system errors,” such as, for example, the acquittal of the guilty, failure to prosecute crimes that have been committed, and the arrest and detention in custody during trial of innocent people without their subsequent conviction, among others.

is acquitted.¹² These cases are of particular significance because they represent those in which the system ultimately succeeded in recognizing the innocence of the accused before a conviction, but only after inflicting substantial harm on the accused. In this sense, they can be described as cases of wrongful prosecutions in which the ultimate error (a wrongful conviction) is avoided.¹³ While wrongful prosecutions do not reflect precisely the same problem as the conviction of innocents, the evidence shows that the factors causing wrongful prosecutions are similar and their effects are often equally devastating, especially in cases where they have led to pre-trial imprisonment.¹⁴

In this context, we aim to give a general overview as an introduction to this special dossier of the Brazilian Journal of Criminal Procedural Law (hereinafter, RBDPP), which contributes studies and evidence that enhance our understanding of wrongful convictions and prosecutions. This work focuses on three specific issues. In the first section, we review the main findings of the research on the incidence of wrongful convictions in the criminal justice system. The second briefly identifies the factors that increase the likelihood of wrongful conviction (or prosecution). The third presents some ideas about mechanisms that can correct wrongful convictions and, ultimately, compensate the wrongly convicted. Finally, we conclude with some brief thoughts on the works included in this special issue of the RBDPP.

1. HOW MANY WRONGFUL CONVICTIONS AND PROSECUTIONS ARE THERE?

Criminal justice systems have a natural tendency to deny the existence of wrongful convictions and prosecutions or to minimize their

¹² GOULD, Jon; CARRANO, Julia, LEO, Richard; HAIL-JARES, Katie. Predicting erroneous convictions, p. 476.

¹³ GOULD, Jon; CARRANO, Julia, LEO, Richard; HAIL-JARES, Katie. Predicting erroneous convictions, p. 476.

¹⁴ FORST, Brian. Wrongful convictions in a world of miscarriages of justice. In HUFF, Ronald.; KILLIAS, Martin (editors). Wrongful convictions & miscarriages of justice. New York: Routledge, 2013, p. 17.

significance as exceedingly rare and exceptional.¹⁵ It is therefore essential to review the evidence about the frequency of wrongful convictions and prosecutions.

While determining the number or rate of wrongful convictions is complicated and challenging, and counting wrongful prosecutions is even more difficult, various methods and strategies have been developed to estimate the scope of this problem.¹⁶

A first method has been through studies that attempt to identify a statistical error rate based on specific categories of crimes where information about wrongful convictions is available. In the United States, several authors have made efforts in this line, while acknowledging limitations to their methodologies and conclusions. In 2007, based on cases with death sentences for crimes of rape-homicide during the 1980s, Risinger concluded that the error rate for this type of case varies between 3.3% (the most conservative figure) and 5% (the highest reasonable figure).¹⁷ In 2008, based on United States death penalty cases from 1973-1989, Gross estimated an error rate between 2.3% and 5%, and in rape crimes, the percentage would rise to 3.2 and 5%.¹⁸ In 2014, Gross and others established a rate of 4.1% of wrongful convictions in death penalty cases between 1973 and 2004, considering this a conservative figure.¹⁹ Although these figures are by no means negligible, they are restricted to some categories of crimes and have important methodological limitations when extended to other categories of cases.

It is widely recognized that these estimates apply only to the most serious cases, such as rapes and murders, and that it is quite likely

¹⁵ FINDLEY, Keith. Defining innocence, p. 1158.

¹⁶ An overview in LOEFFLER, Charles; HYATT, Jordan; RIDGEWAY, Greg. Measuring self-reported wrongful convictions among prisoners, pp. 261-266; GOULD; Jon; LEO, Richard. One hundred years later: wrongful convictions after a century of research, pp. 832-836.

¹⁷ RISINGER, Michael. Innocent Convicted: An Empirically Justified Wrongful Conviction Rate, *passim*.

¹⁸ GROSS, Samuel. Convicting the innocent, p. 180.

¹⁹ GROSS, Samuel, O'BRIEN, Barbara; HU, Chen; KENNEDY, Edward. Rate of false convictions of criminal defendants who are sentenced to death, pp. 7230-7235.

that the rates of wrongful prosecution and conviction for lesser charges is substantially higher.²⁰ In the United States, emerging research has shown that negotiated procedures on less serious offenses, particularly misdemeanor cases, create a far greater risk that innocent defendants will plead guilty. Blume and Helm have asserted that the largest category of wrongly convicted people corresponds precisely to persons charged with minor offenses,²¹ and this phenomenon has been linked with the extensive use of plea bargaining in these low-severity offenses.²² There are, however, no exact figures about the magnitude of this phenomenon in the US. In part this is because less serious offenses are treated much more informally by criminal justice systems, with fewer records and monitoring. Moreover, because the sentences in lower-level cases tend to be relatively short, the incentives to appeal or seek post-conviction relief are reduced, and innocence advocacy organizations rarely devote their limited resources to those cases.²³ Accordingly, low-level cases are much less likely to be scrutinized in litigation by filing a post-conviction review petition.²⁴ Hence, the “dark figure” on wrongful convictions in

²⁰ Risinger himself, who appears very cautious about extending the results of his investigation to other crimes, states nevertheless that there were no good reasons to think that the rate was substantially different in less serious crimes given for example that the system does not invest the same efforts and resources in their clarification. RISINGER, Michael. *Innocent Convicted: An Empirically Justified Wrongful Conviction Rate*. pp. 782-788.

²¹ BLUME, John; HELM, Rebecca. *The unexonerated: factually innocent defendants who plead guilty*, p. 173.

²² FINDLEY, Keith; ANGULO, Maria Camila Angulo; HATCH, Gibson; SMITH, John. *Plea bargaining in the shadow of a retrial: bargaining away innocence*. p. 4.

²³ GROSS, Samuel. *Errors in misdemeanor adjudications*, p. 999; NATAPOFF, Alexandra. *Punishment without crime*. New York: Basic Books, 2018, p. 89. FINDLEY, Keith. *Reducing Error in the Criminal Justice System*, p. 1292.

²⁴ NATAPOFF, Alexandra. *Misdemeanors*, p. 118; KING, John. *Beyond ‘life and liberty’: the evolving right to counsel*, p. 22. An extreme case is Chile since a post-conviction review cannot be requested in misdemeanors punished with sentences of up to 60 days of deprivation of liberty (article 473 of the Code of Criminal Procedure). In the same direction, dealing with Switzerland, Gilliéron argues it is highly probable that there are many more wrongful convictions than those discovered by the research because it is possible to assume a high percentage of convicted persons waive their right to file an objection. GILLIÉRON, Gladys. *Comparing plea bargaining and abbreviated trial procedures*. In BROWN, Darryl; TURNER, Jenia; WEISSER, Bettina. *The*

minor cases remains unknown, but undoubtedly is much higher than in serious cases.²⁵

Indeed, due to the high number of misdemeanors prosecuted each year, the enhanced likelihood of pleading guilty just to end the prosecution (often in return for immediate freedom) and avoid the risks of greater punishment, and the comparatively lax oversight in such cases, the United States undoubtedly faces a massive problem in low-level cases.²⁶ For instance, relying on data from the National Registry of Exonerations between 1989 and 2017, Gross identifies that about 80% of the exonerated misdemeanors cases were based on a guilty plea, comparing it with 16% in felonies.²⁷ On the other hand, nationwide, more than 95% of all convictions for misdemeanors are produced by a guilty plea.²⁸

Additionally, the problem is not exclusive to the United States and has generated growing concern and debate in Europe. Killias has argued that expanding the scope of simplified procedures (usually intended for less serious offenses) could cause many wrongful convictions²⁹ because negotiations are permitted in these procedures, increasing the likelihood of convicting an innocent.³⁰ This is consistent with Chile's data. In Chile, the so-called simplified procedure, which applies to medium or low-severity crimes (punished with penalties of up to 540 days of

Oxford Handbook of Criminal Process. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 724.

²⁵ Gross points out that wrongful convictions in misdemeanors are almost undetectable even though they are likely to be much more frequent than in ordinary crimes. GROSS, Samuel Gross. *Convicting the innocent*. p. 180.

²⁶ For example, it is estimated that in 2008 80% of the total cases handled by state criminal courts were misdemeanor (usually punishable by fines or short-term custodial sentences). NATAPOFF, Alexandra. *Misdemeanor*, p. 103.

²⁷ GROSS, Samuel. *Errors in misdemeanor adjudications*, p. 1009.

²⁸ NATAPOFF, Alexandra. *Punishment without crime*, p. 109.

²⁹ KILLIAS, Martin. *Wrongful convictions in Switzerland*. In HUFF, Ronald Huff; KILLIAS, Martin (eds.). *Wrongful convictions: international perspectives on miscarriages of justice*. Philadelphia: Temple University Press, 2010, p. 144.

³⁰ KILLIAS, Martin. *Errors occur everywhere-but not at the same frequency*. In HUFF, Ronald; KILLIAS, Martin Killias (Eds.), *Wrongful convictions and miscarriages of justice: Causes and Remedies in North American and European Criminal Justice Systems*, p. 66.

deprivation of liberty, including fines), produces a substantial proportion of all convictions (e.g., 42.2% in 2016). Data from 2006 to 2016 show that 93% of these proceedings would conclude by defendant's admission of responsibility, leading to a subsequent conviction (in 99% of those cases). Research on Chile's post-conviction review mechanism shows that the most significant number of exonerations are connected to convictions obtained in simplified procedures with the defendant's admission of responsibility (64.5% in 2007-2016).³¹

A second method to identify wrongful convictions is to record individual cases by systematically recording cases where an exoneration has occurred. This method cannot provide a full quantitative accounting of the problem, because it depends on the ability to identify and count all wrongful convictions, while most wrongful convictions remain hidden. Nonetheless, the method is valuable because it provides an image of reality and a body of known exonerations that can be studied to identify patterns and contributors to the problem.³² Again, the renowned databases worldwide are those in the United States. The most extensive one is the database of the National Registry of Exonerations (NRE), which records all known cases of people convicted and then exonerated by every method (not exclusively DNA), starting in 1989. At the end of June 2022, it listed 3.176 cases.³³ Other countries admire the NRE, and some claim the need to implement similar initiatives.³⁴

³¹ DUCE, Mauricio. Procedimientos abreviados y simplificados y la condena de inocentes en Chile: algunas propuestas para prevenir y minimizar los riesgos. In Javier Velásquez and Alejandro Fernández (Eds.), *Temas actuales de Derecho Penal y Procesal Penal a 20 años del inicio de la Reforma Procesal Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022, p. 72.

³² For instance, the Innocence Project in the United States only records the cases of exonerations in which it has participated since 1992 (375 as of January 2020), which is much lower than the total number of known exonerations in that country during the same period. <https://innocenceproject.org/research-resources/> (last accessed on July 1, 2022).

³³ <http://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/about.aspx> (last accessed on July 1, 2022).

³⁴ Speaking for the Italian case, but with projections for the whole of Europe: LUPARIA, Luca; GRECO, Chiara. Unveiling wrongful convictions between U.S. and Italy: cross-learning from each other mistakes, pp. 118-120.

Some other countries have other types of registries of exonerated cases, even if they lack the systematic nature and goals of the NRE. For example, the Criminal Cases Review Commission in England, Wales, and Northern Ireland record that between April 1997 (its creation) and May 2022, it ordered 792 cases be referred to the Courts of Appeal due to a suspicion of wrongful convictions. Of these, appeals were admitted on 540 occasions (117 awaiting consideration and 217 dismissed).³⁵ Luparia and Pitturuti's list reports 191 cases of wrongful convictions in Italy between 1991 and 2019.³⁶ In Chile, one of the authors collected data from judicial post-conviction reviews resolved by the Supreme Court between 2007 and 2020 (October) and identified 57 cases in which the Court accepted the petitions, declaring that people convicted in a final judgment under the new adversarial system were innocent.³⁷

While the number of cases registered in several countries is by no means negligible, this is not a good measure of the actual scope of the problem. Anecdotal evidence covers only a tiny portion of the cases in which the system may have erred. For example, where errors occur without a conviction, such as wrongful prosecutions,³⁸ there is generally no legal means for challenging those prosecutions and no way to find and catalogue them. Moreover, even after conviction, cases will not be counted in the registries if the convicted person, despite actual innocence, is unable to find the evidence needed to prove their innocence

³⁵ <https://ccrc.gov.uk/facts-figures/> (last visited on July 1, 2022).

³⁶ LUPARIA, Luca; PITTIRUTI, Marco. Post-conviction remedies in the Italian criminal justice system. *Erasmus Law Review* No. 4, 2020, p. 63.

³⁷ It should be noted that other applications were also admitted during the same period, but they dealt with cases adjudicated under the previous inquisitorial system and therefore were not analysed. There were two additional cases in which the Supreme Court admitted the post-conviction review in the current adversarial procedure but in which there was not a statement of factual innocence by the Court. DUCE, Mauricio. La corrección de condenas erróneas en el ámbito comparado: análisis de algunos ejemplos para alimentar el debate en Chile, p. 315.

³⁸ For instance, in Italy on the period 1991-2018, Luparia and Greco identified around 27,500 cases of "unjust detentions," meaning cases in which an individual was held in pre-trial detention and afterward was acquitted of all charges. LUPARIA, Luca; GRECO, Chiara. Unveiling wrongful convictions between U.S. and Italy: cross-learning from each other mistakes. *Wrongful Convictions Law Review* vol. 1, 2020, p. 102.

according to the standard required. Indeed, the comparative literature recognizes this limitation—that cases of formal exoneration are only the tip of the iceberg of a much larger problem. For a variety of reason, including access barriers, many cases never reach the kind of formal resolution required for inclusion in a registry.³⁹ In addition, not even all exonerations are counted in the databases or registries of exoneration; even in cases in which a person manages to navigate the process and achieve exoneration, the exoneration will be recorded and counted only if a registry finds the case, and many such cases, particularly those involving minor offenses, generate little or no publicity of the type necessary to get the attention of a registry.

A third methodology to approach the number of wrongful convictions is through surveys of actors in the criminal justice system in which they estimate the percentage of cases of wrongful conviction. Such survey data produces estimated error rates ranging from 0.5% to 10%.⁴⁰ As Gross points out, while these are significant results, the criminal justice system actors who produce these estimates are also hampered by access to little systematic information on the subject, so their estimates tend to be constructed with gross assumptions of reality.⁴¹

Finally, a fourth methodology is surveying convicted people to measure their self-reporting of innocence. In the most recent report of this type, published in the United States in 2019, one-third of the prisoners declared that they were wrongfully convicted, but only 8% made a claim of factual innocence. Only 6% made a consistent and plausible claim. The results showed an important level of variability depending on the type of crime. For instance, the lowest percentage was in DUI with 2% and the highest was rape convictions, at 40%.⁴²

³⁹ FINDLEY, Keith. *Adversarial inquisitions: rethinking the search for the truth*, p. 918.

⁴⁰ LOEFFLER, Charles; HYATT, Jordan; RIDGEWAY, Greg. *Measuring self-reported wrongful convictions among prisoners*, pp. 263-264.

⁴¹ GROSS, Samuel. *How many false convictions are there? How many exonerations are there?* In HUFF, Ronald; KILLIAS, Martin (editors). *Wrongful convictions & miscarriages of justice*. New York: Routledge, 2013, p. 48.

⁴² LOEFFLER, Charles; HYATT, Jordan; RIDGEWAY, Greg. *Measuring self-reported wrongful convictions among prisoners*, p. 261.

In summary, while there are enormous difficulties in accurately establishing a percentage of wrongful convictions, such errors are not just occasional accidents in criminal justice systems. Especially if we add to this phenomenon the cases of wrongful prosecutions, we face an issue that must be the subject of enormous concern.

2. WHAT DO WE KNOW ABOUT THE FACTORS THAT INCREASE THE LIKELIHOOD OF WRONGFUL CONVICTIONS AND PROSECUTIONS?

In the comparative field, one of the most deeply researched topics has been inquiries into the factors that are correlated with wrongful convictions. In the United States, a broad consensus has emerged that there are six main factors: (1) mistaken eyewitness identifications (2) flawed expert and forensic evidence; (3) false confessions (including false guilty-plea); (4) unreliable or untruthful witnesses; (5) misconduct of prosecutorial agencies; and (6) inadequate legal representation of those convicted.⁴³ To those, many commentators offer a seventh factor, which applies in virtually all cases alongside one or more of these other six discrete contributors—the problem of tunnel vision, principally driven by cognitive biases (but also exacerbated by various systemic features).⁴⁴ The evidence also shows that no single factor is responsible; several commonly converge in accredited wrongful conviction cases. Thus,

⁴³ We point out that the literature on this subject is extensive. In addition to Garrett's work, we recommend REDLICH, Allison; ACKER, James; NORRIS; Robert; BONVENTRE, Catherine. Examining wrongful convictions: stepping back, moving forward. Durham: Carolina Academic Pres, 2014, *passim*; COOPER, Sarah Lucy. Controversies in innocence cases in America. Burlington: Ashgate, 2014, *passim*; TURVEY, Brent; COOLEY, Craig. Miscarriages of justice: actual innocence, forensic evidence and the law. United States: Academic Press, 2014, *passim*; ZALMAN, Marvin; CARRANO, Julia. Wrongful convictions and criminal justice reform. New York: Routledge, 2014, *passim*; CUTLER, Brian. Conviction of the innocent: lessons from psychological research. Washington DC: American Psychological Association, 2012, *passim*. We also recommend the Innocence Project and NRE website on this matter.

⁴⁴ FINDLEY, Keith, & SCOTT, Michael. The multiple dimensions of tunnel vision in criminal cases, *passim*.

the conviction of innocent people and the most paradigmatic cases are explicable because of several issues that arise simultaneously.⁴⁵

As can be seen, four of these factors relate to the use of evidence in the criminal process that, for different reasons, can lead to erroneous decisions (1 to 4). Two are associated with institutional behaviors that can be decisive in causing errors (5 and 6). And the seventh relates to both. Considering this, strategies that attempt to minimize the probability of wrongful convictions should aim to improve the quality of evidence and the quality of the work of the institutions and actors involved in criminal justice.

There is growing comparative evidence from countries on different continents that mirrors the research from the United States. It is beyond the scope of our project to undertake an in-depth global examination of the research. But we can and do reference examples from various nations in multiple continents, such as England⁴⁶ and Italy⁴⁷ in Europe; Canada⁴⁸ in North America; China⁴⁹ in Asia; Chile⁵⁰ in Latin America; and Australia⁵¹ in Oceania. In all of the examples the evidence shows to varying degrees that the factors described for the United States are also present in documented wrongful convictions around the world.

⁴⁵ SIMON, Dan. In doubt: the psychology of the criminal justice process. Cambridge: Harvard University Press, 2012, p. 7. Simon adds that although in some cases the set of factors can occur by chance, in the vast majority he suspects that they arise rather as a product of the dynamics of the police investigation process. He states that from an investigative error a cascade of other problems can follow that end in the conviction of an innocent person.

⁴⁶ NAUGHTON, Michael. The innocence & the criminal justice system: a sociological analysis of miscarriage of justice. Palgrave MacMillan, 2013, *passim*.

⁴⁷ LUPARIA, Luca (Ed.) L'Errore Giudiziario. Milano: Giufree Francis Lefebvre, 2021, *passim*. LUPARIA, Luca; GRECCO, Chiara. Unveiling wrongful convictions between U.S. and Italy: cross-learning from each other's mistakes. *Passim*.

⁴⁸ CAMPBELL, Kathryn. Miscarriages of justice in Canada. Toronto: University of Toronto Press, 2018, *passim*.

⁴⁹ JIAHONG, He. Back from the dead: wrongful convictions and criminal justice in China. Honolulu: University of Hawai'i Press, 2016, *passim*.

⁵⁰ DUCE, Mauricio. ¿Debiéramos preocuparnos de la condena de inocentes en Chile? Antecedentes comparados y locales para el debate, pp. 77-138.

⁵¹ WEATHERED, Lynne. Wrongful convictions in Australia, pp. 1398-1400.

This suggests that wrongful convictions do not appear to be solely a consequence of a particular criminal procedural model or tradition; instead, they are a universal structural problem in the functioning of criminal justice systems. While that much can be gleaned from the research, it is important to note that the level of knowledge about how these factors operate varies from country to country, and there is still an essential need for further empirical research to understand the different realities better.

An interesting ongoing methodological debate has emerged in the United States about the limitations of the published studies that identify risk factors only from cases of wrongful convictions to explain the causes of errors. The bias in establishing a causal link from samples based on exoneration cases poses a potential problem.⁵² For this reason, interesting empirical research has been done in which researchers simultaneously examine cases of wrongful convictions and so-called *near misses*. The idea of these investigations is to verify what happens in cases where the criminal justice systems discovered the errors before a conviction and to compare these cases with those in which that did not happen. The results of this line of research confirm that the factors mentioned above increase the probability of system error, but the research has also added new factors to consider. These include factors like the punitive culture of the state in which the innocent is convicted, the existence of the convicted person's prior criminal records, and the defendant's age, among others.⁵³

It is impossible to analyze these factors in detail in this introduction. The available evidence is extensive and complex for each one, encompassing studies ranging from case studies to scientific evidence that analyzes the phenomena that influence the generation of the respective factor. As an example, we briefly review the role of expert and forensic

⁵² GOULD, Jon; CARRANO, Julia, LEO, Richard; HAIL-JARES, Katie. Predicting erroneous convictions, *passim*.

⁵³ The main research in this new line of work is a study financed by funds from the National Institute of Justice of the United States. The study involved the analysis of 460 cases (260 of the conviction of innocent persons and 200 near misses) that took place between 1980 and 2012. GOULD, Jon; CARRANO, Julia, LEO, Richard; HAIL-JARES, Katie. Predicting erroneous convictions, *passim*.

evidence, as it represents a good illustration of the types of problems that have led to wrongful convictions and prosecutions and how research has helped us to understand the complexity of such problems.

The data from the Innocence Project show consistently over time that the improper use of expert evidence is one of the most relevant factors in cases of wrongful convictions, present in about 52% of the cases in which a convicted person was exonerated by DNA evidence.⁵⁴ According to the NRE database, the use of expert evidence is also one of the main factors contributing to the production of all types of wrongful convictions, not just those with DNA evidence, found in 24% of the cases.⁵⁵ This coincides with the information available in other countries, although though these other countries lack such precise statistical data.

The available evidence also helps identify the main problems in using expert evidence that explains its impact on wrongful convictions. We mention three of them. The first is the tendency of criminal justice systems to use a set of low-reliability experts and forensic evidence, which generally occurs because many of the forensic disciplines employed in criminal prosecutions have little methodological or scientific rigor. For some of these disciplines, the Anglo-Saxon literature groups these cases under the notion of “Junk Science.”⁵⁶ These are cases with expert evidence that projects an aura of scientific or methodological rigor that it does not really possess. Consequently, use of this evidence leads judges or juries to reach erroneous conclusions in their final decisions. A central contribution from the scientific community on this issue has come from work by the National Academy of Sciences (NAS) of the United States. In 2009, the NAS’s National Research Council published a report intended

⁵⁴ <https://innocenceproject.org/exonerations-data/> (last accessed, July 1, 2022).

⁵⁵ <https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/ExonerationsContribFactorsByCrime.aspx> (last accessed July 1, 2022).

⁵⁶ Thomas explains how this term became popular in the United States through a work published by Peter Huber in 1991. Thomas describes junk science as “the mirror image of real science, with much of the same form but none of the same substance”. THOMAS, Sabra. *Addressing Wrongful Convictions: An Examination of Texas’s New Junk Science Writ and other Measures for Protecting the Innocent*, p. 1039. Using the term in the same direction, FABRICANT, Chris. *Junk science and the criminal justice system*. Brooklyn: Akashic Books, 2022, p. 26.

to assess and improve the quality of forensic sciences, identified severe deficiencies in forensic work in areas of common use in criminal courts, particularly so-called pattern-matching disciplines such as bite marks analysis, microscopic analysis of hairs, the marks of shoe prints, voice comparisons, and even the use of fingerprints. The report established that these disciplines have reliability problems due to inadequate validation in the scientific research on which they are based.⁵⁷ In short, such evidence has a weak and debatable scientific basis. It is not surprising that if regularly used expert evidence has no real scientific support, such evidence could be an engine of erroneous decisions. This report has been confirmed by subsequent reports in the United States⁵⁸ and other institutions in other countries.⁵⁹

A second problem identified in the comparative literature is what Garrett and Neufeld describe as “invalid” forensic testimony.⁶⁰ By this they refer to experts, even those belonging to disciplines that do not have significant reliability problems, who at trials tend to make statements and reach conclusions that have no empirical support in their respective discipline. Invalid testimony arises in two ways: improper use of empirical data about the general population (e.g., testifying that “11% of the population ... could have been the semen donor [in a rape case], when in fact 100% of the population could have been the donor”), and conclusions about the probative value of the respective evidence that had no support in the empirical evidence (e.g., “where the analyst opined that the particular reddish-yellow hue of [the suspect’s] hair and the crime scene hair were found in ‘about 5 percent of the population,’” when no

⁵⁷ NATIONAL RESEARCH COUNCIL. Strengthening forensic science in the United States: a path forward. Washington D.C.: The National Academies Press, 2009, pp. 1-33.

⁵⁸ PRESIDENT’S COUNCIL OF ADVISORS ON SCIENCE AND TECHNOLOGY (PCAST). Forensic science in criminal courts: ensuring scientific validity and feature comparison methods. Washington D.C, 2016, *passim*.

⁵⁹ EDMOND, Gary. Forensic science evidence, adversarial criminal proceedings, and mainstream scientific advice. In BROWN, Darryl; TURNER, Jenia; WEISSER, Bettina. The Oxford Handbook of Criminal Process. Oxford: Oxford University Press, 2019, pp. 778-780.

⁶⁰ GARRETT, Brandon; NEUFELD, Peter. Invalid Forensic Science Testimony and Wrongful Convictions, pp. 7-8.

data supported that claim).⁶¹ In other words, the problem is how the experts interpret and report the results obtained in their operations when testifying.⁶² Again, it is obvious that, where invalid testimony is given, the risk of making wrong decisions is significantly increased.

A third problem relates to the behavior of experts working for criminal justice systems. This includes as a first dimension the *bad apple* cases. This refers to experts who take deliberate actions to produce error, such as not disclosing to the defendant evidence favorable to their case, fabricating forensic evidence against them, and presenting unsupported forensic opinions in order to assist the police or prosecutors improperly.⁶³ While there are cases of extremely serious misbehavior documented in several countries where some experts have had a decisive influence on dozens or hundreds of cases over several years of work, there is some debate about the actual scale of the problem.⁶⁴ In 2011, Garrett detected that about 14% of the cases analyzed from the database of the innocent project included failures in the discovery of exculpatory evidence or the plain fabrication of evidence.⁶⁵ Although this is not the majority of cases, it is a significant figure that should be cause for concern. Moreover, while “bad apples” are a serious concern, any analysis of error in criminal cases must recognize that simply rooting out bad apples will not solve even the “bad apples” problem. As egregious as is forensic misbehavior, that kind of fraud does not arise in a vacuum. Such fraud can arise only

⁶¹ GARRETT, Brandon; NEUFELD, Peter. Invalid Forensic Science Testimony and Wrongful Convictions, p. 9. A more recent and detailed explanation on this problem GARRETT, Brandon. Autopsy of a crime lab: exposing the flaws in forensic. Oakland: University of California Press, 2021, pp. 76-93. See also FINDLEY, Keith. The absence of misuse of statistics in forensic science as a contributor to wrongful convictions: from patten matching to medical opinions about child abuse. Dickinson Law Review vol. 125 No. 3, 2021, pp. 615-652.

⁶² GARRETT, Brandon; NEUFELD, Peter. Invalid Forensic Testimony and Wrongful Convictions, pp. 6-8.

⁶³ NAUGHTON, Michael. The Innocence & the criminal justice system, p. 65.

⁶⁴ An excellent summary of major cases and various scandals in the United States arising from the misbehavior of experts and the work of laboratories can be found at GUERRA THOMPSON, Sandra. Cops in lab coats. Durham: Carolina Academic Press, 2015, pp. 35-81.

⁶⁵ GARRETT, Brandon. Convicting the innocent, p. 108.

in systems and institutional structures that *permit*, or sometimes even encourage, such misbehavior. Even for the bad apples problem, systemic reform is needed.

A second dimension concerning the problematic behavior of the experts is even more systematic and, therefore, more widespread. A large body of evidence shows that forensic analysts and expert witnesses of different kinds can be led astray by significant cognitive biases.⁶⁶ These innate biases affect the quality and reliability of an expert's opinions and conclusions. Again, some of these biases are permitted, even exacerbated, by institutional structures, such as systems that expose analysts to task-irrelevant but prejudicial information, or that lead forensic analysts to perceive their role as aligned with law enforcement. Dror describes the impact of such biases in this way: "Biases can impact the actual observation and perception of the data, testing strategies, as well as how the results are interpreted and how conclusions are reached."⁶⁷ A systematic review of the literature on cognitive biases in forensic disciplines published in 2019 identified 29 research studies. It concluded that the available research constitutes a robust database that supports forensic sciences practitioners' susceptibility to various types of cognitive biases.⁶⁸

Different sources produce experts' and forensic analysts' cognitive biases. It is not possible to review them all in this brief article. For example, as noted, robust evidence indicates that the exposure to task-irrelevant or prejudicial information that is not required to form the expert opinion could potentially affect the reliability and accuracy of an opinion and conclusions.⁶⁹ In addition, not only the type of

⁶⁶ Cognitive bias could be described as unconscious beliefs and inadvertent but predictable mental tendencies that can impact perception, memory, reasoning, and behavior and that influence our decision-making processes. METERKO, Vanessa; COOPER, Glinda. Cognitive bias in criminal case evaluation, p. 1.

⁶⁷ DROR, Itiel. Cognitive and human factors in expert decision making: six fallacies and the eight sources of bias, p. 7998.

⁶⁸ COOPER, Glinda; METERKO, Vanessa. Cognitive bias in forensic science: a systematic review, pp. 35-46.

⁶⁹ KASSIN, Saul; DROR, Itiel; KUKUCKA, Jeff. The forensic confirmation bias: problems, perspectives, and proposed solutions, pp. 45-48; EDMOND, Gary;

information the analysts access is important, but also the order or the sequence in which the information is presented plays a critical role in the quality of decision-making processes and outcomes.⁷⁰ Task irrelevant information could affect the collection of information, the selection of adequate procedures, and then the analysis and evaluation from an expert. This can have a decisive impact on the quality and reliability of an expert opinion. Again, a link to the likelihood of increasing wrong decisions is evident.

While accumulated experience with and research about expert evidence enhances our understanding of some of the ways criminal justice systems produce wrongful convictions, it also highlights the enormous research challenges we face to better understand the problem and, in turn, design policies to reduce errors. In this regard, it illustrates the complexity of addressing measures to minimize the impact of this type of evidence on wrongful convictions. For example, the problem of cognitive bias has generated enormous debate on the need to introduce profound reforms to forensic laboratories, including their work processes and protocols, measures to ensure their quality controls (addressing aspects such as institutional accreditation, individual certification of forensic analysts and periodical proficiency testing), and their institutional location (e.g., independence from law enforcement agencies), among others.⁷¹ Addressing these issues will require legal reforms, institutional changes, and the development of complex public policies.

TANGEN, Jason; SEARTSON, Rachel; DROR, Itiel. Contextual and cross-contamination in the forensic sciences: the corrosive implications for investigations, plea bargains, trials and appeals, pp. 1-25.

⁷⁰ DROR, Itiel; KUKUCKA, Jeff. Linear sequential unmasking-expanded (LSU-E): a general approach for improving decision making as well as minimizing noise and bias, p. 1.

⁷¹ NATIONAL RESEARCH COUNCIL. Strengthening forensic science in the United States: a path forward, pp. 183-216; GUERRA THOMPSON, Sandra. Cops in lab coats, pp. 181-204; GARRETT, Brandon. Autopsy of a crime lab: exposing the flaws in forensic, pp. 196-206; KASSIN, Saul; DROR, Itiel; KUKUCKA, Jeff. The forensic confirmation bias: problems, perspectives, and proposed solutions, pp. 48-50; GIANELLI, Paul. Independent crime laboratories: the problem of motivational and cognitive bias, pp. 247-266.

3. THE CORRECTION OF AND COMPENSATION FOR WRONGFUL CONVICTIONS

Even if a criminal justice system succeeds in errors, some wrongful convictions are inevitable. Thus, it is necessary to address issues that have been the subject of somewhat less concern and study at the comparative level; these are the mechanisms available to correct wrongful convictions and the systems for compensating exonerees. From a global perspective, these are issues on which a great deal of research and policy reform is required if criminal justice systems are to become more sensitive to the problem and take its consequences seriously. For this reason, this section will briefly present some of the problems experienced in both areas and some new developments in the comparative experience that could help to overcome them.

3.1. MECHANISMS TO CORRECT WRONGFUL CONVICTIONS

There is no single model of how to approach the correction of wrongful convictions, both in terms of mechanisms or procedures and substantive criteria for vacating a conviction, even within the context of a particular legal tradition such as the Anglo-Saxon world.⁷² Historically, different systems have employed various approaches to providing post-conviction relief. For instance, some systems have assigned the function of correcting convictions to the executive branch, while others leave it to a judicial body. And different systems have developed different substantive standards for such review.

In the continental tradition, the general tendency has been to hand over to some judicial body the decision to reverse a conviction when *res judicata* would otherwise bar review. This is done through the mechanism usually known as the review action or remedy (*acción de revisión*). This is a mechanism whose original design dates back several centuries and

⁷² ROACH, Kent. Exceptional procedures to correct miscarriages of justice in Common Law systems. In: BROWN, Darryl; TURNER, Jenia; WEISSER, Betina (eds.). *The Oxford Handbook of Criminal Process*. Oxford: Oxford University Press, 2019, pp. 961-962; CAMPBELL, Kathryn. *Miscarriages of justice in Canada*. Toronto: University of Toronto Press, 2018, p. 268.

which was later enshrined in the criminal justice reforms that began in the 19th century, paradigmatically in the French Napoleonic code of 1808, which was very influential in the rest of Europe, in countries such as Spain and Italy, and then in Latin America.⁷³ The central hypothesis that has enabled this action to proceed is that relief should be granted to a convicted person who can prove with new evidence that he was factually innocent of the crime for which he was originally convicted.

In the Anglo-Saxon world, the mechanisms have traditionally been more diverse. For example, in the United States, various post-conviction procedures exist that permit a convicted person to present the court in which the conviction was obtained (like the systems prevailing in continental Europe) with new evidence supporting a claim of factual innocence (although most of these procedures do not require the defendant to prove actual innocence, but rather simply that the new evidence would create a probability of an acquittal at a retrial).⁷⁴ Other examples of different institutional arrangements are noteworthy because they have been modified relatively recently. New Zealand's historical system (now reformed as we shall see) relied on an administrative body requesting the Governor General to exercise a royal prerogative of clemency.⁷⁵ In England, on the other hand, before its reform, the procedure employed a mixed or hybrid system, in which the Home Secretary was responsible initially for determining whether to refer a case to the criminal division of the Court of Appeal for ultimate review, in cases decided by a Crown Court.⁷⁶

⁷³ DUCE, Mauricio. La corrección de condenas erróneas en el ámbito comparado: análisis de algunos ejemplos para alimentar el debate en Chile, pp. 316-317.

⁷⁴ ROBERTS, Stephanie. Post-conviction procedure: the next frontier in innocence reform. In MEDWED, Daniel. *Wrongful convictions and the DNA revolution: twenty-five years of freeing the innocent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, pp. 252-256.

⁷⁵ CORMACK, Tracey. *The criminal case review commission*, p. 93.

⁷⁶ NOBLES, Richard; SCHIFF, David. After ten years: an investment in justice. In: NAUGHTON, Michel (ed.). *The Criminal Case Review Commission: hope for the innocents?*. United Kingdom: Palgrave Macmillan, 2012, p. 151; ROACH, Kent. Exceptional procedures to correct miscarriages of justice in Common Law systems, p. 963; THE WESTMINSTER COMMISSION ON MISCARRIAGES OF JUSTICE. *In the interests of justice: an inquiry into the Criminal Case Review Commission*. United Kingdom, 2021, p. 18.

A similar procedure existed in Scotland, where the Secretary of State had to be approached first.⁷⁷

A constant in both the Anglo-Saxon and continental worlds is that the traditional mechanisms do not seem to have been sufficient to deal with the magnitude of the problem generated by wrongful convictions, allowing only a tiny portion of them to have a real chance of meaningful review. This in part explains why the exonerations achieved to date through these mechanisms represent only the tip of the iceberg.⁷⁸ These inadequacies of these mechanisms include problems such as barriers to access to these mechanisms (including costs and their highly technical procedures), as well as difficulties arising from the high standards required to obtain exoneration. The restricted nature of these traditional mechanisms was likely due to a lack of awareness of the problem of wrongful convictions; these mechanisms all developed in an era when wrongful convictions were believed to be very exceptional, anomalous, and almost freakishly rare. Their permanence over time seems to reflect that criminal justice systems have placed more emphasis on protecting the finality of the system's decisions rather than on justice or truth.

In recent decades, the new awareness of the scope and nature of the innocence problem has argued strongly for the reviewing and revising these traditional correction mechanisms. Thus, for example, in continental Europe, at the legislative and judicial level, the mechanisms for the review of wrongful convictions have become more flexible, admitting exonerations in cases where the convicted person can prove their innocence and also when there is evidence that casts doubt on the original conviction.⁷⁹ Some nations have thus made progress in abandoning factual innocence as the main ground that allows the review of final

⁷⁷ CHALMERS, James; LEVERICK, Fiona. The Scottish Criminal Case Review Commission and its referrals to the appeal court: the first 10 years, p. 609.

⁷⁸ Examples from two countries again support this claim: in the United States: GARRETT, Brandon. Convicting the innocent, pp. 11-12; in Italy: LUPARIA, Luca; PITTIRUTI, Marco. Post-conviction remedies in the Italian criminal justice system, p. 63.

⁷⁹ Reviewing the evolution in Spain but with references to the developments of Italy, Germany, and other European countries: DUCE, Mauricio. La corrección de condenas erróneas en el ámbito comparado: análisis de algunos ejemplos para alimentar el debate en Chile, pp. 322-326.

convictions, instead, moving in the direction of understanding that errors must be understood in a much broader sense.⁸⁰

Looking more broadly at the comparative level, some jurisdictions have embarked on significant experimentation with new mechanisms to deal with the long-standing problem of wrongful convictions. For example, one of the most recent experiences has been the development of “conviction integrity units” (CIUs). This alternative has emerged in the United States in the last 15 to 20 years and represents a response from some prosecutors to the problem of erroneous convictions, suggesting a complementary, rather than wholly adversarial, approach to criminal cases. CIUs consist of internal units within the prosecutors’ offices to investigate ex officio or at the request of a convicted person in cases where there is suspicion that an innocent person may have been convicted.⁸¹ A detailed analysis of the central elements of their design and the impact they have on reversing wrongful convictions cannot be addressed in this text, but it is worth mentioning that this is a type of strategy that is beginning to produce results⁸² and receive increasing attention beyond the borders of the United States.⁸³

Another example, more consolidated in comparative terms, has been the creation of innocence commissions. These have been established for many different purposes, but in this paper, we focus on those whose primary function is to investigate potential cases of wrongful convictions and then allow for their re-examination and review.⁸⁴ This strategy is

⁸⁰ NAN, Joost; LESTRADE, Sjarai. Towards a European right to claim innocence?, p. 1334.

⁸¹ HOLLWAY, John. *Conviction integrity units: a national perspective*. United States of America: University of Pennsylvania Law School, 2016, *passim*; SCHECK, Barry. Conviction integrity units revisited, pp. 705-753.

⁸² According to the annual report of the NRE in 2020, conviction integrity units were involved playing a crucial role in 61% of the exonerations registered that year. NATIONAL REGISTRY OF EXONERATIONS. Annual Report 2020. p. 1.

⁸³ For example, it has recently been proposed as an interesting innovation to introduce in Italy. LUPARIA, Luca; GRECO, Chiara. Unveiling wrongful convictions between the U.S. and Italy: Cross-learning from each other’s mistakes, pp. 118-121.

⁸⁴ In the case of the United States, Cooper identifies commissions with three different objectives: (1) correcting errors; (2) propose systemic reforms; and

beginning to have an impact in Anglo-Saxon and continental countries. The emergence of the commissions can be traced back to the 1990s in similar contexts: the discovery of high-profile cases of innocent people convicted, which led to questioning of the current institutional framework and debate on the need for more effective mechanisms to deal with the problem.⁸⁵

The first to be created were those of England, Wales, and Northern Ireland in 1997,⁸⁶ Scotland in 1999 (SCCRC),⁸⁷ and Norway in 2004 (NCCRC).⁸⁸ Subsequently, the first commission of this type was incorporated in the United States in the state of North Carolina, called the North Carolina Innocence Inquiry Commission (NCIIC) in 2006⁸⁹ and,

(3) developing integrity programs. COOPER, Sarah. Innocence commissions in America: ten years after. In: COOPER, Sarah (ed.). *Controversies in innocence cases in America*. England: Routledge, 2014, pp.198-200. A synthetic review of several models can be seen at CAMPBELL, Kathryn. *Miscarriages of justice in Canada*, pp. 281-286.

⁸⁵ For the cases of England, Wales, Northern Ireland, Scotland, North Carolina, and Norway see CAMPBELL, Kathryn. *Miscarriages of justice in Canada*, pp. 268-286. Without Norway, but including Canada and Australia, see: ROACH, Kent. Exceptional procedures to correct miscarriages of justice in Common Law systems, pp. 961-990. For England, Wales and Northern Ireland, see: HODGSON, Jacqueline. *The metamorphosis of criminal justice: a comparative account*. Oxford: Oxford University Press, 2020, pp. 280-338.

⁸⁶ <https://ccrc.gov.uk/> (last accessed, July 1, 2022); BELLONI, Rank; HODGSON, Jacqueline. *Criminal injustice: an evaluation of the criminal justice process in Britain*. Great Britain: Palgrave, 2000, pp. 185-195; ELKS, Laurie. *Righting miscarriages of justice? ten years of criminal case review commission*. London: Justice, 2008, *passim*; NAUGHTON, Michael. *The Innocent and the Criminal Justice System*, pp. 162-190; HOYLE, Carolyn; SATO, Mai. Reasons to doubt: Wrongful convictions and the criminal case review commission, *passim*; THE WESTMINSTER COMMISSION ON MISCARRIAGES OF JUSTICE. *In the interests of justice: an inquiry into the Criminal Case Review Commission*, pp. 9-10.

⁸⁷ <http://www.sccrc.co.uk/> (last accessed, July 1, 2022); CHALMERS, James; LEVERICK, Fiona. The Scottish Criminal Case Review Commission and its referrals to the appeal court: the first 10 years, *passim*.

⁸⁸ <https://www.gjenopptakelse.no/en/> (last accessed, July 1, 2022); STRID-BECK, Ulf; MAGNUSSEN, Philos Svein. Prevention of wrongful convictions: Norwegian criminal safeguards and the criminal case review commission, p. 268.

⁸⁹ <http://innocencecommission-nc.gov/> (last accessed, July 1, 2022); COOPER, Sarah. Innocence commissions in America: ten years after, pp.

more recently, in New Zealand (NZCCRC), which began its functions on July 1, 2020.⁹⁰ There are also advanced proposals for the implementation of similar commissions in Australia⁹¹ and Canada.⁹²

With some differences, the configuration and work of these commissions can be summarized as follows: they are independent bodies whose main function is to receive complaints from convicted persons, investigate those complaints, and then, if they meet the requirements of the respective legislation, forward them to the courts for reopening and eventual exoneration. The scope of action usually covers convictions of innocent people and all types of wrongful convictions generated by various causes.⁹³ Consequently, the focus of the commissions has not been to replace the judicial system in the review of cases but rather to create a public body that can ensure independence and that has investigative powers to review and prepare potential cases of wrongful convictions, providing an opinion on them, but leaving the final power of decision in the hands of the courts.

These commissions' objectives have been to generate greater independence of the body analyzing the cases, raise the standards of

197-217; MUMMA, Christine. The North Carolina innocence inquiry commission: catching cases that falls through the cracks. In: ZALMAN, Marvin; CARRANO, Julia (eds.). *Wrongful convictions and criminal justice reform*. New York: Routledge, 2014, pp. 249-265.

⁹⁰ <https://www.ccrcc.nz/> (last accessed, July 1, 2022).

⁹¹ KIRBY, Michael. A new right of appeal as a response of wrongful convictions: it is enough?, pp. 299-305.

⁹² For some time now, the Canadian Ministry of Justice has committed to the creation of a Commission for which it has commissioned various consultations and technical opinions. One of the most recent was an expert report in December 2021, which identified the need to create a commission that would be proactive, have a systematic view of cases, and aim to correct not only the convictions of innocent people but cases of miscarriages of justice in a generic way. <https://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/cj-jp/ccr-rc/mjc-cej/p1.html> (last accessed, July 1, 2022).

⁹³ The dissonant model in several of these matters is the North Carolina commission, which, for example, only accepts situations of convictions of factually innocent persons and, if it decides to remand a case to a court, it does so to a special three-judge panel that operates under different rules than ordinary appeals. ROACH, Kent. Exceptional procedures to correct miscarriages of justice in Common Law systems, pp. 976-977.

transparency in their procedures and decisions, contribute to greater public legitimacy in their decisions, and generate more professional and specialized bodies that improve the quality of investigations in these cases, increasing the likelihood of overturning wrongful convictions. This institutional framework is also expected to relieve the victims of these convictions of the enormous burden that the previous models imposed in going before the respective bodies and having to prove their innocence or the erroneous nature of the conviction. From this perspective, the commissions have been a strategy that attempts to ensure access to the review of wrongful convictions as a central element.⁹⁴

There are some differences in the rules of integration of the commissions, their resources, working procedures, and legal powers, and the standards required to activate the exoneration process before the courts. However, for the most part, these bodies have similar orientations, except for the North Carolina model, since all the rest follow closely the CCRC model as a base. The CCRC of England, Wales, and Northern Ireland is not only the oldest commission but is also considered a “gold” standard or the ideal model to follow in the comparative literature.⁹⁵ Moreover, it has been the inspiration for other commissions and, at this point, it has data and evaluations of its work for nearly 25 years. Despite essential criticisms of the CCRC’s work and the fact that there are several areas where improvements are needed, in general the CCRC is recognized as a substantive improvement in dealing with wrongful convictions compared to the previous system.⁹⁶

The changes that can be seen in this brief overview of comparative experience indicate that there is still a long way to go in terms of improving mechanisms for correcting wrongful convictions, including the need for

⁹⁴ Referring to the CCRC: NOBLES, Richard; SCHIFF, David. After ten years: an investment in justice, pp. 151-152; HOYLE, Carolyn; SATO, Mai. Reasons to doubt: Wrongful convictions and the criminal case review commission, pp. 1-4.

⁹⁵ ROACH, Kent. Wrongful Convictions: Adversarial and Inquisitorial Themes, p. 92.

⁹⁶ HOYLE, Carolyn; SATO, Mai. Reasons to doubt: Wrongful convictions and the criminal case review commission, *passim*; THE WESTMINSTER COMMISSION ON MISCARRIAGES OF JUSTICE. *In the interests of justice: an inquiry into the Criminal Case Review Commission*, *passim*.

more specific evaluations of the innovations that have been tried both in the continental world and in the Anglo-Saxon sphere. These innovations are complex, as they involve revising the standards and procedures for exoneration and potential changes in the institutional design of the organizations charged with investigating and deciding these cases. Still, recent experiences, such as review commissions or conviction integrity units, offer interesting and promising paths that should be evaluated and expanded.

3.2. COMPENSATION OF WRONGFUL CONVICTIONS

Once wrongful convictions have been detected and corrected, another problem arises: how do we compensate the victims of these errors for the damages caused? The concern arises because the available evidence shows that the negative impact of wrongful convictions on the wrongly convicted is enormous. Basic notions of justice demand an appropriate compensatory and remediative response.⁹⁷

Reparations for wrongful convictions have a long tradition in comparative law⁹⁸ and, even more recently, have been included as a guarantee in international human rights law.⁹⁹ However, beyond its

⁹⁷ Comparative evidence indicates that wrongful convictions cause enormous psychological, economic, family and social damage to those who suffer from them and their family environment. CAMPBELL, Katryn; DENOV, Myriam. *The burden of innocence: coping with a wrongful imprisonment*, pp. 139-163; GROUND, Adrian. *Psychological consequences of wrongful convictions and imprisonment*, pp. 165-182; SCOTT, Leslie. *It never ends: the psychological impact of wrongful convictions*, pp. 9-22; CLOW, Kimberly; LEACH, Amy; RICCIARDELLI, Rosemary. *Life after wrongful convictions*. In CUTLER, Brian (editor). *Conviction of the innocent*. Washington: American Psychological Association, 2012, pp. 327-341.

⁹⁸ Giuriati, reports that in Germany (Prussia) a law dating back to 1766 regulated compensation in this matter. GIURIATI, Domenico. *Erroros judiciales: diagnosis y remedios*, p. 155. A review of the existing statutes in Europe at the beginning of the twentieth century can be seen in the classic work of Borchard that we have cited. BORCHARD, Edwin. *Convicting the innocent: errors of criminal Justice*, pp. 684-718.

⁹⁹ Thus, it is provided for in articles 10 of the American Convention on Human Rights, 14.6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, and 3 of Protocol No. 7 to the European Convention on Human Rights.

normative regulation, this is an area in which there is still a long way to go, just as is the case with correction mechanisms.

Chile represents an extreme case in this matter. Although the country has had constitutional rules allowing compensation for wrongful convictions since 1925, application of these laws has been minimal. Indeed, from 1925 until 1980, the legislature failed to adopt legislation needed to implement the constitutional right; consequently, no one was able to obtain compensation for wrongful conviction. Since the 1980 constitution, a new rule was established that did not require the enactment of a law to be able to request the Supreme Court to authorize a civil proceeding for compensation for miscarriages of justice. In the more-than 40 years since (data up to May 2020), that clause had generated 160 requests, of which only 10 had obtained a favorable decision. In other words, even after the revision of the constitutional right in 1980, this right is more illusory than real.¹⁰⁰

Another example, although not as extreme as the above, is the case of Spain. In that country, article 121 of the 1978 Constitution expressly regulates the liability of the State for damages caused by the functioning of the judicial system, including a clause on compensation for wrongful convictions. The evidence to date shows that, despite the apparent breadth of this provision, its use has been minimal. For example, in 2018, in the context of the 40th anniversary of the Constitution, Oubiña observed that those who have studied the use of this rule have concluded that for various reasons it “seems to have failed, or at least, to be significantly improvable in terms of justice.”¹⁰¹

Oubiña’s assessment is supported by the available empirical evidence. Between 2005 and 2016, the total annual average amount spent on compensation in Spain was EU\$3.5 million.¹⁰² This is a modest

¹⁰⁰ DUCE, Mauricio. La indemnización por condenas erróneas: una visión desde el derecho comparado, pp. 221-222.

¹⁰¹ OUBIÑA, Sabela. Artículo 121. In CAZORLA, Luis María; PALOMAR, Alberto. Comentarios a la Constitución Española de 1978. Madrid: Thomson Reuters Aranzandi, 2018, p. 640.

¹⁰² RUIZ DE VALBUENA, Irene. La justicia reduce su factura por errores judiciales. In Cinco Días El País Economía, 2017, at https://cincodias.elpais.com/cincodias/2017/10/27/legal/1509097046_653926.html (Last accessed July 1, 2022).

amount for the size of the Spanish judicial system.¹⁰³ In 2015, 99 cases were filed demanding compensation for judicial error, and in 2016 another 107 cases were filed. In the latter year, only one case concluded with a finding of State liability.¹⁰⁴

Expressions of dissatisfaction with compensation mechanisms are common in the comparative sphere.¹⁰⁵ In this context, looking at new approaches to the matter is interesting and important. The United States has no constitutional right to compensation for wrongful convictions. However, legislation and various mechanisms allow victims of such errors to seek redress at both the state and federal levels. The most recent empirical assessment available on the subject, using the NRE database, identified that between 1989 and 2018, 62% of exonerees filed some action for compensation and 70% of those applicants received some monetary award (42% of all exonerees), with a number of cases pending as of the date of the study that could increase these numbers.¹⁰⁶ As can be seen, even though they are far from ensuring compensation for the majority, these mechanisms operate more frequently than the examples of Chile and Spain, which have constitutional rules on the matter.

¹⁰³ According to official data in 2018, the total number of cases entered the Spanish justice system would approach six million (5,994,102) and those resolved were a slightly lower figure (5,781,667). www.poderjudicial.es (Last accessed July 1, 2022).

¹⁰⁴ RUIZ DE VALBUENA, Irene. La justicia reduce su factura por errores judiciales. *passim*.

¹⁰⁵ A recent investigation has concluded that Canada's compensation mechanisms are inconsistent, unfair, and inaccessible. McLELLAN, Myles. Compensation for wrongful convictions in Canada. Ottawa: Eliva Press, 2021, *passim*. In Italy, Luparia and Pittiruti maintain that there is an inborn reluctance on the part of judges to acknowledge the compensation of victims of wrongful convictions in the name of the undue protection of state finances. LUPARIA, Luca; PITTIRUTI, Marco. Post-conviction remedies in the Italian criminal justice system, p. 69.

¹⁰⁶ GUTMAN, Jeffrey; SUN, Lingxiao. Why is Mississippi the best State in which to be exonerated? An empirical evaluation of State statutory and civil compensation for the wrongfully convicted, p. 700. In this study, the authors examine a database with 2,000 exonerations from 1989 to 2018, but which only considers 1,802 people who were incarcerated. The study finds that compensation awards covered just under 60% of the years lost in wrongful convictions.

In the United States, there are different ways to obtain compensation,¹⁰⁷ of which we focus on one that we consider to be the most innovative. This is the development in recent decades of a series of special wrongful conviction compensation statutes at the federal level and various states, which create a right to compensation and a streamlined—often administrative—process for obtaining compensation. Their central characteristic is that, unlike traditional civil actions, these laws do not require proof of wrongdoing or constitutional violation by the state agent (no-fault); instead, they provide a right to compensation solely upon a showing of innocence of the crime for which the applicant was convicted.¹⁰⁸ The procedures, standards for granting relief, and scope of the available compensation vary considerably from state to state. Despite these variations, the United States expects these laws to establish a more straightforward path for victims of wrongful convictions to obtain redress in a more equitable manner.¹⁰⁹ In this context, their growth in recent years has been exponential. Bernhard reports that in 2009 there were 25 states with such legislation plus the District of Columbia and the federal system.¹¹⁰ That number rose in early July 2022 to 38 states,

¹⁰⁷ GUTMAN, Jeffrey. An empirical reexamination of State statutory compensation for the wrongly convicted, pp. 369-440.; GRIFFITS, Elizabeth; OWENS, Michael. Remedying wrongful convictions: societal obligations to exonerates. In REDLICH, Allison; ACKER, James; NORRIS, Robert; BONVENTRE, Catherine (eds). *Examining Wrongful convictions*. Durham: Carolina Academic Press, 2014, p. 1285; NORRIS, Robert; BONVENTRE, Catherine; ACKER, James. *When justice fails*. United States: Carolina Academic Press, 2018, p. 202.

¹⁰⁸ GUTMAN, Jeffrey; SUN, Lingxiao. Why is Mississippi the best State in which to be exonerated? An empirical evaluation of State statutory and civil compensation for the wrongfully convicted, p. 707.

¹⁰⁹ MOSTAGHEL, Deborah. Wrongfully incarcerated, randomly compensated-how to fund wrongful conviction compensation statutes, p. 517.

¹¹⁰ BERNHARD, Adele. A short overview of the statutory remedies for the wrongly convicted: what works, what doesn't and why, p. 409. Bernhard identifies the first such law as having been passed in 1913 in the State of Wisconsin. All in all, it appears that the expansion of these statutes is a new phenomenon. Gutman notes, in 2017, that 22 states had adopted such laws since 1989 (that number increased to 28 by July 2022). GUTMAN, Jeffrey. *An empirical reexamination of State statutory compensation for the wrongly convicted*, p. 396.

plus the District of Columbia and the federal system. As a result, only 12 states currently do not have such legislation.¹¹¹

This accelerated legislative expansion in the last decades is explained as a consequence of the apparent insufficiency of the other available compensation mechanisms, but also as a consequence of the increased visibility that the problem has achieved in the United States in this period.¹¹² At the same time, support for these legislative reforms has come from a variety of different individuals and associations, such as the American Bar Association and the Innocence Project. They have developed a strategy that has pushed for enacting compensation statutes as one of the ways to address the problem of wrongful convictions, and that appeals to both conservative and liberal political leaders.¹¹³

Gutman and Sun have assessed the effectiveness of these statutes. Their 2019 study found that 53% of those wrongfully convicted who belonged to States that had legislation in this area have used them. Of these, 73.5% obtained compensation, and 17.3% did not, with the remaining cases pending when the sample was taken. The average financial compensation awarded was US\$70,000 per year of wrongful imprisonment, and, in terms of scope, they found that almost half of the years lost due to these erroneous convictions were not compensated.¹¹⁴

Despite the modest successes of these statutes, these laws have been criticized because they have not been able to ensure 100% coverage of wrongful conviction exonerations.¹¹⁵ The point of the criticism is that

¹¹¹ <https://www.innocenceproject.org/compensating-wrongly-convicted/> (Last accessed July 1, 2022).

¹¹² The beginning of this accelerated expansion occurred in 1989 after the first DNA exoneration case in the United States. GUTMAN Jeffrey. An empirical reexamination of State statutory compensation for the wrongly convicted, p. 385.

¹¹³ NORRIS, Robert. Assessing compensation statutes from the wrongly convicted, p. 354.

¹¹⁴ GUTMAN, Jeffrey; SUN, Lingxiao. Why is Mississippi the best State in which to be exonerated? An empirical evaluation of State statutory and civil compensation for the wrongfully convicted, p. 699.

¹¹⁵ GUTMAN, Jeffrey. An empirical reexamination of State statutory compensation for the wrongly convicted, p. 437.

there is still enormous room for improvement in providing adequate coverage for victims of wrongful convictions.¹¹⁶

As can be seen in this brief analysis of comparative experiences in compensation for wrongful convictions, merely establishing rules promising compensation, even at the constitutional level, does not seem to be sufficient to ensure fair treatment for those who have been victims of serious errors in the criminal justice system. Along with the other issues we have identified in this short survey of wrongful conviction issues, compensation is also one that requires additional research and a commitment to work for reforms to improve our legal systems and practices.

4. CONCLUSION: ABOUT THIS SPECIAL ISSUE OF THE RBDPP

In the *call for papers* of this special dossier of the RBDPP, we sought studies that discuss the existence of wrongful convictions and prosecutions at the national and comparative level; analyzing the factors that increase the likelihood of such errors; and examining the mechanisms available in national or local legislation to correct erroneous convictions, and to provide remedies for such convictions and prosecutions. We expected that they would not only address the issues from the point of view of the normative analysis of the institutions studied but also contribute evidence that allows a better understanding of the practices that produce the errors.

Our objective has been to increase knowledge about an deepen reflection about the subject, especially with a comparative perspective and in a context such as Latin America, where the problem of wrongful convictions and prosecutions has not generated enough debate.

Along with this Editorial introduction, the dossier comprises five articles that have met the editorial filters and peer review. They have been written in four languages (English, Italian, Portuguese, and Spanish) and produced by seven authors from four countries in Europe

¹¹⁶ Norris reaches the same conclusion after a qualitative examination of the contents of the different legislations in force as of 2012. NORRIS, Robert. *Assessing compensation statutes from the wrongly convicted.*, p. 367.

and Latin America. We believe these indicators show the comparative relevance of this dossier's contribution to the field.

Most of the papers focus on analyzing the factors that increase the likelihood of errors. Firstly, we have included in the dossier two articles that focus on the traditional factors that have been the subject of comparative research, as we have pointed out in section two. Among these, we have a work from Brazil, focuses on eyewitness identifications and the jurisprudence of the Superior Court of Justice in that country (Schietti). The second, from Chile, investigates confessions and police interrogations in that country, and analyzes decisions of the Chilean Supreme Court on those matters (Beltrán).

Secondly, we have also included two papers that analyze error-producing factors that we could identify as “new” or emerging issues at the comparative level. In this direction, we have an interesting work from Poland that studies the factors that lead to wrongful convictions and prosecutions in environmental crimes (Solodov and Zębek). Another contribution comes from Brazil and analyzes the problem of mistaken identifications generated through the use of new technologies, specifically facial recognition algorithms (Cani and Alcantara).

Thirdly, we included a work about ways to compensate or provide remedies to those who are victims of errors. Included is an interesting paper from Italy that critically analyzes a recent statute in that country that aims to introduce rules on the reimbursement of legal costs by the State to the acquitted person (Pascucci).

This collection of papers is also significant because most of the papers address not only the problem of wrongful convictions, as has been traditional in comparative research, but also account for the serious problems caused by wrongful prosecutions.

We invite readers to review the papers contained in the dossier. We hope that they will allow you to reflect on your own reality and motivate you to develop research in the area that will enrich our knowledge on the subject.

BIBLIOGRAPHY

BELLONI, Rank; HODGSON, Jacqueline. *Criminal injustice: an evaluation of the criminal justice process in Britain*. Great Britain: Palgrave, 2000.

BERNHARD, Adele. A short overview of the statutory remedies for the wrongly convicted: what works, what doesn't and why. *Public Interest Law Journal*, v. 18, n., 403, pp. 403-425, 2009.

BLUME, John; HELM, Rebecca. The unexonerated: factually innocent defendants who plead guilty. *Cornell Law Review*, v. 100, n. 157, pp. 157-192, 2014. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2103787>

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

BORCHARD, Edwin. European systems of state indemnity for errors of criminal justice. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 3, n. 5, pp. 684-718, 1913. <https://doi.org/10.2307/1132914>

CAMPBELL, Kathryn. *Miscarriages of justice in Canada*. Toronto: University of Toronto Press, 2018.

CAMPBELL, Kathryn; DENOV, Myriam. The burden of innocence: coping with a wrongful imprisonment. *Canadian Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, v. 46, n. 2, pp. 139-163, 2004. <https://doi.org/10.3138/cjccj.46.2.139>

CHALMERS, James; LEVERICK, Fiona. The Scottish Criminal Case Review Commission and its referrals to the appeal court: the first 10 years. *Criminal Law Review*, v. 8, pp. 608-622, 2010.

CHALMERS, James; LEVERIK, Fiona; SHAW, Alasdair (editors). *Post-corroboration safeguards review report of the academic expert group*. United Kingdom, 2014.

CLOW, Kimberly; LEACH, Amy; RICCIARDELLI, Rosemary. Life after wrongful convictions. In: CUTLER, Brian (ed.). *Conviction of the innocent: Lessons from psychological research*. Washington: American Psychological Association, 2012. <https://doi.org/10.1037/13085-015>

COOPER, Glinda; METERKO, Vanessa. Cognitive bias in forensic science: a systemic review. *Forensic Science International*, v. 297, pp. 35-46, 2019. <https://doi.org/10.1016/j.forsciint.2019.01.016>

COOPER, Sarah Lucy. *Controversies in innocence cases in America*. Burlington: Ashgate, 2014.

COOPER, Sarah. Innocence commissions in America: ten years after. In: COOPER, Sarah (ed.). *Controversies in innocence cases in America*. England: Routledge, 2014. <https://doi.org/10.4324/9781315574103-11>

CORMACK, Tracey. The criminal case review commission. *Lawtalk*. n. 924, pp. 92-96, 2018.

CUTLER, Brian. *Conviction of the innocent: lessons from psychological research*. Washington DC: American Psychological Association, 2012.

DROR, Itiel; KUKUCKA, Jeff. Linear sequential unmasking-expanded (LSU-E): a general approach for improving decision making as well as minimizing noise and bias. *Forensic Science International: Synergy*, v. 3, pp. 1-5, 2021. <https://doi.org/10.1016/j.fsisyn.2021.100161>

DROR, Itiel. Cognitive and human factors in expert decision making: six fallacies and the eight sources of bias. *Analytical Chemistry*, v. 92, n. 12, pp. 7988-8004, 2020. <https://doi.org/10.1021/acs.analchem.0c00704>

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

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

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

DUCE, Mauricio. Procedimientos abreviados y simplificados y la condena de inocentes en Chile: algunas propuestas para prevenir y minimizar los riesgos. In: VELÁSQUEZ, Javier; FERNÁNDEZ, Alejandro (Eds.). *Temas actuales de Derecho Penal y Procesal Penal*. A 20 años del inicio de la Reforma Procesal Penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022.

EDMOND, Gary; TANGEN, Jason; SEARTSON, Rachel; DROR, Itiel. Contextual and cross-contamination in the forensic sciences: the corrosive implications for investigations, plea bargains, trials and appeals. *Law, Probability and Risks*, v. 14, n. 1, pp. 1-25, 2015. <https://doi.org/10.1093/lpr/mgu018>

EDMOND, Gary. Forensic science evidence, adversarial criminal proceedings, and mainstream scientific advice. In: BROWN, Darryl; TURNER, Jenia; WEISSER,

Bettina. *The Oxford Handbook of Criminal Process*. Oxford: Oxford University Press, 2019. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780190659837.013.39>

ELKS, Laurie. *Righting miscarriages of justice? ten years of criminal case review commission*. London: Justice, 2008.

FABRICANT, Chris. *Junk science and the criminal justice system*. Brooklyn: Akashic Books, 2022.

FINDLEY, Keith; SCOTT, Michael. The Multiple Dimensions of Tunnel Vision in Criminal Cases. *Wisconsin Law Review*, Madison, v. 2, n. 291, pp. 291-397, 2006.

FINDLEY, Keith. Defining innocence. *Albany Law Review*, v. 74, n. 3, pp. 1157-1208, 2011.

FINDLEY, Keith. Adversarial inquisitions: rethinking the search for the truth. *New York Law School Law*, v. 56, n. 3, pp. 911-941, 2012.

FINDLEY, Keith; GOLDEN, Lawrence. *The Innocence Movement, the Innocence Network, and Policy Reform*. In: ZALMAN, Marvin; CARRANO, Julia (eds.). *Wrongful Conviction and Criminal Justice Reform: Making Justice* (United Kingdom: Taylor & Francis/Routledge Press, 2013).

FINDLEY, Keith. Innocence Found: The New Revolution in American Criminal Justice. In: COOPER, Sarah (ed.). *Controversies in Innocence Cases in America* (London: Ashgate Publishing Ltd., 2014). <https://doi.org/10.4324/9781315574103>

FINDLEY, Keith. Reducing Error in the Criminal Justice System. *Seton Hall Law Review*, v. 48, n. 4, pp. 1265-1318, 2018.

FINDLEY, Keith. The absence of misuse of statistics in forensic science as a contributor to wrongful convictions: from patten matching to medical opinions about child abuse. *Dickinson Law Review*, v. 125, n. 3, 2021, pp. 615-652, 2021

FINDLEY, Keith; ANGULO, Maria Camila Angulo; HATCH, Gibson; SMITH, John. Plea bargaining in the shadow of a retrial: bargaining away innocence. *Wisconsin Law Review*, Madison, v. 2022, n. 3, pp. 533-618, 2022.

FORST, Brian. Wrongful convictions in a world of miscarriages of justice. In: HUFF, Ronald.; KILLIAS, Martin (eds.). *Wrongful convictions & miscarriages of justice*. New York: Routledge, 2013. <https://doi.org/10.4324/9780203597286>

FPT HEADS OF PROSECUTIONS COMMITTEE. Report on the preventing of miscarriages of justice. Canada, 2004.

FPT HEADS OF PROSECUTIONS COMMITTEE. The path to justice: preventing wrongful convictions. Canada, 2011.

GARRETT, Brandon; NEUFELD, Peter. Invalid Forensic Testimony and Wrongful Convictions. *Virginia Law Review*, v. 95, n. 1, pp. 1-97, 2009.

GARRETT, Brandon. *Autopsy of a crime lab: exposing the flaws in forensic*. Oakland: University of California Press, 2021.

GARRETT, Brandon. *Convicting the innocent*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

GIANELLI, Paul. Independent crime laboratories: the problem of motivational and cognitive bias. *Utah Law Review*, n. 2, pp. 247-266, 2010.

GILLIÉRON, Gladys. Comparing plea bargaining and abbreviated trial procedures. In: BROWN, Darryl; TURNER, Jenia; WEISSER, Bettina. *The Oxford Handbook of Criminal Process*. Oxford: Oxford University Press, 2019. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780190659837.013.37>

GIURIATI, Domenico. *Errores judiciales: diagnosis y remedios*. Santiago: Ediciones Olejnik, 2018.

GOULD, Jon; CARRANO, Julia, LEO, Richard; HAIL-JARES, Katie. Predicting erroneous convictions. *Iowa Law Review*, v. 99, n. 471, pp. 471-522, 2014.

GOULD, Jon; LEO, Richard. One hundred years later: wrongful convictions after a century of research. *The Journal of Criminal Law & Criminology*, v. 100, n. 3, pp. 825-868, 2010.

GRIFFITS, Elizabeth; OWENS, Michael. Remedying wrongful convictions: societal obligations to exonerees. In: REDLICH, Allison; ACKER, James; NORRIS, Robert; BONVENTRE, Catherine (eds.). *Examining Wrongful convictions*. Durham: Carolina Academic Press, 2014.

GROSS, Samuel, O'BRIEN, Barbara; HU, Chen; KENNEDY, Edward. Rate of false convictions of criminal defendants who are sentenced to death. *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, v. 11, n. 20, pp. 7230-7235, 2014. <https://doi.org/10.1073/pnas.1306417111>

GROSS, Samuel. Convicting the innocent. *Annual Review of Law and Social Science*, v. 4, pp. 173-192, 2008. <https://doi.org/10.1146/annurev.lawsocsci.4.110707.172300>

GROSS, Samuel. Errors in misdemeanor adjudications. *Boston University Law Review*, v. 98, pp. 999-1011, 2018.

GROSS, Samuel. How many false convictions are there? How many exonerations are there? In: HUFF, Ronald; KILLIAS, Martin (eds.). *Wrongful convictions & miscarriages of justice*. New York: Routledge, 2013. <https://doi.org/10.4324/9780203597286>

GROUNDS, Adrian. Psychological consequences of wrongful convictions and imprisonment. *Canadian Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, v. 46, n. 2, pp. 165-182, 2004. <https://doi.org/10.3138/cjccj.46.2.165>

GUERRA THOMPSON, Sandra. *Cops in lab coats*. Durham: Carolina Academic Press, 2015.

GUTMAN, Jeffrey; SUN, Lingxiao. Why is Mississippi the best State in which to be exonerated? An empirical evaluation of State statutory and civil compensation for the wrongfully convicted. *Northeastern University Law Review*, v. 11, n. 2, pp. 694-789, 2019.

GUTMAN, Jeffrey. An empirical reexamination of State statutory compensation for the wrongly convicted. *Missouri Law Review*, v. 82, n. 2, pp. 369-440, 2017

HIRSHBERG, Max. *La sentencia errónea en el proceso penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1969.

HODGSON, Jacqueline. *The metamorphosis of criminal justice: a comparative account*. Oxford: Oxford University Press, 2020.

HOLLWAY, John. *Conviction integrity units: a national perspective*. United States of America: University of Pennsylvania Law School, 2016.

HOYLE, Carolyn; SATO, Mai. *Reasons to doubt: Wrongful convictions and the criminal case review commission*. Oxford: Oxford University Press, 2019. <https://doi.org/10.1093/oso/9780198794578.003.0001>

HUFF, Ronald.; KILLIAS, Martin (editors). *Wrongful convictions & miscarriages of justice*. New York: Routledge, 2013.

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

JIAHONG, He. *Back from the dead: wrongful convictions and criminal justice in China*. Honolulu: University of Hawaii Press, 2016.

KASSIN, Saul; DROR, Itiel; KUKUCKA, Jeff. The forensic confirmation bias: problems, perspectives, and proposed solutions. *Journal of Applied Research in Memory and Cognition*, v. 2, n. 1, pp. 42-52, 2013. <https://doi.org/10.1016/j.jarmac.2013.01.001>

KILLIAS, Martin. Errors occur everywhere-but not at the same frequency. In: HUFF, Ronald; KILLIAS, Martin Killias (Eds.), *Wrongful convictions and miscarriages of justice: Causes and Remedies in North American and European Criminal Justice Systems*. London: Routledge, 2013. <https://doi.org/10.4324/9780203597286>

KILLIAS, Martin. Wrongful convictions in Switzerland. In: HUFF, Ronald Huff; KILLIAS, Martin (eds.). *Wrongful convictions: international perspectives on miscarriages of justice*. Philadelphia: Temple University Press, 2010 <https://doi.org/10.1177/02685809100250021003>

KING, John. Beyond 'life and liberty': the evolving right to counsel. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, v. 48, pp. 1-49, 2013.

KIRBY, Michael. A new right of appeal as a response of wrongful convictions: it is enough?, *Criminal Law Journal*. n. 43, pp. 299-305, 2019

LEO, Richard, GOULD, Jon. Studying wrongful convictions: learning from social sciences. *Ohio State Journal of Criminal Law*, v. 7, n. 7, pp. 7-30, 2009.

LEO, Richard. Has the innocent movement become an exoneration movement? The risks and rewards of redefining innocence. In: MEDWED, Daniel (editor). *Wrongful convictions and the DNA revolution. Twenty-Five Years of Freeing the Innocent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. <https://doi.org/10.1017/9781316417119.005>

LOEFFLER, Charles; HYATT, Jordan; RIDGEWAY, Greg. Measuring self-reported wrongful convictions among prisoners. *Journal of Quantitative Criminology*, v. 35, pp. 259-286, 2019. <https://doi.org/10.1007/s10940-018-9381-1>

LUPARIA, Luca (Ed.) *L'Errore Giudiziario*. Milano: Giufree Francis Lefebvre, 2021.

LUPARIA, Luca; GRECO, Chiara. Unveiling wrongful convictions between U.S. and Italy: cross-learning from each other mistakes. *Wrongful Convictions Law Review*, v. 1, n. 1, pp. 101-123, 2020. <https://doi.org/10.29173/wclawr12>

LUPARIA, Luca; PITTIRUTI, Marco. Post-conviction remedies in the Italian criminal justice system. *Erasmus Law Review*, v. 13, n. 4, pp. 63-72, 2020. <https://doi.org/10.5553/elr.000185>

MCLELLAN, Myles. *Compensation for wrongful convictions in Canada*. Ottawa: Eliva Press, 2021.

METERKO, Vanessa; COOPER, Glinda. Cognitive bias in criminal case evaluation. *Journal of Police and Criminal Psychology*, v. 37, 101-122, 2022. <https://doi.org/10.1007/s11896-020-09425-8>

MOSTAGHEL, Deborah. Wrongfully incarcerated, randomly compensated-how to fund wrongful conviction compensation statutes. *Indiana Law Review*, v. 44, n. 503, pp. 503-544, 2011.

MUMMA, Christine. The North Carolina innocence inquiry commission: catching cases that falls through the cracks. In: ZALMAN, Marvin; CARRANO, Julia (eds.). *Wrongful convictions and criminal justice reform*. New York: Routledge, 2014.

NAN, Joost; LESTRADE, Sjarai. Towards a European right to claim innocence? *European Papers*. v. 5, n. 3, pp. 1325-1340, 2020.

NATAPOFF, Alexandra. Misdemeanors. *Southern California Law Review*, v. 85, n. 1313, pp. 1313-1376, 2012.

NATAPOFF, Alexandra. *Punishment without crime*. New York: Basic Books, 2018.

NATIONAL REGISTRY OF EXONERATIONS. *Annual Report*. United States of America, 2020.

NATIONAL RESEARCH COUNCIL. *Strengthening forensic science in the United States: a path forward*. Washington D.C.: The National Academies Press, 2009.

NAUGHTON, Michael. *The innocence & the criminal justice system: a sociological analysis of miscarriage of justice*. United Kingdom: Palgrave MacMillan, 2013. <https://doi.org/10.1093/bjc/azv004>

NOBLES, Richard; SCHIFF, David. After ten years: an investment in justice. In: NAUGHTON, Michel (ed.). *The Criminal Case Review Commission: hope for the innocents?*. United Kingdom: Palgrave Macmillan, 2012. https://doi.org/10.1057/9780230245266_11

NORRIS, Robert; BONVENTRE, Catherine; ACKER, James. *When justice fails*. United States: Carolina Academic Press, 2018.

NORRIS, Robert. Assessing compensation statutes from the wrongly convicted. *Criminal Justice Policy Review*, v. 23, n. 3, 352-374, 2012. <https://doi.org/10.1177/0887403411409916>

NORRIS, Robert. *Exonerated*. New York: New York University Press, 2019

OUBIÑA, Sabela. Artículo 121. In: CAZORLA, Luis María; PALOMAR, Alberto. *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Madrid: Thomson Reuters Aranzandi, 2018.

PRESIDENT'S COUNCIL OF ADVISORS ON SCIENCE AND TECHNOLOGY (PCAST). *Forensic science in criminal courts: ensuring scientific validity and feature comparison methods*. Washington D.C, 2016.

REDLICH, Allison; ACKER, James; NORRIS, Robert; BONVENTRE, Catherine. *Examining wrongful convictions: stepping back, moving forward*. Durham: Carolina Academic Press, 2014.

RISINGER, Michael. Innocent Convicted: An Empirically Justified Wrongful Conviction Rate. *The Journal of Criminal Law & Criminology*, v. 97, n. 3, pp. 761-806, 2007. <https://doi.org/10.2139/ssrn.931454>

ROACH, Kent. Exceptional procedures to correct miscarriages of justice in Common Law systems. In: BROWN, Darryl; TURNER, Jenia; WEISSER, Bettina (eds.). *The Oxford Handbook of Criminal Process*. Oxford: Oxford University Press, 2019. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780190659837.013.48>

ROACH, Kent. Wrongful Convictions: Adversarial and Inquisitorial Themes. *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*. Chapel Hill, v. 35, n. 2, pp. 387-446, 2010.

ROBERTS, Stephanie. Post-conviction procedure: the next frontier in innocence reform. In: MEDWED, Daniel. *Wrongful convictions and the DNA revolution: twenty-five years of freeing the innocent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. <https://doi.org/10.1017/9781316417119.014>

RUIZ DE VALBUENA, Irene. La justicia reduce su factura por errores judiciales. In: Cinco Días, El País Economía, 2017. Available at: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2017/10/27/legal/1509097046_653926.html.

SCHECK, Barry. Conviction integrity units revisited. *Ohio State Journal of Criminal Law*, Columbus, v. 14, n. 2, pp. 705-753, 2017.

SIMON, Dan. *In doubt: the psychology of the criminal justice process*. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

STRIDBECK, Ulf; MAGNUSSEN, Philos Svein. Prevention of wrongful convictions: Norwegian criminal safeguards and the criminal case review commission. *University of Cincinnati Law Review*, Cincinnati, v. 80, n. 4, pp. 1373-1390, 2013.

THE WESTMINSTER COMMISSION ON MISCARRIAGES OF JUSTICE. *In the interest of justice: an inquiry into the Criminal Case Review Commission*. United Kingdom, 2021.

THOMAS, Sabra. Addressing Wrongful Convictions: An Examination of Texas's New Junk Science Writ and other Measures for Protecting the Innocent. *Houston Law Review*, Houston, v. 2015, n. 52, pp. 1037-1065, 2015.

TURVEY, Brent; COOLEY, Craig. *Miscarriages of justice: actual innocence, forensic evidence and the law*. United States: Academic Press, 2014.

WEATHERED, Lynne. Wrongful convictions in Australia. *University of Cincinnati Law Review*, Cincinnati, v. 80, n. 4, pp. 1398-1400, 2013.

ZALMAN, Marvin; CARRANO, Julia (eds.). *Wrongful Conviction and Criminal Justice Reform: Making Justice*. United Kingdom: Taylor & Francis/Routledge Press, 2013.

Authorship information

Mauricio Duce. Magíster en Ciencias Jurídicas Universidad de Stanford; profesor titular Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. mauricio.duce@udp.cl

Keith A. Findley. Clinical Professor, University of Wisconsin Law School; Co-Director, Wisconsin Innocence Project. J.D., Yale Law School 1985; B.A., Indiana University 1981. keith.findley@wisc.edu

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

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

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

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

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

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

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



License Creative Commons Attribution 4.0 International.

Investigação criminal, reconhecimento de pessoas e erros judiciais: considerações em torno da nova jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Criminal investigation, recognition of persons and miscarriage of justice: considerations around the new jurisprudence of Superior Court of Justice

Rogério Schietti Cruz¹

Universidade Nove de Julho, São Paulo, SP, Brasil

r.schietti@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/3811845068168892>

 <https://orcid.org/0000-0002-4734-2548>

RESUMO: A investigação criminal deve ser eficiente na tarefa de identificar autores de crimes e fornecer elementos para o início da ação penal, sem, todavia, violar os direitos dos suspeitos. Os procedimentos policiais adotados atualmente em inquéritos policiais são simplistas, sobretudo em investigações relativas à criminalidade de rua, geralmente direcionadas a obter confissões dos suspeitos e depoimentos de testemunhas. As falhas de procedimento, em geral, surgem com a Polícia, se mantém com o Ministério Público e produzem seus efeitos mais dramáticos com a decisão judicial, especialmente nos casos em que a vítima é convidada para um ato de reconhecimento formal do suspeito. Essa realidade motivou, no Brasil, a mudança do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que passou a exigir o cumprimento fiel das disposições do Código de Processo Penal. O próximo passo na correção de tais erros depende de uma transformação da rotina policial, com a fiscalização do Ministério Público e a rejeição da prova ilícita pelo juiz, por meio da adoção de critérios que imprimam

¹ Doutor e Mestre em Direito Processual pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - Largo do São Francisco. Professor dos cursos de Doutorado e Mestrado da UniNove. Professor de Direito Penal e Processual na Pós-Graduação do Damásio Educacional. Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

racionalidade ao procedimento policial, por meio da apropriação do conhecimento científico acumulado sobre a dinâmica dos reconhecimentos equivocados.

PALAVRAS-CHAVE: Investigação criminal; Falhas; Reconhecimento formal; Superior Tribunal de Justiça; Mudança de jurisprudência; Novas rotinas policiais; Presunção de inocência; Polícia; Ministério Público; Judiciário.

ABSTRACT: *The criminal investigation must be efficient in the task of identifying criminal offenders and providing elements for the prosecution, without, however, violating the rights of those suspects. The police procedures currently adopted in police investigations are oversimplified, especially in investigations related to street crime, which usually focused on obtaining confessions of suspects and witness statements. Failures of police procedure are endorsed by the criminal prosecutor and produce their most dramatic effects with a judicial decision, mainly in the cases in which the victim of the crime is invited to a formal identification of the suspect. This framework motivated, in Brazil, the Superior Court of Justice to overrule an old precedent, in order to, from then on, demand the faithful fulfillment of the rules of the Criminal Procedure Code. The following steps in correcting such errors depend, however, on a transformation of the police procedures, on prosecutors overseeing this police work, and on the adoption of exclusionary rules by the judges. Furthermore, they must rely on scientific knowledge of the dynamics of mistaken identifications.*

KEYWORDS: *Criminal investigation; failures; formal identification of suspects; jurisprudence overruling; Superior Court of Justice; new procedures by police officers; presumption of innocence; prosecutor; judiciary.*

I. INTRODUÇÃO

No contexto da atividade estatal de punir culpados e absolver inocentes, espera-se que as instituições e seus agentes funcionem de tal modo a ensejar um grau de eficiência que corresponda às justas expectativas da população – cuja satisfação permite a coesão e a ordem social – sem, todavia, desatender aos legítimos direitos daqueles que são acusados de violar as leis penais.

A Lei Fundamental de 1988, cuja viga mestra é a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) – que dá ao Estado Democrático de Direito uma dimensão antropocêntrica, em que o homem é um ser com dignidade, um fim e não um meio, um sujeito e não um objeto² – consagrou um processo penal de cariz democrático, o qual assegura ao acusado o respeito às “regras do jogo”, mediante o devido processo legal. E, para além da ótica exclusivamente processual do *due process of law* e tendo em vista a instrumentalidade do processo, o direito deve ser compreendido como um sistema de garantias, que realize dupla função: “de um lado, tornar viável a aplicação da pena, e de outro, servir como efetivo instrumento de garantia dos direitos e liberdades individuais, assegurando os indivíduos contra os atos abusivos do Estado”³.

Assim também pensava o saudoso Prof. Rogério Tucci, quando ressaltava, já na primeira edição de sua mais festejada publicação, que o processo penal objetiva dupla finalidade: “por um lado, a tutela da liberdade jurídica do indivíduo, membro da comunidade” e “por outro, o de garantia da sociedade contra a prática de atos penalmente relevantes, praticados pelo ser humano, em detrimento de sua estrutura”⁴.

Sob essa matriz teleoaxiológica, o Poder Público, para tanto, utiliza seu aparato oficial à procura de um resultado que traduza a realização do direito objetivo (a segunda das funções acima referidas). E essa realização do direito objetivo dá-se, concretamente, pela busca da verdade processual e constitucionalmente válida⁵, a partir da qual se possa, ao acusado, ou aplicar uma sanção, se considerado culpado e responsável pela prática de um delito, ou declarar sua inocência, quando as evidências não autorizarem o julgamento favorável à pretensão punitiva.

Em diversas palavras, o fim do processo “só pode ser a descoberta da verdade e a realização da justiça”, por meio de uma decisão obtida de

² FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*: anotações sistemáticas à lei 8.072/90. São Paulo, RT, 2000, p. 49.

³ LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 20.

⁴ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 23.

⁵ GRINOVER, Ada. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 27, ano 7, jul/set-1999, p. 75.

modo “processualmente admissível e válido”⁶. Ainda que com algum sacrifício epistemológico, há de ser feita a escolha, posto que nem sempre compreendida pelo público, entre o possível (no mundo dos fatos) e o aceitável (no mundo do Direito). Deveras, “a investigação e a luta contra a criminalidade devem ser conduzidas de uma certa maneira, de acordo com um rito determinado, com observância de certas regras. A dignidade e a moralidade do instrumento utilizado constituem, de per si, um valor a ser perseguido e que se colocam como limite à liberdade do investigador”⁷.

O modo de ser do processo, portanto, é que legitima o resultado alcançado – a efetiva prestação jurisdicional – aos olhos de quem sofre o peso do braço punitivo estatal e aos olhos, também, da comunidade. Uma condenação pode ser materialmente justa, porque de um modo ou de outro se reuniram provas suficientes para revelar a culpabilidade do autor em relação ao fato criminoso. Mas poderá se deslegitimar e, então, não cumprir aquilo a que se propõe um Estado Democrático de Direito, se não decorreu de um devido processo legal, sob sua ótica procedimental, com a observância estrita das formas e das normas pertinentes.

Disso já falava, em meados do século XIX, Francesco Carrara:

Não basta que o juízo tenha atingido efetivamente seu fim jurídico, isto é, de conduzir à exata cognição da verdade enquanto seja propriamente condenado o verdadeiro culpado, e condenado somente na medida de seu merecimento. É necessário que o povo creia nisso. Eis o fim político das formas processuais. Quando as formas não forem observadas, a confiança pública na justiça do julgado não é senão a confiança na sapiência e na integridade do homem que julgou, e nem todos podem tê-la; mas quando as formas forem observadas, a confiança pública se apoia racionalmente nessa observância⁸.

⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito processual penal*. v. 1, Coimbra, Coimbra Editora, 1984, p. 43; 49.

⁷ MASSIMO NOBILI. Il principio del libero convincimento del giudice. Milano: Giuffrè, 1974, p. 24, *apud* BADARÓ, G. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 176).

⁸ CARRARA, Francesco. Programma, par. 819, p. 281-282, *apud* FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. São Paulo: RT, 2002, nota 357, p. 552.

Interessa, ou deveria interessar, à comunidade saber não apenas que o culpado por uma infração penal foi punido, mas que a inflição da pena, na medida da culpabilidade do sancionado, decorreu de um processo no qual hajam sido observadas as “regras do jogo”, sem favorecimentos indevidos, sem atropelos, sem excessos nem arbitrariedades. E que as provas sobre as quais se assentou o juízo de condenação foram epistemicamente idôneas, suficientes e devidamente valoradas, mediante justificativa racional, pelo juiz competente.

É preciso, para tanto, que não só a atividade jurisdicional se revista de tal legitimação procedimental (calha lembrar Calamandrei, quando diz que a justiça necessita “*não somente de ser, mas de parecer justa*”⁹); é mandatório que todos os demais órgãos que integram o sistema de justiça criminal assim se pautem no desempenho de suas funções.

Dito isso, a pergunta que motiva o centro dos argumentos deste escrito é: Como devem policiais, promotores de justiça e juízes, no desempenho de suas funções, agir para que a investigação criminal possa se desenvolver de modo a respeitar as garantias fundamentais do indivíduo e ao mesmo tempo fornecer prova idônea e válida para a futura ação penal?

Este é, cabe a ênfase, o ponto a ser desenvolvido neste estudo: a percepção de que toda a atividade persecutória e judicial do Estado, em qualquer esfera (jurisdicional ou administrativa) e em qualquer dimensão temporal ou espacial, deve revestir-se da preocupação de expressar o ponto ótimo da qualidade do serviço público nesse doloroso campo de limitação ou de supressão da liberdade humana.¹⁰

⁹ CALAMANDREI, Piero. *Proceso y democracia*. Trad. Hector Zamudio. Buenos Aires, EJE, 1960, p. 37.

¹⁰ Jens David Ohlin, diretor da Cornell Law School, salienta que, “justamente por sua potência em submeter o indivíduo ao poder coercitivo do Estado”, há que se conter o processo penal por meio de controles que o impeçam de operar em desconformidade com as liberdades democráticas.” (OHLIN, Jens David. *Adjudicative Criminal Procedure: Doctrine, Application, and Practice*. Amsterdam: Wolters Kluwer. 2019, p. 44, tradução livre).

II. A DINÂMICA DAS INVESTIGAÇÕES POLICIAIS

Sobre a atividade instrutória em juízo muito já se falou e escreveu. O mesmo não se pode dizer do que se realiza, em nome do Estado, no âmbito da investigação policial, ou, para ser mais abrangente, da investigação criminal, em que se investiga o cometimento de um crime, para identificar seu autor e fornecer ao titular da ação penal os elementos informativos suficientes e necessários para, se assim entender, propor a ação penal.

Essa atividade inicial se dá quase sempre, no Brasil, em uma delegacia, espaço próprio da Polícia Civil, visto que, ao contrário do que se verifica em outros países, o Ministério Público brasileiro – como órgão a quem se incumbe, com exclusividade, o exercício da ação penal pública – opera de modo burocrático e passivo, ainda que, eventualmente, possa acompanhar, ou ele próprio empreender, o trabalho investigativo, o que geralmente se nota ocorrer em casos de macrocriminalidade, nos quais há empenho institucional mais nítido, mercê, inclusive, da criação de grupos especializados, que recebem o nome de Gaeco (Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado).

Certo é que, no tocante ao grosso da criminalidade de rua – crimes violentos, patrimoniais, ou contra a vida, e os relacionados ao tráfico de drogas –, o trabalho investigativo é invariavelmente feito pela Polícia Civil, com a particularidade de que, nos delitos de mercancia ilícita de drogas, as provas que selam o destino do inquérito policial e da futura ação penal costumam ser os depoimentos prestados por policiais militares que, quase sempre, foram os agentes públicos a efetuar a prisão em flagrante-delito dos suspeitos.¹¹

¹¹ Ademar Borges, em diagnóstico do sistema de justiça criminal, aponta que “A atividade policial brasileira se baseia fundamentalmente na gestão burocrática da prisão em flagrante. A partir de ampla pesquisa realizada pelo IPEA em parceria com o Ministério da Justiça entre os anos de 2011 a 2013, foi possível concluir que a atividade da política judiciária no Brasil se concentra na espera passiva da realização de prisões em flagrante, com baixa realização de atividades ligadas à inteligência policial. Depois de analisar a origem dos processos criminais – casos em que houve apresentação de denúncia pelo Ministério Público – em nove Estados da federação, o estudo mostrou que mais da metade (57,6%) dos inquéritos policiais instaurados se iniciaram a partir de prisões em flagrante. A quase totalidade desses inquéritos (89%) indiciaram apenas uma pessoa, aquela presa em flagrante.

Dito de outro modo, à parte os crimes relacionados ao tráfico de drogas – em que pequenos traficantes e usuários de substâncias psicoativas são presos em operações de rotina das guarnições da Polícia Militar –, quase tudo que se produz, em nível de formação de provas dos crimes em geral, para futuro uso na ação penal, sai do interior de uma unidade da Polícia Civil.

E, sendo ainda mais específico – até porque é disso que iremos tratar doravante –, a prova do crime de roubo, nas hipóteses em que não se haja flagrado e prendido o seu autor, consiste, eminentemente, em um ato a que o Código de Processo Penal denomina “reconhecimento formal de pessoa”, tal qual positivado no art. 226 daquele diploma legal.

Isso ocorre porque, quando ao crime não sucede uma prisão em flagrante, o trabalho de investigação se direciona a tentar identificar o autor da ação, contando com o auxílio da vítima, quer por declarações, quer por descrição do assaltante, para elaboração de um retrato falado, quer, ainda, por identificação de um suspeito que a Polícia lhe apresente como tal.

Por vezes, logo após o evento, a vítima descreve o assaltante para a guarnição da PM e esta, em diligências nas imediações, logra prender alguém com características supostamente similares, sendo o suspeito imediatamente trazido ao local onde se encontra a vítima – quando esta própria não acompanha os policiais – para que confirme tratar-se da pessoa que a abordou.

Quando isso ocorre e o produto do roubo ou algo que ligue o suspeito ao delito é encontrado em seu poder, dificilmente se colocará em dúvida o ato de reconhecimento – informal, saliente-se – realizado

Além disso, na imensa maioria dos casos (73,8%) a polícia não realizou qualquer outra diligência após a prisão em flagrante. A grande maioria das detenções no Brasil decorrem de prisões em flagrante, que fazem instaurar inquéritos policiais que contam, em cerca de dois terços dos casos, com a palavra do policial que efetuou a prisão como única fonte de prova. Além disso, no caso dos delitos envolvendo o tráfico de entorpecentes, 91% das prisões são realizadas com a entrada dos policiais nas residências sem autorização judicial. E mais: a confissão tem um papel central nas investigações policiais, o que está na base da institucionalização da tortura como usual técnica de investigação.” (BORGES DE SOUSA FILHO, Ademar. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil*. Belo Horizonte: Forum, 2019, p. 46).

pela vítima. Em situações assim, nem seria necessário um ato formal na delegacia, porque já se deu o apontamento direto do autor do crime, logo após sua ocorrência, pela pessoa lesada, o que se amolda, talvez com algum esforço argumentativo, ao que dispõe o art. 302 do CPP.

Decerto que se poderão levantar questionamentos sobre a confiabilidade de tal identificação – insisto não se tratar de ato de reconhecimento formal –, mas, pela experiência de foro, dificilmente se desacreditará a versão acusatória apoiada em uma situação assim, máxime quando flagrado o suspeito na posse de instrumento ou produto do roubo, ou quando confessa seu cometimento.

Bem diversa será a situação em que, não identificado o autor do roubo logo após sua ocorrência, a Polícia Civil convida a vítima para, horas, dias, semanas ou meses depois do crime, realizar um ato de reconhecimento formal do suposto autor do crime.

Nesse caso, a crônica judiciária, alimentada por relatos reproduzidos em ações penais e em habeas corpus, exhibe uma riqueza de situações – das mais imponderáveis e absurdas, para dizer o mínimo – de violação frontal ao determinado na lei processual no que diz respeito a esse meio de prova.

A lei em questão é o Código de Processo Penal, que dedica três sucintos artigos ao ato do reconhecimento de pessoas e coisas (arts. 226, 227 e 228). Em relação ao reconhecimento de pessoas, o art. 226 estabelece que o ato deverá ocorrer da seguinte forma: a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever o indivíduo que deva ser reconhecido (art. 226, I); a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la (art. 226, II); se houver razão para recear que a pessoa chamada para realizar o ato, por intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa a ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela (art. 226, III); do ato de reconhecimento lavrar-se-á termo pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais (art. 226, IV).

III. ALGUNS CASOS DE ERROS JUDICIÁRIOS RELACIONADOS À PROVA DE RECONHECIMENTO FORMAL

A despeito da clareza do que preceitua tal comando normativo – especialmente quanto à exigência de que a vítima deva, antes de iniciar o ato, fornecer as características da pessoa a ser reconhecida, bem como quanto à previsão de que sejam alinhados, ao lado do suspeito, outras pessoas a ele semelhantes –, são frequentes os casos de realização do ato sem a observância de tais formalidades.¹²

De fato, motivado pela mudança de jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça, a partir da decisão proferida pela Sexta Turma no julgamento do Habeas Corpus n. 598.886-SC (Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 27/10/2020, DJe 18/12/2020), realizou-se levantamento com os dados oficiais dos processos, especialmente os de habeas corpus e de recursos em habeas corpus que tramitaram no Superior Tribunal de Justiça no período de 27/10/2020 a 19/12/2021, entre decisões colegiadas e monocráticas dos dez ministros que integram as duas turmas criminais da Terceira Seção, do que resultou a identificação de 89 concessões da ordem postulada, tendo como base

¹² Em 2011, o professor Brandon Garrett, da Universidade de Duke, ao publicar pesquisa em que investigou 250 casos de condenados posteriormente inocentados pelo teste de DNA, concluiu que os testemunhos oculares são expressivamente menos confiáveis do que poderíamos supor. Em muitos casos, por erros na condução do procedimento policial de identificação do suspeito: “Muitas dessas testemunhas oculares foram solicitadas a escolher o suspeito usando métodos sugestivos há muito conhecidos por aumentar as chances de um erro. A polícia fez comentários que indicavam à testemunha ocular quem deveria ser selecionado durante uma formação, usou apresentações em que a testemunha ocular foi perguntada se uma única pessoa era o agressor ou usou alinhamentos de maneira que tornasse óbvio quem a testemunha ocular deveria escolher porque o réu se destacou. A sugestão está relacionada ao segundo problema, a falsa certeza. Embora essas testemunhas estivessem confiantes no julgamento, sua falsa confiança pode ter sido criada pelo que veio antes. Não apenas as testemunhas oculares estavam de fato erradas, tendo identificado uma pessoa inocente, mas no julgamento as falhas em sua memória eram muitas vezes bastante evidentes.” (GARRETT, B. L. *Convicting the innocent: Where criminal prosecutions go wrong*. Cambridge: Harvard University Press. 2011, p. 48-49, tradução livre).

a constatação de falha, vício ou inexistência do ato de reconhecimento formal do acusado.¹³

Nesse universo, houve casos de reconhecimentos feitos presencialmente – é dizer, com o suspeito detido na delegacia e apontado pela vítima do roubo (no levantamento em apenas 13 casos, dos 89 catalogados, o reconhecimento foi feito presencialmente) – ou a partir de fotografia(s) do suspeito, estampada(s) em álbum de suspeitos da própria unidade policial ou simplesmente extraídas de redes sociais e exibidas à vítima.

Cito, a título de exemplo, alguns casos reproduzidos nesse levantamento:

No RHC n. 133.408/SC (DJe 18/12/2020), de relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, não ficou demonstrado que o reconhecimento fotográfico realizado na fase do inquérito policial fora corroborado por outros elementos de prova amealhados no feito. Os acusados estavam com rostos parcialmente cobertos, sem que fosse possível ver totalmente suas faces, apenas detalhes de cor de pele, olhos, compleição física.

No HC n. 630.949/SP (DJe 29/3/2021), de minha relatoria, identificaram-se diversas irregularidades no auto de reconhecimento. Além disso, o ofendido deixou claro que foram apresentados outros indivíduos por foto, mas, para o reconhecimento pessoal, o acusado foi exibido sozinho. Previamente ao reconhecimento pessoal, foram mostradas à vítima várias fotos, entre as quais estaria, segundo a autoridade policial, a do indivíduo envolvido no roubo, sugestionando, portanto, que ao menos uma pessoa deveria ser reconhecida como indivíduo que participou do delito e buscando, na verdade, já uma pré-identificação do autor do fato. Ou seja, a vítima não recebeu expressamente a opção de não apontar ninguém no reconhecimento pessoal que foi realizado depois da exibição das fotografias.

O AgRg no AREsp n. 1.722.914/DF (DJe 28/4/2021), de relatoria da Ministra Laurita Vaz, trouxe hipótese na qual a vítima reconheceu o agravante apenas na fase investigativa, depois de lhe serem mostradas as fotos constantes de álbum fotográfico e porque o conheceria das redes

¹³ Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/06022022-Reconhecimento-de-pessoas-um-campo-fertil-para-o-erro-judicial.aspx>. Acesso em: 25 abr. 2022.

sociais. O ofendido disse que reconheceu o acusado pela “touca” que usava no dia do delito, inclusive porque teria ele uma foto nas redes sociais em que portava a mesma peça de vestuário. Contudo, a vítima afirmou haver se lembrado do agravante em razão das características de seu rosto, que seriam bem peculiares (rosto seco e nariz achatado). Disse, ainda, que o reconheceu pelas tatuagens no braço; entretanto, ao mesmo tempo, afirmou que este estava com blusa de mangas compridas no momento da prática delitiva, o que se mostra incompatível, a menos que as instâncias ordinárias houvessem explicitado o motivo pelo qual seria possível esse reconhecimento, o que não ocorreu.

No HC n. 648.232/SP (DJe 21/5/2021), de relatoria do Ministro Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF1), o réu foi reconhecido através de uma viseira aberta de seu capacete, acessório que usava no momento do fato. Destaca-se, da sentença absolutória, que a vítima, certamente dificultada pela visibilidade e pelo uso de capacete, não foi nada assertiva no reconhecimento pessoal em juízo.

No julgamento do HC n. 652.284/SC (DJe 3/5/2021), o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca registrou que “o reconhecimento fotográfico serve como prova apenas inicial e deve ser ratificado por reconhecimento presencial, assim que possível”.

A esses casos somam-se os já mencionados no HC n. 598.886/SC, relativamente a processos em que se ilustrou algo presente com relativa frequência na crônica judiciária, conforme breve narrativa ali feita do que ocorreu com os acusados Vinícius Romão de Souza, André Luiz Medeiros Biazucci Cardoso, Luiz Carlos Justino, Douglas Moreira, Antonio Claudio Barbosa de Castro e Lucas Moreira de Souza.¹⁴

Em arremate, faço menção a evento que se poderia chamar de a mais clara amostra do tipo de investigação que se tem produzido com base em prova como tal: no Ceará, em inquérito no qual investiga a Chacina da Sapiranga, que deixou cinco mortos em Fortaleza – CE, a Polícia

¹⁴ Para um extenso exame de casos de reconhecimentos pessoais viciados e de pesquisas desenvolvidas sobre o tema, consultar também GARRETT, B. L. *Convicting the innocent: Where criminal prosecutions go wrong*. Cambridge: Harvard University Press, 2011 e MARMELESTEIN, George. *Testemunhando a injustiça*. A ciência da prova testemunhal e das injustiças inconscientes. Salvador: Juspodium, 2022.

Civil incluiu em reconhecimento fotográfico uma foto do ator americano Michael B. Jordan. Como dito por Janaina Matida e William Cecconello:

O fato de que uma foto de um ator hollywoodiano tenha tido sua imagem exibida em investigação no Ceará escancara a total ausência de critérios para a inclusão/exclusão da fotografia de alguém em álbum de suspeitos bem como a falta de transparência quanto à procedência/origem delas, pois é inegável que a imagem foi conseguida na internet, sem que se impusesse qualquer freio à utilização da imagem daquela pessoa.¹⁵

Ainda sobre o levantamento realizado com dados da Seção Criminal do Superior Tribunal de Justiça, a data do crime relativo a cada processo examinado permite concluir, considerando que o ato de reconhecimento não tenha ocorrido muito tempo depois, que a quase totalidade dos casos julgados no sentido da desconformidade do ato com o modelo normativo refere-se a fatos acontecidos antes da decisão proferida no HC n. 598.886-SC. Isso leva à ilação de que, após a mudança da orientação jurisprudencial ocorrida com o julgamento desse habeas corpus – acórdão publicado em 27/10/2020 –, não foi significativo o número de impetrações em que se reconheceu tal ilegalidade.

O dado pode ser animador, se pudermos extrair a conclusão de que tem havido alguma ressonância, nas instâncias ordinárias – como se deveria esperar que houvesse –, da nova diretriz do STJ, mesmo que se tenha notícia de um caso ou outro em que a autoridade judicial ainda decreta prisão ou até condena o acusado diante de um conjunto probatório que se resume tão somente ao ato de reconhecimento formal viciado.

Digna de registro, a propósito, foi a expedição, em 7 de janeiro de 2022, pela Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, do Aviso 2^aVP 01/2022, por meio do qual o Desembargador Marcus Basílio recomenda aos magistrados fluminenses que reavaliem, com urgência, “as decisões em que a prisão preventiva do acusado foi decretada tão somente com base no reconhecimento fotográfico operado

¹⁵ Disponível em: *O que há de errado no reconhecimento fotográfico de Michael B. Jordan?* Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-08/opiniaao-errado-reconhecimento-fotografico-michael-jordan>>. Acesso em: fev. 2022.

sem a observância do disposto no art. 266 do CPP”, medida alvissareira e indicativa de uma compreensão, por parte da cúpula daquele importante tribunal, acerca da necessidade de mudança da orientação que até então prevalecia.¹⁶

Cabe, aqui, importante registro: como já dito, os tribunais, inclusive o Superior Tribunal de Justiça, mantinham uma linha de decisão invariavelmente tolerante com os vícios do ato de reconhecimento de que resultavam prisões e condenações de réus acusados do cometimento de roubo.

No voto proferido na relatoria do HC n. 598.886-SC, fez-se questão de destacar esse detalhe:

Por sua vez, precedentes dos Tribunais, inclusive desta Corte Superior e também de minha relatoria, tem tolerado essas irregularidades, sob o argumento de que o art. 226 do CPP constitui “mera recomendação”, não ensejando nulidade da prova eventual descumprimento dos requisitos formais ali previstos. [...] Não obstante essa orientação jurisprudencial, proponho sejamos capazes de abandonar essa interpretação, mercê da qual se convalida, de algum modo, o reconhecimento – tanto pessoal quanto fotográfico – feito em desacordo com o modelo legal, ainda que sem valor probante pleno, e que pode estar dando lastro a condenações temerárias.

É assustador – e constrangedor – imaginar quantas pessoas podem ter sido presas e cumprido pena no passado em razão dessa tolerância cômoda à admissão de tal tipo de procedimento policial, cujos vícios eram considerados irrelevantes, pois, afinal, dizíamos que o art. 226 do CPP constituía “apenas uma recomendação”.

Por isso, é de fundamental importância que se consolide essa nova jurisprudência, em todos os graus de jurisdição; mais do que isso, urge que as próprias corporações policiais se conscientizem da necessidade de modificar suas rotinas para evitar novos erros judiciais.

Nesse sentido se empenha Grupo de Trabalho, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, integrado por mais de 40 profissionais,

¹⁶ A recomendação foi objeto de Nota Pública de apoio por parte da Associação Nacional dos Peritos Criminais Federais (APCF).

acadêmicos e pesquisadores de diversas origens, do qual se esperam alguns produtos que irão contribuir para a minimização dos riscos de erros judiciais causados por falhas no processo de reconhecimento de pessoas.¹⁷

IV. A NECESSIDADE DE MELHORIA DA QUALIDADE DA ATIVIDADE INVESTIGATIVA

Nosso Código de Processo Penal acaba de completar 80 anos de existência, e, não obstante as reformas legislativas que lhe foram modificando os institutos e os procedimentos, visando à sua modernização, conserva ainda o ranço inquisitorial e autoritário de sua origem.

Como tive ocasião de anotar em apresentação a obra coletiva:

Certo é que vivíamos, no primeiro quartel do século XX, sob a influência de governos e líderes políticos de viés autoritário, de que resultava a sedimentação de ideias centradas no predomínio do Estado, com a anulação do indivíduo em prol do bem-estar social, a *Era de Extremos* referida por HOBSBAWM e estereotipada no Brasil especialmente pela bipolarização política que marcou a década de 30 do Século XX, tendo, de um lado, a Ação Integralista Brasileira, de influência fascista e, de outro, a Aliança Nacional Libertadora, vinculada aos ideias do comunismo.

Na trilha do movimento europeu, a ditadura de Getúlio Vargas construiu um Estado corporativo, baseado numa concepção hierárquica e orgânica da sociedade. Nessa ambiência política, infensa a ares democráticos, é outorgado o Código de Processo Penal de 1941, que bebeu na fonte do homólogo código italiano, declaradamente voltado para a conservação e defesa do Estado, característica do então regime fascista ali vigente.

Daí soar natural a assertiva do fautor do Código de Processo Penal de 1941, o Ministro da Justiça Francisco Campos, para quem “o interesse da administração da justiça não pode continuar a ser sacrificado por obsoletos escrúpulos formalísticos [...]”, sendo mister forjar-se um procedimento apto a permitir “maior eficiência

¹⁷ Cfe Portaria nº 209, de 31 de agosto de 2021, da lavra do Presidente do CNJ e do STF, Ministro Luiz Fux.

e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem” (Exposição de Motivos).

Semelhante carga ideológica e estatizante da versão original do nosso atual Código começa a ruir com a democratização do Brasil, nomeadamente com a promulgação da Carta Política de 1988, momento em que, definitivamente e com um século de atraso, o nacional deixa de ser súdito e passa a ostentar o título de cidadão, com uma miríade de direitos individuais reconhecidos no *Bill of Rights* (art. 5º) da Carta de 1988, não por acaso conhecida, desde a referência feita por um de seus próceres, o Deputado Constituinte Ulisses Guimarães, como a *Constituição Cidadã*.¹⁸

Pois bem, já se vão mais de três décadas desde a implantação da nova ordem constitucional e parece ainda estarmos, em alguns segmentos, impregnados de certos hábitos e visões de mundo que grassavam nesse modelo que forjou nossa cultura jurídica nos séculos passados. Como também já anotei,

O pensamento jurídico dominante na Justiça Criminal brasileira – tanto no mundo das normas e da Academia (*law on the books*) quanto no mundo dos fatos e do Fórum (*law in action*) – ainda se prende a valores, costumes, rotinas e normas características de uma formação jurídica de origem lusitana. Estamos a falar, portanto, de “permanências histórico-culturais do direito ibérico de um modo geral e do direito português, de modo particular” (NEDER, 2000, 13), as quais deixaram muitas marcas em nosso Código de Processo Penal, principalmente na divisão dos papéis desempenhados pelos sujeitos processuais responsáveis pela persecução penal, ao longo dos 300 anos de regime colonial, quase 70 de regime monárquico (imperial) e 100 anos de regime republicano, até o advento da Constituição de 1988.

Em verdade, do Brasil, por tudo o que ocorreu em seus três séculos de domínio português, pouco se podia esperar. Colonização predatória, ausência de brasilidade dos que transitaram ou se instalaram em nosso território, aversão ao trabalho por parte dos

¹⁸ Apresentação. In: BADARÓ, Gustavo; MADEIRA, Guilherme; SCHIETTI, Rogerio. *Código de Processo Penal: Estudos comemorativos aos 80 anos de vigência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

detentores do capital e das terras, sacralização da educação dos habitantes, inexistência de investimento na cultura e nas ciências são alguns dos fatores que atrasaram a inclusão do país no concerto das nações contemporâneas.¹⁹

Sobre o tema, Luiz Eduardo Soares observa que “a arquitetura institucional da segurança pública, que a sociedade brasileira herdou da ditadura e permaneceu intocada nesses trinta anos de vigência da Constituição Cidadã, impediu a democratização da área e sua modernização”, o que contrasta “com o dinamismo acelerado que vem caracterizando o país no último quarto de século”. Conclui, assim, que “a transição democrática não se estendeu ao campo da segurança pública”.²⁰

De fato, se examinarmos os procedimentos adotados em inquéritos policiais, não iremos notar nada de substancialmente diferente em relação ao que sempre se fez, nomeadamente em investigações por crimes de rua.

É dizer, a lógica que prevalece nas investigações é a usual, direcionada a obter confissões e depoimentos de testemunhas. E, especialmente no caso dos crimes de roubo, a diligência fundamental, que assegura a tranquilidade à autoridade policial – “desvendei a autoria” – é o ato de reconhecimento do investigado.

No sistema das provas legais, vigente em boa parte da Idade Média, estabeleciam-se prévia e abstratamente algumas regras para a avaliação da prova. Havia tabelas, em que se atribuía uma espécie de valor ou

¹⁹ CRUZ, Rogerio Schietti M. Rumo a um processo penal democrático. In: *Justiça Criminal e Democracia*. Coord. Bruno A. Machado. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 23-58. Some-se a esses ingredientes a questão racial, que está impregnada em muitos comportamentos subjetivos e institucionais, no aparato repressivo brasileiro. Um bom indicativo desse racismo impregnado em nossas práticas institucionais deflui do resultado do levantamento feito pela Comissão Criminal do CONDEGE (Colégio Nacional dos Defensores Públicos Gerais) (Disponível em <https://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/92d976d0d7b44b338a660ec06af008fa.pdf>. Acesso em: 12 maio 2022), a respeito de pessoas absolvidas em processos iniciados por reconhecimento fotográfico não confirmado em juízo. A partir de relatos de 75 processos por todo o país – entre junho de 2019 e dezembro de 2020 – de um total de 85 pessoas, em 77% dos casos foi decretada a prisão preventiva, com média de tempo de prisão de aproximadamente 9 meses. Além disso, verificou-se que em 81% dos casos os acusados são pessoas negras.

²⁰ SOARES, Luiz Eduardo. *Desmilitarizar*. São Paulo: Boitempo, 2019, p. 25.

tarifa a cada meio de prova, daí também ser conhecido como sistema das provas tarifadas. Dessa época vêm aforismos, ainda influentes em seus desdobramentos práticos, como é o caso da antiga regra segundo a qual *confessio est regina probationum* (a confissão é a rainha das provas). E, em nome dessa regra probatória, os maiores abusos e crimes foram cometidos e justificados, sem considerar os prejuízos causados à qualidade das investigações em geral, visto que se deixava de buscar outras fontes de prova mais idôneas e seguras quando se obtinha a confissão do suspeito.

O reconhecimento formal do suspeito tem, *mutatis mutandis*, a mesma função da confissão: permitir à autoridade policial considerar encerrada a tarefa de investigar a autoria delitiva e, por conseguinte, considerar provado o crime, em seus aspectos objetivo e subjetivo. É o que ele precisa para concluir o inquérito e enviá-lo ao representante do Ministério Público. Este, por sua vez, não se constrange, em boa parte dos casos, de acusar alguém com base tão somente em um reconhecimento formal, quase sempre levado a cabo sem a mínima observância do que determina a lei. A denúncia é oferecida, o acusado, provavelmente, já estará preso – com base também nessa prova isolada – e o processo caminhará até a instrução, na qual, mesmo com a ausência de confissão do réu, e sem que se perquiria sobre o procedimento adotado no momento do reconhecimento na delegacia, o juiz, à luz da confirmação, pela vítima, de que reconheceu mesmo o imputado na fase inquisitorial, o condena às penas do crime de roubo.

Esse é o usual *script* retratado nos muitos processos que têm chegado ao Superior Tribunal de Justiça, em habeas corpus impetrados, muitas vezes, anos depois da condenação, animados pela mudança de rumos da jurisprudência dessa Corte. Nota-se, como assere Janaína Matida, que “sob a retórica do combate à criminalidade e à impunidade, o reconhecimento sem apreço às formalidades se consolidou como rotina nas delegacias de polícia Brasil afora, logo chanceladas por promotores e magistrados nas etapas que se seguem ao inquérito criminal.”²¹

²¹ MATIDA, Janaína. Considerações epistêmicas sobre o reconhecimento de pessoas: produção, valoração e (in)satisfação do standard probatório penal. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; SCHIETTI CRUZ, Rogerio. *Código de Processo Penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência*: v. 2. São Paulo: RT, 2021, p. 141-155.

Em outro texto, a mesma autora (na companhia de William Cecconello) foi mais enfática:

condenações injustas são produto de uma cadeia de irregularidades cometidas por uns, aproveitadas e chanceladas por outros. Cuidar seriamente de evitar condenações injustas demandará um giro comportamental que, entre outras coisas, deverá conduzir ao abandono da lógica das investigações a jato que se contentam com verdadeiros vazios probatórios. É preciso rumar para o desenvolvimento de uma investigação epistemicamente orientada que não ofereça injustificado protagonismo a uma única prova, muito menos quando é irregularmente produzida.²²

Insta reforçar que, conquanto a responsabilidade maior seja do magistrado que chancela essa prova e a considera idônea e suficiente para a condenação (ou para a prisão cautelar), mesmo à falta de outras que robusteçam a versão acusatória, a falha se dá porque a autoridade policial, que produziu a prova, e o Ministério Público, que a usou como lastro para acusar o réu e/ou requerer sua prisão e condenação, deixaram de seguir o comando normativo. Ou seja, o erro não é meramente judicial (ou judiciário); é um erro que nasce com o delegado de polícia (ou, eventualmente, antes, com os policiais militares), se mantém com o promotor de justiça e se densifica e produz seus efeitos mais duradouros e dramáticos com a pena do magistrado.²³

²² MATIDA, Janaina; CECCONELLO, William. *Outra vez sobre o reconhecimento fotográfico* – i/10/2021, Conj. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-out-01/limite-penal-outra-vez-reconhecimento-fotografico#_ftn4. Acesso em: 19 jan. 2022.

²³ Em obra com título provocativo, Chemerinsky anota: “Os magistrados provavelmente minimizam as chances de que uma testemunha identifique a pessoa errada, ignorando todos os estudos que mostram que os reconhecimentos são frequentemente falsos e ainda assim persuasivos para os jurados. A Suprema Corte confia nos policiais para prender e processar a pessoa certa e está disposta a presumir que aquela pessoa é culpada. Mesmo que a polícia às vezes cometa erros, a Corte assume, testemunhas geralmente são acuradas, e se não são, o exame cruzado delas é suficiente para proteger os inocentes. Eu temo que a premissa não explícita da Corte é de que é mais importante condenar alguém, ainda que seja a pessoa errada, do que deixar um crime sem solução” (CHEMERINSKY, Erwin. *Presumed Guilty*. How the Supreme Court Empowered the Police and Subverted Civil Rights. Liveright, 2021, p. 183, tradução livre).

Esse erro sistêmico depende, para ser extirpado (ou, ao menos, minimizado), de uma mudança da rotina policial, mediante a forte atuação fiscalizadora do Ministério Público – de quem se espera não apenas a função de receber, passivamente, as provas produzidas pela Polícia, o que vou explorar adiante – e a rejeição da prova pelo juiz competente. Em uma palavra, é preciso rever os “costumes persecutórios” e o automatismo com que se tratam esta e outras questões relativas à investigação criminal, inclusive, se for o caso, abandonando-se o “conforto dos entendimentos pacificados” no âmbito jurisprudencial.²⁴

V. NOVAS ROTINAS INVESTIGATIVAS PELA POLÍCIA CIVIL

No voto proferido no já referido Habeas Corpus n. 598.886/SC, destacou-se um item para exortar os órgãos de persecução penal – e o próprio Poder Judiciário – a imprimirem racionalidade a esse procedimento policial, de sorte a se apropriarem de “técnicas pautadas nos avanços científicos para que se promovam os ajustes necessários a evitar que os reconhecimentos equivocados sigam produzindo condenações de inocentes” (Innocence Project Brasil – *Prova de reconhecimento e erro judiciário*. São Paulo. 1. ed., jun./2020, p. 3).

Fez-se alusão, *inter alia*, a Machado e Barilli, que asseriram:

A academia já foi capaz de produzir inúmeras pesquisas sobre as mazelas do sistema de persecução penal, inclusive das nefastas práticas policiais quanto às falsas identificações pessoais. Faltam, agora, estratégias concretas que, acolhidas pelo poder público, possibilitem a devida instrução e correta implementação de protocolos técnicos de reconhecimento pessoal nos diferentes âmbitos da Justiça criminal brasileira.²⁵

²⁴ RAPHAELLI, Rafael Domingos Barroso da Costa; MELO, Andrey Régis de. O Brasil que se revela pelo reconhecimento fotográfico: o inconsciente de nossas práticas em persecução penal. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; SCHIETTI CRUZ, Rogerio. *Código de Processo Penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência*. v. 2. São Paulo: RT, 2021, p. 239-254.

²⁵ MACHADO, Leonardo Marcondes; BARILLI, Raphael Jorge de Castilho. *O reconhecimento de pessoas como fonte de injustiças criminais*. Disponível em:

A observação de ambos os professores é correta e precisa: é farta hoje a literatura sobre a exigência de se imprimir racionalidade à atividade probatória, com a criação de *standards* que, seguidos, poderão conferir mais idoneidade e segurança às provas produzidas em ações penais.

Reclama-se uma dimensão epistêmica na produção dos elementos de conhecimento sobre os fatos em torno dos quais gira a atividade probatória, de tal sorte a assegurar que se obtenham “todos os meios lícitos relevantes e razoavelmente disponíveis aos sujeitos processuais”, quanto à “melhor prova razoavelmente disponível sobre os pontos fáticos controvertidos”.²⁶

Cabe avançar para a concretização do discurso acadêmico. E a iniciativa para a devida conformidade dessa prova ao modelo legal deve partir também das próprias Polícias (civil e federal).

Em 2014, a Academia Nacional de Ciências norte-americana convocou um painel de especialistas para investigar o problema da identificação de testemunhas oculares, a partir de evidências crescentes de registros científicos (baseados em testes de DNA) de condenações de inocentes. Concluíram que tais disfuncionalidades decorrem de uma plethora de erros, que vão desde a ingenuidade científica e o viés investigativo até o desrespeito do Ministério Público e a ignorância judicial, bem como uma tendência humana natural de confiar no que as pessoas dizem. Por fim, ofereceram algumas sugestões de reforma de tais procedimentos:

[...] Essas recomendações foram: (1) treinar todos os policiais sobre as variáveis que podem afetar a identificação de testemunhas oculares; (2) adotar procedimentos “cegos” de alinhamento e matriz de fotos (como ter o procedimento administrado por um policial que não está envolvido na investigação subjacente; (3) fornecer aos oficiais que administram os procedimentos instruções padronizadas

<https://www.conjur.com.br/2019-jul-16/academia-policia-reconhecimento-pessoas-fonte-injusticas-criminais>. Acesso em 10/4/2002.

²⁶ WANDERLEY, Gisela A. Entre a probabilidade e a segurança do juízo de fato: a completude do conjunto probatório (*evidencial completeness*) e a melhor prova (*best evidence*) como princípios de valoração probatória. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; SCHIETTI CRUZ, Rogerio. *Código de Processo Penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência*. v. 2. São Paulo: RT, 2021, p. 47-67.

para oitiva de testemunhas destinadas a evitar sugestividade e contaminação; (4) documentar o nível de confiança declarado da testemunha no momento da identificação; e (5) filmar processo de identificação de testemunhas.²⁷

Até que essas mudanças não ocorram voluntariamente no âmbito das próprias polícias, cumpre ao Ministério Público exercer efetivamente a função de controle externo da atividade policial, dada sua ínsita função de *custos iuris*, a qual deflui do desenho constitucional de suas missões, com destaque para a “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127, *caput*), bem assim da sua específica função de “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos [inclusive, é claro, dos que ele próprio exerce] ... promovendo as medidas necessárias a sua garantia” (art. 129, II).

Não é desnecessário lembrar, outrossim, como bem frisa Figueiredo Dias, que

interessando à comunidade jurídica não só a punição de todos os culpados mas também – sobretudo dentro de um verdadeiro Estado de Direito – a punição só dos que sejam culpados, segue-se daí que ao Ministério Público, como órgão de administração de justiça, há de competir trazer à luz não só tudo aquilo que possa demonstrar a culpa do arguido, mas também todos os indícios de sua inocência ou da sua menor culpa.²⁸

Arremata o mestre lusitano que, mesmo sob o ponto de vista prático, não faz sentido extirpar do *Parquet* esse dever de objetividade, pois graças a ele resulta um “muito menor número de processos penais infundados ou mal fundados” com os quais os tribunais terão de ocupar-se.²⁹

²⁷ ALBRIGHT, T. D.; RAKOFF, J. S. The impact of the national academy of sciences report on eyewitness identification. *Proceedings of the National Academy of Sciences* (PNAS), 2017. p. 26 (tradução livre).

²⁸ FIGUEIREDO DIAS. Jorge de. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, v. 1, p. 369.

²⁹ Ibid.

O Poder Judiciário, a seu turno, tem a responsabilidade de proteger os direitos do acusado contra incursões arbitrárias ou ilegais por parte dos órgãos de persecução.

Mais ainda, é preciso que se tenha a coragem de, doravante, não mais validar qualquer reconhecimento – pessoal ou fotográfico – em desconformidade com o art. 226 do CPP.

Na precisa assertiva de Antônio Vieira, “[...] a prevenção de erros e, especialmente, de condenações errôneas, passa por uma importante mudança de atitude em relação ao reconhecimento de pessoas, passando da postura – comum até então – de confiança exagerada e percepção de suficiência na prova de identificação para uma atitude de ceticismo epistêmico”.³⁰

Nessa perspectiva, ao julgar o Habeas Corpus n. 712.781 (Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 15/3/2022, DJe 22/3/2022), fez-se o seguinte registro, em voto acolhido à unanimidade perante a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça:

Sob outra perspectiva, devem as agências estatais de investigação e persecução penal envidar esforços para rever hábitos e acomodações funcionais, de sorte a “utilizar instrumentos para maximizar as probabilidades de acerto na decisão probatória, em particular aqueles que visam a promover a formação de um conjunto probatório o mais rico possível, quantitativa e qualitativamente” (Ferrer-Beltrán, *op. cit.*, p. 255).

Impõe compreender-se que a atuação dos agentes públicos responsáveis pela preservação da ordem e pela apuração de crimes deve se dar em um marco de respeito às instituições, às leis e aos direitos fundamentais. Ou seja, quando se fala de segurança pública, esta não se pode limitar à luta contra a criminalidade; deve incluir também a criação de um ambiente propício e adequado para a convivência pacífica das pessoas e respeito institucional a quem se vê na situação de acusado e, antes disso, de suspeito.

³⁰ VIEIRA, Antônio. Riscos Epistêmicos no Reconhecimento de Pessoas: contribuições a partir da neurociência e da psicologia do testemunho. *Boletim Revista do Instituto Baiano de Direito Processual Penal*. Ano 2, n. 3, 2019. Salvador: IBADPP, p. 15-16.

Convém lembrar que as prescrições legais relativas às provas cumprem não apenas uma função epistêmica, i.e., de conferir fiabilidade e segurança ao conteúdo da prova produzida, mas também uma função de limitar o exercício do poder dos órgãos encarregados de obter a prova para uso em processo criminal, *vis-à-vis* os direitos inerentes à condição de suspeito, investigado ou acusado.

Nesse sentido, é sempre oportuna a lição de Perfécto Ibañez, que divisa na exigência de cumprimento das prescrições legais relativas à prova uma função implícita, que é a de induzir os agentes estatais à observância dessas normas, o que se perfaz com a declaração de nulidade dos atos praticados de forma ilegal. E acrescenta:

De que esto se haga con rigor depende, en buena parte, la regularidad de ultteriores actuaciones; como la irregularidad endémica de muchas de las que habitualmente se producen entre nosotros, depende de la escasa relevancia y alcance que – en general por razones defensistas que no acostumbran a explicitarse – suele atribuirse a algún género de incumplimientos. (IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. La función de las garantías en la actividad probatoria. In: *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*. Madri: 1993, p. 242-242).

Essa nova linha jurisprudencial implica, certamente, desconstituição de decisões e anulação de processos, com possível incremento do número de culpados beneficiados (nos casos em que, tendo sido efetivamente autores de um roubo, forem beneficiados pelo reconhecimento da invalidade da prova formada em seu desfavor). Mas implica, em direção contrária, a soltura e a absolvição de pessoas injustamente processadas, porque inocentes, e a evitação de novos erros judiciais, minimizando, assim, o percentual de casos de condenações injustas e ilegais. É a opção pela diretriz de que nenhum inocente pode ser punido, mesmo que isso implique a não punição de alguns culpados.³¹

³¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 85.

VI. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA JÁ NA FASE INVESTIGATIVA COMO PREMISSA PARA O APERFEIÇOAMENTO DA PROVA PRODUZIDA

Na compreensão do significado e do alcance da presunção de inocência, quer como princípio-motriz, quer como derivação do *favor rei*, sobleva reconhecer que sua mais forte injunção se verifica na vertente de *regra de tratamento*.

Sob tal angulação, o princípio da presunção de inocência exige que o investigado ou acusado seja tratado com respeito à sua pessoa e à sua dignidade e que não seja equiparado àquele sobre quem já pesa uma condenação definitiva. Mais ainda, o estado de inocência assegura ao investigado ou réu a “lealdade do procedimento penal”, desde seu nascedouro. Assim, todos os que de algum modo intervêm no inquérito e no processo (juízes, membros do Ministério Público, policiais, servidores) se obrigam a ter uma “correção de comportamento”, vinculados aos limites e à forma da lei, relativamente ao sujeito passivo da persecução penal³², de sorte a impedir o Poder Público “de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário (HC n. 115.613, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 25/6/2013, DJe-155, 13/8/2014).

Ainda há muito a caminhar, não apenas em países sem tradição democrática, mas também em nações centrais, onde são férteis os exemplos de anacronismos punitivos, autoritarismos de agentes públicos, desumanidades no cumprimento de penas e uma ainda surpreendente falta de claro repúdio social a práticas não mais compatíveis com uma sociedade que se pretende “fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias” (Preâmbulo da Constituição do Brasil, de 1988).

Decerto que a postura da sociedade em relação ao modo de ser do processo penal tem a ver com a maneira autoritária ou respeitosa

³² DALIA, Andrea Antonio; FERRAIOLI, Marzia. *Manuale di diritto processuale penale*. Milão: Cedam, 2003, p. 256.

com que o Estado, por suas agências punitivas e seu Poder Judiciário, conduz a relação processual no que concerne ao tratamento dispensado ao acusado. “Diz-me como tratas o arguido, dir-te-ei o processo penal que tens e o Estado que o instituiu”, como alerta Figueiredo Dias³³, bem expressa essa dupla possibilidade.

Nessa perspectiva, e ante a percepção de que a porta de entrada do sistema de justiça criminal é a unidade policial, é preciso que os Estados democráticos hodiernos se deem conta de que a proteção dos cidadãos por parte dos agentes da ordem deve se dar em um marco de respeito às instituições, às leis e, também, aos direitos fundamentais. Ou seja, quando se fala de segurança pública, esta não se pode limitar à luta contra a criminalidade; deve incluir também a criação de um ambiente propício e adequado para a convivência pacífica das pessoas e respeito institucional a quem se vê na situação de acusado e, antes disso, de suspeito.³⁴

Carnelutti, em uma de suas fecundas lições, expressou a compreensão de que “o castigo, infelizmente, não começa com a condenação, senão que começou muito antes, com o debate, a instrução, os atos preliminares, inclusive com a primeira suspeita que recai sobre o imputado.”³⁵

Assim, o zelo com que se houver a autoridade policial ao conduzir as investigações determinará não apenas a validade da prova obtida – afinal, como metaforicamente lembra Jordi Ferrer-Beltrán, “sem bons ingredientes não haverá forma de fazer um bom prato”³⁶ – mas a

³³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, v. 1, p. 428.

³⁴ No final de uma pesquisa sobre abordagem policial e relações entre polícia e população, faz-se necessário ter em mente que a polícia é apenas a parte mais visível da engrenagem do sistema de justiça criminal. Ele é formado por polícias, defensoria, ministério público, justiça e sistema penitenciário. A polícia é a ponta visível e externa do sistema, quem está nas ruas e exerce a prática fardada e armada da produção de suspeição, acusação e condenação. O papel dos agentes policiais camufla os papéis igualmente decisivos de delegados, promotores, juízes e agentes penais na manutenção e na reprodução cotidiana do racismo (RAMOS, Sílvia et al. *Negro trauma: racismo e abordagem policial no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: CESeC, 2022, p. 46 e 50).

³⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o Processo Penal*. Tomo I. Trad. Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2004, p. 36.

³⁶ FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Valoração racional da prova*. Trad. Vitor de Paula Ramos. Salvador: Juspodium, 2021, Introdução.

própria legitimidade da atuação policial e sua conformidade ao modelo constitucional, assentado em valores e princípios como o da dignidade da pessoa humana e o da presunção de não culpabilidade, malferidos quando o suspeito já é tratado como um culpado e se lhe subtrai o direito a que toda prova eventualmente produzida em seu desfavor passe pelo teste da racionalidade e da idoneidade epistêmica.

A propósito, Thiago R. Oliveira, André Zanetic e Ariadne Natal anotam que as instituições de segurança e justiça costumam adotar uma estratégia de impor o respeito à lei por meio da dissuasão, maximizando a certeza e a severidade da pena pelos crimes praticados. Nesses sistemas – em que se inclui o modelo brasileiro – o policiamento valoriza indicadores da “eficácia policial” apresentados como números de apreensões e prisões, em detrimento de questões como vitimização, percepção da população a respeito de medo, insegurança ou mesmo a qualidade do tratamento dos policiais.

Por certo, afirmam os pesquisadores, que os países assim configurados conseguem alguma eficácia no papel de estimular o respeito à lei, mas outros caminhos poderiam levar a um resultado melhor. Apoiados na teoria da *justiça procedimental*, desenvolvida originalmente por Tom Tyler e testada por uma série de pesquisas realizadas em diversos países, o que melhor estimula a obediência da população às normas relaciona-se à legitimidade da autoridade, ou seja, “envolve o modo como seus agentes se comportam durante os encontros com os cidadãos: sendo tratados com respeito e imparcialidade e reconhecendo decisões tomadas com alta qualidade, os indivíduos tendem a perceber a autoridade como legítima.”

Vale a menção a alguns segmentos do texto:

Outrossim, Tyler argumenta que o julgamento que as pessoas fazem a respeito da forma como as leis são aplicadas e como a autoridade age no cotidiano são elementos fundamentais para assegurar a legitimidade. É o que ele chama de “justeza procedimental” (*procedural justice*, no original), um conceito que faz referência à qualidade do processo decisório e do tratamento interpessoal, levando em conta a existência dos seguintes elementos: a) participação nas decisões, ou seja, se as pessoas envolvidas são ouvidas e seus pontos de vista considerados; b) neutralidade, que envolve decisões objetivas baseadas em fatos, sem viés pessoal, discriminação ou

favorecimento de grupos específicos; c) transparência com relação aos procedimentos e decisões tomadas; d) qualidade do tratamento interpessoal, o que envolve, educação, dignidade, respeito e cortesia; e) confiança nas intenções das autoridades e que suas decisões levam em consideração, o bem-estar e a necessidade daqueles que são afetados (Sunshine e Tyler, 2003; Tyler, 2004, 2009).

[...] O modelo de Tyler contrapõe essencialmente os meios e os fins do trabalho policial. De acordo com esse autor, o que faz com que a população confira legitimidade à instituição policial não é uma avaliação positiva do trabalho realizado pelos policiais, isto é, não é a eficácia policial; mas a avaliação positiva do tratamento recebido pelos oficiais. Havendo justeza nos procedimentos cotidianos e nas interações entre cidadãos e policiais, maior a percepção de legitimidade.³⁷

De fato, sem que haja uma postura de respeito ao indivíduo, inclusive o que se apresenta como suspeito de um crime, não há avanços a assinalar na área da segurança pública e do sistema de justiça criminal como um todo.

Isso não significa desconsiderar os indícios que levem à possível responsabilização penal do suspeito, muito menos significa negligenciar os meios probatórios e investigativos postos à disposição da polícia para o esclarecimento da autoria delitiva. Em verdade, o que se espera de todo e qualquer agente público que potencial ou atualmente interfere na liberdade de alguém é um comportamento de respeito às normas e, acima de tudo, civilidade no trato com os envolvidos em um fato criminoso, nada mais do que isso.³⁸

³⁷ OLIVEIRA, Thiago R.; ZANETIC, André; NATAL, Ariadne L. Preditores e impactos da legitimidade policial: testando a teoria da justeza procedimental em São Paulo. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, 2019.

³⁸ Merece menção, entre tantas outras, a orientação constante dos Princípios sobre Entrevistas Eficazes para Investigação e Coleta de Informações (conhecidos como Princípios de Méndez), de que “47. As autoridades devem assegurar que todas as pessoas entrevistadas gozem de seus direitos humanos sem qualquer distinção adversa e que sejam tratadas sem discriminação. A implementação efetiva da isenção de discriminação garante que todas as pessoas entrevistadas sejam iguais perante a lei e sejam tratadas com respeito e com a devida consideração e proteção específica de quaisquer situações

Sublinhe-se, ainda, que a tão apregoada presunção de inocência não diz respeito apenas à atividade judicial ou processual, pois incide em qualquer dimensão funcional do Estado quando um de seus agentes se depara com a atribuição de uma possível acusação contra alguém. Desde o policial militar, passando pelas autoridades policiais e pelo representante do Ministério Público, todos, sem exceção, devem tratar o suspeito ou acusado, até que se prove o contrário, como inocente.

Perfecto Ibáñez obtempera que “a vigência do princípio da presunção de inocência, com todas as suas implicações, é o que impede que o processo penal seja um mero rito formal de castigo”, tanto sob a vertente da regra de tratamento do acusado – “primeiramente assumida como reação às atrocidades da justiça do *ancien régime*, com a massiva utilização da tortura” – como, “sobretudo, em sua qualidade de regra de julgamento”, caracterizada à necessidade de que a aplicação do *ius puniendi* seja “associada à prévia determinação de uma verdade fáctica de qualidade, seguindo um curso processual que, inescusavelmente, deverá decorrer dentro de um exigente marco de garantias jurídicas”. E esse direito a que se presuma sua inocência “unicamente poderá decair na presença de prova condenatória suficiente para superá-la, mas se, e apenas se lícita ou regularmente adquirida. Portanto, depois de que isso já tenha sido produzido. Nunca antes.”³⁹

Mesmo para quem, como Jordi Nieva Fenoll, considera não incidir a presunção de inocência na atividade pré-processual – porque “la policia no parte de la presunción de inocência en sus investigaciones” e, assim, “tiene de utilizar la sospecha como motor de sus actuaciones, porque de lo contrario no las realizaria” – e ainda que, em compensação, sustente a ausência de valor probatório, para um juízo de condenação, do material investigativo e até pericial feito na fase anterior ao processo

de vulnerabilidade que possam enfrentar” (Disponível em: https://www.aptr.ch/sites/default/files/publications/aptr_PoEI_POR_03.pdf).

³⁹ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Princípio de presunção de inocência e princípio de vitimização: uma convivência possível. Trad. Janaina Matida e Aury Lopes Jr. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 29, v. 185, nov. 2021, p. 85-100.

judicial, não admite, por óbvio, tratamento divorciado do modelo normativo e desrespeitoso aos direitos de quem ainda não é culpado.⁴⁰

Isso violaria não apenas a presunção de não culpabilidade – sob a vertente, ao menos, da regra de tratamento – como, antes, a própria dignidade da pessoa humana, que, entre nós, não custa rememorar, é fundamento da República (art. 1º, III, da Constituição de 1988) e princípio fundante de toda a atividade estatal, mormente a persecutória.

Nessa perspectiva, o processo penal, conforme lição da saudosa professora Ada P. Grinover,

não pode ser entendido, apenas, como instrumento de persecução do réu. O processo penal se faz também – e até primordialmente – para a garantia do acusado. [...] Por isso é que no Estado de direito o processo penal não pode deixar de representar tutela da liberdade pessoal; e no tocante à persecução criminal deve constituir-se na antítese do despotismo, abandonando todo e qualquer aviltamento da personalidade humana. O processo é uma expressão de civilização e de cultura e consequentemente se submete aos limites impostos pelo reconhecimento dos valores da dignidade do homem.⁴¹

VII. CONCLUSÃO

Urge, portanto, que as polícias modifiquem seus procedimentos investigatórios, de sorte a conferir maior confiabilidade epistêmica aos elementos informativos e provas produzidas na fase do inquérito policial; e que o Ministério Público cumpra seu papel de fiscal do direito, exercendo maior controle sobre a qualidade da investigação policial.

Mas não é só. A mudança de rumos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça produziu uma nova orientação para toda a investigação criminal assentada na prova do reconhecimento formal de pessoas

⁴⁰ NIEVA FENOLL, Jordi. *La duda en el proceso penal*. Madri: Marcel Pons, 2013, p. 97.

⁴¹ GRINOVER, Ada P. *Liberdades Públicas e Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2. ed., 1982, p. 20 e 52.

suspeitas de crimes, mas os efeitos desse *overruling* somente se tornarão reais e irreversíveis se os juízes e tribunais do país forem mais rigorosos na avaliação dessa prova, repudiando o material probatório que não esteja em conformidade com o modelo normativo.

Somente assim se evitará a reedição de casos como os mencionados ao longo do texto, que certamente representam uma ínfima parte do que já ocorreu e continua a ocorrer com um universo de pessoas submetidas a esse tipo de procedimento investigatório. É premente, portanto, a cessação desses abusos, quotidianamente noticiados nas mídias e na crônica judiciária. A dor, o desespero, as privações, as perdas materiais e morais causadas por uma prisão injusta são irreparáveis.⁴²

O exemplo de Ângelo Gustavo Pereira Nobre, produtor cultural que ficou preso por um ano, acusado da prática de um crime de roubo ocorrido em 2014, reproduz a situação de tantas outras vítimas do falho reconhecimento fotográfico. Após ser solto, soltou um desabafo, que representa o sofrimento de todos os que passaram por similar situação:⁴³

Depois desse tempo todo que passei lá dentro e vendo o que está acontecendo com esses outros jovens, como João, Jeferson, Raoni e Alberto, me dá um nó na garganta e questiono: isso nunca vai acabar? Nós, jovens negros, estaremos sempre correndo o risco de sermos privados da nossa liberdade a qualquer momento? De qualquer jeito? Isso nunca vai acabar? Somos nós que temos que criar provas para provar nossa inocência e não o Estado? Por quê?!!

⁴² É muito oportuna a observação de Erwin Chemerinsky: “Os direitos não têm sentido sem remédios. A polícia sabe quando pode agir com impunidade, pois suas ações não terão consequências” (CHEMERINSKY, E. *Presumed Guilty: How the Supreme Court Empowered the Police and Subverted Civil Rights*. New York: Liveright, 2021, p. 243 (tradução livre).

⁴³ MATIDA, Janaina; CECCONELLO, William. Outra vez sobre o reconhecimento fotográfico. *Conjur*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-out-01/limite-penal-outra-vez-reconhecimento-fotografico#_ftn4. Acesso em: 19 jan. 2022.

REFERÊNCIAS

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Princípio de presunção de inocência e princípio de vitimização: uma convivência possível. Trad. Janaina Matida e Aury Lopes Jr. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 29, v. 185, nov. 2021, p. 85-100.

ASSOCIATION FOR THE PREVENTIOS OF TORTURE. Princípios sobre Entrevistas Eficazes para Investigação e Coleta de Informações. Disponível em: https://www.apr.ch/sites/default/files/publications/apr_PoEI_POR_03.pdf.

BADARÓ, G. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BADARÓ, Gustavo; MADEIRA, Guilherme; SCHIETTI, Rogerio. *Código de Processo Penal: Estudos comemorativos aos 80 anos de vigência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

BORGES DE SOUSA FILHO, Ademar. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil*. Belo Horizonte: Forum, 2019.

CALAMANDREI, Piero. *Proceso y democracia*. Trad. Hector Zamudio. Buenos Aires, EJE, 1960.

CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o Processo Penal*. Tomo I. Trad. Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2004.

CHEMERINSK, Erwin. *Presumed Guilty. How the Supreme Court Empowered the Police and Subverted Civil Rights*. Liveright, 2021.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Relatório consolidado sobre reconhecimento fotográfico em sede policial. Disponível em: <https://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/92d976d0d7b44b338a660ec06af008fa.pdf>. Acesso em: 12 maio 2022.

DALIA, Andrea Antonio; FERRAIOLI, Marzia. *Manuale di diritto processuale penale*. Milão: Cedam, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Valoración racional da prova*. Trad. Vitor de Paula Ramos. Salvador: Juspodium, 2021.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito processual penal*. v. 1. Coimbra, Coimbra Editora, 1984.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos: anotações sistemáticas à lei 8.072/90*. São Paulo, RT, 2000.

GARRETT, B. L. *Convicting the innocent: Where criminal prosecutions go wrong*. Cambridge: Harvard University Press. 2011.

GRINOVER, Ada P. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 27, ano 7, jul/set-1999.

GRINOVER, Ada P. *Liberdades Públicas e Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2. ed., 1982.

LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MARMELSTEIN, George. *Testemunhando a injustiça*. A ciência da prova testemunhal e das injustiças inconscientes. Salvador: Juspodium, 2022.

MATIDA, Janaína. Considerações epistêmicas sobre o reconhecimento de pessoas: produção, valoração e (in)satisfação do standard probatório penal. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; SCHIETTI CRUZ, Rogerio (Coords.). *Código de Processo Penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência*: v. 2. São Paulo: RT, 2021, p. 141-155.

MATIDA, Janaína; CECCONELLO, William. *Outra vez sobre o reconhecimento fotográfico* – i/10/2021, Conjur. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-out-01/limite-penal-outra-vez-reconhecimento-fotografico#_ftn4. Acesso em: 19 jan. 2022.

NIEVA FENOLL, Jordi. *La duda en el proceso penal*. Madri: Marcel Pons, 2013.

OHLIN, Jens David. *Adjudicative Criminal Procedure: Doctrine, Application, and Practice*. Amsterdam: Wolters Kluwer, 2019.

OLIVEIRA, Thiago R.; ZANETIC, André; NATAL, Ariadne L. *Preditores e impactos da legitimidade policial*: testando a teoria da justeza procedimental em São Paulo. Dados – Revista de Ciências Sociais, 2019.

RAMOS, Silvia et al. *Negro trauma*: racismo e abordagem policial no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: CESeC, 2022.

RAPHAELLI, Rafael Domingos Barroso da Costa; MELO, Andrey Régis de. O Brasil que se revela pelo reconhecimento fotográfico: o inconsciente de nossas práticas em persecução penal. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; SCHIETTI CRUZ, Rogerio (Coords.). *Código de Processo Penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência*. v. 2. São Paulo: RT, 2021, p. 239-254.

SCHIETTI CRUZ, Rogerio M. Rumo a um processo penal democrático. In: *Justiça Criminal e Democracia*. Bruno A. Machado (Coord.) São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 23-58.

SOARES, Luiz Eduardo. *Desmilitarizar*. São Paulo: Boitempo, 2019.

STJ. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/06022022-Reconhecimento-de-pessoas-um-campo-fertil-para-o-erro-judicial.aspx>. Acesso em: 25 abr. 2022.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993.

VIEIRA, Antônio. Riscos Epistêmicos no Reconhecimento de Pessoas: contribuições a partir da neurociência e da psicologia do testemunho. *Boletim Revista do Instituto Baiano de Direito Processual Penal*. Ano 2, n. 3, 2019.

WANDERLEY, Gisela A. Entre a probabilidade e a segurança do juízo de fato: a completude do conjunto probatório (*evidencial completeness*) e a melhor prova (*best evidence*) como princípios de valoração probatória. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; SCHIETTI CRUZ, Rogério (Coords.) *Código de Processo Penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência*. v. 2. São Paulo: RT, 2021, p. 47-67.

Authorship information

Rogério Schietti Cruz. Doutor e Mestre em Direito Processual pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - Largo do São Francisco. Professor dos cursos de Doutorado e Mestrado da UniNove. Professor de Direito Penal e Processual na Pós-Graduação do Damásio Educacional. Ministro do Superior Tribunal de Justiça. r.schietti@gmail.com

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

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

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

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

Editorial process dates

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

- Submission: 13/05/2022
- Desk review and plagiarism check: 13/05/2022
- Review 1: 16/05/2022
- Review 2: 21/05/2022
- Preliminary editorial decision: 17/06/2022
- Correction round return: 13/07/2022
- Final editorial decision: 20/07/2022

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 2 (MD e KF)
- Reviewers: 2

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

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



License Creative Commons Attribution 4.0 International.

Confesiones y riesgos de condenas e imputaciones erróneas: identificación de algunos aspectos problemáticos en Chile

Confessions and the risks of wrongful convictions and prosecutions: Identification of some problematic aspects in Chile

Víctor Beltrán Román¹

Universidad Diego Portales, Santiago, Chile

victor.beltran@mail.udp.cl

 orcid.org/0000-0003-3554-1838

RESUMEN: La información disponible indica que el uso de confesiones falsas es uno de los factores que aumentaría el riesgo de producir condenas e imputaciones erróneas. Este artículo busca servir como aproximación al problema en Chile mediante una revisión de sentencias de la Corte Suprema que se pronuncian sobre algunos aspectos de la declaración del imputado de conformidad con el artículo 91 del Código Procesal Penal chileno. El objetivo es obtener información de algunas prácticas policiales y criterios jurisprudenciales para luego, en base a los hallazgos, presentar algunas reflexiones insertas en el contexto del problema de las condenas e imputaciones erróneas.

PALABRAS-CLAVE: Confesiones; interrogatorios policiales; condenas e imputaciones erróneas.

ABSTRACT: *The available information indicates that using false confessions is one of the factors that would increase the risk of producing wrongful convictions and prosecutions. This article seeks to approach the issue in Chile by reviewing Supreme Court rulings on some aspects of the defendant's statements under*

¹ Master of Laws de la Universidad de Wisconsin-Madison. Estudiante de Doctorado e Investigador Adjunto del Programa de Reformas Procesales y Litigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Dirección postal: Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, República 112, Santiago, Chile. Abogado.

Article 91 of the Chilean Code of Criminal Procedure. The aim is to obtain information on some police practices and Supreme Court's criteria. Thus, based on the findings, the article presents several thoughts regarding the problem of wrongful convictions and prosecutions.

KEYWORDS: *Confessions; police interrogations; wrongful convictions and prosecutions.*

CONTENIDO: Introducción; 1. Algunos antecedentes sobre las confesiones falsas y condenas erróneas; 1.1 Tácticas utilizadas por la policía durante el interrogatorio policial; 1.2. Grupos especialmente vulnerables; 2. Declaraciones del imputado ante la policía en el proceso penal chileno: Regulación legal y algunos debates doctrinarios; 3. Una aproximación al asunto desde la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile; 3.1. Encuentros policía-ciudadano; 3.1.1. Declaraciones espontáneas y entrevistas informales del imputado; 3.1.2. Interacciones con personas sujetas a control de identidad; 3.1.3. Confesión obtenida por personas distintas a la policía; 3.2. La presencia del defensor y la renuncia al silencio; 3.3. Reiteración de la confesión; Consideraciones finales; Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

La información disponible da cuenta de que el uso de *confesiones falsas*² es uno de los factores que incrementaría el riesgo de que se

² Por *confesiones* entenderé declaraciones con contenido auto-inculpatorio, véase: RIEGO, Cristian. Confesiones frente a la policía en el proceso penal chileno, p. 274 (nota al pie 1). Por *confesiones falsas* me referiré a declaraciones auto-inculpatorias provenientes de quien no ha cometido el delito investigado. En el ámbito comparado se ha definido *confesión falsa* como la admisión de responsabilidad penal usualmente acompañada de la narración de cómo y por qué ocurrió el crimen, en circunstancias que este no fue cometido por quien confiesa, véase: DRIZIN et al. Police-Induce Confessions: Risk Factors and Recommendations, p. 5. Con todo, para efectos de este trabajo, lo que se diga respecto a las confesiones falsas puede aplicarse análogamente a casos de confesiones involuntarias, esto es, declaraciones con contenido auto-inculpatorio que han sido obtenidas con infracción de la garantía de la no autoincriminación. Esta asunción descansa en la dificultad para comprobar

produzcan condenas e imputaciones erróneas.³⁴ Por ejemplo, en el año 2011, se reportó que, de 250 exonerados⁵ en Estados Unidos, un 16% confesó crímenes que en realidad no cometieron.⁶ En 2017, se reportó que las confesiones falsas estarían detrás del 25% de las condenas revocadas por ADN y del 13% del total de condenas revocadas en el país.⁷ Más recientemente, la organización Innocence Project ha reportado que, de un total de 360 condenas revocadas mediante nuevas pruebas de ADN, un 29% de ellas involucraba una confesión falsa.⁸ Por su parte, de un total de 3139 exoneraciones contempladas en su listado, al utilizar el filtro de

que, de hecho, se trata de una confesión presuntamente falsa y de un entendimiento más amplio del término condenas erróneas, no solo incluyendo la condena de inocentes.

- ³ El National Institute of Justice (NIJ) de Estados Unidos ha definido *condenas erróneas* como aquellas en que se condena a una persona fácticamente inocente o casos en que la sentencia se funda en un proceso con violaciones graves de derechos. Por su parte, *imputaciones erróneas* abarca casos de persecuciones penales en que se adoptan decisiones equivocadas en etapas anteriores al juicio, las cuales, sin llegar a una sentencia definitiva, son terminadas mediante sobreseimiento o absolución en base a aspectos que podrían haberse detectado tempranamente si se hubiera actuado con diligencia, véase: DUCE, Mauricio; VILLARROEL, Romina. Indemnización por error judicial: una aproximación empírica a la jurisprudencia de la Corte Suprema de los años 2006-2017, p. 217.
- ⁴ Además del uso de confesiones falsas, la lista canónica de *factores* que aumentaría el riesgo de producir una condena errónea se integra por: casos de identificaciones erróneas hechas por testigos oculares, uso de prueba pericial poco confiable, uso de testimonios poco confiables, mala conducta de los agentes encargados de la persecución penal y casos de representación legal defectuosa. Los factores asociados a las imputaciones erróneas serían muy similares.
- ⁵ En general, en el contexto del *Innocence Movement* el término exonerado se refiere a la persona que ha sido condenada por un delito y que luego, mediante un litigio posterior a la condena y la re-examinación de las pruebas de su caso ha sido declarada fácticamente inocente o se han hecho cesar las consecuencias de dicha condena.
- ⁶ GARRETT, Brandon. *Convicting the innocent: where criminal prosecutions go wrong*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.
- ⁷ KASSIN, Saul. False confessions, p. 1.
- ⁸ Véase: <https://innocenceproject.org/dna-exonerations-in-the-united-states/> (visitado el 14/05/2022).

false confession, el National Registry of Exonerations considera un total de 278 casos.⁹

Por otra parte, estudios surgidos en el seno del denominado *Innocence Movement*,¹⁰ han develado la existencia de *prácticas y factores* que, durante los interrogatorios policiales, aumentarían la posibilidad de que se obtenga esta clase de confesiones. Sin embargo, pese a las cifras, casos mediáticos e información producida, se dice que el problema de las confesiones falsas es uno del cual únicamente se conoce “la punta del iceberg”.¹¹

La existencia y uso de confesiones falsas debiesen preocuparnos, pues a partir de ellas se ponen en peligro derechos fundamentales, libertades individuales y también la integridad del sistema de justicia penal.¹² Además de Estados Unidos, en otros países también se ha manifestado sobre el fenómeno;¹³ sin embargo, en Chile no ha suscitado mayor interés en la literatura¹⁴ y, como se verá, se trata de un área donde

⁹ Véase: <https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/browse.aspx> (visitado el 14/05/2022).

¹⁰ La historia del movimiento puede verse en: NORRIS, Robert. *Exonerated. A history of the Innocence Movement*. New York: New York University Press, 2017, *passim*.

¹¹ Véase: SCHATZ, Samson. Interrogated with intellectual disabilities, The risks of false confession, p. 645 (citando a diversos autores que sostienen este punto).

¹² MADON, Stephanie; MORE, Curt; DITCHFIELD, Ryan. Interrogations and Confessions. In: BREWER, Neil; DOUGLASS, Amy (eds.). *Psychological Science and the Law*. New York: The Guilford Press, 2019, p. 54.

¹³ Véase *infra* apartado 1.

¹⁴ Aunque las confesiones falsas no han sido su tema principal, algunos trabajos que han abordado del asunto son: CASTILLO, Ignacio. Enjuiciando al proceso penal chileno desde el inocentrismo (algunos apuntes sobre la necesidad de tomarse en serio a los inocentes), pp. 265-272; DUCE, Mauricio. ¿Debiéramos preocuparnos de la condena de inocentes en Chile? Antecedentes locales y comparados para el debate, pp. 112-119; y RIEGO, Cristian. Confesiones frente a la policía en el proceso penal chileno, pp. 279-286. En un contexto similar, Duce ha estudiado la cuestión de las admisiones falsas de responsabilidad a propósito de los procedimientos abreviados y simplificados con admisión de responsabilidad, véase: DUCE, Mauricio. Los procedimientos abreviados y simplificados y el riesgo de condenas erróneas en Chile: resultados de una investigación empírica, *passim*.

existe muy poca información.¹⁵

Este trabajo busca servir como una aproximación al asunto en Chile. Para ello, a partir de un grupo de sentencias de la Corte Suprema que se pronuncian sobre algunos aspectos del artículo 91 del Código Procesal Penal (en adelante CPP), que regula la manera en que debe producirse la declaración del imputado ante la policía,¹⁶ se intentará obtener información desde dos perspectivas. La primera, mediante la utilización de dichas sentencias como fuentes secundarias o indirectas de información, en tanto permitirán conocer, aunque con limitaciones, algunas prácticas en materia de interrogatorios policiales de imputados. La segunda, mediante la utilización de dichas sentencias como objeto de análisis propiamente tal, permitiendo conocer, analizar y reflexionar sobre la manera en que la Corte se ha hecho cargo de algunos de los problemas litigados en dichos pronunciamientos.

¹⁵ Véase *infra* en sección 1 sus respectivos subapartados. Del mismo modo, debe considerarse que, a pesar de que en Chile existe un Proyecto Inocentes a cargo de la Defensoría Penal Pública, este tiene un rol diferente comparado a sus similares alrededor del mundo. En efecto, no es una organización que litigue casos en etapa post-condena con la finalidad de exonerar inocentes condenados, sino que más bien su rol se ha traducido en llevar un registro principalmente de casos de imputaciones erróneas. Asimismo, el proyecto también busca visibilizar estos casos y reivindicar la imagen pública de los inocentes afectados, incluso en algunos casos apoyando mediante la suscripción de acuerdos de representación *pro-bono* a favor de inocentes que buscan conseguir una indemnización por el error. Entonces, el proyecto no ha tenido un rol en visibilizar casos de confesiones falsas, ni tampoco ha tenido un rol relevante en la promoción de políticas públicas referidas a reformas al interrogatorio policial.

¹⁶ En Chile, de conformidad al artículo 7 CPP, se adquiere la calidad de imputado desde la primera actuación del procedimiento en la cual se atribuyere responsabilidad a la persona en un hecho punible, la que puede consistir en cualquier diligencia o gestión y debe ser realizada por o ante un tribunal con competencia criminal, el Ministerio Público o la policía. El artículo 7 CPP busca ampliar la cobertura de protección de una persona imputada de un delito, sin que sea necesario actuaciones formalizadas de los órganos de persecución, véase: HORVITZ, María Inés; LÓPEZ, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002, pp. 223-224. Véase también: ZAPATA, María Francisca. El cinturón de seguridad del derecho a guardar silencio/prestar declaración del detenido: la intervención oportuna y efectiva del defensor, pp. 264-265.

En ese sentido, vale precisar que este trabajo es exploratorio y busca incentivar el estudio en este campo. No se busca develar la existencia de auténticos casos de confesiones falsas, ni tampoco descubrir prácticas sistemáticas en orden a obtenerlas. En cambio, el objetivo es aproximarse, aunque indirectamente, a algunas prácticas policiales y también a criterios jurisprudenciales a partir de casos conocidos por la Corte Suprema y, desde allí, reflexionar a la luz del problema de las condenas e imputaciones erróneas.

El artículo comienza revisando parte de la información disponible sobre las confesiones falsas y las condenas erróneas. Luego, se revisa la regulación legal y algunos debates doctrinarios en torno al artículo 91 del CPP. En seguida, a propósito de algunos casos resueltos por la Corte Suprema de Chile se describen algunas prácticas policiales y criterios jurisprudenciales en torno a la declaración policial del imputado. Finalmente, se presentan algunas consideraciones finales sobre los hallazgos.

1. ALGUNOS ANTECEDENTES SOBRE LAS CONFESIONES FALSAS Y CONDENAS ERRÓNEAS

En el contexto de los estudios de inocencia, las confesiones falsas han sido sistematizadas bajo la categoría de “admisiones falsas de responsabilidad penal”, que agrupa tanto los problemas de *confesiones falsas* (en el contexto de los interrogatorios) como de *declaraciones de culpabilidad falsas* (en el contexto de los *guilty pleas* o acuerdos de culpabilidad).¹⁷ Este trabajo no abordará el problema de las declaraciones de culpabilidad falsas, sino únicamente el de las confesiones falsas y más específicamente las producidas a propósito de los interrogatorios policiales.

En esta materia, la evidencia más abundante proviene de Estados Unidos,¹⁸ aunque también otros países han manifestado preocupación por

¹⁷ NORRIS, Robert; BONVENTRE, Catherine; ACKER James. *When justice fails. Causes and Consequences of Wrongful Convictions*. Durham: Carolina Academic Press, 2018, p. 58.

¹⁸ Uno de los autores más relevantes en esta materia es Richard Leo. Sobre el problema de las confesiones falsas y su vinculación a las condenas erróneas, quien

el fenómeno y de manera consistente han reportado que la utilización de confesiones falsas se constituye como un factor relevante que explicaría la producción de condenas erróneas.¹⁹ Asimismo, organizaciones como *Innocence Project*, con base en diferentes ciudades del mundo, en su rol de promotor de políticas públicas ha llevado adelante proyectos destinados a la reforma a los interrogatorios policiales.²⁰

De esa manera, se ha puesto en evidencia el impacto que tienen las confesiones, tanto a nivel general de funcionamiento de sistema, como a nivel particular en cada caso criminal. A nivel general, deben considerarse los diferentes usos, propósitos y funciones que tiene el interrogatorio policial en cada jurisdicción. Por ejemplo, algunos sistemas de justicia penal se definen y funcionan precisamente gracias a prácticas como los

por lo menos desde el año 1996 ha escrito sobre interrogatorios policiales y su vinculación con las condenas erróneas, por ejemplo, véase: LEO, Richard. *Inside the interrogation room, passim* y LEO, Richard. *Police Interrogation and American Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 2009. Asimismo, se trata de un área donde se han llevado a cabo estudios interdisciplinarios, fundamentalmente intentando comprender aspectos psicológicos detrás de las confesiones. Por otro lado, existen organizaciones que desde la vereda de las políticas públicas buscan concientizar sobre el fenómeno y también se esfuerzan por orientar reformas en la materia. Véase: <https://falseconfessions.org/fact-sheet/> (visitado el 11/05/2022) y <https://innocenceproject.org/false-confessions-recording-interrogations/> (visitado el 11/05/2022).

¹⁹ En el caso de Canadá, si bien existe literatura dando cuenta del problema de las confesiones falsas, la situación puede verse con claridad en el capítulo cinco de la obra CAMPBELL, Kathryn. *Miscarriages of Justice in Canada*. Causes, responses, remedies. Toronto: University of Toronto Press, 2018, pp. 84-106. Asimismo, vale resaltar que en Canadá incluso el *Public Prosecution Service of Canada* ha manifestado su preocupación en la materia, realizando recomendaciones para la prevención de confesiones falsas, véase: <https://www.ppsc-sppc.gc.ca/eng/pub/is-ip/ch4.html> (visitado el 11/05/2022). En el caso de Australia, por ejemplo, véase: ADAM, Lianne; VAN GOLDE, Celine. *Police practice and false confessions: A search for the implementation of investigative interviewing in Australia, passim*.

²⁰ La principal medida propuesta por Innocence Project es la grabación de los interrogatorios, justificándolo en beneficios tanto para el inocente, como para los agentes estatales. Véase: <https://innocenceproject.org/false-confessions-recording-interrogations/> (visitado el 11/05/2022). El Proyecto Inocentes de la Defensoría Penal Pública de Chile ha replicado estas recomendaciones, véase: http://www.proyectoinocentes.cl/pag/7/347/utilizacion_y_acceso_regular_a_pruebas_de_adn (visitado el 11/05/2022).

interrogatorios, que resultan ser la base para el juzgamiento de casos mediante *guilty pleas* o acuerdos de culpabilidad.²¹ A nivel particular, tanto la investigación como juzgamiento de un caso son distintas si se cuenta o no con una confesión. En efecto, una confesión prevalece por sobre otras pruebas,²² al ser vista universalmente como una “evidencia extraordinariamente persuasiva”,²³ especialmente cuando estas se acompañan de un “relato plausible y detallado”,²⁴ por lo que tendrá un alto potencial de sesgar la percepción y toma de decisiones de los diferentes actores del sistema,²⁵ “pues se asume que aquella es verdad, incluso sobreponiéndose a cualquier información o evidencia contradictoria que sostenga la inocencia de un imputado”.²⁶

Uno de los problemas basales detrás de las confesiones falsas se encuentra en las dificultades que existen para visibilizar el fenómeno, en parte por la creencia de que “nadie estaría dispuesto a confesar un delito que en realidad no ha cometido”, pero también por otras barreras para detectar y visibilizar estos casos. En cuanto a lo primero, se ha desmitificado dicha creencia y se ha mostrado que, por diversas razones

²¹ DIXON, David. Interrogation Law and Practice in Common Law Jurisdictions. In: BROWN, Darryl; TURNER, Jenia; WEISSER, Bettina (eds.). *The Oxford Handbook of Criminal Process*. New York: Oxford University Press, 2019, pp. 345-348.

²² LEO, Richard. *Police Interrogation and American Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 248.

²³ Véase: WETZELS, Peter; NIEDEN, Valentin. Confesiones falsas – Frecuencias mundiales e implicaciones de la Investigación, 2020, pp. 12-13. Desde una mirada histórica, las confesiones hechas bajo tortura fueron consideradas como “la forma más pura de verdad”. Tal parece que, a pesar de todos los desarrollos no se ha logrado suprimir por completo la importancia de la confesión como elemento dentro de la investigación y también como elemento de convicción.

²⁴ GARRETT, Brandon. *Convicting the Innocent: Where Criminal Prosecutions Go Wrong*. London: Harvard University Press, 2012, pp. 14-44.

²⁵ Algunos ejemplos pueden verse en BELTRÁN, Víctor. Visión de túnel: Notas sobre el impacto de sesgos cognitivos y otros factores en la toma de decisiones en la justicia criminal, pp. 21-24.

²⁶ Véase: BELTRÁN, Víctor. Visión de túnel: Notas sobre el impacto de sesgos cognitivos y otros factores en la toma de decisiones en la justicia criminal, pp. 21-22 (describiendo lo que diversos autores denominan como *bias snowball effect*, *corroboration inflation*, *escalation of error* o *compounded errors*)

e incentivos, todas las personas son susceptibles y vulnerables a confesar algo que en realidad no han cometido.²⁷ En cuanto a lo segundo, siguen existiendo dificultades para detectar, visibilizar y cuantificar los casos en que ha ocurrido que una persona inocente ha confesado un delito que en realidad no ha cometido, lo que impide que se revele la significancia e impacto práctico del fenómeno.²⁸

En Chile, las confesiones falsas no han sido objeto de especial preocupación en la literatura, salvo algunos trabajos que se refieren al tema de manera tangencial.²⁹ En cuanto a información empírica, no existen estudios que alcancen el nivel de sofisticación de aquellos llevados adelante en la experiencia comparada.³⁰ Existe, en cambio, información muy general sobre el uso de confesiones durante la vigencia del proceso penal inquisitivo y antes de la entrada en vigor del sistema procesal penal acusatorio en el año 2000, normativa bajo la cual no existía regulación

²⁷ Por ejemplo, evitar que se produzca un interrogatorio abusivo, obtener algo a cambio de parte del interrogador, ver en la confesión una salida rápida al interrogatorio o una forma de evitar las imputaciones, entre otras. Véase: DUCÉ, Mauricio. ¿Debiéramos preocuparnos de la condena de inocentes en Chile? Antecedentes comparados y locales para el debate, p. 106.

²⁸ No es que simplemente sea difícil reconocer una confesión falsa, sino que también es sumamente difícil aproximarse a la frecuencia de ocurrencia de estas. Los estudios existentes han adoptado diferentes enfoques, obteniendo valores aproximados e incluso considerablemente distintos entre uno y otro estudio. Asimismo, cada uno de los enfoques que se ha llevado adelante tiene sus desventajas individuales. Por ejemplo, en el análisis de archivos y encuestas cuantitativas practicadas a policías y a detenidos solamente pueden reportar aquellas confesiones falsas que se conozcan y que los funcionarios policiales o detenidos reconozcan como tales. Véase: WETZELS, Peter; NIEDEN, Valentín. Confesiones falsas – Frecuencias mundiales e implicaciones de la Investigación, pp. 15 - 23.

²⁹ Los trabajos nacionales que tangencialmente han tocado el tema de confesiones falsas han sido citados *supra*. Asimismo, se debe tener presente que la despreocupación de parte de la literatura chilena en la materia puede deberse no solo a falta de interés, sino que también a la existencia de barreras o dificultades que permitan acceder a información o datos para la realización de estudios empíricos.

³⁰ De estos estudios a nivel internacional da cuenta el trabajo de WETZELS y NIEDEN previamente citado.

del interrogatorio policial,³¹ ni tampoco un control de la legalidad de la actividad policial,³² lo que daba lugar a prácticas tendientes a obtener una declaración autoincriminatoria por tratarse de un elemento relevante para la decisión del caso.³³ Una vez en vigor el nuevo sistema acusatorio, la confesión del imputado desapareció virtualmente como parte de investigaciones criminales, pues la policía tendió a inhibirse de interrogar al imputado.³⁴ En la actualidad, al parecer, se trata de una práctica que ha tendido a recobrar importancia,³⁵ lo que es consistente con los hallazgos jurisprudenciales si se mira su distribución por año.

En cuanto a casos que involucren confesiones falsas, existen algunos documentados que podrían considerarse evidencia anecdótica, por ejemplo, un caso de hurto del año 1988,³⁶ otro que da cuenta de

³¹ véase: RIEGO, Cristian. Confesiones frente a la policía en el proceso penal chileno, p. 274.

³² véase: FUENTES, Claudio. *Denuncias por actos de violencia policial*. Santiago: FLACSO-Chile, 2001.

³³ véase: JIMÉNEZ, María Angélica. *El proceso penal chileno y los derechos humanos. Volumen II Estudios Empíricos*. Santiago: Universidad Diego Portales, 1994, pp. 28-30 y pp. 193-206; UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES; CEJIL. *Tortura, Derechos Humanos y Justicia Criminal en Chile (Resultado de una investigación exploratoria)*. Santiago: Alfabetas Artes Gráficas, 2002, pp. 17-38; GONZALEZ, Felipe; JIMÉNEZ, María Angélica; RIEGO, Cristián. La policía y el proceso penal: antecedentes empíricos. In: PEÑA, Carlos (Dir.). *Cuadernos de Análisis Jurídico N° 38: La Reforma de la Justicia Penal*. Santiago: Universidad Diego Portales, 1998, pp. 289-292.

³⁴ véase: BAYTELMAN, Andrés. *Evaluación de la Reforma Procesal Penal Chilena*. Santiago: Universidad Diego Portales y Universidad de Chile, 2002, pp. 72-75 y pp. 85-88; BAYTELMAN, Andrés. "Tiene derecho a guardar silencio..." La jurisprudencia norteamericana sobre declaración policial, p. 259; BAYTELMAN, Andrés; DUCE, Mauricio. *Evaluación de la Reforma Procesal Penal: Estado de una reforma en marcha*. Santiago: Universidad Diego Portales y CEJA, 2003, pp. 147-156; RIEGO, Cristian. Confesiones frente a la policía en el proceso penal chileno, 2019, p. 274; UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile*. Hechos de 2001. Santiago: Universidad Diego Portales, 2003, pp. 107-133.

³⁵ RIEGO, Cristian. Confesiones frente a la policía en el proceso penal chileno, p. 274.

³⁶ DUCE, Mauricio. ¿Deberíamos preocuparnos de la condena de inocentes en Chile?: Antecedentes comparados y locales para el debate, p. 86 (citando a FONTECILLA, Rafael. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1978, p. 286).

una imputación errónea documentado en la base de datos del Proyecto Inocentes de la Defensoría Penal Pública de Chile³⁷. También, a propósito del denominado *estallido social* de octubre de 2019, surgió información sobre funcionarios policiales intentando obtener una confesión falsa.³⁸

Con todo, algunos estudios provenientes fundamentalmente de Estados Unidos han avanzado en orden a establecer algunas cuestiones que aumentarían la posibilidad de que se produzcan confesiones falsas. Sin pretensiones de exhaustividad, me detendré brevemente sobre dos de esos aspectos en los siguientes subapartados.

1.1 TÁCTICAS UTILIZADAS POR LA POLICÍA DURANTE EL INTERROGATORIO POLICIAL

Un aspecto problemático dice relación con ciertas *tácticas* desplegadas durante el interrogatorio policial y con las *técnicas* empleadas para abordar e interrogar a un imputado.

En cuanto a las *tácticas*, se trata fundamentalmente de prácticas destinadas a superar la voluntad del imputado, como la presentación o uso de evidencias falsas, tiempo excesivo de interrogación, falsas promesas hechas por los agentes policiales, entre otros métodos que menoscaban la voluntad.³⁹

³⁷ Véase: http://www.proyectoinocentes.cl/casos/detalle/31/c_s-z (visitado el 14 de marzo de 2022).

³⁸ NACIONES UNIDAS. *Informe sobre la Misión a Chile 30 de octubre – 22 de noviembre de 2019*. Documento digital, 2019, p. 17 y p. 21; ALCAÍNO, Eduardo. Violencia Policial desde el estallido social. In: CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UDP (Dir.). *Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile*. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2020, pp. 83-117. De otros casos en contextos similares de protesta social y un caso de apremios destinados a obtener información incriminatoria en la Policía de Investigaciones se da cuenta en DUCE, Mauricio. ¿Debiéramos preocuparnos de la condena de inocentes en Chile? Antecedentes comparados y locales para el debate, pp. 107-109. Asimismo, a propósito de un caso emblemático en Chile, véase: TAMAYO, Tania. *Caso Bombas*. La explosión en la Fiscalía Sur. Santiago: LOM Ediciones, 2012, p. 58.

³⁹ DRIZIN et al. Police-Induce Confessions: Risk Factors and Recommendations, pp. 3-38. Véase también: LEO, Richard. *Police Interrogation and American Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

En cuanto a las *técnicas* empleadas para abordar e interrogar a un imputado se han documentado diferentes formas de encarar el interrogatorio policial y las técnicas en particular que se emplean.⁴⁰ En esta materia el ejemplo paradigmático es la ya conocida técnica *Reid*,⁴¹ sin perjuicio de que han surgido otras orientadas a desarrollar mejores prácticas en la obtención de información.⁴² Aunque por extensión no puedo detallar estas técnicas, deseo destacar que la cuestión de las técnicas utilizadas no es baladí, pues aquello podría acabar determinando los resultados de la actividad investigativa.⁴³

A pesar de la importancia de las técnicas de interrogación que utilizan las policías, en Chile no se cuenta con información sobre este

⁴⁰ Por ejemplo, algunas regulaciones provenientes de países europeos pueden verse en: MALSCH, Marijke; DE BOER; Meike. Interviews of Suspects of Crime. In: BROWN, Darryl; TURNER, Jenia; WEISSER, Bettina (eds.). *The Oxford Handbook of Criminal Process*. New York: Oxford University Press, 2019, pp. 327-337.

⁴¹ Para un detalle sobre los diferentes pasos que involucra esta técnica, véase: KOZINSKI, Wyatt. The Reid interrogation technique and false confessions: a time for change, pp. 311-312.

⁴² Por ejemplo, véase: MALSCH, Marijke; DE BOER; Meike. Interviews of Suspects of Crime. In: BROWN, Darryl; TURNER, Jenia; WEISSER, Bettina (eds.). *The Oxford Handbook of Criminal Process*. New York: Oxford University Press, 2019, pp. 319-325. DIXON, David. Interrogation Law and Practice in Common Law Jurisdictions. In: BROWN, Darryl; TURNER, Jenia; WEISSER, Bettina (eds.). *The Oxford Handbook of Criminal Process*. New York: Oxford University Press, 2019, pp. 358-363. Asimismo, vale mencionar el desarrollo de los denominados “Principios Méndez” en 2016 por parte del Relator Especial de Naciones Unidas sobre Tortura en su último informe a la Asamblea General de la ONU con la finalidad de mejorar entrevistas y recopilación de información en investigaciones. Véase: https://www.apt.ch/sites/default/files/inline-files/Principles%20on%20Effective%20Interviewing%20for%20Investigations%20and%20Information%20Gathering_web_2021_05_2.pdf (visitado el 31/07/2022)

⁴³ Por ejemplo, véase: SIMON, Dan. *In Doubt: The psychology of the criminal justice process*. London: Harvard University Press, 2012, p. 37. El autor citado describe un estudio en que se simulaba un interrogatorio. Entre los hallazgos, aquellos que participaron como interrogadores, a quienes se les hizo creer en una mayor probabilidad de culpabilidad del interrogado, hicieron preguntas que hacían presumir la responsabilidad de este. A su vez, dichas preguntas provocaron respuestas que hicieron que el interrogado pareciera más culpable.

punto.⁴⁴ Durante el desarrollo de este trabajo, el autor solicitó a la Policía de Investigaciones de Chile información relativa a los planes de estudio y materiales en que se aborden las temáticas relativas a la interrogación de imputados y las técnicas particulares que se enseñan. La respuesta de la institución indica que en la carrera de Investigador Policial de la Escuela de Investigaciones Policiales (ESCIPO) se trata la temática de la *entrevista policial* en un curso que aborda diversas actividades y procesos de una investigación policial. En seguida, se precisa que se abordan elementos éticos, legales, normativos y procedimentales asociados a la *entrevista policial* de víctimas, denunciantes, testigos e imputados, donde fundamentalmente se enseña a través de la legislación vigente en Chile, sin que se explicitara alguna técnica o metodología en particular.⁴⁵ Aún no ha sido posible obtener información de Carabineros de Chile sobre este punto.

1.3. GRUPOS ESPECIALMENTE VULNERABLES

Un segundo nudo problemático en la práctica de los interrogatorios policiales tiene que ver con ciertos grupos de personas que, por diversas razones, serían especialmente susceptibles de entregar una confesión falsa. Entre ellos, personas con discapacidades mentales o trastornos psiquiátricos,⁴⁶ menores de edad altamente sugestionables,⁴⁷ personas con escasa o nula educación, entre otros.

⁴⁴ Riego sostiene que, si bien la legislación chilena se ve influenciada por las reglas Miranda de Estados Unidos, el nivel de profesionalismo de las policías chilenas no alcanza al desarrollo de métodos sofisticados de interrogación, véase: RIEGO, Cristian. Confesiones frente a la policía en el proceso penal chileno, p. 283. También: CASTILLO, Ignacio. Enjuiciando al proceso penal chileno desde el inocentrismo (algunos apuntes sobre la necesidad de tomarse en serio a los inocentes), p. 272.

⁴⁵ Respuesta a Solicitud de Acceso a la Información Pública de la Policía de Investigaciones de Chile, de fecha 05 de mayo de 2022 (Solicitud N° AD010T0015998). El documento puede ser accedido a requerimiento.

⁴⁶ SCHATZ, Samson. Interrogated with intellectual disabilities, The risks of false confession, pp. 643-690; MOGAVERO, Melanie Clark. An exploratory examination of intellectual disability and mental illness associated with alleged false confessions, pp. 1-18.

⁴⁷ LAMONTAGNE, Laurel. Children under pressure: The problem of juvenile false confessions and potential solutions, pp. 29-56. Redlich, 2010: 943-957;

Un caso que permite entender el problema es el de Brendan Dassey, de 16 años al momento de su confesión.⁴⁸ El caso tuvo lugar en Manitowoc County, Wisconsin, Estados Unidos. Tras recibir una información que involucraba a Brendan en la comisión de un delito grave, la policía lo abordó y sometió a diversas jornadas de interrogatorios. Además de haber interrogado a Brendan sin la presencia de ningún adulto responsable, los investigadores utilizaron un lenguaje sumamente complejo, por ejemplo, en la forma en que se le leyeron los derechos Miranda, el tipo de preguntas utilizadas, la forma de hacer las preguntas (pausando, reiterando, dejando oraciones inconclusas, etc.).⁴⁹ Todo aquello tuvo resultados desastrosos, considerando las dificultades cognitivas e impedimentos del lenguaje que afectaban a Brendan, quien tenía una edad mental mucho menor que su edad cronológica y un cociente intelectual bajísimo. En definitiva, confesó un delito que nunca cometió.

En Chile, vale mencionar que en materia de interrogatorios del imputado adolescente existe una disposición especial que brinda una protección reforzada a este *grupo vulnerable*. Así, el artículo 31 de la Ley N° 20.084 sobre Responsabilidad Penal Adolescente establece, a propósito de la detención en caso de flagrancia, que el adolescente “*sólo podrá declarar ante el fiscal en presencia de un defensor (...)*”. En otras palabras, la policía no podría obtener declaraciones del imputado adolescente, sino que estas deben producirse ante el fiscal y siempre con presencia de un defensor.⁵⁰

Por otro lado, la jurisprudencia no ha tenido un rol relevante en pronunciarse respecto a otros grupos vulnerables de los identificados en los estudios en la materia, a pesar de que han llegado casos a su conocimiento en que personas con situaciones especiales de necesidad, como personas

SCHATZ, Samson. Interrogated with intellectual disabilities, The risks of false confession, pp. 655-687.

⁴⁸ El caso forma parte de la serie de Netflix llamada “Making a Murderer”.

⁴⁹ Véase: LAVIGNE, Michelle; MILES, Sally. Under the Hood: Brendan Dassey, language impairments, and judicial ignorance, pp. 873-947.

⁵⁰ Sobre esta regulación, véase COUSO, Jaime; DUCE, Mauricio. *Juzgamiento penal de adolescentes*. Santiago: LOM Ediciones, 2013, pp. 244-260. Se trata de un estudio en materia de derecho penal adolescente que da cuenta de la regulación legal y también de tendencias jurisprudenciales en materia de renuncia al derecho a no autoincriminarse.

afectadas por una privación social y cultural o personas analfabetas que han confesado ante la policía. Sobre estos casos se volverá en *infra* 3.2.

2. DECLARACIONES DEL IMPUTADO ANTE LA POLICÍA EN EL PROCESO PENAL CHILENO: REGULACIÓN LEGAL Y ALGUNOS DEBATES DOCTRINARIOS

La manera en que la policía puede obtener la declaración del imputado mayor de edad se encuentra expresamente regulada en el artículo 91 CPP, en términos que “la policía sólo podrá *interrogar autónomamente* al imputado *en presencia de su defensor*”, de lo contrario las preguntas se limitarán a constatar su identidad. Ahora bien, es posible que sin la presencia del defensor el imputado manifieste su deseo de *declarar*, caso en el cual “la policía tomará las medidas necesarias para que declare inmediatamente *ante el fiscal*”. Si no fuese posible declarar ante el fiscal, la norma indica que “la policía podrá *consignar las declaraciones que el imputado se allanare a prestar, bajo la responsabilidad y con la autorización del fiscal*”. Finaliza indicando que “el defensor podrá incorporarse siempre y en cualquier momento de la diligencia”.⁵¹

Esta institución no ha sido tratada exhaustivamente en la literatura chilena.⁵² Mientras que algunas obras no abordan el tema,⁵³ otras lo hacen desde una perspectiva estrictamente normativa, limitándose a exponer la

⁵¹ Junto al artículo 91, otras normas también se relacionan con la declaración del imputado ante la policía, como los artículos 93 letra g), 98, 194 y 195 CPP, entre otros. Al respecto véase: MEDINA, Gonzalo. Primera declaración del imputado y el derecho a no declarar en perjuicio propio. In: COLOMA, Rodrigo (ed.). *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal Oral*. Santiago: Lexis Nexis, 2004, pp. 48 y ss.

⁵² La literatura revisada consideró fuentes bibliográficas desde el año 2000, donde se concentra una gran cantidad de libros dada la entrada en vigor del sistema procesal penal acusatorio, hasta artículos académicos del año 2019. Es posible advertir un declive de publicaciones sobre esta materia entre los años 2007 y 2018.

⁵³ Por ejemplo, ORTIZ, Enrique; MEDINA, Marco. *Manual del nuevo proceso penal*. Santiago: Librotecnia, 2005. GAJARDO, Tania; HERMOSILLA, Francisco. *Manual de Procesal Penal*. Santiago: Der Ediciones, 2021.

regulación contenida en el CPP sin profundizar en la disposición.⁵⁴ Otro grupo de fuentes han estudiado la institución para evidenciar problemas en la regulación, en su aplicación práctica, en cuestiones probatorias, proponiendo reformas, etc.

Entre estas últimas, se ha sostenido que la norma contempla tres hipótesis bajo las cuales el imputado puede declarar ante la policía,⁵⁵ aunque

⁵⁴ Entre ellos: PFEFFER, Emilio. *Código Procesal Penal*. Anotado y concordado. Santiago: Editorial jurídica, 2006 y CERDA, Rodrigo; HERMOSILLA, Francisco. *El código procesal penal*. Comentarios, concordancias y jurisprudencia. Santiago: Librotecnia, 2006. CAROCCA, Álex. *El nuevo sistema procesal penal*. Santiago: Lexis Nexis, 2005, pp. 92-92 y pp. 107-108; CASTRO, Javier. *Introducción al derecho procesal penal chileno*. Santiago: Lexis Nexis, 2006, p. 207; CERDA, Rodrigo: *Manual de nuevo sistema de justicia criminal*. Santiago: Librotecnia, 2005, pp. 26-27; MATURANA, Cristian; MONTERO, Raúl. *Derecho procesal penal*. Tomo I. Santiago: Abeledo Perrot, 2010, pp. 247-248 y pp. 299-302; NAVARRO, Roberto. *Derecho procesal penal chileno*. Tomo I. Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2019, pp. 494-501. CHAHUÁN, Sabas. *Manual del nuevo procedimiento penal*. Santiago: Abeledo Perrot, 2012, pp. 116-117; CORREA, Jorge. *Curso de derecho procesal penal*. Santiago: Ediciones jurídicas de Santiago, 2003, pp. 70-71; MEDINA, Rodrigo; MORALES, Luis; DORN, Carlos. *Manual de derecho procesal penal*. Santiago: Lexis Nexis, 2005, pp. 241-242; NÚÑEZ, Cristóbal. *Tratado del proceso penal y del juicio oral*. Tomo I. Introducción al estudio del proceso penal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001, pp. 187-188; NAVARRO, Roberto. *Criterios de actuación jurídica del Ministerio Público*. Santiago: Librotecnia, 2017, p. 81 (Aunque se refiere en mayor medida declaración ante fiscalía, señala como recomendable que dicha declaración se tome ante un auxiliar del Ministerio Público y de la Policía. Para una visión crítica de esta práctica, véase: HERNÁNDEZ, Héctor. *Contra los Testimonios de Oídas Preconstituidos*. In: BLANCO, Rafael; IRURETA, Pedro (Eds.). *Justicia, Derecho y Sociedad* (libro en memoria de Maximiliano Prado Donoso). Santiago: Ediciones Universidad Alberto Hurtado, 2014, pp. 17-57.

⁵⁵ Por ejemplo, véase: DUCE, Mauricio; RIEGO, Cristian. *Introducción al Nuevo sistema Procesal Penal*. Santiago: Universidad Diego Portales, 2002, p. 162; MEDINA, Gonzalo. Primera declaración del imputado y el derecho a no declarar en perjuicio propio. In: COLOMA, Rodrigo (ed.). *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal Oral*. Santiago: Lexis Nexis, 2004, p. 48; OLIVER, Guillermo. Facultades autónomas de la policía en el sistema procesal penal chileno, p. 64; POBLETE, Orlando. El interrogatorio policial autónomo y el derecho al silencio y a la no autoincriminación. In: Libertad y Desarrollo (Ed.). *Sentencias destacadas*. Anuario de jurisprudencia: una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas. Santiago: Libertad y Desarrollo, 2004, p. 242; ZAPATA, María Francisca. *La prueba ilícita*. Santiago: Lexis Nexis, 2004, p. 279; ZAPATA, María Francisca. El cinturón de seguridad del derecho a guardar silencio/

en estricto rigor solamente dos de ellas se materializan auténticamente ante la policía. La primera hipótesis, corresponde al interrogatorio policial en presencia del defensor. La segunda, ocurre cuando, sin presencia del defensor, el imputado manifiesta su voluntad de declarar y la policía toma las medidas para que lo haga ante el fiscal. La tercera hipótesis ocurre cuando, sin presencia del defensor y sin que sea posible que el imputado declare inmediatamente ante el fiscal, este autoriza a la policía para obtener dicha declaración, bajo su responsabilidad. Todas las cuales tienen como condición subyacente que la declaración se haya prestado voluntariamente.

Aunque no puedo detenerme en todos los debates existentes en torno a la institución, deseo enfatizar algunos de ellos. Uno que no ha sido objeto de especial preocupación tiene que ver con el alcance y significado de la disposición *bajo responsabilidad y con autorización del fiscal* contenida en el artículo 91 CPP. Mientras la mayoría de los autores no se pronuncian sobre el punto, una parte de la doctrina atribuye a esta frase la obligación del fiscal de garantizar la exclusión de métodos prohibidos de interrogación y, además, la obligación de preconstituir prueba de las circunstancias en las cuales se obtuvo la declaración policial, siendo algo así como una norma de carga de la prueba sobre la legitimidad de la declaración en caso de impugnación por parte del imputado.⁵⁶ Sobre el mismo punto, la doctrina se ha preguntado por cómo debe ser dicha delegación, esto es, si puede ser general o debe ser específica, si debe hacerse al tomar la declaración o puede ser dada de manera anticipada. De igual forma, ha surgido la pregunta sobre cómo controlar el hecho de que el imputado ha manifestado su voluntad de declarar y cómo se debe registrar aquello que declara.⁵⁷ Este último punto aparece del todo relevante a la luz del problema de las confesiones falsas, por lo que debiese ser un lugar donde la legislación chilena ponga atención.

prestar declaración del detenido: la intervención oportuna y efectiva del defensor, p. 284.

⁵⁶ Véase: DUCE, Mauricio; RIEGO, Cristian. *Introducción al Nuevo sistema Procesal Penal*. Santiago: Editorial, 2002, pp. 163-164; ZAPATA, María Francisca. *La prueba ilícita*. Santiago: Lexis Nexis, 2004, p. 93.

⁵⁷ RIEGO, Cristian. Confesiones frente a la policía en el proceso penal chileno, pp. 278-279.

Otro aspecto tiene que ver con las consecuencias probatorias de la inobservancia a las reglas establecidas en el artículo 91 CPP, esto es, si es posible utilizar en el juicio oral el contenido de declaración del imputado prestada ante la policía cuando ha existido inobservancia a tales reglas.⁵⁸ Una postura sostiene que las declaraciones del imputado ante la policía, obtenidas sin presencia del defensor, sin la autorización previa del fiscal, sin advertencia de derechos u obtenida con otra infracción a la normativa aplicable no debiesen ser consideradas para fundar una condena.⁵⁹ Otra posición, en cambio, sostiene que, en caso de inobservancia a tales reglas, esta declaración podría ser valorada por el tribunal de fondo, pues se trataría de un supuesto de prueba ilegal, pero no de prueba ilícita.⁶⁰

⁵⁸ A pesar de que la respuesta podría parecer sencilla, se trata de una disposición que no es de naturaleza probatoria, sino que es más bien una regla de trato respecto del imputado, pero cuya infracción tendrá incidencias probatorias. Sobre esta distinción, véase: WILENMANN, Javier. El tratamiento del autofavorecimiento del imputado. Sobre las consecuencias sustantivas del principio de no autoincriminación, p. 120.

⁵⁹ Entre otros, sosteniendo que se trata de un caso de prueba ilícita, siendo aplicable la regla de exclusión de pruebas, véase: HERNÁNDEZ, Héctor. *La exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno*. Colección de Investigaciones Jurídicas Universidad Alberto Hurtado. Santiago: Universidad Alberto Hurtado, 2002, p. 98; POBLETE, Orlando. Sobre el derecho de los funcionarios policiales a declarar en el juicio oral sobre lo que los imputados habían declarado ante ellos al momento de su detención. In: Centro de Documentación Defensoría Penal Pública. *Doctrina Procesal Penal 2001-2003*. Santiago: Defensoría Penal Pública, 2003, p. 67; POBLETE, Orlando. El interrogatorio policial autónomo y el derecho al silencio y a la no autoincriminación. In: Libertad y Desarrollo (Ed.). *Sentencias destacadas*. Anuario de jurisprudencia: una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas. Santiago: Libertad y Desarrollo, 2004, pp. 237 y ss.; ZAPATA, María Francisca. *La prueba ilícita*. Santiago: Lexis Nexis, 2004, p. 93. Véase también: DUCE, Mauricio; RIEGO, Cristian. *Proceso Penal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007, pp. 161-165; HORVITZ, María Inés; LÓPEZ, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 92; OLIVER, Guillermo. Facultades autónomas de la policía en el sistema procesal penal chileno, p. 64; ZAPATA, María Francisca. El cinturón de seguridad del derecho a guardar silencio/prestar declaración del detenido: la intervención oportuna y efectiva del defensor, pp. 255-256.

⁶⁰ TAVOLARI, Raúl. *Instituciones del nuevo proceso penal*. Santiago: Editorial jurídica de Chile, 2005, p. 175. El autor sostiene que se trata de un caso de prueba ilegal (obtenida con vulneración de una norma procesal), pero no un caso de prueba ilícita (obtenida con vulneración de una norma que establece

Especificando que sería posible la valoración de la declaración siempre que haya existido concurrencia voluntaria del imputado al cuartel policial, espontaneidad y voluntariedad en su declaración, ausencia indiscutida de toda coacción física o moral ejercida sobre quien declara, y completa falta de engaño por parte de los agentes o buena fe de su actuar.⁶¹

Otro debate que interesa para efectos de la posterior revisión de sentencias tiene que ver con las denominadas *declaraciones espontáneas*, donde es posible encontrar tres posiciones en la doctrina. La primera, sostiene que no se vislumbran problemas en que se valore en juicio oral la información que los funcionarios policiales escucharon decir al sujeto durante el desarrollo de las funciones de investigación, particularmente antes y durante la aprehensión.⁶² Por ejemplo, cuando la policía ingresa a un lugar y en su interior encuentran a un sujeto junto a un cadáver, quien al ver a la policía señala “yo lo maté”.⁶³ Una vez que ha tenido lugar la aprehensión, señala esta posición, se debe proceder conforme a las reglas del artículo 91 CPP.⁶⁴ En mi opinión, esta posición no se sustenta, ya que erróneamente exige la aprehensión como requisito de aplicación del artículo 91 CPP. Vale mencionar que las policías chilenas y el Ministerio Público tienen esta lectura de la norma, pues de revisión del Manual Interinstitucional de Primeras Diligencias, cuando se refiere al artículo 91 CPP, lo reconstruyen de manera tal que se entiende aplicable únicamente al caso del imputado detenido.⁶⁵

derechos fundamentales), afirmando que es posible la incorporación y valoración de una declaración obtenida en dichas condiciones.

⁶¹ TAVOLARI, Raúl. Sobre la eficacia probatoria de los testigos de oídas acerca de dichos del imputado, p. 209 y TAVOLARI, Raúl. *Instituciones del nuevo proceso penal*. Santiago: Editorial jurídica de Chile, 2005, p. 173.

⁶² TAVOLARI, Raúl. *Instituciones del nuevo proceso penal*. Santiago: Editorial jurídica de Chile, 2005, p. 170.

⁶³ TAVOLARI, Raúl. *Instituciones del nuevo proceso penal*. Santiago: Editorial jurídica de Chile, 2005, p. 170.

⁶⁴ TAVOLARI, Raúl. *Instituciones del nuevo proceso penal*. Santiago: Editorial jurídica de Chile, 2005, p. 171.

⁶⁵ Véase: https://www.pdichile.cl/docs/default-source/default-document-library/primeras-diligencias5each9479a6940f592c703d7b9bb43d8.pdf?sfvrsn=a6984eed_2 (visitado el 10/05/2022)

La segunda postura, niega totalmente la posibilidad de utilizar y valorar las *declaraciones espontáneas* en juicio oral,⁶⁶ pues aquello pasaría por alto el artículo 91 CPP, que se preocupa de regular minuciosamente de qué manera debe concretarse la declaración del imputado ante la policía, cuyas hipótesis dan por supuesto el consentimiento expreso e informado del imputado, lo que no ocurriría en estos casos, ya que la declaración espontánea tiene lugar antes de que se le informen sus derechos. De permitirse estas declaraciones se violentarían derechos y garantías del imputado además de incentivar la obtención de confesiones,⁶⁷ que es precisamente lo que la normativa busca evitar.⁶⁸ En mi opinión, esta postura es sumamente formalista y en ese sentido restrictiva si se mira desde el punto de vista de cómo responde al balance de la tensión eficiencia y garantía, por lo que podría ser inadecuada al restringir excesivamente los intereses estatales en la persecución penal.

La tercera postura es intermedia y, quienes la sostienen, plantean distinguir si quien hace una *declaración espontánea* “era o no sospechoso” al momento de hacerla. Así, si la persona sospechosa hace una manifestación espontánea, la policía debe abstenerse de hacer preguntas, informarle de su derecho a guardar silencio, limitarse a consultar por su identidad y toda información que exceda de aquello contravendría el estatuto del artículo 91 CPP y sería prueba obtenida con infracción de garantías procesales.⁶⁹

⁶⁶ Esta posición es sostenida, entre otros, por POBLETE, Orlando. El interrogatorio policial autónomo y el derecho al silencio y a la no autoincriminación. In: Libertad y Desarrollo (Ed.). *Sentencias destacadas*. Anuario de jurisprudencia: una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas. Santiago: Libertad y Desarrollo, 2004., pp. 68-70.

⁶⁷ SALAS, Jaime. *Problemas del proceso penal*. Santiago: Librotecnia, 2019, pp. 417-418.

⁶⁸ AGUILAR, Cristian. *Código Procesal Penal*. Comentado y Concordado, Breves reseñas jurisprudenciales. Tomo I. Santiago: Ediciones Metropolitana, 2001, p. 194; ZAPATA, María Francisca. *La prueba ilícita*. Santiago: Lexis Nexis, 2004, p. 93; HORVITZ, María Inés; LÓPEZ, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 97.

⁶⁹ HERMOSILLA, Francisco. *Valoración de las declaraciones de acusados y coimputados*. Santiago: Librotecnia, 2019, pp. 52-56; MIRANDA, Manuel; CERDA, Rodrigo; HERMOSILLA, Francisco. *Práctica de la prueba en el juicio oral*. Su valoración y el estándar del “más allá de toda duda razonable”. Santiago: Librotecnia, 2012, pp. 119-120.

Luego, si la persona no sospechosa efectúa una manifestación espontánea con contenido autoincriminatorio, la policía no tendría obligación de señalarles sus derechos, reconociendo eficacia probatoria en el juicio oral a dicha declaración por medio de la declaración de los policías que la hayan escuchado.⁷⁰ Aunque la distinción tiene sentido, esta posición se sustenta en una categoría o calidad que no se contempla en Chile, ni tampoco justifican qué se entiende por sospechoso y cómo se distinguiría del imputado. En ese sentido, me parece poco adecuada para los casos difíciles, donde podría aumentar las dudas más que otorgar certezas. Sobre el problema de las declaraciones espontáneas se profundizará en 3.1.1.

Por último, deseo constatar que la norma del artículo 91 CPP ha sido analizada previamente desde la mirada de las condenas erróneas y algunos autores han presentado interesantes reflexiones y recomendaciones en torno a la regulación. Duce da cuenta de diversos problemas en torno a esta, como que las declaraciones policiales sean tomadas sin resguardos que permitan registrar de manera fidedigna las condiciones bajo las cuales se prestaron, la práctica del Ministerio Público de incorporar la declaración del imputado mediante testigos de oídas,⁷¹ el problema de

⁷⁰ MIRANDA, Manuel; CERDA, Rodrigo; HERMOSILLA, Francisco. *Práctica de la prueba en el juicio oral*. Su valoración y el estándar del “más allá de toda duda razonable”. Santiago: Librotecnia, 2012, pp. 120-121.

⁷¹ Esta discusión parece ser relevante y ocupar parte importante de la literatura. A modo ejemplar, a favor de esta postura véase: CORREA, Carlos. Valoración del silencio del imputado en el proceso penal. Derecho alemán y derecho chileno, p. 258; DUCE, Mauricio; RIEGO, Cristian. *Proceso Penal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 170; HORVITZ, María Inés; LÓPEZ, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 92 (favorables, pero reconocen riesgo de pasar por alto protecciones del art. 91); TAVOLARI, Raúl. *Instituciones del nuevo proceso penal*. Santiago: Editorial jurídica de Chile, 2005, pp. 168-169; NAVARRO, Roberto. *Derecho procesal penal chileno*. Tomo I. Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2019, p. 196 (reconoce como práctica asentada, pero de legitimidad discutible); MIRANDA, Manuel; CERDA, Rodrigo; HERMOSILLA, Francisco. *Práctica de la prueba en el juicio oral*. Su valoración y el estándar del “más allá de toda duda razonable”. Santiago: Librotecnia, 2012, p. 141 (niega totalmente cuando imputado es menor de edad). En contra, MEDINA, Gonzalo. Primera declaración del imputado y el derecho a no declarar en perjuicio propio. In: COLOMA, Rodrigo (ed.). *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal Oral*. Santiago: Lexis Nexis, 2004, pp. 64-65; POBLETE, Orlando. El interrogatorio policial autónomo y el derecho al silencio y a la no autoincriminación. In: Libertad y

quien tiene la carga probatoria ante la existencia de apremios en cuarteles policiales, entre otros.⁷² En cuanto a recomendaciones, Castillo sostiene que tres serían las mejoras centrales que debiesen producirse en Chile para prevenir las condenas de inocentes: transparencia en cuanto a los métodos de interrogación utilizados por las policías, exigir que la renuncia del derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse se realice a través de una manifestación expresa y que incluya el conocimiento completo del alcance del derecho, y que las confesiones sean grabadas íntegramente.⁷³

3. UNA APROXIMACIÓN AL ASUNTO DESDE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE CHILE

En el presente apartado, a partir de algunos casos resueltos por la Corte Suprema conociendo recursos de nulidad por infracción sustancial de garantías fundamentales con base en el artículo 373 letra a) del CPP,⁷⁴

Desarrollo (Ed.). *Sentencias destacadas*. Anuario de jurisprudencia: una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas. Santiago: Libertad y Desarrollo, 2004, p. 248; SALAS, Jaime. *Problemas del proceso penal*. Santiago: Librotecnia, 2019, p. 417. Asimismo, existen prácticas aún más reñidas, como el hecho de que el Ministerio Público cite a funcionarios policiales a sus dependencias para que presencien la declaración de imputados, para un análisis crítico de esta práctica véase: HERNÁNDEZ, Héctor. *Contra los Testimonios de Oídas Preconstituidos*. In: BLANCO, Rafael; IRURETA, Pedro (Eds.). *Justicia, Derecho y Sociedad* (libro en memoria de Maximiliano Prado Donoso). Santiago: Ediciones Universidad Alberto Hurtado, 2014.

⁷² DUCE, Mauricio. ¿Debiéramos preocuparnos de la condena de inocentes en Chile? Antecedentes locales y comparados para el debate, pp. 109-110.

⁷³ CASTILLO, Ignacio. Enjuiciando al proceso penal chileno desde el inocentrismo (algunos apuntes sobre la necesidad de tomarse en serio a los inocentes), pp. 265-272.

⁷⁴ Los casos que aquí se revisan corresponden a recursos de nulidad por infracción sustancial de derechos o garantías fundamentales. Se regula en el artículo 373 letra a) CPP y permite anular el juicio oral y la sentencia “cuando, en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento mismo de la sentencia, se hubieren infringido *sustancialmente* derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes”. Aunque los casos aquí expuestos solo corresponden a dicha causal, vale tener presente que la legislación chilena también permite deducir el recurso por errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo (artículo 373 letra

se intentará describir y analizar críticamente algunas prácticas policiales (utilizando las sentencias como fuente secundaria o indirecta) y criterios jurisprudenciales (utilizando las sentencias como fuente directa u objeto de análisis propiamente tal) que se han originado a propósito de la institución del artículo 91 CPP.

En la obtención de las sentencias que se presentarán me he valido de las bases de datos de jurisprudencia vLex y Microjuris.⁷⁵ Obtuve preliminarmente 103 sentencias, las cuales fueron sometidas a un proceso de depuración a fin de eliminar decisiones repetidas, inaccesibles o erróneamente clasificadas por dichas bases de datos, así como aquellas que, aunque citando el artículo 91 CPP, no resolvían ningún aspecto sustantivo de este.⁷⁶ Tras la depuración, trabajé sobre un total de 56 sentencias que fueron agrupadas temáticamente en atención al aspecto o aspectos que resolvían en torno a la institución en estudio (es decir, existen sentencias que trataban problemas vinculados a más de una temática, por lo que pueden estar agrupadas bajo más de una de estas temáticas).⁷⁷ Pese a

b) CPP) y también existen otros defectos que la ley considera motivos absolutos de nulidad (artículo 374 CPP).

⁷⁵ En la plataforma vLex, utilicé la opción de búsqueda que permite acceder directamente a todas las sentencias que citan el artículo 91 CPP y a las que se encuentran etiquetadas bajo “declaración del imputado” y “confesión”. En la plataforma Microjuris, pese a ser más limitada en sus opciones de filtro, me permitió acceder a diversas sentencias mediante el uso de diversas combinaciones de las siguientes palabras clave: “declaración policial”, “confesión”, “confesión espontánea”, “renuncia al derecho a guardar silencio”, “interrogatorio policial” y “declaración del imputado”. El listado de sentencias preliminarmente revisadas se encuentra disponible en: https://figshare.com/articles/dataset/Listado_sentencias_art_91_-_VBR_xlsx/20444715

⁷⁶ Por ejemplo, he dejado fuera de la muestra aquellas sentencias que declaraban inadmisibles el recurso de nulidad por falta de preparación o aquellos que, sin declararlo inadmisibles, reconducían la causal a aspectos de valoración de la prueba y luego remitían el caso a la Corte de Apelaciones respectiva. Asimismo, he dejado fuera aquellas sentencias que, pese a citar el artículo 91, no se pronunciaban por ningún aspecto de la institución, sino que resolvían cuestiones previas como la legalidad del control de identidad, de la detención o de alguna medida intrusiva.

⁷⁷ Las temáticas de agrupación fueron las siguientes: “Generalidades sobre obtención de la declaración conforme al art. 91 CPP”, “Imputado y otras calidades”, “Productos derivados de la confesión”, “Reiteración de la confesión”, “Renuncia al silencio y presencia del abogado” “Incorporación de la

que la búsqueda original abarcaba desde el año 2000 hasta el 2021, las sentencias que componen la muestra han sido pronunciadas entre los años 2010 y 2021.

En lo que sigue, se presentarán 31 de estas sentencias.⁷⁸ Primero, se revisarán diversas situaciones a propósito de encuentros con la policía. Luego, se explorará la cuestión de la presencia del abogado defensor durante el interrogatorio y la renuncia al derecho a guardar silencio. Tercero, se presentan casos de reiteración de la confesión.

3.1. ENCUENTROS POLICÍA-CIUDADANO

En el momento en que la policía toma contacto con un ciudadano, este último puede gozar de diversas calidades que, en definitiva, establecen un marco legal que regulará dicha interacción. El caso más claro es el encuentro entre la policía y un ciudadano que ostenta la calidad de imputado, en cuyo caso es evidente que, si se desea obtener una declaración, se deben seguir las reglas del artículo 91 CPP. Ahora bien, es posible problematizar en torno a casos en que la policía interactúa con personas en otros contextos, como el caso de los controles de identidad o de personas que consensualmente interactúan con la policía. Al mismo tiempo, es posible que personas distintas a la policía obtengan una declaración inculpativa de un ciudadano. En lo sucesivo se revisarán algunos casos que ayudarán a ilustrar estos problemas.

3.1.1. DECLARACIONES ESPONTÁNEAS Y ENTREVISTAS INFORMALES DEL IMPUTADO

Existen algunos casos en que el problema fundamental ha sido el siguiente: en el contexto de las denominadas *entrevistas informales*,

declaración mediante testigos de oídas” y “Carga de la prueba sobre condiciones en que se prestó la declaración”.

⁷⁸ Por razones de extensión, no he incluido en este trabajo aquellas sentencias que se pronuncian sobre la incorporación de la declaración del imputado en juicio oral mediante testigos de oídas, aquellas que resolvían sobre la utilización de productos obtenidos de la confesión, aquellas que resolvían aspectos generales de la institución y aquellas que se pronuncian por la cuestión de la carga de la prueba.

el imputado ha efectuado alguna declaración autoincriminatoria ante funcionarios policiales. Estos encuentros o entrevistas preliminares se caracterizan por su informalidad y por ser más similares a una conversación que a un interrogatorio de imputado o a la toma de declaración de un testigo. Se trata de una práctica en virtud de la cual, durante las primeras diligencias de investigación, funcionarios policiales abordan a individuos que pudiesen tener información relevante sobre los hechos que se investigan con la finalidad de obtener información que les permita acotar la investigación, obteniendo una declaración y así continuar con el desarrollo de otras diligencias conducentes al esclarecimiento de los hechos.

Si bien la práctica de las entrevistas informales encuentra fundamento en el ordenamiento jurídico chileno,⁷⁹ solo parece ser lícita cuando a través de ella se aborda a testigos. En cambio, parece ser problemática cuando en ella interviene el imputado. La tensión en estos casos es la siguiente: si bien es claro que el imputado, al tener un encuentro con personal policial, se encuentra protegido por el artículo 91 CPP, la determinación de la calidad de imputado de una persona puede no resultar tan sencilla especialmente durante esta actividad. Entonces, en estos casos la Corte ha debido dilucidar si la información obtenida en dichos contextos es lícita o no, considerando que ha sido obtenida al margen de las reglas del artículo 91 CPP.

De los casos revisados, únicamente en una ocasión la Corte Suprema efectuó reparos y se consideró ilegal obtener declaraciones del imputado en este contexto, bajo el argumento de que quien presta declaración no lo hace de manera libre, espontánea ni informada, pues lo hace antes de la advertencia de derechos.⁸⁰ En los demás, la Corte ha validado el actuar policial bajo la idea de que se trata de *declaraciones espontáneas*, donde no resulta aplicable el artículo 91 CPP en la obtención de dicha declaración.

En ese orden de ideas, la Corte ha sostenido la licitud de la información obtenida por funcionarios policiales, a pesar de que no haya existido advertencia previa de derechos, siempre que el imputado, ante la

⁷⁹ Es funcional a la facultad autónoma contenida en el artículo 83 letra d) del CPP.

⁸⁰ *Ministerio Público con M.A.N.D.* (2015): Corte Suprema, 23 de marzo, Rol N° 1946-2015 (recurso de nulidad).

sola presencia de la policía, haya entregado dicha información. Así, si la policía está desarrollando actividades propias de su quehacer, como las entrevistas informales, lo que manifieste el ciudadano (no imputado hasta ese momento) está fuera de la esfera o ámbito de control del funcionario policial y no es exigible proceder conforme al artículo 91 CPP.

Lamentablemente este criterio no ha sido aplicado de forma consistente en la práctica. Por declaración espontánea debe entenderse aquella que es producida sin ningún estímulo externo y en ausencia de toda forma de coacción, sin embargo, la Corte ha calificado como declaraciones espontáneas a manifestaciones hechas por imputados como consecuencia de una pregunta (aparentemente inofensiva de parte de la policía).⁸¹

En estos, llama la atención que la Corte no reproche el actuar policial. De hecho, en un pronunciamiento, además de validar la actuación, ha afirmado que *“lo informal, coloquial, o apresurado de la formulación de las preguntas o consultas, no libera al agente policial de registrar la información obtenida en esas condiciones, pues su relevancia, utilidad y validez debe ser determinada en primer término por el órgano persecutor, al sopesar si le servirá de sostén válido a una acusación, y luego por los Tribunales, en su caso, tanto al resolver las probanzas que serán admitidas en el juicio oral, como al fundamentar la sentencia definitiva”*.⁸² Es decir, no se efectúa un reparo a la legalidad de la actuación, sino que únicamente se menciona que, pese a tratarse de una práctica informal, esta debe ser registrada.

⁸¹ *Ministerio Público con Yáñez* (2020): Corte Suprema, 10 de febrero, Rol N° 29950-2019 (recurso de nulidad). (al entrevistarse con el imputado, funcionarios policiales le consultaron si mantenía marihuana en su domicilio, a lo que este respondió afirmativamente). *Ministerio Público con Vargas* (2017): Corte Suprema, 28 de diciembre, Rol N° 42335-2017 (recurso de nulidad). (la policía golpeó la puerta de un domicilio para informar a los ocupantes que había un cuerpo sin vida a las afueras, le consultaron a la persona si conocía al fallecido y si sabía que le había pasado, la persona confesó haberle dado muerte). Otros ejemplos: *Ministerio Público con Soto* (2017): Corte Suprema, 23 de noviembre, Rol N° 40286-2017 (recurso de nulidad). *Ministerio Público con Arce* (2010): Corte Suprema, 19 de octubre, Rol N° 6296-2010 (recurso de nulidad). *Ministerio Público con E.P.S.C.* (2014): Corte Suprema, 09 de diciembre, Rol N° 25641-2014 (recurso de nulidad).

⁸² *Ministerio Público con M.A.T.D.* (2014): Corte Suprema, 07 de julio, Rol N° 12494-2013 (recurso de nulidad).

Por otra parte, juzgando únicamente en base a las sentencias revisadas y sin tener acceso a los alegatos propiamente tales, me parece que las defensas penales podrían tener un rol en el rechazo sistemático de esta clase de recursos, principalmente por no orientar correctamente la argumentación de la infracción de garantías. Así, es común que la Corte reconozca la infracción a las disposiciones procesales, pero de todos modos rechaza el recurso por no tratarse de una infracción sustancial que se concrete en la afectación de una garantía específica. Si se revisan los recursos, es común encontrar menciones genéricas al debido proceso y al derecho a defensa,⁸³ a la ausencia del abogado durante la declaración y a cuestiones más bien formales, sin que el foco de la argumentación recaiga sobre la garantía que más fuertemente aparece infringida, es decir, la no autoincriminación.⁸⁴ Este es un punto sumamente relevante, pues parece que no es tan complejo que las defensas puedan acreditar una infracción; sin embargo, a pesar de ello, no se logra acreditar que esta sea *sustancial*, como lo exige el artículo 373 letra a) CPP para anular la sentencia y juicio oral. Por ello, es relevante preguntarse qué es lo que la Corte considera como una infracción sustancial de la no autoincriminación en el contexto de los interrogatorios policiales. Como se verá en los subapartados siguientes, me parece que en el requisito de sustancialidad, la Corte encuentra un espacio de deferencia hacia el trabajo policial.

En fin, considero que en este primer grupo de casos el debate de las sentencias debiese ser más elevado y sofisticado. Así, el análisis no debiese hacerse en función de lo obtenido (si la declaración fue espontánea o no) como lo ha venido haciendo la Corte, sino que debe comenzarse de la pregunta si se debe aplicar o no el artículo 91 CPP para la obtención de dicha declaración. Así, el examen de la Corte debiese versar sobre dos elementos: primero, si la persona que interactúa con la policía tiene o no la calidad de imputado; y, segundo, si lo anterior

⁸³ Por ejemplo, véase: *Ministerio Público con M.A.T.D.* (2014): Corte Suprema, 07 de julio, Rol N° 12494-2013 (recurso de nulidad).

⁸⁴ Por ejemplo, véase: *Ministerio Público con Sepúlveda* (2011): Corte Suprema, 14 de noviembre, Rol N° 9079-2011 (recurso de nulidad). *Ministerio Público con Colombo* (2017): Corte Suprema, 07 de marzo, Rol N° 266-2017 (recurso de nulidad). *Ministerio Público con M.P.H.* (2012): Corte Suprema, 04 de julio, Rol N° 3849-2012 (recurso de nulidad).

es afirmativo, preguntarse si la policía ha efectuado o no preguntas a la persona. La afirmativa de los dos pasos anteriores debiese ser la base para que el tribunal analice si ha existido o no una infracción sustancial a la no autoincriminación. De lo contrario, se abre la puerta para que se obtengan declaraciones autoincriminatorias al margen de la normativa legal vigente y se incremente el riesgo de producir condenas e imputaciones erróneas.

Por ello, se requiere una metodología más sofisticada para analizar los casos de entrevistas informales en que interviene el imputado. A continuación, a modo de propuesta, se presenta una serie de distinciones que permitirían abordar adecuadamente estos escenarios.

Primero, si en el contexto de una entrevista informal, la policía *entrevista* a una persona respecto de quien cuenta con información o elementos que le permitiesen atribuir responsabilidad en un hecho punible, como un llamado anónimo, dichos de otros testigos u otro indicio. En este caso es más bien claro que la persona se encontraría protegida por el estatuto de derechos y garantías del imputado y, en ese sentido, la única forma de obtener una declaración de su parte es mediante las reglas previstas en el artículo 91 CPP.

Segundo, si en el contexto de una entrevista informal, la policía *entrevista* a una persona respecto de quien no cuenta con información o elementos para poder atribuir responsabilidad, pero los obtiene a propósito -precisamente- de la interacción con dicha persona.⁸⁵ En estos casos, al entregar la información incriminatoria, la persona adquiriría la calidad de imputado y surgiría para la policía la obligación de advertirle sus derechos.⁸⁶ Por tanto, en estos casos, la policía debiese detener el relato

⁸⁵ Aunque en esta hipótesis también debiese ser relevante el trato o tipo de preguntas que se efectúa en el contexto de la entrevista informal. Por ejemplo, si la pregunta asume o es tendiente a establecer la culpabilidad o inocencia del propio interrogado, me parece que la persona se encontraría protegida por el estatuto de derechos del imputado.

⁸⁶ La Corte Suprema lo ha entendido así, por ejemplo, véase: *Ministerio Público con Vargas* (2017): Corte Suprema, 28 de diciembre, Rol N° 42335-2017 (recurso de nulidad), donde se discutió si la policía tenía o no el deber de advertir a la imputada de su derecho a guardar silencio, para lo cual fue determinante establecer si, de hecho, esta gozaba o no de la calidad de imputada. Véase también MEDINA, Gonzalo. Primera declaración del imputado y el derecho a no declarar en perjuicio propio. In: COLOMA, Rodrigo (ed.).

del imputado, informarle de sus derechos y luego, en caso de que este manifestare su voluntad de declarar, debiese procederse de conformidad a las reglas del artículo 91 CPP, sea en presencia del defensor, poniéndolo a disposición del fiscal u obteniendo su autorización.

En estos casos, es precisamente la información que entrega la persona la que activa su calidad de imputado y con ello las protecciones respectivas. Así, al no tener antecedentes para atribuir responsabilidad penal a la persona, no era exigible para la policía advertir derechos y proceder conforme al artículo 91 CPP. En cambio, si luego de obtenida la información que transforma a la persona en imputado la policía no detiene su relato y continúa tomándole declaración, sin advertencia de derechos y sin proceder conforme al artículo 91 CPP., dicha información no debiese ser admitida a juicio.

Esta metodología, me parece, permite balancear adecuadamente la tensión fundamental en el proceso penal, permitiendo el trabajo policial investigativo mientras se aseguran los derechos y garantías del imputado. Una postura aún más restringida podría limitar excesivamente las posibilidades de la policía de llevar adelante su investigación, mientras que una postura más amplia menoscabaría los derechos y garantías del imputado al permitir a la policía obtener declaraciones del imputado al margen de la normativa vigente, esto es, sin observar los requisitos y límites que establece la ley, incrementando aún más los riesgos de obtener confesiones falsas.

3.1.2. INTERACCIONES CON PERSONAS SUJETAS A CONTROL DE IDENTIDAD

Es posible encontrar casos en los cuales el ciudadano que interviene en el encuentro policial como interrogado se halla sujeto a algún tipo de control de identidad. La pregunta entonces es determinar si las preguntas realizadas en tal contexto corresponden o no a interrogatorios policiales en los términos del artículo 91 CPP.

La Prueba en el Nuevo Proceso Penal Oral. Santiago: Lexis Nexis, 2004, pp. pp. 49-53 (analizando el deber de información a propósito del artículo 135 CPP y en clave comparada).

En este contexto, existen dos facultades policiales autónomas que parecen ser problemáticas. Primero, el denominado coloquialmente como *control de identidad investigativo*, consagrado en el artículo 85 del Código Procesal Penal, en términos generales permite a funcionarios policiales solicitar la identificación a una persona cuando tenga un indicio de que la persona hubiere cometido, intentado o se dispusiere a cometer un crimen, simple delito o falta, o en caso de que la persona “pudiere suministrar informaciones útiles para la indagación” de un delito.⁸⁷ Este tipo de control permite el registro de vestimentas, equipaje o vehículo de la persona controlada. El segundo, denominado *control de identidad preventivo*, se regula en el artículo 12 de la Ley N° 20.931 y puede ser practicado por la policía a cualquier persona mayor de 18 años que se encuentre en un lugar público o en un lugar privado de libre acceso al público, sin que sea necesario contar con un indicio. Este tipo de control no faculta al registro.⁸⁸

Un aspecto especialmente problemático, tiene que ver con la mutación de un control de identidad *preventivo* a uno *investigativo*. Aunque no hay inconveniente en que ambas facultades de control de identidad sean procedentes ante una misma hipótesis, la Corte ha reprochado esta clase de procedimientos cuando la mutación de control *preventivo* a *investigativo* se ha justificado precisamente en la información dada por la persona controlada a consecuencia de las preguntas de la policía.⁸⁹

⁸⁷ Véase artículo 85 CPP. La norma también permite el control cuando “la persona se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad” o cuando “los funcionarios policiales tengan algún antecedente que les permita inferir que una determinada persona tiene alguna orden de detención pendiente”.

⁸⁸ Un análisis de la actual regulación del control de identidad *preventivo* puede verse en BELTRÁN, Víctor. ¿Existen barreras de acceso al procedimiento de reclamos por controles de identidad preventivos abusivos o denigratorios? Aproximación desde una investigación exploratoria, pp. 93-97.

⁸⁹ *Ministerio Público con Miles* (2018): Corte Suprema, 11 de junio, Rol N° 7513-2018 (recurso de nulidad). Esto se ha reiterado en otro pronunciamiento, donde nuevamente en un control de identidad preventivo se comenzó a interrogar a la persona controlada, mutando el control a uno investigativo en base a las respuestas. La Corte también acogió el recurso de nulidad. Otros casos similares: *Ministerio Público con Soto* (2020): Corte Suprema, 17 de febrero, Rol N° 309-2020 (recurso de nulidad). *Ministerio Público con Vilches* (2021): Corte Suprema, 28 de octubre, Rol N° 22379-2021 (recurso de nulidad).

Por ejemplo, durante un control de identidad *preventivo*, la policía realizó preguntas a la persona controlada y a raíz de la respuesta se realizó un control de identidad *investigativo* y se registraron sus vestimentas y pertenencias, encontrando un arma de fuego. En este caso, la Corte señaló que la policía sobrepasó sus facultades y que en realidad se interrogó a la persona en contravención al artículo 91 CPP. En otro caso, aunque rechazando el recurso por falta de pruebas, una persona sometida a control de identidad y trasladada a la unidad policial, fue consultada por el origen de las especies encontradas en su poder mientras se dirigían a la unidad policial.⁹⁰

Aunque no puedo detenerme con el nivel de detalles que desearía, me parece relevante que estos casos sean analizados con mucho más detalle por la Corte. Si se piensa en el caso de los controles *preventivos*, se trata de una norma que no tiene una finalidad investigativa, sino que limitada a constatar la identidad de la persona controlada y, en caso de detectarse una orden de detención pendiente a su respecto, proceder a la detención. Por ello, no se vislumbra por qué la policía podría realizar preguntas incriminatorias en ese contexto.

Por otro lado, en el caso de los controles *investigativos*, me parece que debe distinguirse en base a la hipótesis invocada por el funcionario policial para efectuar el control. Por ejemplo, cuando el funcionario practica el control a una persona porque tiene un indicio de que esta pudiere *suministrar informaciones útiles para la indagación de un delito*. En este caso, si auténticamente se trata de una persona que es testigo, no se vislumbran problemas en que se proceda a controlar su identidad y, eventualmente a una toma de declaración voluntaria.⁹¹ En cambio, más problemático es el caso en que se invoca esta misma hipótesis, pero se interactúa con quien en realidad es el imputado y en ese contexto se obtiene una declaración autoincriminatoria, me parece que las soluciones debiesen ir en una línea similar a lo propuesto a propósito de las entrevistas informales revisadas precedentemente.

⁹⁰ *Ministerio Público con Vilches* (2021): Corte Suprema, 28 de octubre, Rol N° 22379-2021 (recurso de nulidad).

⁹¹ En la misma línea del artículo 83 d) CPP.

En otras hipótesis, como aquella que faculta al control *investigativo* cuando hay indicio de que la persona “hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta”, me parece posible afirmar que la persona sí tendría la calidad de imputado. En efecto, al invocar el control en dicha hipótesis se estaría de una u otra forma atribuyendo participación en un hecho punible y existiría una primera actuación del procedimiento que sería, precisamente, el control de identidad.⁹² Por tanto, gozando la persona de la calidad de imputado, sería una interacción protegida por las reglas del artículo 91 CPP.

En fin, se trata de un área que parece ser problemática y, en cualquier caso, se hace necesario que la jurisprudencia sea cuidadosa en su revisión. Desde la perspectiva de las condenas e imputaciones erróneas el problema radica en que se genera un espacio para prácticas policiales en que ciudadanos (no necesariamente imputados), entren en contacto con la policía y eventualmente se produzcan preguntas y se obtengan confesiones en tal contexto. Asimismo, otro problema que surge es la posibilidad de que en la práctica se confundan ambos tipos de control, transformándose un control de identidad *preventivo* en uno *investigativo*, a pesar de tener estándares de procedencia distintos (por ejemplo, uno exige indicio y el otro no) y de brindar diferentes facultades a la policía (por ejemplo, el registro de vestimentas, equipaje o vehículos). Así, se constituiría como una zona eventualmente problemática, dando márgenes a amplia discreción de parte de la policía.

3.1.3. CONFESIÓN OBTENIDA POR PERSONAS DISTINTAS A LA POLICÍA

Es posible problematizar con la intervención de personas distintas a la policía en la obtención de la declaración del imputado. En particular, revisaré de manera conjunta casos en que funcionarios de Gendarmería de Chile⁹³ y de

⁹² El artículo 7 del CPP que regula la calidad de imputado señala que puede tratarse de cualquier diligencia o gestión, de investigación, cautelar o *de otra especie*. Véase: HORVITZ, María Inés; LÓPEZ, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002, pp. 223-224.

⁹³ Se trata de la institución a cargo de la atención y vigilancia de recintos penitenciarios en Chile.

guardias municipales de seguridad⁹⁴ que han obtenido confesiones. La pregunta subyacente es si las reglas del artículo 91 CPP se aplican en tales contextos.

En un primer escenario fáctico, para hacer ingreso a un recinto penitenciario, una persona fue sometida a revisión corporal y de rayos x. A consecuencia de la revisión y de preguntas efectuadas por la guardia del recinto, esta confesó y entregó un ovoide que mantenía en su vagina. La defensa sostuvo que el proceder de la funcionaria vulneró el derecho de la imputada a guardar silencio y a no autoincriminarse, lo que se produjo al momento que funcionarios de Gendarmería de Chile solicitó a la imputada que contestara las preguntas que le formulaba, realizando un interrogatorio sin la presencia de un defensor y sin delegación de un fiscal.⁹⁵ En un segundo escenario, un guardia municipal tomó detenido al acusado para luego ponerlo a disposición de la policía. En el tiempo intermedio interrogó al detenido sobre la maleta que estaba portando y su contenido.⁹⁶ Por último, otro guardia municipal de seguridad detuvo a una persona y realizó diversas actividades de investigación: la interrogó, registró sus vestimentas, levantó evidencias y realizó un reconocimiento de imputados.⁹⁷

Desde un punto de vista formal, en estos casos la confesión fue obtenida por personas que no tienen la calidad de *policía*. En el caso del ingreso al recinto penitenciario, la Corte estimó que las preguntas realizadas por la funcionaria de Gendarmería no guardaban relación con una investigación criminal, ya que no se tenía noticias de la perpetración del delito, sino que su actuación se enmarcaba en lo relativo al control de acceso al recinto carcelario. La Corte estimó que se trataba de una manifestación voluntaria de la imputada y por ende no se afectaron derechos en la obtención de la confesión.

⁹⁴ Se trata de funcionarios que, sin ser policías para efectos de la ley procesal penal, contribuyen a temas relativos a la seguridad ciudadana y el orden público dentro de una comuna y bajo la dirección de la Municipalidad.

⁹⁵ *Ministerio Público con V.G.E.R.* (2013): Corte Suprema, 26 de agosto, Rol N° 4672-2013 (recurso de nulidad).

⁹⁶ *Ministerio Público con Queupan* (2020): Corte Suprema, 09 de octubre, Rol N° 104209-2020 (recurso de nulidad).

⁹⁷ *Ministerio Público con Fuenzalida* (2021): Corte Suprema, 31 de mayo, Rol N° 17414-2021 (recurso de nulidad).

En los casos de guardias municipales surgen algunos puntos relevantes, aunque al mismo tiempo ambivalentes. Primero, la Corte ha afirmado que, en virtud de la horizontalidad en la vigencia y respeto de derechos fundamentales, los particulares sí pueden afectar tales derechos. Segundo, si bien se reafirma el poder de los particulares para detener en flagrancia, también afirma que existen actividades investigativas cuya dirección y realización solo competen al Ministerio Público y las policías, como es -precisamente- interrogar al detenido. Por último, sostuvo que no cualquier actuación de particulares tiene como consecuencia la exclusión de pruebas por infracción de garantías, pues se requiere, a lo menos, que el particular *subroge* a un agente estatal, sea de facto o siguiendo sus órdenes, al realizar actuaciones o diligencias propias de la investigación.

En el caso del ingreso al recinto penitenciario, la solución parece adecuada: primero, porque la pregunta se enmarca no en un contexto investigativo; segundo, porque antes de efectuar la pregunta no existían antecedentes que permitiesen entender que la persona tenía la calidad de imputada, siendo pregunta al margen del artículo 91 CPP; tercero, porque la decisión, acotada a dicho escenario fáctico, parece adecuada al ser asimilable a los denominados casos de *binary surveillance*.⁹⁸

En el caso de los funcionarios municipales, llama la atención que la Corte no explicita cómo un grupo de funcionarios que tiene apariencia de policías y trabaja de manera cercana y coordinada con las fuerzas policiales oficiales y que además realiza preguntas a una persona detenida no está actuando, al menos de facto, como un agente estatal.

Esto último parece ser especialmente preocupante y problemático en materia de obtención de confesiones, pues dada la proliferación de esta

⁹⁸ Sobre esta materia existe desarrollo jurisprudencial en Estados Unidos a propósito de la protección de la Cuarta Enmienda y, particularmente, sobre si es posible tener una expectativa legítima y razonable de privacidad ante dichos controles. Controles de rayos x, el uso de perros detectores de drogas, generadores de imágenes térmicas, entre otros, han sido catalogados como *binary surveillance*, esto es, actividades que solo pueden tener dos resultados: detectar o no la presencia de especies ilícitas. Así, la Suprema Corte de Estados Unidos ha señalado que no existiría expectativa *legítima* de privacidad respecto a la posesión de especies ilícitas. Véase: HUTCHINS, Renée; SIMMONS, Ric. *Learning Criminal Procedure*. United States of America: West Academic Publishing, 2014, pp. 98-101.

clase de funcionarios quienes, pese a ser civiles o particulares para los efectos de la legislación procesal penal, en la práctica realizan funciones sumamente similares a las de las policías e incluso a veces actúan de manera coordinada con ellas.⁹⁹ Así, se genera una ambigüedad problemática para los ciudadanos, toda vez que desde un punto de vista material, la función de los funcionarios municipales de seguridad e incluso su apariencia y poder, resulta ser muy cercano al de la policía. Entonces, ante una interacción con estos funcionarios de seguridad, los ciudadanos podrían encontrarse sometidos a idénticas presiones (incluso provenientes del propio temor del ciudadano) como si fuesen auténticamente de policías, pero no hallarse protegidos por los mismos derechos y garantías. Esta diferencia material debiese preocupar y la jurisprudencia debiese tener un rol relevante en cuanto a determinar más claramente cuándo estos funcionarios están actuando como agentes estatales.

3.2. LA PRESENCIA DEL DEFENSOR Y LA RENUNCIA AL SILENCIO

En este subapartado se exploran algunos aspectos jurisprudenciales vinculados a la renuncia al derecho a guardar silencio, la advertencia previa de derechos y la presencia del abogado defensor en la declaración policial del imputado.

Un primer grupo de casos se refiere al siguiente presupuesto fáctico: la policía obtiene una declaración de parte del imputado, sin la presencia del defensor, pero contando con autorización del fiscal para obtenerla. Aunque la institución del artículo 91 CPP permite lo anterior, una lectura errónea de la norma ha llevado a que algunas defensas recurran de nulidad en estos casos, especialmente bajo el argumento de que se requería la presencia del defensor, no para declarar, pero sí para decidir sobre la renuncia del derecho a guardar silencio.

⁹⁹ Por ejemplo, anteriormente he escrito sobre un caso en que estos funcionarios *de facto* han realizado seguimientos, vigilancias e incluso un procedimiento de reconocimiento de imputados. Véase: BELTRÁN, Víctor. ¿Pueden realizar diligencias de investigación funcionarias o funcionarios municipales de seguridad ciudadana?, pp. 148-156.

Al respecto, la Corte se ha decantado en favor de la posibilidad de que el imputado renuncie a su derecho a guardar silencio sin la presencia del abogado defensor y casi como un mantra, ha reiterado que “la presencia del defensor tiene por finalidad garantizar que la declaración se prestó de manera deliberada y consciente, esto es, que fue el fruto de una decisión libre e informada”,¹⁰⁰ enfatizando que, incluso ante la ausencia de abogados, “la voluntad puede ser aclarada a través de otras vías, durante el juicio”.¹⁰¹ Asimismo, ha establecido que “el no contar con abogado desde los actos iniciales del procedimiento no conlleva necesariamente la nulidad de todas las actuaciones realizadas”.¹⁰²

En definitiva, la Corte considera la presencia del abogado como garantía de que la declaración que se presta ha sido voluntaria, pero

¹⁰⁰ *Ministerio Público con Bustos* (2021): Corte Suprema, 15 de marzo, Rol N° 140183-2020 (recurso de nulidad). *Ministerio Público con Ruz* (2011): Corte Suprema, 02 de mayo, Rol N° 2095-2011 (recurso de nulidad).

Ministerio Público con J.A.A.M. (2014): Corte Suprema, 20 de febrero, Rol N° 65-2014 (recurso de nulidad). *Ministerio Público con M.A.T.D.* (2014): Corte Suprema, 07 de julio, Rol N° 12494-2013 (recurso de nulidad). *Ministerio Público con Tapia* (2020): Corte Suprema, 26 de marzo, Rol N° 14773-2020 (recurso de nulidad). *Ministerio Público con Molina* (2017): Corte Suprema, 13 de marzo, Rol N° 2882-2017 (recurso de nulidad). *Ministerio Público con Machuca* (2019): Corte Suprema, 18 de junio, Rol N° 10364-2019 (recurso de nulidad). *Ministerio Público con Mococain* (2021): Corte Suprema, 18 de octubre, Rol N° 28707-2021 (recurso de nulidad). *Ministerio Público con Pavez* (2019): Corte Suprema, 02 de abril, Rol N° 2560-2019 (recurso de nulidad).

¹⁰¹ *Ministerio Público con Tapia* (2020): Corte Suprema, 26 de marzo, Rol N° 14773-2020 (recurso de nulidad). *Ministerio Público con Molina* (2017): Corte Suprema, 13 de marzo, Rol N° 2882-2017 (recurso de nulidad). *Ministerio Público con Ruz* (2011): Corte Suprema, 02 de mayo, Rol N° 2095-2011 (recurso de nulidad). *Ministerio Público con Machuca* (2019): Corte Suprema, 18 de junio, Rol N° 10364-2019 (recurso de nulidad). *Ministerio Público con Pavez* (2019): Corte Suprema, 02 de abril, Rol N° 2560-2019 (recurso de nulidad).

Ministerio Público con J.A.A.M. (2014): Corte Suprema, 20 de febrero, Rol N° 65-2014 (recurso de nulidad). *Ministerio Público con M.A.T.D.* (2014): Corte Suprema, 07 de julio, Rol N° 12494-2013 (recurso de nulidad). *Ministerio Público con Tapia* (2020): Corte Suprema, 26 de marzo, Rol N° 14773-2020 (recurso de nulidad). *Ministerio Público con Molina* (2017): Corte Suprema, 13 de marzo, Rol N° 2882-2017 (recurso de nulidad).

¹⁰² *Ministerio Público con Santander* (2010): Corte Suprema, 06 de diciembre, Rol N° 7193-2010 (recurso de nulidad).

incluso ante su ausencia, la voluntad del imputado podría ser aclarada a través de otros medios. Asimismo, la ausencia del abogado no conllevaría la nulidad de las actuaciones, tampoco se constituiría como una suerte de presunción de involuntariedad, ni mucho menos una afectación de garantías *per se*.

Un segundo aspecto de interés tiene que ver con la manera específica en que se produce la renuncia y particularmente de qué forma la Corte se ha aproximado a evaluar la voluntariedad de la renuncia. Lamentablemente, de los casos revisados, no fue posible encontrar alguno en que la Corte hubiese escudriñado en los hechos circundantes a la declaración para revisar las condiciones específicas de la renuncia al derecho a guardar silencio, ni tampoco fue posible advertir criterios orientadores para saber cuándo se entiende que una renuncia ha sido voluntaria. Por ejemplo, en algunos casos en que el imputado declaró sin presencia del defensor, la Corte concluyó que el imputado, en conocimiento de sus derechos y de manera voluntaria, se allanó a prestar una declaración inculpativa,¹⁰³ e incluso a hacer entrega de ciertos elementos inculpativos,¹⁰⁴ pero la Corte no se detiene a explicar cómo se determinó la voluntariedad.

La excepción a lo anterior, aunque de forma muy general, corresponde a un caso de *coacción inherente* y otro de *analfabetismo*. El primero, es un caso en el cual la defensa argumentaba que la confesión se dio en un contexto de *coacción inherente*, derivado del hecho de que el imputado, de 54 años, era analfabeto, caracterizado por la privación sociocultural, condiciones de pobreza y con un diagnóstico de retardo mental moderado no tratado. La Corte desechó esta alegación, porque la confesión dada ante la policía fue más tarde reiterada ante el fiscal. Así como también porque los funcionarios policiales le habrían dado una explicación concreta y simple de los motivos de la detención, la que presumiblemente podía ser entendida pese a su discapacidad

¹⁰³ *Ministerio Público con Herrera* (2013): Corte Suprema, 14 de agosto, Rol N° 4363-2013 (recurso de nulidad). *Ministerio Público con Santander* (2010): Corte Suprema, 06 de diciembre, Rol N° 7193-2010 (recurso de nulidad).

¹⁰⁴ *Ministerio Público con Tapia* (2020): Corte Suprema, 26 de marzo, Rol N° 14773-2020 (recurso de nulidad).

mental moderada.¹⁰⁵ El segundo, tiene que ver particularmente con el *analfabetismo* como un impedimento a la comprensión y ejercicio de derechos. En este caso, la Corte estableció que el analfabetismo, en sí mismo, no impide la comprensión de los derechos que se informan por parte la policía, sino que, debe acreditarse que tal circunstancia impide la comprensión y el ejercicio de estos.¹⁰⁶ En ambos casos el énfasis de la Corte ha estado en el factor *comprensión* de los derechos, es decir, que, si el imputado *comprende* sus derechos, la renuncia al silencio sería válida. Lo anterior no parece adecuado, pues podría haber casos en que el imputado, a pesar de comprender el alcance de sus derechos, de una u otra manera entregue involuntariamente una confesión, pues no basta con *comprender* los derechos, sino que también se deben comprender los alcances de la renuncia y esta debe ser hecha de forma voluntaria e informada.

En fin, sobre este punto son al menos tres cuestiones las que preocupan a la luz del problema de las condenas e imputaciones erróneas. Primero, el hecho de que la Corte parece decantarse rápidamente por la voluntariedad de la renuncia al silencio, sin someter el asunto a un escrutinio fuerte a la luz de los hechos del caso. Así, llama la atención que la Corte no desarrolle ningún test, estándar, criterios o factores que permitan estimar cuándo se está o no ante una renuncia voluntaria del derecho a guardar silencio. Del mismo modo, a pesar de haber tenido la oportunidad de pronunciarse por potenciales problemas vinculados a *grupos vulnerables*, la Corte se decantó de igual manera por la voluntariedad en la renuncia, sin un análisis exhaustivo.

Segundo, en igual sentido, que exista una importante deferencia de la Corte hacia el trabajo policial. En efecto, puede ser que el escrutinio judicial débil sumado a la deferencia al trabajo policial impida que la Corte realmente examine cuidadosamente los problemas suscitados en el interrogatorio policial. Así, por ejemplo, no se encontraron referencias sobre la cantidad de policías que participaban en el interrogatorio, si el imputado se encontraba esposado o no, si había sido aislado previo al

¹⁰⁵ *Ministerio Público con Pavez* (2019): Corte Suprema, 02 de abril, Rol N° 2560-2019 (recurso de nulidad).

¹⁰⁶ *Ministerio Público con Molina* (2017): Corte Suprema, 13 de marzo, Rol N° 2882-2017 (recurso de nulidad).

interrogatorio, la forma en que se leyeron los derechos, la duración total de la diligencia, si existieron pausas, etcétera. Esta clase de información parece ser crítica para efectos de evaluar la legitimidad de la renuncia del imputado al derecho a guardar silencio.¹⁰⁷

Tercero, por si fuera poco, existen algunas cuestiones que han permanecido a oscuras, como el asunto de sobre quién recae la carga de la prueba cuando se impugna una confesión, el cual, pese a su relevancia práctica, es un tema que no se ha abordado directamente. Si bien existen algunos pronunciamientos de la Corte Suprema, estos han sido poco claros e incluso han dejado entrever que, en dichos casos, la defensa debía acreditar los hechos circundantes a la obtención de la confesión,¹⁰⁸ a pesar de que aquello resultaría contrario al derecho internacional¹⁰⁹ y lo que la doctrina chilena ha sostenido en la materia.¹¹⁰ Todas estas cuestiones hacen que el escenario sea poco alentador para quienes, por diversas razones, entregan una confesión ante la policía.

¹⁰⁷ CASTILLO, Ignacio. Enjuiciando al proceso penal chileno desde el inocentismo (algunos apuntes sobre la necesidad de tomarse en serio a los inocentes), p. 270.

¹⁰⁸ Por ejemplo, véase: *Ministerio Público con Bustos* (2021): Corte Suprema, 15 de marzo, Rol N° 140183-2020 (recurso de nulidad). *Ministerio Público con Herrera* (2013): Corte Suprema, 14 de agosto, Rol N° 4363-2013 (recurso de nulidad). *Ministerio Público con A.R.U.M.* (2015): Corte Suprema, 15 de diciembre, Rol N° 18595-2015 (recurso de nulidad). *Ministerio Público con L.E.J.G.* (2016): Corte Suprema, 03 de marzo, Rol N° 38069-2015 (recurso de nulidad). *Ministerio Público con Arce* (2010): Corte Suprema, 19 de octubre, Rol N° 6296-2010 (recurso de nulidad). *Ministerio Público con Cerda* (2017): Corte Suprema, 28 de marzo, Rol N° 4712-2017 (recurso de nulidad). Véase también los casos presentados por Mauricio. ¿Debiéramos preocuparnos de la condena de inocentes en Chile? Antecedentes locales y comparados para el debate, p. 109 (nota al pie 109).

¹⁰⁹ Véase el Nro. 41 de la Observación General N° 32 del Comité de Derechos Humanos de la ONU. Disponible en: https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso_justicia_instrumentos_internacionales_recursos_rec_gral_23_un.pdf visitado el (08/05/2022)

¹¹⁰ Véase *supra* apartado 2.

3.3. REITERACIÓN DE LA CONFESIÓN

Existen tres pronunciamientos que comienzan a partir de un escenario fáctico similar: primero, la policía obtiene una declaración inculpativa de parte de la persona imputada, con infracción a la normativa, por ejemplo, por no contar con autorización del fiscal o por obtenerla sin informar previamente al imputado de sus derechos. Más tarde, el imputado reiteraba la confesión, incluso luego de proporcionada la advertencia de derechos por parte de la policía e incluso en etapas posteriores de la investigación, por ejemplo, al declarar ante el fiscal. Ante este escenario, la Corte se ha pronunciado consistentemente en el sentido de que la confesión reiterada es válida.

Estos casos parecen relevantes por los argumentos ofrecidos por la Corte para validar la confesión obtenida, donde ha establecido fundamentalmente dos cuestiones. Primero, que pese a haber una infracción de derechos o garantías fundamentales, la reiteración de la confesión priva a dicha infracción de sustancialidad y, por tanto, no puede acogerse el recurso de nulidad.¹¹¹ Segundo, que, incluso reconociendo la infracción de derechos y garantías fundamentales, la confesión y los demás medios de prueba que dan cuenta de ella no estarían sujetos a la regla de exclusión de pruebas, pues tendría aplicación una de las excepciones a la teoría del fruto del árbol envenenado, particularmente la del vínculo atenuado.¹¹²

En relación con lo primero, me parece que la utilización de categorías muy gruesas o poco refinadas por parte de la Corte podría tener consecuencias indeseadas si se aplica el mismo criterio a otros casos sin mayores distinciones. En otras palabras, me parece que no toda reiteración

¹¹¹ En palabras simples, el recurso de nulidad del artículo 373 letra a) CPP será acogido cuando se acredite que ha existido infracción sustancial de derechos o garantías fundamentales. Es decir, no se anulará la condena cuando, pese a existir una infracción, esta no sea de una entidad tal para ser considerada sustancial.

¹¹² *Ministerio Público con Pavez* (2019): Corte Suprema, 02 de abril, Rol N° 2560-2019 (recurso de nulidad). *Ministerio Público con Vargas* (2017): Corte Suprema, 28 de diciembre, Rol N° 42335-2017 (recurso de nulidad). *Ministerio Público con A.A.Z.R.* (2014): Corte Suprema, 30 de diciembre, Rol N° 28451-2014 (recurso de nulidad).

de confesión privaría de sustancialidad a una infracción de garantías. Por ejemplo, no es lo mismo un policía que interroga a un imputado antes de advertirle sus derechos, pero sin ninguna clase de coerción o coacción, a un caso en el cual la policía interroga a un imputado, aunque advirtiéndolo de sus derechos, pero valiéndose de tácticas indebidas que menoscaben su voluntad. Luego, me parece que habría acuerdo en afirmar que no es lo mismo la reiteración de una confesión hecha en el primer supuesto, que la reiteración de una confesión obtenida a través de cualquier clase de método prohibido. En fin, considero que el análisis debe ser mucho más refinado.

En relación con lo segundo, a pesar de que en Chile se han desarrollado jurisprudencialmente las mismas excepciones a la regla de exclusión originadas en Estados Unidos, cada jurisdicción las aplica con distintos fundamentos. Mientras en Chile el fundamento de la regla de exclusión sería el principio de integridad de las decisiones judiciales,¹¹³ en el sistema estadounidense el fundamento sería desincentivo del mal trabajo policial.¹¹⁴ Bajo esa óptica, la concepción original de vínculo atenuado tendría aplicación en casos en que, pese a existir una infracción de derechos, no es deseable o no existe alguna práctica policial que se desee desincentivar.¹¹⁵ Entonces, en Chile, la Corte estaría aplicando la excepción del vínculo atenuado, que parte de la base que ha existido una infracción de derechos, bajo el fundamento de la integridad judicial, que implica que ninguna sentencia debiese fundarse en infracciones de garantías u otros materiales espurios, lo que resulta ser contradictorio.

¹¹³ Por ejemplo, así lo ha sostenido HORVITZ, María Inés; LÓPEZ, Julián. *De-recho Procesal Penal Chileno*. Tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004, pp. 180-182 y CORREA, Claudio; NUÑEZ, Raúl. La prueba ilícita en las diligencias limitativas de derechos fundamentales en el proceso penal chileno. Algunos problemas, p. 219. La jurisprudencia se ha decantado por esta alternativa.

¹¹⁴ HUTCHINS, Renée; SIMMONS, Ric. *Learning Criminal Procedure*. United States of America: West Academic Publishing, 2014, pp. 633-635. Aunque un par de sentencias de la Corte Suprema de Chile han atribuido una función de *deterrence* a la regla de exclusión, véase: CORREA, Carlos. La función de la exclusión de la prueba ilícita en el proceso penal y sus consecuencias: un estudio comparado, p. 660.

¹¹⁵ HUTCHINS, Renée; SIMMONS, Ric. *Learning Criminal Procedure*. United States of America: West Academic Publishing, 2014, pp. 650-652.

Junto a ello, no parece adecuado aplicar dicha excepción, ya que el caso estadounidense que da origen al vínculo atenuado no parece ser análogo a los casos de reiteración de la confesión como aquí se han descrito.¹¹⁶ Por último, resulta inadecuado aplicar la excepción, pues incluso bajo la mirada del *deterrence*, la obtención de confesiones al margen de la normativa vigente debiese ser precisamente de aquellas prácticas policiales que se buscan desincentivar, pues de lo contrario se incrementarían aún más los riesgos de obtener confesiones falsas o involuntarias.

CONSIDERACIONES FINALES

La información disponible da cuenta de que el uso de confesiones falsas constituye uno de los factores que aumentarían la posibilidad de producir condenas o imputaciones erróneas. Al mismo tiempo, sin embargo, se han detectado importantes barreras o dificultades para aproximarse, conocer y visibilizar el fenómeno. En Chile el asunto permanece casi inexplorado: no hay un gran desarrollo de literatura, casi no se cuenta con información empírica, no han existido casos de alto impacto o de exoneraciones donde se devalue el uso de confesiones falsas, no se conoce exactamente de qué forma se enseña a las policías a desarrollar el interrogatorio policial, etcétera. Por ello, si en la experiencia comparada solamente se está viendo la punta del iceberg del problema de las confesiones falsas, posiblemente en Chile ni siquiera estemos conscientes de aquello que tenemos en frente.

Desde ese punto de partida, sin pretensiones de ser exhaustiva, esta investigación se valió de un estudio de jurisprudencia para aproximarse al asunto e identificar algunos aspectos potencialmente problemáticos. Por una parte, los hallazgos dan cuenta de algunas prácticas que podrían

¹¹⁶ En efecto, el caso *Wong Sun*, en que se establece el vínculo atenuado, comienza con una detención ilegal en la cual la persona detenida no efectuó ninguna declaración. Días más tarde, la persona voluntariamente concurrió a la estación de policías y entregó una declaración voluntaria. Así, la Corte estimó que la conexión entre el arresto ilegal y la declaración voluntaria se encuentra atenuada al punto de disipar la mancha de ilicitud. Véase: HUTCHINS, Renée; SIMMONS, Ric. *Learning Criminal Procedure*. United States of America: West Academic Publishing, 2014, p. 651.

ser riesgosas desde la perspectiva de la obtención de confesiones, principalmente por ocurrir en momentos donde la regulación procesal del encuentro policía-ciudadano no es tan clara (v.gr., las entrevistas informales, la mutación de controles de identidad). Estos casos comparten en común el tratarse de contextos más bien informales, donde se efectúan preguntas aparentemente inofensivas. Sin embargo, la proliferación y uso ampliado de estas prácticas menoscabaría la regulación que prevé expresamente de qué forma la policía puede obtener la declaración del imputado en Chile, convirtiéndose en una zona de riesgo que podría decantar en una persecución penal errónea y eventualmente en la condena de un inocente.

Por otro lado, la Corte Suprema parece aplicar categorías poco refinadas a la hora de analizar estos problemas, sin reparar en distinciones que podrían ser relevantes para la solución de los casos que conoce (v.gr., calificar como espontáneas aquellas declaraciones que surgen como consecuencia de una pregunta; no preguntarse por la calidad de imputado de una persona en su encuentro con la policía, etc.). Asimismo, parece que la Corte ha evitado inmiscuirse en algunas materias y no ha aplicado un escrutinio tan estricto (v.gr., un escueto análisis sobre la renuncia a guardar silencio, incluso en casos problemáticos; la cuestión de la carga de la prueba en la impugnación de la confesión, etc.). En ese sentido, se vislumbra una importante deferencia con el actuar policial (v.gr., acreditando infracciones de garantías pero negar su sustancialidad, validando ciertas prácticas e incluso siendo deferente con el actuar de funcionarios municipales que han usurpado atribuciones de la policía, etc.).

Sin dudas se trata de un tema respecto del cual resta mucho por conocer y explorar. Espero que la información aquí presentada llame la atención de quienes se vinculan al sistema de justicia penal en Chile y, especialmente, que sea útil para fomentar, servir como punto de partida y sofisticar el debate en esta materia, además de orientar puntos críticos donde debiesen centrarse los esfuerzos de reformas legales o educación en los actores del sistema, especialmente considerando el impacto que la obtención de confesiones podría tener en la eventual producción de condenas e imputaciones erróneas.

BIBLIOGRAFÍA

ADAM, Lisanne; VAN GOLDE, Celine. Police practice and false confessions: A search for the implementation of investigative interviewing in Australia. *Alternative Law Journal*, v. 45, n. 1, pp. 1-8, 2020. <https://doi.org/10.1177%2F1037969X19874415>

AGUILAR, Cristian. *Código Procesal Penal*. Comentado y Concordado, Breves reseñas jurisprudenciales. Tomo I. Santiago: Ediciones Metropolitana, 2001.

ALCAINO, Eduardo. Violencia policial desde el estallido social. In: Centro de Derechos Humanos UDP (Dir.). *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2020.

BAYTELMAN, Andrés; DUCE, Mauricio. *Evaluación de la Reforma Procesal Penal: Estado de una Reforma en Marcha*. Santiago: Universidad Diego Portales y CEJA., 2003.

BAYTELMAN, Andrés. 'Tiene derecho a guardar silencio'. La jurisprudencia Norteamericana sobre declaración policial. *Colección Informes de Investigación*, v. 4, n. 13, pp. 1-31, 2002.

BAYTELMAN, Andrés. *Evaluación de la Reforma Procesal Penal Chilena*. Santiago: Universidad Diego Portales y Universidad de Chile, 2002.

BELTRÁN, Víctor. Visión de túnel: Notas sobre el impacto de sesgos cognitivos y otros factores en la toma de decisiones en la justicia criminal. *Revista de estudios de la justicia*, v. 34, n. 2, pp. 17-58, 2021. <https://doi.org/10.5354/0718-4735.2021.60210>

BELTRÁN, Víctor. ¿Existen barreras de acceso al procedimiento de reclamos por controles de identidad preventivos abusivos o denigratorios? Aproximación desde una investigación exploratoria. *Revista de Estudios Ius Novum*, v. 14, n. 1, pp. 88-125, 2021.

BELTRÁN, Víctor. ¿Pueden realizar diligencias de investigación funcionarias o funcionarios municipales de seguridad ciudadana?. *Revista Estudiantil de Derecho Procesal*, v. 1, n. 1, pp. 148-156, 2021.

CAMPBELL, Kathryn. *Miscarriages of Justice in Canada*. Causes, responses, remedies. Toronto: University of Toronto Press, 2018. <https://doi.org/10.3138/9781487514563>

CAROCCA, Álex. *El nuevo sistema procesal penal*. Santiago: Lexis Nexis, 2005.

CASTILLO, Ignacio. Enjuiciando al proceso penal chileno desde el inocentismo (algunos apuntes sobre la necesidad de tomarse en serio a los inocentes).

Política Criminal, v. 8, n. 15, pp. 249-2313, 2013. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992013000100007>

CASTRO, Javier. *Introducción al derecho procesal penal chileno*. Santiago: Lexis Nexis, 2006.

CERDA, Rodrigo; HERMOSILLA, Francisco. *El código procesal penal*. Comentarios, concordancias y jurisprudencia. Santiago: Librotecnia, 2006.

CERDA, Rodrigo: *Manual de nuevo sistema de justicia criminal*. Santiago: Librotecnia, 2005.

CHAHUÁN, Sabas. *Manual del nuevo procedimiento penal*. Santiago: Abeledo Perrot, 2012.

CORREA, Carlos. Valoración del silencio del imputado en el proceso penal. Derecho alemán y derecho chileno. *Revista de Derecho (Valdivia)*, v. 31, n. 2, pp. 237-261, 2018. <https://doi.org/10.4067/s0718-09502018000200237>

CORREA, Carlos. La función de la exclusión de la prueba ilícita en el proceso penal y sus consecuencias: un estudio comparado. *Política Criminal*, v. 16, n. 32, pp. 644-677, 2021.

CORREA, Jorge. *Curso de derecho procesal penal*. Santiago: Ediciones jurídicas de Santiago, 2003.

COUSO, Jaime; DUCE, Mauricio. *Juzgamiento penal de adolescentes*. Santiago: LOM Ediciones, 2013.

DIXON, David. Interrogation Law and Practice in Common Law Jurisdictions. In: BROWN, Darryl; TURNER, Jenia; WEISSER, Bettina (eds.). *The Oxford Handbook of Criminal Process*. New York: Oxford University Press, 2019. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780190659837.013.19>

DRIZIN, Steven; KASSIN, Saul; GRISSO, Thomas; GUDJONSSON, Gisli; LEO, Richard; REFLICH, Allison. Police-Induce Confessions: Risk Factors and Recommendations. *Law and Human Behavior*, v. 34, n. 3, pp. 3-38, 2010. <http://doi.org/10.1007/s10979-009-9188-6>

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

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

DUCE, Mauricio; RIEGO, Cristian. *Introducción al Nuevo sistema Procesal Penal*. Santiago: Universidad Diego Portales, 2002.

DUCE, Mauricio; RIEGO, Cristian. *Proceso Penal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007.

DUCE, Mauricio; VILLARROEL, Romina. Indemnización por error judicial: una aproximación empírica a la jurisprudencia de la Corte Suprema de los años 2006-2017. *Política Criminal*, v.14, n. 28, pp. 216-268, 2019. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992019000200216>.

FUENTES, Claudio. *Denuncias por actos de violencia policial*. Santiago: FLAC-SO-Chile, 2001.

GARRETT, Brandon. *Convicting the innocent: where criminal prosecutions go wrong*. Cambridge: Harvard University Press, 2011. <https://doi.org/10.4159/harvard.9780674060982.fm>

GONZALEZ, Felipe; JIMÉNEZ, María Angélica; RIEGO, Cristián. La policía y el proceso penal: antecedentes empíricos. In: PEÑA, Carlos (Dir.). *Cuadernos de Análisis Jurídico N° 38: La Reforma de la Justicia Penal*. Santiago: Universidad Diego Portales, 1998.

HERMOSILLA, Francisco. *Valoración de las declaraciones de acusados y coimputados*. Santiago: Librotecnia, 2019.

HERNÁNDEZ, Héctor. Contra los Testimonios de Oídas Preconstituidos. In: BLANCO, Rafael; IRURETA, Pedro (Eds.). *Justicia, Derecho y Sociedad* (libro en memoria de Maximiliano Prado Donoso). Santiago: Ediciones Universidad Alberto Hurtado, 2014.

HERNÁNDEZ, Héctor. *La exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno*. Colección de Investigaciones Jurídicas Universidad Alberto Hurtado. Santiago: Universidad Alberto Hurtado, 2002.

HORVITZ, María Inés; LÓPEZ, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002.

HORVITZ, María Inés; LÓPEZ, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004.

HUTCHINS, Renée; SIMMONS, Ric. *Learning Criminal Procedure*. United States of America: West Academic Publishing, 2014.

JIMÉNEZ, María Angélica. *El proceso penal chileno y los derechos humanos. Volumen II Estudios Empíricos*. Santiago: Universidad Diego Portales, 1994.

KASSIN, Saul. False Confessions. *WIREs Cognitive Science*, 8, n. 6, pp. 1-11, 2017.

KOZINSKI, Wyatt. The Reid interrogation technique and false confessions: a time for change. *Seattle Journal for Social Justice*, v. 16, n. 2, pp. 301-345.

LAMONTAGNE, Laurel. Children under pressure: The problem of juvenile false confessions and potential solutions. *Western State University Law Review*, v. 41, n. 1, pp. 29-56, 2013.

LAVIGNE, Michelle; MILES, Sally. Under the Hood: Brendan Dassey, language impairments, and judicial ignorance. *Albani Law Review*, v. 82, n. 3, pp. 873-947, 2019. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3379727>

LEO, Richard. *Police Interrogation and American Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 2008,

LONDOÑO, Fernando; MOIS, Martin; PRAETORIUS, Daniel; RAMIREZ, José. *Reforma procesal penal*. Génesis, historia sistematizada y concordancias. Tomo I. Santiago: Editorial jurídica de Chile, 2003.

MADON, Stephanie; MORE, Curt; DITCHFIELD, Ryan. Interrogations and Confessions. In: BREWER, Neil; DOUGLASS, Amy (eds.). *Psychological Science and the Law*. New York: The Guilford Press, 2019, p. 54.

MALSCH, Marijke; DE BOER, Meike. Interviews of Suspects of Crime. In: BROWN, Darryl; TURNER, Jenia; WEISSER, Bettina (eds.). *The Oxford Handbook of Criminal Process*. New York: Oxford University Press, 2019. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780190659837.013.18>

MATURANA, Cristian; MONTERO, Raúl. *Derecho procesal penal*. Tomo I. Santiago: Abeledo Perrot, 2010.

MEDINA, Gonzalo. Primera declaración del imputado y el derecho a no declarar en perjuicio propio. In: COLOMA, Rodrigo (ed.). *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal Oral*. Santiago: Lexis Nexis, 2004.

MEDINA, Rodrigo; MORALES, Luis; DORN, Carlos. *Manual de derecho procesal penal*. Santiago: Lexis Nexis, 2005.

MIRANDA, Manuel; CERDA, Rodrigo; HERMOSILLA, Francisco. *Práctica de la prueba en el juicio oral*. Su valoración y el estándar del “más allá de toda duda razonable”. Santiago: Librotecnia, 2012.

MOGAVERO, Melanie Clark. An exploratory examination of intellectual disability and mental illness associated with alleged false confessions. *Behavioral Sciences and the Law*, v. 38, n. 4, pp. 1-18, 2020. <https://doi.org/10.1002/bsl.2463>

NACIONES UNIDAS. *Informe sobre la Misión a Chile 30 de octubre – 22 de noviembre de 2019*.

NAVARRO, Roberto. *Criterios de actuación jurídica del Ministerio Público*. Santiago: Librotecnia, 2017.

NAVARRO, Roberto. *Derecho procesal penal chileno*. Tomo I. Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2019.

NORRIS, Robert. *Exonerated*. A history of the Innocence movement. New York: New York University Press, 2017. <https://doi.org/10.1086/707983>

NORRIS, Robert; BONVENTRE, Catherine; ACKER, James. *When justice fails: causes and consequences of wrongful convictions*. North Carolina: Carolina Academic Press, 2018.

NÚÑEZ, Cristóbal. *Tratado del proceso penal y del juicio oral*. Tomo I. Introducción al estudio del proceso penal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001.

OLIVER, Guillermo. Facultades autónomas de la policía en el sistema procesal penal chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. 51 N° 2: pp. 35-67, 2018. <https://doi.org/10.4067/s0718-68512018005000101>

ORTIZ, Enrique; MEDINA, Marco. *Manual del nuevo proceso penal*. Santiago: Librotecnia, 2005.

PFEFFER, Emilio. *Código Procesal Penal*. Anotado y concordado. Santiago: Editorial jurídica, 2006.

POBLETE, Orlando. El interrogatorio policial autónomo y el derecho al silencio y a la no autoincriminación. In: Libertad y Desarrollo (Ed.). *Sentencias destacadas*. Anuario de jurisprudencia: una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas. Santiago: Libertad y Desarrollo, 2004.

POBLETE, Orlando. Sobre el derecho de los funcionarios policiales a declarar en el juicio oral sobre lo que los imputados habían declarado ante ellos al momento de su detención. In: Centro de Documentación Defensoría Penal Pública. *Doctrina Procesal Penal 2001-2003*. Santiago: Defensoría Penal Pública, 2003.

RIEGO, Cristian. Confesiones frente a la policía en el proceso penal chileno. *Revista de Derecho*, Valdivia, v. 32, n. 2, pp. 273-295, 2019. <https://doi.org/10.4067/S0718-09502019000200273>

SALAS, Jaime. *Problemas del proceso penal*. Santiago: Librotecnia, 2019.

SCHATZ, Samson. Interrogated with intellectual disabilities, The risks of false confession. *Stanford Law Review*, v. 70, n. 2, pp. 643-690.

TAMAYO, Tania. *Caso Bombas*. La explosión en la Fiscalía Sur. Santiago: LOM Ediciones, 2012.

TAVOLARI, Raúl. *Instituciones del nuevo proceso penal*. Santiago: Editorial jurídica de Chile, 2005.

TAVOLARI, Raúl. Sobre la eficacia probatoria de los testigos de oídas acerca de dichos del imputado. *Boletín del Ministerio Público*, n. 19, pp. 201-212, 2004.

UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES; CEJIL. *Tortura, Derechos Humanos y Justicia Criminal en Chile (Resultado de una investigación exploratoria)*. Santiago: Alfabeta Artes Gráficas, 2002.

UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile. Hechos de 2002*. Santiago: Universidad Diego Portales, 2003.

WETZELS, Peter; NIEDEN, Valentin. Confesiones falsas – Frecuencias mundiales e implicaciones de la Investigación. *Nuevo Foro Penal*, n. 95, pp. 15- 23, 2020. <https://doi.org/10.17230/nfp16.95.1>

WILENMANN, Javier. El tratamiento del autofavorecimiento del imputado. Sobre las consecuencias sustantivas del principio de no autoincriminación. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, n. 1, pp. 111-139, 2016. <https://doi.org/10.4067/s0718-97532016000100006>

ZAPATA, María Francisca. El cinturón de seguridad del derecho a guardar silencio/prestar declaración del detenido: la intervención oportuna y efectiva del defensor. *Revista de Estudios de la Justicia*, n. 6, pp. 255-287, 2005. <https://doi.org/10.5354/0718-4735.2005.15076>

ZAPATA, María Francisca. *La prueba ilícita*. Santiago: Lexis Nexis, 2004.

Authorship information

Víctor Beltrán Román. Master of Laws de la Universidad de Wisconsin-Madison. Estudiante de Doctorado e Investigador Adjunto del Programa de Reformas Procesales y Litigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Dirección postal: Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, República 112, Santiago, Chile. Abogado. victor.beltran@mail.udp.cl

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Acknowledgement: El autor agradece la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo de Chile, de quien recibe financiamiento para sus estudios doctorales a través de la beca ANID-Subdirección de Capital Humano/Doctorado Nacional/2021-21211455. Asimismo, agradece las sugerencias formuladas por diversos profesores de su facultad en una jornada de discusión de un borrador del presente trabajo, que tuvo lugar en mayo de 2022. Del mismo modo, agradece a los pares revisores por las sugerencias formuladas, las cuales han sido valiosas para mejorar este producto. Naturalmente, cualquier error es de exclusiva responsabilidad del autor.

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

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

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

Editorial process dates

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

- Submission: 29/05/2022
- Desk review and plagiarism check: 31/05/2022
- Review 1: 09/06/2022
- Review 2: 12/06/2022
- Review 3: 20/07/2022
- Review 4: 20/07/2022
- Preliminary editorial decision: 22/07/2022
- Correction round return 1: 31/07/2022
- Preliminary editorial decision 2: 06/08/2022
- Correction round return 2: 08/08/2022
- Final editorial decision: 09/08/2022

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 2 (MD KF)
- Reviewers: 4

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

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



License Creative Commons Attribution 4.0 International.

Unlawful prosecution in the case regarding the destruction of a forest ecosystem

Persecução ilegal em casos relacionados à destruição de um ecossistema florestal

Denis Solodov¹

University of Warmia and Mazury in Olsztyn, Olsztyn, Poland
denis.solodov@uwm.edu.pl

 <https://orcid.org/0000-0003-2884-9420>

Elżbieta Zębek²

University of Warmia and Mazury in Olsztyn, Olsztyn, Poland
elzbeta.zebek@uwm.edu.pl

 <https://orcid.org/0000-0002-8637-8391>

ABSTRACT: The overall complexity of the subject matter and the required high level of expertise make environmental crime investigations quite a challenging task for law enforcement. The clandestine nature of environmental offences combined with the environmental law's intricacy is among the reasons behind prosecutorial failures. The authors analyze a criminal case regarding illegal deforestation, which eventually ended up in an acquittal. By retracing the steps that led to wrongful prosecution and accusations in this criminal case, the authors reflect on some legal and practical challenges concerning environmental crime investigations in Europe and in Poland, including the problem of timely detection of environmental infringements, the use of proper evidence-gathering procedures, as well as the issues related to the methodology of environmental damage assessment. In this regard, the

¹ Associate professor at the Department of Criminology and Criminalistics, University of Warmia and Mazury in Olsztyn, Olsztyn, Poland, PhD with habilitation.

² Associate professor at the Department of International Public Law and European Law, University of Warmia and Mazury in Olsztyn, Olsztyn, Poland, PhD with habilitation.

authors analyze the provisions of the Environmental Compliance Assurance Guidance “Combating environmental crimes and related infringements” adopted by the EU Commission in 2021.

KEYWORDS: environmental crime; illegal deforestation; environmental damage; unlawful prosecution; crime scene examination; evidence gathering procedures.

RESUMO: *A complexidade geral do tema e o alto nível de especialização exigido tornam as investigações de crimes ambientais uma tarefa muito desafiadora para a aplicação da lei. A clandestinidade das infrações ambientais combinada com a complexidade da lei ambiental está entre as razões das falhas de persecução. Neste artigo, analisa-se um processo criminal sobre desmatamento ilegal, que acabou em absolvição. Ao reconstituir os passos que levaram a persecuções e acusações injustas neste caso criminal, os autores refletem sobre alguns desafios jurídicos e práticos relativos às investigações de crimes ambientais na Europa e na Polônia, incluindo o problema da detecção em tempo de infrações ambientais, o uso de procedimentos adequados de obtenção de provas, bem como as questões relacionadas à metodologia de avaliação de danos ambientais. Nesse sentido, os autores analisam as disposições da Orientação de Garantia de Conformidade Ambiental “Combating environmental crimes and related infringements” adotada pela Comissão da UE em 2021.*

PALAVRAS-CHAVE: crime ambiental; desmatamento ilegal; dano ambiental; acusação injusta; corpo de delito; meios de obtenção de provas.

INTRODUCTION

Worldwide, forests are regarded as an irreplaceable source of considerable ecological and economic benefits, playing a pivotal role in maintaining a positive carbon balance and biodiversity³. Poland is among six European countries with the largest forested areas, alongside

³ Studies showed that Poles are aware of the problem of deforestation and its far-reaching consequences (LATAWIEC, A. E.; PENNA-FIRME, R.; PENA, I.A.B. et al. Perception-Based Study on the Value of Nature to People and Land Sparing for Nature in Brazil and Poland. *Sustainability*, 12, p. 8860, 2020. On the issue of the perception of environmental crime seriousness see also: SHELLEY, T. O’C.; CHIRICOS, T. GERTZ, M. What about the environment?

Sweden, Finland, Spain, France and Germany. Polish forests overgrow 9.1 million hectares occupying 29.4% of its territory⁴. In European Union, the country also stands out for the number of protected forested areas, which include some unique forest complexes such as the Białowieża Forest designated in 1979 a UNESCO World Heritage Site, the Bory Krajeńskie area, Tuchola Forest and Carpathian Forest⁵. When speaking about the economic side, it should be noted that wood and wood products account for 9.3% of the value of Polish exports, positioning the wood sector as a key element of the Polish economy⁶.

Most of the Polish forests are owned by the state and managed by the State Forests National Forest Holding or State Forests in short. Administratively, State Forests have a multiple-tier structure. There are 430 forest districts in the country, which are divided into smaller forest units, as well as 17 regional directorates supervising the districts and coordinating their activities. State Forests entities conduct forest management based on the forest management plan - a legal document required by the Polish Forests Act of 1991. The plan specifies, among others, the conditions of commercial tree felling. Based on the general forest management plan, a local forest service unit issues a simplified forest management plan responding to the landowner's permission request. The representatives of the unit then monitor the fulfilment of the conditions set out in the plan issuing official reports in the case of violations. They might also terminate tree felling if necessary⁷.

Assessing the perceived seriousness of environmental crime. *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*, 35, 4, p. 307-325, 2011.

⁴ POLISH FOREST SERVICE. *Polish forests*. Available at: <<https://www.lasy.gov.pl/en/our-forests/polish-forests>>. Access on: July 11, 2022

⁵ SNARSKI, S. J. Supervision of the district governor over forest management in forests not owned by the state treasury in Poland. *Acta Sci. Pol. Administratio Locorum*, 21(2), p. 232, 2022.

⁶ REFEROWSKA-CHODAK, E. The Organization of Nature Conservation in State-Owned Forests in Poland and Expectations of Polish Stakeholders. *Forests*, 11 (8), p. 796. 2020.

⁷ See more: RACZKOWSKI, M., ZĘBEK, E. Forest management plan as a legal instrument for the protection of forest resources. In: ZĘBEK E., HEJBUDZKI M. *The Responsibility for the Environment in Terms of Normative Standards*, Olsztyn: University of Warmia and Mazury in Olsztyn, 2017. p. 265-287.

The analyzed case concerned the crime penalized under Article 187 of the Penal Code, i.e., the destruction or essential reduction of natural areas and objects, which provides that, “whoever destroys, considerably damages, or essentially reduces the natural values of a protected area or an object, causing considerable damage shall be subject to a fine, the penalty of restriction of liberty or the penalty of deprivation of liberty for up to 2 years”. In addition, courts are allowed to order a compensation payment of up to 100 thousand zloty – the equivalent of approximately 22 thousand euros, which should be transferred directly to the National Fund for Environmental Protection and Water Management and allotted to the purposes of environmental protection and environmental management.

The case was analyzed based on data from documentary records, the authors did not participate in the case in any form. The defendant was acquitted by a district court due to insufficient evidence of guilt. The court questioned the fact of the environmental crime being committed. The case provides a few insights into the typical challenges faced by the criminal investigators in such cases– the clandestine nature of the offence, delayed police response, the lack of direct victims, the dependence on forensic experts and their opinions in establishing constitutive elements of a crime. In our opinion, it can be safely assumed that, if the investigators used adequate methodology and reflected on foreseeable defence strategies, the final result of the case might have been different, i.e., favourable to the prosecution. We included some discussion on possible remedies to increase the efficiency of the prosecution in environmental crime cases, with the hope that the study would provide some useful insights and contribute to the advancement in this complex area of modern law enforcement⁸.

1. EUROPEAN LAW

Over the past twenty years, the protection of the natural environment has come to occupy a prominent space on the global agenda⁹

⁸ ALVES-MAZZOTTI, A.J. USOS E ABUSOS DOS ESTUDOS DE CASO. Usos e abusos dos estudos de caso. *Cadernos de Pesquisa*, 36, 129, p.637-651, 2006.

⁹ As it was noticed by A. Spada Jimenez, “state powers do not take into account that what is at stake is the very survival of human beings, having shown

stimulating law-making activity on both international and UE levels. To achieve effective protection of the environment and facilitate assistance between the Member States, a dedicated Directive on the protection of the environment through criminal law was adopted by the European Parliament and the Council of Europe on 19 November 2008¹⁰. In the Preamble, European legislators expressed concerns about the rise in environmental offences and their effects extending beyond the borders of the states in which the offences were committed. They drew attention to the fact that such offences posed a threat to the environment calling for an appropriate response emphasizing that the existing systems of penalties were insufficient to achieve complete compliance with environmental protection laws. Such compliance is needed to be “strengthened by the availability of criminal penalties, which demonstrate a social disapproval of a qualitatively different nature compared to administrative penalties or a compensation mechanism under civil law” (the Preamble, vol. (3)). Member states were expected to transpose the provisions of the Directive introducing effective, dissuasive, and proportionate criminal penalties by December 2010¹¹.

According to Article 3, unlawful conduct committed intentionally or with at least serious negligence should constitute a criminal offence if it causes or is likely to cause substantial damage to the quality of air, soil, water, animals or plants. There is also a list of environmental offences that Member States are expected to criminalise, which includes:

1. “the discharge, emission or introduction of a number of materials or ionising radiation into the air, soil or water, which causes or is likely to cause death or serious injury to

them-selves to be incapable of protecting their natural resources, nor are they capable of looking beyond the economic consequences of their actions” (SPADA JIMENEZ, A. The need for effective climate justice to protect the environment. *Annal of Bioethics & Clinical Applications (ABCA)*, 4, 3, p. 2, 2021. <https://doi.org/10.23880/abca-16000200>).

¹⁰ Official Journal of the European Union L 328/28, 6/12/2008.

¹¹ Directive 2008/99/EC was implemented by the law of 25 March 2011 on the amendment of the Penal Code and other legal acts (Journal of Laws, 94, 2011, position 549).

- any person or substantial damage to the quality of air, the quality of soil or the quality of water, or to animals or plants;
2. the collection, transport, recovery or disposal of waste, including the supervision of such operations and the after-care of disposal sites, and including action taken as a dealer or a broker (waste management), which causes or is likely to cause death or serious injury to any person or substantial damage to the quality of air, the quality of soil or the quality of water, or to animals or plants;
 3. the shipment of waste, where this activity falls within the scope of dedicated European legislation and is undertaken in a non-negligible quantity, whether executed in a single shipment or in several shipments which appear to be linked;
 4. the operation of a plant in which a dangerous activity is carried out or in which dangerous substances or preparations are stored or used and which, outside the plant, causes or is likely to cause death or serious injury to any person or substantial damage to the quality of air, the quality of soil or the quality of water, or to animals or plants;
 5. the production, processing, handling, use, holding, storage, transport, import, export or disposal of nuclear materials or other hazardous radioactive substances which causes or is likely to cause death or serious injury to any person or substantial damage to the quality of air, the quality of soil or the quality of water, or to animals or plants;
 6. the killing, destruction, possession or taking of specimens of protected wild fauna or flora species, except for cases where the conduct concerns a negligible quantity of such specimens and has a negligible impact on the conservation status of the species;
 7. trading in specimens of protected wild fauna or flora species or parts or derivatives thereof, except for cases where the conduct concerns a negligible quantity of such specimens and has a negligible impact on the conservation status of the species;

8. any conduct which causes the significant deterioration of habitats within a protected site;
9. the production, importation, exportation, placing on the market, or using ozone-depleting substances” (Article 3 of the Directive).

It is worth mentioning that later there were propositions to extend the list of criminal offences to as many environmental infringements as possible¹².

The analysis of the implementation of the Directive by Member states highlighted a number of practical issues, one of which is the fact that the Directive does not specify key terms such as “substantial damage” or “non-negligible amount” leaving the definition to Member states. As a result, some states consider the financial value of the resulting environmental damage often calculated as the summation of financial benefits for the offenders, environmental remediation costs, and the value of the damaged natural assets. Legislators in other states, including Poland, focus on the ecological aspect of the infringements, their duration, as well as the irreversibility of the inflicted damage. Under the current wording of the Directive, such differences would be considered acceptable as long as member states are able to achieve the purposes of the Directive, despite the inevitable diversity in the interpretation of the elements of environmental crimes between them and the use of different investigative methodologies. However, judging by the reports of the European Commission, the overall effectiveness of the protection mechanisms adopted by Member states as a result of the transposition of Directive 2008/99/WE has not been as high as expected¹³. Decentralized national systems of environmental protection,

¹² The proposition was put forward by the European Economic and Social Committee during a plenary session on 23 March 2022 (Available at: <<https://www.eesc.europa.eu/en/our-work/opinions-information-reports/opinions/improving-environmental-protection-through-criminal-law>>. Access on: July 11, 2022).

¹³ The EU Environmental Implementation Review Package Communication: The EU Environmental Implementation Review: Common Challenges And How To Combine Efforts To Deliver Better Results Annex: Guidance To Member States: Suggested Actions On Better Environmental Implementation adopted on 02 March 2017. Available at: <http://ec.europa.eu/environment/eir/index_en.htm>. Access on: July 11, 2022; FAURE M., WEBER F. The

the lack of effective cooperation between environmental protection and law enforcement agencies, and the failure to apply proper investigation techniques are among the common shortcomings. Experts also noticed that the imposed criminal sanctions have a little deterrent effect. In the Member states with higher sanction levels, judges do not make full use of the available sanction range. In some criminal cases, prison sentences are handed down but suspended in practice or not fully served¹⁴.

2. POLISH LAW

In Polish criminal law, crimes against the environment are covered by Chapter XXII of the Penal Code adopted in 1997 r.¹⁵ The list includes the destruction of plant or animal life of considerable dimensions (Article 181), water, air or ground pollution of considerable dimensions (Article 182), inappropriate storage, disposal or processing of harmful waste (Article 183), inappropriate storage of nuclear materials or other sources of ionizing radiation (art. 184), improper maintenance or use of the equipment protecting water, air or ground from pollution, improper

Diversity of the EU Approach to Law Enforcement – Towards a Coherent Model Inspired by a Law and Economics Approach. *German Law Journal*, 18, p. 823–880, 2017; LUTTENBERGER A., LUTTENBERGER, L. R. Challenges in regulating environmental crimes. *7th International Maritime Science Conference*, April 20th-21st, Solin, Croatia, 2017. p. 213–220; PEREIRA, R. Towards Effective Implementation of the EU Environmental Crime Directive? The Case of Illegal Waste Management and Trafficking Offences. *Review of European Comparative & International Environmental Law*, 26, 2017, p. 147–162; ZĘBEK, E., SOLODOV D. Environmental Forensic Examinations in Poland, a Case Study. *Journal for European Environmental & Planning Law*, 18, p. 103-123, 2021; SPADA JIMENEZ, A. *Justicia climática y eficiencia procesal*, Aranzadi, Pamplona, 2021.

¹⁴ European Commission, Brussels, 28.10.2020 SWD (2020), Evaluation of the Directive 2008/99/EC of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on the protection of the environment through criminal law. Available at: <https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/environmental_crime_evaluation_report.pdf>. Access on: July 11, 2022; SOLODOV, D., ZĘBEK, E. Environmental criminal enforcement in Poland and Russia: Meeting current challenges. *Utrecht Law Review*, 16 (1), p. 140-141, 2020.

¹⁵ Law of 6 June 1997 – the Penal Code, the consolidated text (Journal of Laws, 2021, position 2345).

maintenance or use of the protection equipment (Article 186), destruction or essential reduction of the natural values of protected areas or other protected natural objects (Article 187), unlawful construction or extension of existing facilities threatening the environment (Article 188).

Most of these crimes are material ones, which means that the prosecution is required to establish the connection between the environmental damage and the defendant's activities. The environmental damage must also reach the threshold of significance. The significance of the damage as an evaluative hallmark has not been explicitly specified by law. As a result, law enforcement authorities have broad discretionary power considering this key element of a crime. In Polish case-law, the significance of the damage is judged on the basis of reparability and the scale, i.e. terms, which in turn might be subject to different interpretations.

Criminal investigators and prosecutors rely entirely on expert opinions in determining the size of the damage¹⁶. The problem is the lack of unified, standardized methodology considering environmental damage assessment. Thus, environmental forensic experts might apply different techniques and methods to examining similar objects and obtain variable results.

The assessment of the experts' opinions might be challenging for the investigators, prosecutors, and criminal judges due to the complexity of the subject matter and the required high level of specialization. Polish law does not provide for the assistance of forensics consultants in this regard and also limits the use of private forensic specialists. Unlike the so-called court-appointed forensic experts, the opinions of partisan experts are treated as the information about evidence (potential source of evidential information), not as self-sufficient and admissible evidence¹⁷.

¹⁶ Similar phenomenon could be observed in other countries, including Brazil (see more: GARRIDO, R.G., ARARIPE, I. Y. D. S., MENDES, M. C. *Desencontros nas Perícias Ambientais*. *Revista Magister de Direito ambiental e Urbanístico*. 100, p. 110-127, 2022).

¹⁷ This limitations might generate potential disbalance in the prosecution-defence relationships hindering the so-called defence investigation. On the concept of defence investigations see more: SILVA, F. R. A. *A investigação criminal direta pela defesa – instrumento de qualificação do debate probatório na relação processual penal*. *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, 6, 1, p. 41-80, 2020.

Private (partisan) experts in the field of environmental forensics also face methodological challenges. In Poland, private forensic experts do not have direct excess to case materials, crime scene documentation or collected material evidence. Their opinions are often based on the opinions (written reports) of the court-appointed forensic experts. The defence hires such an expert later in the case when the scene of the alleged criminal wrongdoing may change to some extent due to natural or anthropogenic environmental factors. Thus, it might limit the usefulness of a repeat on-site inspection, which results would probably be questioned in any case by the prosecution from formal perspective. Some of the above-mentioned issues correspond to the known reasons behind unlawful prosecutions and wrongful convictions, such as faulty, unreliable forensic evidence and the effects of the prosecutorial tunnel vision¹⁸ and can be seen in the subject case.

3. CASE FACTS AND PROCEDURE

The defendant was accused of the destruction of a forest ecosystem, which included of mixed boron, wet boron, and typical oak-hornbeam forest¹⁹. The forest occupied an area of about 9 hectares and included tree species of varied ages.

The defendant, being the representative of the landowner, was responsible for the day-to-day forest management, harvesting and timber selling. Acting as such, he applied to the County Office for qualifying part of the forest as suitable for felling. The permission was granted, and a simplified forest management plan (SFMP) was issued. According to the SFMP, it was allowed to carry out tree thinning on an area of about 5 ha on one of the forest plots. On another plot, thinning of forest trees was authorized on an area of 1 ha. The defendant was then instructed by the representative of local forest service on proper felling procedures. The representative explained how to mark trees selected for felling. After

¹⁸ FINDLEY, K.A., SCOTT, M. S. Multiple Dimensions of Tunnel Vision in Criminal Cases, *Wisconsin Law Review*, 2, p. 292-294, 2006.

¹⁹ Judgement of the District Court in Ciechanow of 23 December 2015, case number II K 813/13.

that, the defendant authorized one of his employees to directly monitor tree felling. Shortly after, the employee signed a contract with a private firm specializing in tree felling and selling timber. According to the contract, the firm was to cut down trees within a given area and purchase felled wood. In the contract, the contractor was explicitly instructed to follow the defendant's instructions and observe the conditions laid down by the SFMP.

Shortly after the firm started tree felling, a forest service representative made a control visit and discovered that tree thinning violated the conditions set out by the SFMP. The representative filed an official report demanding temporary halt of any activities within the area. Nonetheless, after a while, tree cutting was reassumed. A year later, the same representative issued a second report stating that tree cutting violated the conditions of the SFMP. Meanwhile, the defendant obtained from the head of the local commune additional permission allowing the landowner to cut down another 70 trees on one of the forested plots, which was granted. The permission contained a statement that trees on a given plot of land were partially broken, self-seeding, had numerous traces of fungus, and did not represent natural value. Overall, 9 ha of the forest were cut down by the firm acting on behalf of the defendant and landowner.

20 months after the start of the felling, the police initiated criminal proceedings based on the abovementioned reports. The investigators inspected the alleged crime scene collecting photographic evidence showing tree trunks and rotting pieces of wood left by the firm's employees. They interviewed workers engaged in tree felling, transport and selling of the wood. To assess the scale of possible environmental damage, an expert in the field of forest science was appointed. Based on crime scene documentation and other evidence, the expert came to the conclusion that the defendant's activities inflicted irreparable damage that affected local vegetation and a large number of animals. The defendant was charged with the crime under Article 187 §1 of the Polish Penal Code. It is worth mentioning that he did not plead guilty.

Three months later, the case was referred to a district court. The defence argued that the methodology applied by the expert was incorrect, non-scientific and resulted in wrong conclusions. First, the expert tried

to assess something that no longer existed. Trees in question had been cut down, processed and sold. In his opinion, the expert recreated the forest on both plots assuming without sufficient evidence that there used to be a mature forest ecosystem consisting of healthy tree species of at least 50 years old. Thus, cutting of these trees inflicted significant damage to the forest ecosystem. This conclusion, however, would have required convincing proof that there was a mature forest ecosystem, which the expert failed to provide. The defence argued that such damage could be assumed only if certain features might be assigned to the trees in question – certain age, normal condition, the lack of diseases. Second, the conclusions on the scale of the environmental damage were based solely on the estimated number of felled trees. The expert examined the remains of the trees, but only selectively. The defence pointed out that felling of the forest consisting of broken, diseased, dying, or dead tree species would have been rather desirable, as it was stated later in the additional permission. Third, in his opinion, the expert did not refer to the methods used to establish the age of the forest and its condition. The defence pointed out that under Article 187 §1 of the Polish Penal Code, it was not enough to state that a certain number of trees had been cut down. The mere statement that a relatively large number of trees had been cut down should not lead to automatic conclusions on the scale of the environmental damage.

The court, acting on its own initiative, inspected the site of the alleged crime, where, with the assistance of forest service officials, tried to estimate the density of the no-longer-existed forest. The inspection provided further evidence that the methods applied by the expert had been inadequate and misleading. It was found that the condition of the forest was recreated in a greatly simplified manner. The expert neglected to provide indications of the initial state of the forest. Instead of evaluating each tree and each trunk to identify tree species, their age, condition and health, he examined only a small, selected part of the forest extrapolating the obtained results to the rest of the forest. It was also noticed that according to the expert the size of the forested area in question was about 9 ha. However, in his written opinion the expert was unable to pinpoint the exact areas within forested plots, which combined occupied more than 32 ha of land. The expert failed to establish forestation density making it

impossible to and neglected to apply statistical methods. The fact that the defendant also obtained an additional permission from local authorities to cut down several dozen trees in the same area was recognized by the court as proof that the trees had no natural value. On top of that, one of the defence witnesses – a former forest service employee - testified that the forest in question had been planted in 1989 on post-agricultural and post-arable lands and consisted of young trees. This evidence, threw additional doubts on the expert's findings.

The defence also argued that it was not proved beyond reasonable doubt that the firm had not exceeded the limits and conditions of tree thinning specified by the defendant and his employee. There was no evidence that the defendant or his employee marked the trees that should be cut down. In this case, the defendant was not responsible for the actions of others as they had been carried on beyond his knowledge and without his tacit approval. According to the defence, the resulting environmental damage might have been inflicted at least to some extent by unauthorized activity on the part of the firm's employees. Another issue raised by the defence was whether third parties, who were not related to the defendant or the firm, cut down the trees and stole the wood. It was common knowledge that tree theft was quite common in this area. The defendant and his employees were not present in the forest daily. If it was true in this case, the actions of unidentified third parties would have contributed to the resulting environmental damage.

During the proceeding, the court appointed an expert in the field of forest management to establish the state of the forest in question. The expert stated that the age of the trees might have varied from 5 to 45 years. However, he was also unable to determine how many trees there had been and at what age. The expert testified that the stands were in good condition, which had been confirmed during the on-site inspection carried out by the court. He also testified on the approximate number and the value of the trees using forest management documentation from the mid-1990s. The defence, however, argued that between the time these documents had been issued and the time of the discussed events, a lot might have changed. It could be assumed that, there had been fewer trees as well as that young or sick specimen prevailed or constituted a significant percentage. It is worth noting that although the second expert

came to the same conclusions as the first one on the matter of the scale of the resulting environmental damage, the wording of his opinion was different from the wording of the indictment. This allowed the defence to further question the argumentation of the prosecution. The defence also argued that the second expert had not made an on-site inspection using instead the documentation provided by the court, which, as mentioned before, shown the state of randomly selected areas.

The prosecution's final argument was that the firm's financial documents showed how much wood had been sold by the firm. The court, nonetheless, agreed with the defence that it might have been problematic to establish how many trees the firm had cut down based on this documentation. It had carried out logging in several places, so at least some of the sold wood reflected in these documents might have come from other places.

After several months of trial, the court delivered an acquittal judgement stating that the argumentation of the defence had not been successfully challenged by the prosecution. The decision of the court was sustained in high-tier tribunals.

4. CASE AND LAW ENFORCEMENT PRACTICE ANALYSIS

The described case shows that environmental crime investigation and prosecution require expertise in both environmental issues and criminal justice²⁰. It is crucial for law enforcement to understand key elements of environmental infringements and know exactly how they might be detected and proved.

²⁰ In 2022, the European Economic and Social Committee proposed to set up specialised police forces, which would deal with environmental crimes. It also proposed to extend the jurisdiction of the European Public Prosecutor's Office to environmental crimes creating the Green European Public Prosecutor's Office that would be able to support the fight against environmental crimes with known links to organised crime (Available at: <<https://www.eesc.europa.eu/en/our-work/opinions-information-reports/opinions/improving-environmental-protection-through-criminal-law>>. Access on: July 11, 2022). See also: WHITE, R. Environmental Crime, Ecological Expertise and Specialist Environment Courts. In: Gacek, J., Jochelson, R. (eds). *Green Criminology and the Law*. Palgrave Studies in Green Criminology. Palgrave Macmillan, Cham. 2022.

One of the main issues regarding environmental crime investigations is the question of early crime detection and timely application of appropriate evidence-gathering procedures. The clandestine nature of environmental infringements, the absence of human victims, who can report the crime might be the main reasons why it is not unusual in such cases to see long delays in police response²¹. As everything else around us, nature is in constant change. As forensic practitioners, we accustomed to see correlations between police response time and crime clearance rates. Regarding environmental crimes, the negative consequences of delayed police response are usually aggravated by seasonal and anthropogenic factors including ongoing illegal activity. One of the reasons why such delays in police response occur is the lack of effective cooperation and coordination between law enforcement and environmental protection agencies. In the described case, a few months passed after the first report had been issued regarding the violations of the SFMP and indicating possible environmental damage. By the time the police decided to initiate proceedings, some pieces of evidence had already been gone – the wood harvested from illegal logging had been transferred and sold, the remaining trunks and pieces of wood had been rotting for a few months making it impossible to establish the original state of the trees.

The identification of those responsible, the so-called association stage²², might also be an issue. It often happens in such cases that investigators violate the logical sequence of actions, which is from environmental violation to the perpetrator, from crime scene documentation to the culprits. Instead, the investigators concentrate on the identified suspect neglecting proper preservation of relevant evidence, as it was true in the abovementioned case. As a result, there were flaws in crime scene documentation, including the lack of precise measurements, partial photographic evidence. These errors combined

²¹ In Poland, there is a possibility to anonymously inform competent authorities about possible environmental violation. Unfortunately, there are no such effective mechanisms as Linha Verde adopted in Brazil in 2013 (see more: LINHA VERDE. *O Disque Denúncia do Meio Ambiente*. Available at: <<https://www.disquedenuncia.org.br/programas/Linha-Verde>>. Access on 11 July 2022).

²² INMAN, K., RUDIN, N. The origin of evidence. *Forensic Science International*. 126, 1, p. 11, 2002.

with unjustified confidence in the first expert, whose findings happened to coincide with the investigators' main and only version of events, might be the reasons behind the final prosecutorial failure. Such a one-sided approach may be characterized as a direct consequence of the so-called tunnel vision effect, which prevents criminal investigators and, later in the case, prosecutors from recognizing and addressing gaps in evidence. It affects not only criminal investigators or prosecutors, but also criminal judges making them "focus on a particular conclusion and then filter all evidence in a case through the lens provided by that conclusion"²³.

Another major issue to be discussed in connection with the abovementioned criminal case is the question of the standardization of the expert methodology regarding environmental damage assessment. In Poland, there have been a lack of binding guidelines on the establishment of the significance of the damage as one of the *indicia* of the crimes covered by Chapter XXII of the Polish Penal Code. According to case-law, Polish courts want to see the ecological rather than financial impact of environmental infringements, which brings out the questions of the reversibility of the damage and its overall effect on ecosystems. However, the complexity of natural environment makes the application of this concept quite challenging. The reversibility of environmental damage may depend on different internal and external factors including regeneration cycles. To some extent the resulting environmental damage might be reversible after several decades or even centuries, while some damage could be repaired within a reasonable time. There is also a question of the identification of the valued components of the ecosystem, which makes it difficult to avoid diverging interpretations²⁴. In the abovementioned criminal case, the first forensic expert conducted an on-site inspection without clear understanding of relevant facts and appropriate evidence-collection techniques using academic rather forensically sound methodology. His findings regarding the scale of the damage were successfully questioned by the defence during

²³ RAEDER, M. What Does Innocence Have to Do With It? A Commentary on Wrongful Convictions and Rationality. *Michigan State Law Review*, 4, p. 1327, 2003.

²⁴ See more: SOLODOV, D., ZEBEK, E. Environmental forensic inquiries in investigating environmental crimes in Poland and Russia. *Environmental Forensics*, 22:3-4, p. 315- 324, 2020.

court proceedings. The on-site inspection made later by the court was also erroneous in this regard. The opinion of the second, court-appointed expert, who had based his conclusions on the documentation provided by the court, was characterized as being faulty and misleading in the judgement. In both opinions, the scale of the damage was determined based on the age of the trees without proper information on their number, species, age or natural value. It was possible, however, to apply conventional statistical methods to the field data to recreate the original or near-original state of the forest.

Considering possible remedies, it should be noted that in 2021, the EU Commission issued the Environmental Compliance Assurance Guidance entitled “Combating environmental crimes and related infringements”²⁵. The document provides insights into the methodology of environmental crime investigations. Regrettably, the Guidance has not been translated into the Polish language and has not been implemented by national law enforcement and environmental protection agencies.

The document offers recommendations and good practices to help authorities to make the right choices and use available resources in the best way possible. In the Guidance, there are three crime scenarios – problematic waste facility, illegal killing of wild birds, and illegal trade in wildlife – each presented as a cluster of circumstances capturing typical challenges faced by law enforcement when addressing such violations. Considering other environmental infringements, the document offers a series of applicable recommendations divided into five blocks or, using original terminology, parameters, in particular: a) the nature of the infringed obligations; b) environmental, economic and social impacts of the infringement; c) duty-holder and perpetrator; d) type of conduct; e) explanations and motivations for infringements. Each block (parameter) is linked with a non-exhaustive list of issues, which need to be considered by criminal investigators. For example, the Guidance provides that in assessing the impact of the environmental violation, competent authorities should take into account the following issues a) whether there

²⁵ EU Commission. Environmental Compliance Assurance. *Guidance Document “Combating environmental crimes and related infringements”*. Available at: <<https://op.europa.eu/o/opportal-service/download-handler?identifier=-e004a9c9-596a-11ec-91ac-01aa75ed71a1&format=pdf&language=en&productionSystem=cellar&part=>>. Access on: July 11, 2022).

is measurable environmental harm resulting from the infringement, b) if the infringement endangers, but does not harm the environment, c) whether it is possible to quantify the damage to the environment, d) if the infringement leads to profits for the perpetrator and e) whether it is possible to quantify them, f) if the amount of the illegal benefit was significant²⁶. In the case described above, we could see some of these issues being pointed out by the defence and later addressed by the court in the judgement, not in favour of prosecution.

The Guidance highlights typical challenges presented by environmental infringements. These challenges are grouped into three stages:

- *discovery*, which covers the confirmation of whether infringements have occurred and the identification of those responsible,
- *assessment*, which involves weighing the seriousness of individual and linked infringements and identifying the liabilities of individual suspects, and
- *acting against individual suspects*, which involves the establishment the chain of command within the corporation, the roles of the individuals involved and the particular drivers, motives.

Regarding the discovery stage, the Guidance differentiates a few possible scenarios:

- *entirely illegal and clandestine activity* with illegal landfills and illegal deforestation given as typical examples,
- *apparently legal activity with clandestine illegality involved* referring to the situation when formal requirements appear to be observed, but cheating takes place through false representation and misreporting,
- *openly illegal activity being tolerated and left unaddressed*, and
- *one-off unreported incidents*²⁷.

²⁶ EU COMMISSION. Environmental Compliance Assurance. *Guidance Document “Combating environmental crimes and related infringements”*, p. 10-11.

²⁷ *Ibidem*, p. 38-39.

Addressing initial evidence-gathering stage, the document emphasizes the need for technical expertise, which might arise in cases regarding environmental infringements. The task is to collect and preserve evidence, which is necessary to clarify the circumstances that point to the infringement²⁸. Thus, during the examination of the possible crime scene, consideration should be given to the equipment and the experts. It is crucial to properly document the site using different types of forensic equipment including, if available, 3D scanners and UAVs. The investigators need to ensure the forensic analysis of each destroyed or damaged natural object. Due to the complex nature of environmental criminal infringements, the participation of the experts in the field of environmental protection and environmental forensics in the crime scene examination should be considered as well. Such assistance should be preferred over the presence of forest service employees, who usually lack proper training and expertise in criminal matters. In Poland, such experts could be found on the lists of court-appointed experts maintained by the chairmen of the circuit courts. It should be noted that under current Polish law the expert's previous participation in the proceedings, including crime scene examinations, is not considered to be an obstacle to being appointed later to conduct the expertise. There are no formal legal obstacles preventing future experts from the active participation in the processing of the alleged crime scene.

Finally, it is important to mention that in Polish law, crime scene examinations are not considered obligatory in every case. Criminal investigators are granted broad discretionary power in this regard, which might make sense in some situations. For example, in the case of tax-related or some other white-collar crime, there might be no crime scene in traditional sense. Instead, pieces of relevant evidence are scattered in different places. Thus, it is more practical to identify and work with different sources of evidential information. On the other hand, in cases like the one described above, crime scene examinations should be considered obligatory whereas most of the evidence could be found at the site of the violation and within surrounding area. Therefore, in such cases, crime scene examinations need to be considered as a central and irreplaceable source of evidential information.

²⁸ Ibidem

CONCLUSIONS

The analysis allows the following conclusions.

1. Illegal practices in exploitation of environmental resources tend to occur because corresponding legal rules are not properly enforced. Thus, effective prosecution is crucial for the prevention of environmental crimes.

2. The prosecutorial failure in the described case might only be partially blamed on the delayed police response or the effects of the so-called tunnel vision. It originated from the lack of proper understanding of the concept of environmental damage and its key elements, as well as how the one should identify and prove them in criminal proceedings.

3. Specialization and environmental education should be encouraged among law enforcement personnel dealing with environmental infringements and their consequences. The education might be done through training on the specificities of environmental damage and appropriate investigative techniques. Special attention should be paid to the initial stage of criminal proceedings, which might be, as practice shows, the most challenging and demanding part of the investigation. In this regard, the Environmental Compliance Assurance Guidance “Combating environmental crimes and related infringements” issued by the EU Commission in 2021 should be implemented as a source of best practices and used as a basis for the creation of effective investigative methodology.

4. During the examination of the alleged crime sites, special attention should be paid to crime scene documentation. It is advisable to use different forensic equipment, including 3D scanners and UAVs to fully document resulting changes. Crime scene examiners should devise and follow a precise plan of the examination with attention to relevant forensic recommendations and best practices.

5. During the examination of a possible crime scene, consideration should be given to the presence of forensic experts in the field of environmental protection and environmental forensics. The ongoing practice of inviting forest service employees instead may not ensure the required level of assistance considering evidence collection, evidence preservation and initial evaluation.

6. Crime scene examinations should be considered obligatory in the case of possible environmental crimes including criminal deforestation.

As of today, in Poland, crime scene examinations are not considered obligatory, which gives broad discretionary powers to the police. The failures in evidence collection and preservation might lead to the failures in establishing the fact of the crime being committed and the responsibility of particular individuals.

7. There has been a need to standardize the methodology of environmental damage assessment in Poland, including the cases of criminal deforestation. The lack of precise criteria in this regard leads to the situation, where different forensic experts are applying different methods and obtaining variable results while studying the same objects.

REFERENCES

ALVES-MAZZOTTI, A.J. Usos e abusos dos estudos de caso. *Cadernos de Pesquisa*, 36, 129, p. 637-651, 2006

EU Commission, Environmental Compliance Assurance Guidance Document “Combating environmental crimes and related infringements”. Available at: <<https://op.europa.eu/o/opportal-service/download-handler?identifier=e004a9c9-596a-11ec-91ac-01aa75ed71a1&format=pdf&language=en&productionSystem=cellar&part=>>>. Access on: July 11, 2022

EU Environmental Implementation Review Package Communication: *The EU Environmental Implementation Review: Common Challenges And How To Combine Efforts To Deliver Better Results Annex: Guidance To Member States: Suggested Actions On Better Environmental Implementation*, 2017. Available at: <http://ec.europa.eu/environment/eir/index_en.htm>. Access on: July 11, 2022

EUROPEAN COMMISSION, Brussels, 28.10.2020 SWD (2020). *Evaluation of the Directive 2008/99/EC of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on the protection of the environment through criminal law*. Available at: <https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/environmental_crime_evaluation_report.pdf>. Access on: July 1, 2022

FAURE M., WEBER F. The Diversity of the EU Approach to Law Enforcement – Towards a Coherent Model Inspired by a Law and Economics Approach. *German Law Journal*, 18, 04, p. 823-879, 2017. <https://doi.org/10.1017/S2071832200022185>

FINDLEY, K. A., SCOTT, M. S. Multiple Dimensions of Tunnel Vision in Criminal Cases. *Wisconsin Law Review*, 2, p. 291-397, 2006.

GARRIDO, R.G., ARARIPE, I. Y. D. S., MENDES, M. C. Desencontros nas Perícias Ambientais. *Revista Magister de Direito ambiental e Urbanístico*. 100, p. 110-127, 2022

INMAN, K., RUDIN, N. The origin of evidence. *Forensic Science International*. 126, 1, p. 11-16, 2002. [https://doi.org/10.1016/s0379-0738\(02\)00031-2](https://doi.org/10.1016/s0379-0738(02)00031-2)

LATAWIEC, A. E.; PENNA-FIRME, R.; PENA, I.A.B. et al. Perception-Based Study on the Value of Nature to People and Land Sparing for Nature in Brazil and Poland. *Sustainability*, 12, 8860, 2020. <https://doi.org/10.3390/su12218860>

LINHA VERDE. *O Disque Denúncia do Meio Ambiente*. Available at: <<https://www.disquedenuncia.org.br/programas/Linha-Verde>>. Access on 11 July 2022

LUTTENBERGER A., LUTTENBERGER, L. R. Challenges in regulating environmental crimes. *7th International Maritime Science Conference*, April 20th-21st, Solin, Croatia. p. 213-220. 2017

PEREIRA, R. Towards Effective Implementation of the EU Environmental Crime Directive? The Case of Illegal Waste Management and Trafficking Offences. *Review of European Comparative & International Environmental Law*, 26, p. 147-162, 2017. <https://doi.org/10.1111/reel.12207>

POLISH FOREST SERVICE. Polish forests. Available at: <<https://www.lasy.gov.pl/en/our-forests/polish-forests>>. Access on: July 11, 2022

RACZKOWSKI, M., ZĘBEK E. Forest management plan as a legal instrument for the protection of forest resources. In: ZĘBEK E., HEJBUDZKI M. *The Responsibility for the Environment in Terms of Normative Standards*, Olsztyn: University of Warmia and Mazury in Olsztyn, 2017. p. 265-287

RAEDER, M. What Does Innocence Have to Do With It? A Commentary on Wrongful Convictions and Rationality, *Michigan State Law Review*, 4, p. 1315-1335, 2003.

REFEROWSKA-CHODAK E. The Organization of Nature Conservation in State-Owned Forests in Poland and Expectations of Polish Stakeholders. *Forests*, 11 (8), p. 796-820, 2022. <https://doi.org/10.3390/f11080796>

SHELLEY, T. O'C.; CHIRICOS, T. GERTZ, M. What about the environment? Assessing the perceived seriousness of environmental crime. *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*, 35, 4, p. 307-325, 2011. <https://doi.org/10.1080/01924036.2011.625234>

SILVA, F. R. A. A investigação criminal direta pela defesa – instrumento de qualificação do debate probatório na relação processual penal. *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, 6, 1, p. 41-80, 2020. <https://orcid.org/0000-0002-4863-3507>

SNARSKI S. J. Supervision of the district governor over forest management in forests not owned by the state treasury in Poland. *Acta Sci. Pol. Administratio Locorum* 21(2), p. 231-240. 2022. <https://doi.org/10.31648/aspal.7149>

SOLODOV, D., ZĘBEK, E. Environmental criminal enforcement in Poland and Russia: Meeting current challenges. *Utrecht Law Review*, 16 (1), p. 140-150, 2020. <https://doi.org/10.36633/ulr.532>

SOLODOV, D., ZEBEK, E. Environmental forensic inquiries in investigating environmental crimes in Poland and Russia. *Environmental Forensics*, 22:3-4, p. 315- 324, 2020. <https://doi.org/10.1080/15275922.2020.1850563>

SPADA JIMENEZ, A. *Justicia climática y eficiencia procesal*, Aranzadi, Pamplona, 2021.

SPADA JIMENEZ, A. The need for effective climate justice to protect the environment. *Annal of Bioethics & Clinical Applications* (ABCA), 4, 3, p. 2, 2021. <https://doi.org/10.23880/abca-16000200>

WHITE, R. Environmental Crime, Ecological Expertise and Specialist Environment Courts. In: Gacek, J., Jochelson, R. (eds). *Green Criminology and the Law*. Palgrave Studies in Green Criminology. Palgrave Macmillan, Cham. 2022. https://doi.org/10.1007/978-3-030-82412-9_4

ZĘBEK E., SOLODOV D. Environmental Forensic Examinations in Poland: a Case Study. *Journal for European Environmental & Planning Law*, 18, p. 103–123, 2021. <https://doi.org/10.1163/18760104-18010007>

Authorship information

Denis Solodov. Associate professor at the Department of Criminology and Criminalistics, PhD with habilitation. denis.solodov@uwm.edu.pl

Elżbieta Zębek. Associate professor at the Department of International Public Law and European Law, PhD with habilitation. elzbieta.zebek@uwm.edu.pl

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

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

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

- *Denis Solodov:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, review and editing, final version approval.
- *Elzbieta Zębek:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, editing, final version approval.

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

Editorial process dates

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

- Submission: 03/05/2022
- Desk review and plagiarism check: 13/05/2022
- Review 1: 31/05/2022
- Review 2: 23/06/2022
- Preliminary editorial decision: 25/06/2022
- Correction round return: 12/07/2022
- Final editorial decision: 20/07/2022

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 2 (MDe KF)
- Reviewers: 2

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

SOLODOV, Denis; ZĘBEK, Elżbieta. Unlawful prosecution in the case regarding the destruction of a forest ecosystem. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8, n. 2, p. 653-677, mai./ago. 2022.
<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i2.711>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.

Erros judiciários em tempos de digital surveillance: os algoritmos de reconhecimento facial em questão

*Miscarriages of justice in digital surveillance times:
the facial recognition algorithms in question*

*"If I were a drone
Patrolling foreign skies
With my eletronic eyes for guidance
And the element of suprise
I would be afraid to find someone home"
(Roger Waters. Déjà vu)*

Luiz Eduardo Cani¹

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Porto Alegre, RS, Brasil

luiz@acaz.law

 <https://lattes.cnpq.br/8283452898258709>

 <https://orcid.org/0000-0003-4016-5945>

João Alcantara Nunes²

Pesquisador independente – Porto Alegre, RS, Brasil

joao@acaz.law

 <https://lattes.cnpq.br/9452594306041284>

 <https://orcid.org/0000-0002-5131-1306>

¹ Doutorando em Ciências Criminais na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra (UC). Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC). Professor de Direito Penal no Centro Universitário Avantis (UniAvan). Professor convidado do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal (IBRASPP) em convênio com a Universidade de Caxias do Sul (UCS). Advogado criminalista.

² Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Capacitado no III Programa brasileiro sobre reforma processual penal do Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA). Advogado criminalista.

RESUMO: Os tradicionais problemas do reconhecimento pessoal, mormente quando realizado em álbuns fotográficos, foram repaginados e receberam verniz científico-tecnológico com a introdução de algoritmos de reconhecimento facial. A pandemia de coronavírus serviu de justificativa para a multiplicação dessas tecnologias, a pretexto do combate ao vírus. Assim foi que, em muitos lugares, como a Inglaterra e os EUA, esses algoritmos passaram a ser utilizados na persecução penal, não raro sob o argumento de redução da subjetividade dos depoimentos. Nesse contexto, o objetivo deste artigo é indagar como o reconhecimento facial pode produzir novos erros judiciais. Os objetivos específicos são abordar o uso de câmeras de monitoramento com reconhecimento facial para vigilância digital, analisar alguns aspectos do incremento das medidas securitárias durante a pandemia, investigar os erros judiciais em reconhecimentos de pessoas e explicar como os erros judiciais podem ocorrer durante o uso dessas câmeras. A hipótese da qual se parte é que essa tecnologia, por um lado, não pode cumprir condições mínimas de avaliação de confiabilidade probatória, e, por outro, ao ser aplicada a imagens, não passa de uma atualização, em muitos casos bastante malfeita, dos problemáticos reconhecimentos fotográficos. Utilizou-se o método hipotético-dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Reconhecimento fotográfico; Reconhecimento pessoal; Falsos reconhecimentos; Falsas memórias.

ABSTRACT: *The traditional problems of personal recognition, especially when performed from photographic albums, have been repaginated and given a scientific-technological varnish with the introduction of facial recognition algorithms. The coronavirus pandemic has served as justification for the multiplication of these technologies, under the pretext of fighting the virus. As a result, in many places, such as England and the United States, these algorithms began to be used in criminal prosecution, often under the argument of reducing the subjectivity of testimonies. In this context, the objective of this paper is to investigate how facial recognition can produce new miscarriages of justice. The specific objectives are to discuss the use of facial recognition cameras for digital surveillance, analyze some aspects of the increase in security measures during the pandemic, investigate miscarriages of justice in recognizing people, and explain how miscarriages of justice can occur during the use of these cameras. The hypothesis is that this technology,*

firstly, cannot meet minimum conditions for evaluating evidential reliability, and, on the other hand, when applied to images, it is nothing more than an update, in many cases quite poorly done, of the problematic photographic recognitions. The hypothetical-deductive method and the bibliographical research technique were used.

KEYWORDS: *Photographic recognition; Personal recognition; False Recognition; False memories.*

SUMÁRIO: Introdução; 1. *Digital surveillance*: as câmeras com reconhecimento facial; 2. Securitização pandêmica e proliferação do reconhecimento facial: medo, necessidade e inimigos; 3. Erros judiciais em reconhecimentos pessoais; 4. Reconhecimento facial por algoritmos: um novo capítulo nos erros judiciais; Considerações Finais; Referências.

INTRODUÇÃO

O aumento intensivo e extensivo das técnicas de controle e vigilância populacional, característico das estratégias securitárias³, proporcionado por *drones*, câmeras de vigilância interligadas a redes neurais profundas (*deep learning*) e outras das chamadas “novas tecnologias”, criadas no contexto da Revolução 4.0, produziu uma era de *digital surveillance* na qual são produzidos e reproduzidos discriminação, insegurança e erros judiciais⁴.

³ Vide: AMARAL, Augusto Jobim do. A governamentalidade em tempos securitários. In: SILVEIRA, Clovis Eduardo Malinverni; GRAZIANO SOBRINHO, Sergio Francisco Carlos. (Org.). *Direito, risco e sustentabilidade*: abordagens interdisciplinares. Caxias do Sul: EDUCS, 2017.

⁴ Entendidos aqui não no sentido já consolidado, de erros ao final da persecução penal (condenações de inocentes – falsos positivos – ou absolvições de culpados – falsos falsos), mas como descumprimentos do devido processo legal (p. ex. admissibilidade e/ou valoração de prova ilícita, não declaração de nulidade de ato nulo etc.): “nesta quadra da história, não é mais possível pensar os erros judiciais como o resultado final do processo em que um inocente foi condenado ou em que um culpado foi absolvido. A condenação de inocente e a absolvição de culpado são *efeitos* dos erros. Também a

Este texto parte desse contexto para tomar uma posição crítica aos usos desses aparelhos, sobretudo em relação aos erros judiciais decorrentes do *digital surveillance* durante a quarentena estabelecida para reduzir a propagação da pandemia de coronavírus.

O objetivo geral é indagar como o reconhecimento facial pode produzir novos erros judiciais. Para tanto, aborda-se o uso de câmeras de monitoramento com reconhecimento facial para vigilância digital, analisa-se alguns aspectos do incremento das medidas securitárias durante a pandemia, investiga-se os erros judiciais em reconhecimentos de pessoas e explica-se como os erros judiciais podem ocorrer durante o uso dessas câmeras.

Questiona-se: como o reconhecimento facial por algoritmos pode produzir novos erros judiciais? A hipótese da qual se parte é que essa tecnologia, por um lado, não pode cumprir condições mínimas de avaliação de confiabilidade probatória, e, por outro, ao ser aplicada a imagens, não passa de uma atualização, em muitos casos bastante malfeita, dos problemáticos reconhecimentos fotográficos. Mais do que isso, vale-se de uma atualização das teorias constitutivas da criminologia etiológica individual, sobretudo da antropologia criminal de Cesare Lombroso⁵.

Tem-se como pressuposto que o uso das “novas tecnologias” para controle dos indivíduos, justificado, em tempos de pandemia, pela necessidade de combater o vírus – como se uma estratégia de guerra

discussão há muito feita acerca das causas dos erros: más condutas, inefetividade etc. Nada disso é causa. Esses são os erros mesmos.” CANI, Luiz Eduardo; MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Guia para a mitigação dos erros judiciais no processo penal*. Florianópolis: EMais, 2022, p. 158.

⁵ “Vi ho cercato d'illustrare, nel mondo dei criminali, ciò che gli etnografi chiamano la pittura dei selvaggi e la loro estetica, la loro grafologia, e i loro geroglifici. Soprattutto ho voluto dimostrare colla maggior evidenza possibile la esistenza ed i caratteri del tipo nel criminale nato e nell'epilettico. E a questo fine ho raccolto nuovi documenti dalle opere e dalle comunicazioni più recenti dei miei amici e colleghi Kurella, Marro, Del Drago, De Blasio, Ottolenghi, Maxime du Camp, Cantel Bey, Mingazzini, Penta, Roncoroni, Magnan, De Silvestri, Staderini, Frigerio, Baer, Tarnowsky, principe Rolando Bonaparte, Fallot, Lacassagne, Benedikt, Boselli e Moraglia, e specialmente dalla magistrale opera del Ferri sull'Omicidio (Tav. II a XXIV e da XL a XLIV).” LOMBROSO, Cesare. *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alla psichiatria*. 5. ed. Turim: Fratelli Bocca, 1897, p. iii.

pudesse conter a proliferação da pandemia –, além de possibilitar a criação de uma *total surveillance*, tende a escamotear os erros analógicos no reconhecimento pessoal.

O estudo e o trabalho foram realizados pelo método hipotético-dedutivo, partindo-se da hipótese para confirmá-la ou refutá-la. Utilizou-se a técnica de pesquisa bibliográfica, com consulta a fontes documentais secundárias.

1. *DIGITAL SURVEILLANCE*: AS CÂMERAS COM RECONHECIMENTO FACIAL

As chamadas “novas tecnologias” surgiram no contexto da Revolução 4.0. A primeira revolução industrial foi impulsionada pela mecânica. A segunda, pela energia elétrica. A terceira, pela automação, possibilitada, dentre outros fatores, pela computação. A quarta, pelas “novas tecnologias”: inteligência artificial, *big data*, internet das coisas, impressão em três dimensões, bioengenharia e outras⁶.

Por *surveillance*, entende-se o conjunto de “práticas voltadas à vigilância, segurança e manipulação de dados” que “fazem parte do conjunto de ações dispostas no sentido de gerenciar comportamentos, dados e segurança”⁷, algo que foi “implantado no lugar dos meios de confinamento disciplinares”⁸ durante a crise das instituições, entendida como “implantação progressiva e dispersa de um novo regime de dominação.”⁹ Nesse sentido, as práticas de gerenciamento de comportamentos, dados e segurança estabelecidas a partir das “novas tecnologias” constituem a *digital surveillance*.

A *digital surveillance* não pode ser pensada em um eixo de fragmentação completa dessas novas tecnologias, tampouco pode sê-lo o

⁶ Sobre: BRASIL. Ministério da Indústria, Comércio e Serviços. *Indústria 4.0*. Disponível em: <http://www.industria40.gov.br>. Acesso em: 06 jun. 2020.

⁷ AMARAL, Augusto Jobim do; DIAS, Felipe da Veiga. *Surveillance* e as “novas” tecnologias de controle biopolítico. *Veritas*, Porto Alegre, v. 64, n. 1, e-33427, 2019, p. 3. <https://doi.org/10.15448/1984-6746.2019.1.33427>.

⁸ DELEUZE, Gilles. *Post-scriptum* sobre as sociedades de controle. In: DELEUZE, Gilles. *Conversações (1972-1990)*. Trad. Peter Pál Pelbart. São Paulo: Editora 34, 2013, p. 229.

⁹ *Ibidem*.

problema das câmeras com reconhecimento facial. Isso porque não é possível obter o reconhecimento facial apenas com câmeras (*hardware*). É imprescindível o desenvolvimento de uma rede neural profunda (*software*), alimentada a partir de um grande conjunto de dados (*big data*) para realizar atividades de inteligência artificial fraca¹⁰.

A inteligência artificial (*artificial intelligence*) é fruto da tentativa de ensinar uma máquina (*hardware*) a simular a inteligência humana, ou seja, uma das técnicas de aprendizagem de máquina (*machine learning*)¹¹. As redes neurais profundas (*deep learning*) são estruturas algorítmicas criadas em múltiplas camadas, cada qual formada por múltiplos pontos (chamados neurônios) que identificam partes de imagens, textos ou áudios, que, a partir dos dados (*big data*) utilizados no processo de treinamento, realizam inferências (predições¹²). Ademais, um amplo sistema

¹⁰ “faz-se necessário distinguir a Inteligência Artificial forte e fraca. Enquanto o objetivo da primeira (forte) é construir uma máquina que responda à inteligência geral humana, a segunda (fraca) busca emular a realização de tarefas específicas (LÓPEZ DE MANTARAS BADIA; MESEGUER GONZÁLEZ, 2017). Enquanto na geral se busca um substituto, na especializada se pretende prever aplicações individualizadas. O alvo das duas é diferenciado e, no que se refere ao Direito, a pretensão se vincula à compreensão fraca, dada a multiplicidade de fatores que podem, em potência, constituir-se em fatores da decisão”. MORAIS DA ROSA, Alexandre. A questão digital: o impacto da inteligência artificial no Direito. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, v. 6, n. 2, e259, 2019, p. 8. <http://dx.doi.org/https://doi.org/10.29293/rdfg.v6i02.259>.

¹¹ “The terms machine learning and artificial intelligence are sometimes used interchangeably, but there is a subtle difference. Artificial intelligence focuses on “intelligence”. An AI system tries to behave as if it possesses human intelligence, no matter what the underlying method or algorithm is. But in machine learning, the focus is on ‘learning’ where the system is trying to learn something from the data without a human explicitly programming the knowledge. For example, one of the early successes in AI was the expert system. In an expert system, the knowledge of a particular field is written down as rules and programmed directly into the code, so the system can answer questions or perform tasks as if it were a domain expert. This kind of system might appear to have some level of human intelligence, but underneath it’s not actually ‘learning’ from data. So this system can be called an AI system but not a machine learning system.” LYU, Shing. *Practical rust projects*. Building game, physical computing, and machine learning applications. Nova Iorque: Apress, 2020, p. 187.

¹² “From the use of the IRS Discriminant Index Function to predict potential tax evasion and identify which tax returns to audit [...] to the use of risk-assessment instruments to determine pretrial detention, length of criminal sentences,

de vigilância, no qual milhões de câmeras de vigilância estão integrados é impossível sem o uso da internet das coisas (*internet of things*).

A identificação facial é feita por meio da comparação entre os rostos dos indivíduos cujas imagens são capturadas e as imagens que alimentam os algoritmos (*big data*)¹³. Um algoritmo de inteligência artificial é treinado com fotos de milhões de rostos humanos e visa, a partir da identificação de pontos localizados nos rostos, encontrar convergências para poder prever se a pessoa observada pela câmera é a mesma cuja imagem integra o banco de dados.

Ainda que existam esforços para melhoria dos já identificados baixos índices de precisão nos resultados dessas análises algorítmicas, mesmo a implementação de métodos diversos, como o uso de sensores LiDAR¹⁴, para acrescentar informações de profundidade à leitura bidimensional, mantém essencialmente a lógica de funcionamento da *com-*

prison classification, and parole eligibility, prediction instruments increasingly determine individual outcomes in our policing, law enforcement, and punishment practices. More and more, we use risk-assessment tools to identify whom to search, when to punish more, and how to administer the penal sanction." HAR-COURT, Bernard E.. *Against prediction: profiling, policing, and punishing in an actuarial age*. Chicago: University of Chicago Press, 2006, p. 2.

¹³ "is a biometric technology that uses distinctive features of the face to identify and distinguish an individual. Over a period of almost 6 decades, it has evolved in many ways- from looking at 3D contours of a face to recognizing skin patterns. [...] The facial recognition system works primarily by capturing the face & its features through the camera and then using various kinds of software to reconstruct those features. The captured face along with its features is stored into a database, which can be integrated with any kind of software that may be used for security purposes, banking services, etc." DRISHTI. *The big picture: facial recognition - uses & concerns*. Disponível em: <<https://www.drishtiiias.com/loksabha-ra-jyasabha-discussions/the-big-picture-facial-recognition-uses-concerns>>. Acesso em: 13 maio 2022.

¹⁴ "LiDAR, short for light detection and ranging, is a remote sensing technology similar to radar. The difference is that radar uses radio waves to detect its surroundings, whereas LiDAR uses laser energy. [...] The main feature of the proposed method is a face recognition model that incorporates depth information into RGB images. The method uses a device equipped with a LiDAR sensor to collect the supplementary data. Because the method utilizes point cloud and depth data, it solves the liveness detection problem of the existing 2D face recognition method." KO, Kyoungmin; et al. SqueezeFace: Integrative Face Recognition Methods with LiDAR Sensors. *Journal of Sensors*, v. 2021, 4312245, pp. 1-8, 2021, p. 1-2. <https://doi.org/10.1155/2021/4312245>.

paração entre imagens digitais a partir de uma base de dados predefinida, pois mesmo a leitura de profundidade com laser não faz mais do que criar outras imagens.

Inúmeros algoritmos com essa finalidade foram desenvolvidos e comercializados na indústria securitária. Dentre essas iniciativas está uma do Ministério da Justiça e Segurança Pública¹⁵. Mas o que aparentemente funcionaria muito bem, na verdade, funciona muito mal. Grande parte do trabalho ainda é realizado manualmente, por pessoas cujos microtrabalhos são invisíveis – ou propositalmente invisibilizados¹⁶.

A identificação facial por câmeras se choca com uma multiplicidade de limites, dentre os quais, destaca-se o direito à privacidade¹⁷ e

¹⁵ “A ferramenta promove a integração de dados em larga escala para auxiliar na elaboração de políticas públicas contra a criminalidade, as organizações criminosas e a corrupção. Na prática, agentes de segurança poderão acompanhar as ocorrências de todo o país, buscar informações e ficha criminal de suspeitos, monitorar veículos roubados, atuar no combate ao tráfico nas regiões de fronteiras, além de agir de prontidão na prevenção de assaltos e homicídios. [...] O projeto Big Data e Inteligência Artificial será entregue em etapas ao longo dos próximos quatro anos e conta com onze ferramentas. Além da base do sistema, serão entregues as ferramentas Sinesp Cidadão, Sinesp Alerta, Sinesp Agente de campo, Sinesp Corrupção, Sinesp Vínculos, Alerta Brasil 3.0 e Seminários de transferência.” BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Ministério entrega aos estados primeiras ferramentas de Big Data e Inteligência Artificial para combater a criminalidade*. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1566331890.72>>. Acesso em: 13 maio 2022.

¹⁶ “Pouco se sabe, ou se divulga, que por trás da ação do computador em tarefas desse tipo [inteligência artificial] existe o trabalho de pessoas de carne e osso. Ao redor do mundo, existem milhões de indivíduos realizando tarefas, chamadas de ‘microtrabalhos’, que os computadores não têm capacidade de executar. Mas não é apenas essa a questão: em muitas situações, os humanos simplesmente custam mais barato. [...] Os sites de microtrabalho incluem atividades como preencher formulários, responder a pesquisas ou redigir textos descritivos para produtos em sites. Mas a maior parte das tarefas está mesmo ligada à inteligência artificial.” ROCHA, Camilo. O trabalho humano escondido atrás da inteligência artificial. *Nexo*, 18 jun. 2019. Disponível em: <<https://www.nexojournal.com.br/expresso/2019/06/18/O-trabalho-humano-escondido-atr%C3%A1s-da-intelig%C3%Aancia-artificial>>. Acesso em: 13 maio 2022.

¹⁷ “*The suit alleges Clearview ‘covertly collected billions of personal photographs from across the internet, extracted [personal] information from them, and aggregated that data into a massive surveillance database that can identify hundreds*

a baixa acurácia dos algoritmos¹⁸ – cuja consequência é a proliferação de falsos positivos. Em razão desses falsos positivos, diversas iniciativas foram e continuam a ser tomadas contra a difusão dessa técnica de identificação pessoal no âmbito da segurança pública¹⁹, com efeitos potenciais no processo penal, seja porque os elementos de investigação continuam sendo utilizados, ainda que parcialmente, como provas (tanto porque o

of millions of Americans in seconds with just a picture.” BALSAMINI, Dean. NYC facial-recognition software company sued over privacy, civil liberties issues. *New York Post*, 16 maio 2020. Disponível em: <<https://nypost.com/2020/05/16/clearview-ai-sued-over-privacy-civil-liberties-issues>>. Acesso em: 13 maio 2022.

¹⁸ “No início de janeiro, uma reportagem do jornal The New York Times Mostrou que a empresa Clearview AI vem oferecendo serviços de reconhecimento facial capazes de vasculhar as redes sociais do identificado para determinar locais que frequenta, as pessoas que conhece, entre outras informações pessoais. Com isso, autoridades canadenses de defesa da privacidade lançaram uma investigação da companhia norte-americana para determinar se a tecnologia cumpre as leis do país. A Clearview AI afirma que é uma ferramenta útil para polícias do mundo todo, vasculhando a internet por imagens públicas que são submetidas à análise de reconhecimento facial para identificação de potenciais suspeitos. Críticos no Canadá e nos Estados Unidos levantaram preocupações sobre a falta de permissão das pessoas que aparecem nas fotos e potenciais usos indevidos da tecnologia.” REDAÇÃO. Empresa de reconhecimento facial Clearview AI será investigada no Canadá. *Veja*, 26 fev. 2020. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/tecnologia/empresa-de-reconhecimento-facial-clearview-ai-sera-investigada-no-canada>>. Acesso em: 13 maio 2022.

¹⁹ “Sob pretexto de inovação e segurança pública, tecnologias de reconhecimento facial com eficiência ainda bastante limitada e com imprecisões consideráveis têm sido comercializadas e usadas sem regulamentação e supervisão, ameaçando propagar preconceitos e inverter o princípio da presunção de inocência. [...] Segundo Estudo da ONG inglesa Big Brother Watch, que realizou uma série de pedidos de acesso à informação em relação à implementação de câmeras com essa tecnologia pela polícia de Londres e do País de Gales, um número nada razoável de pessoas inocentes foram apontadas como suspeitas. O estudo mostra que em 98% dos casos a polícia de Londres identificou de maneira equivocada pessoas inocentes, no País de Gales, tiveram 91% de erro. [...] Nos EUA, até mesmo o FBI também atestou em relatório de impacto de privacidade sobre o Next Generation Identification Interstate Photo System, seu sistema de reconhecimento facial, que o sistema não é confiável e também gera falsos positivos.” VARON, Joana. Bem na sua cara: a ilusão do reconhecimento facial para segurança pública. *Coding Rights*, 04 maio 2019. Disponível em: <<https://medium.com/codingrights/bem-na-sua-cara-a-ilus%C3%A3o-do-reconhecimento-facial-para-seguran%C3%A7a-p%C3%BAblica-47c708b34820>>. Acesso em: 13 maio 2022.

art. 158 do CPP autoriza o “cotejo” com elementos do inquérito, quanto porque a determinação de não apensamento dos autos da investigação ao processo, prevista no art. 3º-C, § 3º, do CPP, está com eficácia suspensa indefinidamente devido à medida liminar deferida na ADI 6.299), seja porque o reconhecimento facial pode vir a ser erroneamente considerado prova antecipada e/ou o relatório do reconhecimento facial pode vir a ser apresentado como “prova documental”.

2. SECURITIZAÇÃO PANDÊMICA E PROLIFERAÇÃO DO RECONHECIMENTO FACIAL: MEDO, NECESSIDADE E INIMIGOS

A rápida propagação do coronavírus, a baixa capacidade de atendimento aos contaminados, bem como a redução dos investimentos em saúde nas últimas décadas são alguns dos fatores de insegurança e medo com a disseminação do coronavírus causador de síndrome respiratória aguda grave. O contexto de medo, correlato psíquico da arte governamental chamada liberalismo, serve de justificativa para a edição de medidas securitárias de restrição das liberdades individuais²⁰.

Daí as duras críticas de Giorgio Agamben aos italianos que, de acordo com ele, só se preocupam com a vida nua²¹ em detrimento da

²⁰ “por toda parte vocês veem esse incentivo ao medo do perigo que e de certo modo a condição, o correlato psicológico e cultural interno do liberalismo. Não há liberalismo sem cultura do perigo. Segunda consequência desse liberalismo e dessa arte liberal de governar e a formidável extensão dos procedimentos de controle, de pressão, de coerção que vão constituir como que a contrapartida e o contrapeso das liberdades.” FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica*. Curso dado no Collège de France (1978-1979). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 91.

²¹ “Minhas investigações mostraram que o poder soberano se fundamenta, desde a sua origem, na separação entre vida nua (a vida biológica, que, na Grécia, encontrava seu lugar na casa) e vida politicamente qualificada (que tinha seu lugar na cidade). A vida nua foi excluída da política e, ao mesmo tempo, foi incluída e capturada através da sua exclusão. Neste sentido, a vida nua é o fundamento negativo do poder. Tal separação atinge sua forma extrema na biopolítica moderna, na qual o cuidado e a decisão sobre a vida nua se tornam aquilo que está em jogo na política. O que aconteceu nos estados totalitários do século XX reside no fato de que é o poder (também na forma da ciência) que decide, em última análise, sobre o que é uma vida humana e sobre o que

política²². Se, por um lado, essas críticas parecem despreocupadas com a vida, por outro lado, não se mostraram tão equivocadas, pois o estado de exceção se instala sempre a partir de uma necessidade²³ – neste caso, de combater o perigo (contágio) que causa medo.

Portanto, o medo do contágio por uma doença serviu de fundamento para demonstrar a necessidade das medidas securitárias que gerenciam a liberdade e transformam, permanentemente, a exceção em regra geral²⁴. A análise de Byung-Chul Han acerca da profusão do uso de câmeras de vigilância, interligadas a redes neurais, para atividades de reconhecimento facial e punição dos violadores da quarentena, contém indicativos de uma modificação relevante das estratégias de controle social utilizando novas tecnologias²⁵:

ela não é. Contra isso, se trata de pensar numa política das formas de vida, a saber, de uma vida que nunca seja separável da sua forma, que jamais seja vida nua.” SALVÀ, Peppe. “Deus não morreu. Ele tornou-se Dinheiro”. Entrevista com Giorgio Agamben. Trad. Selvino José Assmann. *Blog da Boitempo*, São Paulo, 31 ago. 2012. Disponível em: <<https://blogdaboitempo.com.br/2012/08/31/deus-nao-morreu-ele-tornou-se-dinheiro-entrevista-com-giorgio-agamben>>. Acesso em: 13 maio 2022.

²² “La paura è una cattiva consigliera, ma fa apparire molte cose che si fingeva di non vedere. La prima cosa che l'ondata di panico che ha paralizzato il paese mostra con evidenza è che la nostra società non crede più in nulla se non nella nuda vita. È evidente che gli italiani sono disposti a sacrificare praticamente tutto, le condizioni normali di vita, i rapporti sociali, il lavoro, perfino le amicizie, gli affetti e le convinzioni religiose e politiche al pericolo di ammalarsi. La nuda vita – e la paura di perderla – non è qualcosa che unisce gli uomini, ma li acceca e separa.” AGAMBEN, Giorgio. *Chiarimenti*. *Quodlibet*, 17 mar. 2020. Disponível em: <<https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-chiarimenti>>. Acesso em: 06 jun. 2020.

²³ “Somente com os modernos é que o estado de necessidade tende a ser incluído na ordem jurídica e a apresentar-se como verdadeiro ‘estado’ da lei. O princípio de que a necessidade define uma situação particular em que a lei perde sua *vis obligandi* (esse é o sentido do adágio *necessitas legem non habet*) transforma-se naquele em que a necessidade constitui, por assim dizer, o fundamento último e a própria fonte da lei”. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 42-43.

²⁴ “A tradição dos oprimidos nos ensina que o ‘estado de exceção’ em que vivemos é na verdade a regra geral.” BENJAMIN, Walter. Sobre o conceito da história. In: BENJAMIN, Walter. *Magia e técnica, arte e política*. Obras escolhidas. 3. ed. Trad. Sergio Paulo Rouanet. São Paulo: Brasiliense, 1987, p. 226.

²⁵ “O novo clima penalógico é agente de ampliação da malha penal. Com suas novas técnicas de controle tecnológicas, ele tem alargado, generalizado e

Na China existem 200 milhões de câmeras de vigilância, muitas delas com uma técnica muito eficiente de reconhecimento facial. Captam até mesmo as pintas no rosto. Não é possível escapar da câmera de vigilância. Essas câmeras dotadas de inteligência artificial podem observar e avaliar qualquer um nos espaços públicos, nas lojas, nas ruas, nas estações e nos aeroportos. [...] Na China e em outros Estados asiáticos como a Coreia do Sul, Hong Kong, Singapura, Taiwan e Japão não existe uma consciência crítica diante da vigilância digital e o *big data*. A digitalização os embriaga diretamente. Isso obedece também a um motivo cultural. Na Ásia impera o coletivismo. [...] Ao que parece o *big data* é mais eficaz para combater o vírus do que os absurdos fechamentos de fronteiras que estão sendo feitos nesses momentos na Europa. Graças à proteção de dados, entretanto, não é possível na Europa um combate digital do vírus comparável ao asiático. Os fornecedores chineses de telefonia celular e de Internet compartilham os dados sensíveis de seus clientes com os serviços de segurança e com os ministérios de saúde. O Estado sabe, portanto, onde estou, com quem me encontro, o que faço, o que procuro, em que penso, o que como, o que compro, aonde me dirijo. É possível que no futuro o Estado controle também a temperatura corporal, o peso, o nível de açúcar no sangue etc. Uma biopolítica digital que acompanha a psicopolítica digital que controla ativamente as pessoas²⁶.

Apesar dos exageros de Han com a acurácia das tecnologias de reconhecimento facial, trata-se de constatações oportunas acerca da conformação de um complexo tecnológico de controle e vigilância dos corpos (corpo-indivíduo e corpo-espécie²⁷), a partir das quais é possível compreender o interesse crescente no reconhecimento facial.

prolongado sem precedentes os meios de vigilância penal.” AMARAL, Augusto Jobim do. A governamentalidade em tempos securitários. In: SILVEIRA, Clovis Eduardo Malinverni; GRAZIANO SOBRINHO, Sergio Francisco Carlos. (Org.). *Direito, risco e sustentabilidade: abordagens interdisciplinares*. Caxias do Sul: EDUCS, 2017, p. 162.

²⁶ HAN, Byung-Chul. O coronavírus de hoje e o mundo de amanhã, segundo o filósofo Byung-Chul Han. *El País Brasil*, 22 mar. 2020. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/ideas/2020-03-22/o-coronavirus-de-hoje-e-o-mundo-de-amanha-segundo-o-filosofo-byung-chul-han.html>>. Acesso em: 13 maio 2022.

²⁷ esse poder sobre a vida desenvolveu-se a partir do século XVII, em duas formas principais; que não são antitéticas e constituem, ao contrário, dois

Das promessas de salvação e resolução de todos os problemas²⁸ (solucionismo tecnológico²⁹), as novas tecnologias, em geral, e a inteligência artificial, em particular, foram transpostas ou, em todo caso,

polos de desenvolvimento interligados por todo um feixe intermediário de relações. Um dos polos, o primeiro a ser formado, ao que parece, centrou-se no corpo como máquina: no seu adestramento, na ampliação de suas aptidões, na extorsão de suas forças, no crescimento paralelo de sua utilidade e docilidade, na integração em sistemas de controle eficazes e econômicos – tudo isso assegurado por procedimentos de poder que caracterizam as *disciplinas: anátomo-política do corpo humano*. O segundo, que se formou um pouco mais tarde, por volta do século XVIII, centrou-se no corpo-espécie, no corpo transpassado pela mecânica do ser vivo e como suporte dos processos biológicos: a proliferação, os nascimentos e a mortalidade, o nível de saúde, a duração da vida, a longevidade, com todas as condições que podem fazê-los variar; tais processos são assumidos mediante toda uma série de intervenções e controles reguladores: *uma biopolítica da população*. As disciplinas do corpo e as regulações da população constituem os dois polos em torno dos quais se desenvolveu a organização do poder sobre a vida.” FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade 1: a vontade de saber*. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e José Augusto Guilhon de Albuquerque. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2019, p. 149-150.

²⁸ Por exemplo, propostas de uso da IA para encontrar a cura do câncer: “*Cancer diagnostics classically represents the necessary point of start for designing appropriate therapeutic approaches and clinical management, and its AI-based refining represents a very important achievement. Furthermore, this indicates that future developments of AI should also consider unexplored but pivotal horizons in this landscape, including drug discovery, therapy administration and follow-up strategies.*” LUCHINI, Claudio; PEA, Antonio; SCARPA, Aldo. Artificial intelligence in oncology: current applications and future perspectives. *British Journal of Cancer*, v. 126, pp. 4-9, 2022, p. 5.

²⁹ “Se o neoliberalismo é uma ideologia proativa, o solucionismo é reativo: ele desarma, desativa e descarta toda alternativa política. O neoliberalismo encolhe os orçamentos públicos; o solucionismo encolhe a imaginação coletiva. O maior objetivo do solucionismo é convencer o público de que a forma legítima de uso das tecnologias digitais é perturbar e revolucionar tudo - com exceção da instituição central da vida moderna: o mercado. Atualmente, o mundo está fascinado pela tecnologia solucionista [...] O debate atual sobre qual a resposta tecnológica correta para o covid-19 parece sufocado precisamente porque não temos nenhuma política pós-solucionista à vista. Ele gira em torno das compensações entre privacidade e saúde pública, por um lado, e em torno da necessidade de promover a inovação por startups, por outro.” MOROZOV, Evgeny. Solucionismo, nova aposta das elites globais. *Outras Palavras*, 23 abr. 2020. Disponível em: <<https://outraspalavras.net/tecnologiaemdisputa/solucionismo-nova-aposta-das-elites-globais>>. Acesso em: 13 maio 2022.

adaptadas para o controle penal da população³⁰. O reconhecimento facial pode ser utilizado não somente para fiscalizar o cumprimento de confinamentos, mas, com muito mais eficácia, para patrulhamento de locais abertos, mas com baixa efetividade, não raro atingindo alvos errados, tanto por conta dos vieses algorítmicos subjacentes³¹, quanto por causa da alta taxa de erros³².

No caso específico do governo federal brasileiro, a transposição se deu diretamente, sem passagem pelos aspectos sanitários³³. Apesar da pouca preocupação com o número de doentes no país durante a pandemia³⁴,

³⁰ China “*era experto en usar cámaras térmicas y reconocimiento facial para controlar a su población. Al llegar la pandemia, el resto del mundo empezó a comprar sus sistemas para proteger a los trabajadores y, después, para hacer negocio con ellos, institucionalizando el control de manera informal y divertida*”. BYLER, Darren. *Cómo la COVID-19 popularizó las tecnologías de vigilancia china*. Trad. Ana Milutinovic. *MIT Technology Review*, 18 out. 2021. Disponível em: <<https://www.technologyreview.es/s/13722/como-la-covid-19-popularizo-las-tecnologias-de-vigilancia-china>>. Acesso em: 13 maio 2022.

³¹ “*PredPol, for example, is based on seismic software: it looks at a crime in one area, incorporates it into historical patterns, and predicts when and where it might occur next. [...] These nuisance crimes are endemic to many impoverished neighborhoods. In some places police call them antisocial behavior, or ASB. Unfortunately, including them in the model threatens to skew the analysis. [...] This creates a pernicious feedback loop. The policing itself spawns new data, which justifies more policing.*” O’NEIL, Cathy. *Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy*. Nova Iorque: Broadway Books, 2016, p. 85-87.

³² “*The independent review commissioned by the Metropolitan Police also found that the police’s facial recognition surveillance was significantly inaccurate. Their analysis looked only at 6 of the police’s trials, and found that the Met’s facial recognition technology was accurate only 19% of the time – inaccurate 81% of the time.*” BIG Brother Watch. *Big Brother Watch briefing on facial recognition surveillance*. Londres: Big Brother Watch, 2020, p. 22.

³³ Prova disso é que, por exemplo, não se teve nenhum *lockdown* nacional, apesar de alguns decretados pelos prefeitos e governadores: “Na carta, os prefeitos criticaram as recentes falas do presidente Jair Bolsonaro (sem partido), que declarou em *live* ser contrário às medidas de segurança decretadas por governadores e prefeitos.” LÁZARO, Natália. *Prefeitos recomendam lockdown nacional contra a covid-19*. *Uol*, Brasília, 12 mar. 2021. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2021/03/12/fnp-prefeitos-lockdown-nacional-covid-19-governo-federal-criticas.htm>>. Acesso em: 13 maio 2022.

³⁴ Daí os mais de 660.000 óbitos pela Covid-19 já confirmados: BRASIL. Ministério da Saúde. *Coronavírus. Óbitos confirmados*. Disponível em: <<https://>

houve bastante interesse na implementação de novas estratégias de *digital surveillance*, escancaradamente voltadas não para a contenção do vírus, mas para a caça de opositores políticos³⁵: comunistas, antifas e outros grupos taxados de (pré-)terroristas³⁶. Medidas securitárias implementadas a fim de combater um inimigo ilusório³⁷ – ou real, se a democracia puder ser chamada de “inimiga”.

covid.saude.gov.br>. Acesso em: 13 maio 2022.

³⁵ Exemplo disso foi o Pregão Eletrônico 003/2021 para aquisição de Solução de Inteligência em Fontes abertas, Mídias Sociais, Deep e Dark Web. Nos termos do respectivo edital, dentre os resultados e *benefícios* pretendidos com a aquisição, destacam-se a “agilidade no processamento e análise de dados e informações”, “aumento da variedade de dados e informações para fins de análise”, “aumento do volume de dados e informações” e “o aumento da capacidade de processamento de dados e construção de informação de Inteligência de Segurança Pública”. Os documentos do pregão podem ser encontrados no portal de compras do Governo Federal, mediante o código UASG: 200331. O processo licitatório foi alvo de polêmicas envolvendo uma possível tentativa de aquisição do software espião Pegasus pelo Governo Federal. Vide: MENDES, Lucas. TCU suspende licitação de sistema espião pelo Ministério da Justiça. *Poder 360*, 10 nov. 2021. Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/governo/tcu-suspende-licitacao-de-sistema-espio-pelo-ministerio-da-justica>>. Acesso em 15 maio 2021.

³⁶ “se atualmente numa sociedade de controle, em que o princípio (nem tão) secreto é aquele de que “todo o cidadão é um potencial terrorista” – pré-condição da suspeita e da *politização da vida nua* –, quem sabe começemos a nos aproximar dos debates mais rigorosos sobre o posicionamento da polícia, com relação à justiça e ao poder judicial.” AMARAL, Augusto Jobim do. A governamentalidade em tempos securitários. In: SILVEIRA, Clovis Eduardo Malinverni; GRAZIANO SOBRINHO, Sergio Francisco Carlos. (Org.). *Direito, risco e sustentabilidade: abordagens interdisciplinares*. Caxias do Sul: EDUCS, 2017, p. 164-165.

³⁷ “Desde la inquisición hasta hoy se sucedieron los discursos con idéntica estructura: se alega una emergencia, [...] y el miedo a la emergencia se usa para eliminar cualquier obstáculo al poder punitivo que se presenta como la única solución para neutralizarlo. [...] el poder punitivo no se dedica a eliminar el peligro de la emergencia, sino verticalizar más el poder social; la emergencia es sólo el elemento discursivo legitimante de su desenfreno. Esto se verifica a lo largo de unos ochocientos años de sucesivas emergencias, algunas de las cuales implicaban cierto peligro real, pero nunca el poder punitivo eliminó ninguno de esos peligros.” ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La estructura inquisitorial. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La cuestión criminal*. Buenos Aires: Planeta, 2012, p. 42.

3. ERROS JUDICIÁRIOS EM RECONHECIMENTOS PESSOAIS

A preocupação com os erros judiciários produziu, como um de seus principais efeitos, a criação da presunção de inocência, isto é, de “uma opção garantista de civilidade”³⁸. A possibilidade de erros judiciários é inerente ao julgamento, um ato judicial a ser realizado diante de uma dúvida que se abre ao julgador: inocente ou culpado?³⁹ Daí que alguns afirmam a inevitabilidade de erros⁴⁰, em muitos casos parecendo esquecer-se da possibilidade democrática de escolha de preferências⁴¹.

A principal causa apontada para os erros judiciários (*rectius*: o principal erro judiciário) é a equivocada identificação de suspeitos por testemunhas⁴². Inúmeros fatores que podem influenciar nesses erros: (a)

³⁸ AMARAL, Augusto Jobim do. *O dispositivo inquisitivo: entre a ostentação penal e a estética política do processo penal*. 2014. 499 f. Tese (Doutorado em Ciências Criminais). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014, p. 336.

³⁹ “‘*dubium*’ vem de ‘*duo*’. [...] Um *bivio* se abre ante o juiz: de cá ou de lá. Ele deve escolher. Mas para escolher deve percorrer uma ou outra estrada, do contrário não poderia ver onde elas vão terminar.” CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Trad. José Antonio Cardinalli. São Paulo: Conan, 1995, p. 26.

⁴⁰ “No mundo real, o erro judicial é inevitável. As diferentes medidas da prova são critérios jurídicos que servem para minimizar o custo esperado de erro judicial. A análise tradicional da relação custo-benefício neste domínio faz-se nos termos da teoria da utilidade esperada.” MENDES, Paulo de Sousa. *Causalidade complexa e prova penal*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 411.

⁴¹ “Na medida em que a falta é constitutiva, e não se alcançará a punição de todos os culpados, nem mesmo o resguardo de todos os inocentes, importará indagar, democraticamente, se é preferível termos certo número de casos de culpáveis absolvidos com nenhum risco de algum inocente condenado ou, pendente ao autoritarismo, aceitar-se-iam todos os culpados condenados, mesmo ao preço de algum inocente.” AMARAL, Augusto Jobim do. *O dispositivo inquisitivo: entre a ostentação penal e a estética política do processo penal*. 2014. 499 f. Tese (Doutorado em Ciências Criminais). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014, p. 337.

⁴² “*Mistaken Identifications are the Leading Factor In Wrongful Convictions [...] Mistaken eyewitness identifications contributed to approximately 69% of the more than 375 wrongful convictions in the United States overturned by post-conviction DNA evidence.*” INNOCENCE Project. *Eyewitness identification reform*. Disponível em: <https://innocenceproject.org/eyewitness-identification-reform>. Acesso em: 13 maio 2022.

ausência de documentação do procedimento investigatório; (b) apresentação, pela polícia, da foto de um único suspeito; (c) formação de linhas de identificação com pessoas sem características físicas semelhantes; (d) identificação de voz pela testemunha (*earwitness identification*); (e) sugestão, pela polícia, do suspeito a escolher; (f) confirmação, pela polícia, de que o suspeito escolhido foi o correto; (g) informação, pela polícia, de que o suspeito está na linha de identificação ou de que sua foto está entre as fotos apresentadas; e (h) utilização, pela polícia, de técnicas de hipnose⁴³.

Como se pode ver, a polícia desempenha um papel fundamental no desencadeamento dos erros judiciais, ou na sua evitação. Por isso, frequentemente estão presentes, em um mesmo caso, mais de uma das tradicionalmente chamadas “causas”. Há, nesse sentido, uma relação de complementação e reforço entre os erros, a qual resulta, ao fim e ao cabo, na paradoxal produção de um acerto do caso penal⁴⁴ a partir de erros⁴⁵. Isso é possível devido às presunções de não erro operantes no sistema penal: além de presumirem que não erram, os atores do sistema penal presumem que eventuais erros praticados serão corrigidos adiante. Aliás, a tendência é que a existência de instituições com finalidades de

⁴³ GARRETT, Brandon L. *Convicting the innocent*. Where criminal prosecutions go wrong. Cambridge: Harvard University Press, 2011, p. 54-62.

⁴⁴ “A jurisdição atua para fazer o acerto do fato, e o processo é o meio que utiliza para concluir se o réu deve ser punido ou não. [...] Com ele [caso penal], estamos diante de uma situação de incerteza, de dúvida, quanto à aplicação da sanção penal ao agente que, com sua conduta, incidiu no tipo penal. Em não sendo auto-executável a sanção, não há outro caminho que o processo para fazer o acerto do caso penal. A jurisdição, ademais, é indefectível e atua, até o acerto positivo, de condenação, alheia a elementos de ordem subjetiva.” COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1998, p. 138.

⁴⁵ “Our entire legal system rests on the false belief that people can tell truths from lies. We believe law enforcement can detect false allegations, we believe prosecutors can bet accusations that are not supported by credible evidence, and we believe laypeople acting as jurors can figure out who is telling the truth and who is lying. But the real-life stories [...] reveal just how bad we are at lie detection. In 100 percent of the no-crime wrongful conviction cases that started with a false accusation, the lie was believed.” HENRY, Jessica S.. *Smoke but no fire*. Convicting the innocent of crimes that never happened. Oakland: University of California Press, 2020, p. 60.

garantir direitos seja interpretada como garantia mesma de que erros não existem ou, se existirem, serão corrigidos⁴⁶.

Assim é que policiais assumem que eventuais erros serão corrigidos pelos promotores ou juízes, promotores assumem que policiais não erraram, mas que, se tiverem errado, o judiciário poderá corrigir, e o judiciário assume que ninguém errou, mas, se houver erro, as instâncias superiores corrigirão. As instâncias superiores, contudo, tendem a também presumir que ninguém errou⁴⁷.

Daí advém dois grupos de consequências. Primeiro, as preocupações com a qualidade da memória. Nos Estados Unidos, o caso *Neil v. Biggers* (1976), no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos cunhou critérios de avaliação da confiabilidade dos depoimentos testemunhais⁴⁸.

⁴⁶ Eis o motivo para a proposição, já bastante difundida, de que os primeiros 250 exonerados eram apenas a ponta do *iceberg* dos erros judiciários: “*These 250 exonerations cannot tell us how many people have been wrongly convicted in the United States. That is one of the most haunting features of these exonerations. If known exonerations are the tip of an iceberg, we do not know how big the rest of the iceberg is. We cannot know.*” GARRETT, Brandon L. *Convicting the innocent. Where criminal prosecutions go wrong*. Cambridge: Harvard University Press, 2011, p. 262.

⁴⁷ Perversas presunções denunciadas há mais de duas décadas: “*The process of filtering out the innocent occurs at every stage from arrest through trial. We start with the assumption that an individual will not be arrested in the first instance unless the police have serious grounds to believe that he or she is guilty of a crime. Even if the police err in that judgment, we assume that prosecutors will exercise their discretion in not proceeding with formal charges when the accused person is perceived as probably innocent. Even if the prosecutor charges the person, a grand jury in many states has to conclude that probable cause supports the prosecutor’s decision before a formal felony charge can be entered against the accused. Even among those so charged, prosecutors dismiss a significant percentage of the cases for a variety of reasons, including doubts about the individual’s actual guilt.*” GIVELBER, Daniel. The adversary system and historical accuracy. Can we do better?. In: HUMPHREY, John A.; WESTERVELT, Sandra D. (Ed.). *Wrongly convicted: perspectives on failed justice*. Nova Jérsei: Rutgers University Press, 2001, p. 254-255.

⁴⁸ “*As indicated by our cases, the factors to be considered in evaluating the likelihood of misidentification include the opportunity of the witness to view the criminal at the time of the crime, the witness’ degree of attention, the accuracy of the witness’ prior description of the criminal, the level of certainty demonstrated by the witness at the confrontation, and the length of time [409 U.S. 188, 200] between the crime and the confrontation.*” ESTADOS Unidos da América.

No Brasil, mais recentemente, foram julgados pelo Superior Tribunal de Justiça o *habeas corpus* 598.886, no qual a observância do art. 226 do Código de Processo Penal se tornou compulsória⁴⁹, e, em seguida, o *habeas corpus* 652.284, em sede do qual a Corte decidiu pela invalidade da substituição do reconhecimento pessoal por reconhecimento fotográfico⁵⁰. Segundo, as preocupações com as coincidências de erros⁵¹ em um mesmo caso penal, principalmente com sugestionabilidade⁵² criadora das falsas memórias⁵³ (correlato testemunhal da *cross-contamination*

Supreme Court. *Neil v. Biggers* (1972). Disponível em: <<https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/409/188.html>>. Acesso em: 13 maio 2022.

- ⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta turma. *Habeas corpus* 598.886. Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. em 27 out. 2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1996943&num_registro=202001796823&data=20201218&formato=PDF>. Acesso em: 13 maio 2022.
- ⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta turma. *Habeas corpus* 652.284. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. em 27 abr. 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2048532&num_registro=202100769343&data=20210503&formato=PDF>. Acesso em: 13 maio 2022.
- ⁵¹ “while false eyewitness testimony may be the proximate cause in most cases where the wrong man is sent to the death house, it is rarely sufficient to get a conviction. *Corrupt practices, usually prosecutorial misconduct, are present in almost every instance, greasing the rails on which hundreds of innocent people are sent to death’s door. Misidentifications are not always the honest mistakes of well-meaning citizens doing their civic duty. They are prompted by police eager for na arrest, orchestrated by prosecutors hungry for a conviction, nourished by judges who owe their seats to a public that has not outgrown its wistful nostalgia for frontier justice.*” COHEN, Stanley. *Convicting the innocent*. Death row and America’s broken system of justice. Nova Iorque: Skyhorse, 2016, p. 15.
- ⁵² “eyewitnesses and players in the criminal justice system are subconsciously more likely to integrate outside information or suggestions into their memories if it helps move the case in the right direction.” GODSEY, Mark. *Blind injustice*. A former prosecutor exposes the psychology and politics of wrongful convictions. Oakland: California University Press, 2017, p. 129.
- ⁵³ “As FM [falsas memórias] podem ocorrer tanto devido a uma distorção endógena, quanto por uma falsa informação oferecida pelo ambiente externo. [...] Esse fenômeno, denominado efeito da sugestão de falsa informação, pode ocorrer tanto na forma acidental quanto na forma deliberada. Nas FM sugeridas, após presenciar um evento, transcorre-se um período de tempo no qual uma nova informação é apresentada como fazendo parte do evento original, quando na realidade não faz.” NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila

dos vestígios⁵⁴), efeito multiplicador (*multiplying effect*)⁵⁵ e efeito bola de neve (*snowball effect*)⁵⁶.

4. RECONHECIMENTO FACIAL POR ALGORITMOS: UM NOVO CAPÍTULO NOS ERROS JUDICIÁRIOS

Em meio aos profundos problemas nos quais a identificação pessoal⁵⁷, em particular, e o depoimento testemunhal, em geral, estão

Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky. Compreendendo o fenômeno das falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky et al. *Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 25-26.

⁵⁴ Sobre: SCHECK, Barry; NEUFELD, Peter. DNA and innocence scholarship. In: HUMPHREY, John A.; WESTERVELT, Sandra D. (Ed.). *Wrongly convicted: perspectives on failed justice*. Nova Jérsei: Rutgers University Press, 2001, p. 249.

⁵⁵ “Not only can individual confessions be contaminated, but false confessions can have a ‘multiplying’ effect, in which additional innocent people are drawn into an investigation, and a group of confessions is contaminated. Seventeen exonerees not only falsely confessed to their own guilt, but they falsely implicated others who did not confess, eleven of whom were later also exonerated by postconviction DNA testing.” GARRETT, Brandon L. *Convicting the innocent*. Where criminal prosecutions go wrong. Cambridge: Harvard University Press, 2011, p. 26.

⁵⁶ “Tunnel vision can produce a snowball effect in cases of wrongful conviction, where an initial, single piece of errant evidence gives rise to what appears to be an overwhelming case by the time of trial. If an eyewitness mistakenly identifies an innocent person from a photo lineup, for example, the police may become even more convinced that they have the right suspect, leading them to put pressure on the forensic experts to find a fingerprint match with a smeared latent print left at the crime scene. After the expert then gives them the fingerprint match they were looking for, they may then – even more certain of the suspect’s guilt than before – interview potential witnesses in the case and ‘suggest’ additions or corrections to their statements to make the overall picture more compatible with the suspect’s guilt. And with enough pointed questions, a witness or two might start ‘remembering’ things the way the police want them to.” GODSEY, Mark. *Blind injustice*. A former prosecutor exposes the psychology and politics of wrongful convictions. Oakland: California University Press, 2017, p. 211.

⁵⁷ Para um balanço doutrinário e jurisprudencial acerca do reconhecimento pessoal: MAGALHÃES, Marina Trindade. O reconhecimento pessoal e a psicologia judiciária: falibilidade do testemunho como reforço do etiquetamento e violação ao in dubio pro reo. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 6, n. 3, pp. 1699-1731, 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i3.339>.

imersos, a tecnologia novamente desponta como candidata a salvadora do sistema penal⁵⁸. Não somente em relação às testemunhas, mas aos meios de prova em geral⁵⁹.

Assim é que as apostas em aparelhos tecnológicos para realizar a identificação facial se deve, dentre outros motivos, aos recorrentes casos de má-identificação de suspeitos pelas testemunhas, os quais figuram, há décadas, entre os principais erros judiciais⁶⁰. Num primeiro momento a iniciativa parece importante e acertada. Mas essa impressão é desfeita facilmente. Basta acompanhar as várias notícias sobre o fracasso da identificação facial por meio de inteligência artificial para que se perceba que o remédio é pior que o veneno⁶¹.

Uma das iniciativas mais invasivas e preocupantes é a chinesa. Não se trata somente do monitoramento, mas da implementação e operacionalização de um sistema de pontuação social, com aplicação de recompensas e punições por um algoritmo de inteligência artificial. Ações como a compra de bebidas, infrações de trânsito e outros comportamentos considerados prejudiciais são punidos com a redução da pontuação social. As pessoas

⁵⁸ “The reforms that I have advocated in this book share a family resemblance. At their core, they each involve placing less reliance on unreliable human memory and decisions early on in the criminal investigations.” GARRETT, Brandon L. *Convicting the innocent*. Where criminal prosecutions go wrong. Cambridge: Harvard University Press, 2011, p. 270.

⁵⁹ Por todas: “Forensic databases introduced big data searches to criminal investigations. [...] There are benefits to the automation that these databases and accompanying computer programs provide. They can save time and make work more accurate.” GARRETT, Brandon L. *Autopsy of a crime lab: exposing the flaws in forensics*. Oakland: California University Press, 2021, p. 188.

⁶⁰ “Scholars have identified a set of the most common factors that contribute to wrongful convictions either singularly or, more often, in combination: eyewitness misidentification, false confessions, official misconduct, forensic error, perjured testimony, and ineffective legal counsel. These contributing factors have remained fairly constant since 1932, when Yale law professor Edwin Borchard first began studying wrongful conviction cases and their causes.” HENRY, Jessica S. *Smoke but no fire*. Convicting the innocent of crimes that never happened. Oakland: University of California Press, 2020, p. 11.

⁶¹ “THE FACTS [...] Met police facial recognition 93% inaccurate 2016-2019 [...] 3,000+ people wrongly identified by police facial recognition”. BIG Brother Watch. *Stop facial recognition*. Disponível em: <<https://bigbrotherwatch.org.uk/campaigns/stop-facial-recognition>>. Acesso em: 13 maio 2022.

com baixa pontuação são impedidas de frequentar determinados lugares, de viajar, de obter determinados empregos etc. Um dos casos que colocam em xeque o sistema envolveu Hu, que teve o *score* social reduzido e ficou impossibilitado de realizar diversas atividades rotineiras⁶².

Apesar de não parecer existir aí uma relação direta com o sistema penal, tanto tal sistema pode ser adaptado para a persecução penal, quanto a não adaptação implica em evasão da presunção de inocência por meio de ordens civis de fiscalização sem aplicação de pena⁶³ (equivalente ao monitoramento eletrônico, previsto no art. 319, IX, do Código de Processo Penal, mas desvinculado da “inconveniente necessidade” de *fumus commissi delicti* – cautelaridade sem cautela, sem acessoriedade e ilimitada). Dito de outro modo, o sistema é customizável e a mera existência já implica em um tratamento de todos como criminosos em potencial⁶⁴.

⁶² “Hu lost his social credit when he was charged with a speech crime and now finds himself locked out of society due to his low score. In 2015, Hu lost a defamation case after he accused an official of extortion. He was made to publish an apology and pay a fine but when the court demanded an additional fee, he refused. Last year, the 43-year-old found himself blacklisted as ‘dishonest’ under a pilot social credit scheme. ‘There are a lot of people who are on the blacklist wrongly, but they can’t get off it,’ says Hu.” CARNEY, Matthew. Leave no dark corner. China is building a digital dictatorship to exert control over its 1.4 billion citizens. For some, “social credit” will bring privileges – for others, punishment. ABC News, Sidney, 17 set. 2018. Disponível em: <<https://mobile.abc.net.au/news/2018-09-18/china-social-credit-a-model-citizen-in-a-digital-dictatorship/10200278>>. Acesso em: 13 maio 2022.

⁶³ “A third threat to the presumption of innocence comes from the use of civil orders to exert control over the lives of certain individuals. The presumption of innocence arises only in criminal proceedings, as is apparent from the wording of Article 6(2) of the Convention, which applies the presumption to ‘every person charged with a criminal offence’.” ASHWORTH, Andrew. Four threats to the presumption of innocence. *The international journal of evidence & proof*, v. 10, p. 241-279, 2006, p. 270. <https://doi.org/10.1350%2Fijep.10.4.241>.

⁶⁴ “Creio que é sempre na perspectiva de TIQQUN sobre a guerra civil em curso que se torna compreensível a extensão, a toda população, da aplicação de medidas biométricas que foram concebidas inicialmente para o criminoso recorrente. [...] Portanto, todo cidadão é tratado como criminoso ou terrorista em potencial, *em potência*. [...] se o Estado nos trata como criminosos ou terroristas *em potência*, não devemos nos espantar com o fato de que quem se recusa a submeter-se ou denuncia esse estado de coisas seja tratado, justamente como terrorista.” AGAMBEN, Giorgio. A propósito de Tiquun. In: TIQQUN. *Contribuição para a guerra em curso*. São Paulo: n-1 edições, 2019, p. 265.

Além dos problemas que podem envolver esses sistemas de pontuação social, com punições desproporcionais e técnicas invasivas, tem-se os recentes casos de fracasso do sistema para a identificação facial e de escândalos de privacidade – decorrentes do vazamento de dados de milhões de usuários em todo o mundo.

Na China, o algoritmo de identificação facial confundiu uma mulher com a foto de uma celebridade, estampada na parte de trás de um ônibus, e aplicou uma punição a alguém que nunca esteve fisicamente no local⁶⁵. Em Londres, o sistema de monitoramento utilizado para capturar furtivos identificou erroneamente pessoas em 81% das vezes⁶⁶. Em São Francisco, a identificação facial por sistemas de câmeras foi banida pelo legislativo municipal⁶⁷. Na Nova Zelândia, um sistema da ClearView IA foi utilizado pela polícia sem aprovação, bem como foi constatado que o sistema não funciona⁶⁸.

⁶⁵ “China’s facial recognition systems are used to catch all types of criminals, from thieves to jaywalkers, in real time. This week, one facial recognition camera publicly shamed a famous business woman for jaywalking after its systems caught her face crossing an intersection. The problem? She was never physically there.” LIAO, Shannon. Chinese facial recognition system mistakes a face on a bus for a jaywalker. *The Verge*, 22 nov. 2019. Disponível em: <<https://www.the-verge.com/2018/11/22/18107885/china-facial-recognition-mistaken-jay-walker>>. Acesso em: 13 maio 2022.

⁶⁶ “London’s police force has conducted 10 trials of face recognition since 2016, using Japanese company NEC’s Neoface technology. It commissioned academics from the University of Essex to independently assess the scheme, and they concluded that the system is 81% inaccurate (in other words, the vast majority of people it flags for the police are not on a wanted list). They found that of 42 matches, only eight were confirmed to be correct, Sky News reports.” JEE, Charlotte. London police’s face recognition system gets it wrong 81% of the time. *MIT Technology Review*, 04 jul. 2019. Disponível em: <<https://www.technologyreview.com/2019/07/04/134296/london-polices-face-recognition-system-gets-it-wrong-81-of-the-time>>. Acesso em: 13 maio 2022.

⁶⁷ “Legislators in San Francisco have voted to ban the use of facial recognition, the first US city to do so. The emerging technology will not be allowed to be used by local agencies, such as the city’s transport authority, or law enforcement. Additionally, any plans to buy any kind of new surveillance technology must now be approved by city administrators.” LEE, Dave. San Francisco is first US city to ban facial recognition. *BBC*, 15 maio 2019. Disponível em: <<https://www.bbc.com/news/technology-48276660>>. Acesso em: 13 maio 2022.

⁶⁸ “An unapproved police trial of controversial facial recognition software conducted dozens of searches for suspects in New Zealand. This week, RNZ revealed

Para agravar esse quadro, a pandemia de coronavírus parece ter justificado quaisquer medidas. A *digital surveillance* perpassa as relações sociais, econômicas, jurídicas e políticas, aparentemente conduzindo as sociedades contemporâneas rumo a uma *total surveillance*, para a qual o rigoroso controle biopolítico dos indivíduos, inicialmente justificado a pretexto da necessidade de conter a circulação do vírus⁶⁹, começa a se manifestar no sistema penal⁷⁰. As chances de erros judiciais são elevadas em razão do incremento das iniciativas de *surveillance* e podem legitimar sanções desproporcionais a quem for confundido com descumpridor das medidas securitárias da quarentena, assim como a perseguição penal de quem for confundido com um suspeito ou foragido. Os *drones* podem ser determinantes para isso, mas têm potencial para produção de um complexo maquinário de extermínio⁷¹.

police did not have any of the necessary clearance from their bosses, the Government or the Privacy Commissioner to test American software Clearview AI. Police conducted a short trial between February and March, but decided not to use the technology. [...] Fitzgerald said police only got one successful match for a person whose photo was already in the media. 'We've proven Clearview didn't work,' he said, adding that it would not be used in the future." SMITH, Mackenzie. Police searched for suspects in unapproved trial of facial recognition tech. RNZ, 15 maio 2020. Disponível em: <<https://www.rnz.co.nz/news/national/416697/police-searched-for-suspects-in-unapproved-trial-of-facial-recognition-tech-clearview-ai>>. Acesso em: 13 maio 2022.

⁶⁹ "Governments and tech giants around the world are using the Covid-19 crisis to advance a vision of a future in which 'our every move, our every word, our every relationship is trackable, traceable, and data-mineable,' writes 'The Shock Doctrine' author Naomi Klein, 'a future in which, for the privileged, almost everything is home delivered, either virtually via streaming and cloud technology, or physically via driverless vehicle or drone.'" REDAÇÃO. Surveillance capitalism meets the coronavirus shock doctrine. *The Intercept*, 20 maio 2020. Disponível em: <<https://theintercept.com/2020/05/20/coronavirus-surveillance-naomi-klein-shoshana-zuboff>>. Acesso em: 06 jun. 2020.

⁷⁰ SANTOS, Alexandre. Câmeras de reconhecimento facial acham criminoso no Carnaval de Salvador. *Uol*, Salvador, 05 mar. 2019. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/03/05/cameras-de-reconhecimento-facial-acham-criminoso-no-carnaval-de-salvador.htm>>. Acesso em: 08 jun. 2022.

⁷¹ "Dispositivos de vigilância aérea convertidos em máquinas de matar, a melhor definição dos drones é, sem dúvida, a seguinte: 'Câmeras de vídeo voadoras, de alta resolução, armadas de mísseis.'" CHAMAYOU, Grégoire. *Teoria do drone*. Trad. Célia Euvaldo. São Paulo: Cosac Naify, 2015, p. 20.

Por fim, tendo em vista os recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça acerca do reconhecimento pessoal, há que se reconhecer que, por um lado, o art. 226 do Código de Processo Penal (descrição do suspeito pela testemunha/vítima⁷², formação de linha de identificação com outras pessoas com características físicas semelhantes, providenciar que a testemunha/vítima não seja vista, caso se sinta ameaçada, e lavratura de auto de identificação pormenorizado) não pode ser cumprido por inteligência artificial, e, por outro, os algoritmos só podem funcionar com base em fotografias e vídeos (imagens individualizadas ou agrupadas), de modo que se trata sempre de reconhecimento fotográfico inválido⁷³.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O uso das “novas tecnologias” produz e reproduz incertezas. Há quem diga que os humanos serão substituídos pelas máquinas, bem como quem negue essa possibilidade⁷⁴. Muitos cientistas de dados permane-

⁷² E que nem se diga que o algoritmo pode receber a descrição pela testemunha/vítima para reconhecer, pois a descrição deve ser feita por *quem* reconhece. Se se pretende substituir os humanos por algoritmos, caberia ao algoritmo *descrever e identificar* o suspeito.

⁷³ *A latere*: “a despeito de uma atitude inicialmente cética e desconfiada (daí a dissonância), não há substanciais vantagens epistêmicas na adoção do reconhecimento presencial em detrimento do reconhecimento fotográfico. Não se justifica, portanto, toda a rejeição atribuída ao uso de fotografias.” MATIDA, Janaína; CECCONELLO, William Weber. Reconhecimento fotográfico e presunção de inocência. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 7, n. 1, pp. 409-440, 2021, p. 432.

⁷⁴ “Will artificial intelligence affect how and where we work? To what extent is AI already fundamentally reshaping our relationship to work? Over the last decade, there has been a boom in academic papers, consultancy reports and news articles about these possible effects of AI—creating both utopian and dystopian visions of the future workplace. Despite this proliferation, AI remains an enigma, a newly emerging technology, and its rate of adoption and implications for the structure of work are still only beginning to be understood. [...] In a new paper, we argue that the impact of AI on work is not deterministic: it will depend on a range of issues, including place, educational levels, gender and, perhaps most importantly, government policy and firm strategy.” CLIFTON, Judith; GLASMEIER, Amy; GRAY, Mia. When machines think for us: consequences for work and place. *Social Europe*, 14 maio 2020. Disponível em: <<https://www.socialeurope.eu/>

cem otimistas quanto ao futuro, apostando numa contribuição dessas tecnologias para que os humanos possam ter tempo livre a dedicar para atividades criativas – pressupondo uma bondade imanente aos proprietários das empresas tecnológicas⁷⁵.

Durante a pesquisa aqui relatada, constatou-se que vários eventos destoam das supostas potencialidades, sobretudo da inteligência artificial, no campo da identificação facial. Mas não se cogita de uma via de acesso reformista que permita “ajustar” os algoritmos para que labutem melhor. Por um lado, é verdadeiro que se trata de uma tendência nas medidas securitárias que, possivelmente, se tornará preponderante nos próximos anos. Por outro, não parece possível substituir o trabalho humano, tampouco evitar os erros algorítmicos.

Não se parte da ingenuidade. Sabe-se que não se está a tratar do futuro, mas do presente. Contudo, é possível criar estratégias de resistência⁷⁶, bem como de redução de erros judiciários daí decorrentes. Também

when-machines-think-for-us-consequences-for-work-and-place>. Acesso em: 13 maio 2022.

⁷⁵ “In the 1990s and 2000s, the dominant discourse, in Germany for instance, was that relocation of production and global competition would jeopardise jobs and wages. In the recent debates on digitalisation, some observers have even anticipated a labour-market apocalypse. The fear is that robots and artificial intelligence could make human labour almost completely redundant. [...] Forecasts of how many jobs will be lost in the future vary widely. The honest answer is that no one knows exactly how digitalisation will work out. What all experts agree on, however, is that the work of the future will lead away from routine and towards more creativity. In consequence, through this shift the socially-transformative potential of work grows rather than diminishing. This opens up new opportunities.” KLINGBEIL, Lars; MEYER, Henning. Robots won’t make us redundant. *Social Europe*, 14 maio 2020. Disponível em: <<https://www.social europe.eu/robots-wont-make-us-redundant>>. Acesso em: 13 maio 2022.

⁷⁶ Algumas estratégias interessantes foram elencadas por Joana Varon: “qualquer uso eventual dessa tecnologia deveria antes de tudo garantir ao menos a) medidas de prevenção de abusos: a título de criatividade, o princípio da precaução, previsto na Declaração do Rio/92 sobre meio ambiente pode servir como inspiração. Tal princípio prevê “garantia contra riscos potenciais que, de acordo com o estado atual do conhecimento, não podem ser identificados”; b) transparência sobre a tecnologia utilizada, a composição da base de dados e outras informações que se façam necessárias para transparência do algoritmo, com quem essas bases de dados serão compartilhadas, quais as medidas de segurança implementadas, que usos serão dados, por quanto tempo esses dados serão armazenados, bem como informações sobre custo e

é imprescindível que se o faça, pois as falhas do presente não impedirão a atualização e a rerepresentação da proposta no futuro⁷⁷. Por tudo isso, pensa-se que a hipótese de pesquisa foi confirmada, bem como que os algoritmos de reconhecimento facial não podem ser admitidos como meios de obtenção de fonte de prova no processo penal.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. A propósito de Tiqqun. In: TIQQUN. *Contribuição para a guerra em curso*. São Paulo: n-1 edições, 2019.

AGAMBEN, Giorgio. Chiarimenti. *Quodlibet*, 17 mar. 2020. Disponível em: <<https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-chiarimenti>>. Acesso em: 06 jun. 2020.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ASHWORTH, Andrew. Four threats to the presumption of innocence. *The international journal of evidence & proof*, v. 10, p. 241-279, 2006. <https://doi.org/10.1350/ijep.10.4.241>

AMARAL, Augusto Jobim do. A governamentalidade em tempos securitários. In: SILVEIRA, Clovis Eduardo Malinverni; GRAZIANO SOBRINHO, Sergio Francisco Carlos. (Org.). *Direito, risco e sustentabilidade*: abordagens interdisciplinares. Caxias do Sul: EDUCS, 2017.

AMARAL, Augusto Jobim do. *O dispositivo inquisitivo*: entre a ostentação penal e a estética política do processo penal. 2014. 499 f. Tese (Doutorado em Ciências Criminais). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014.

AMARAL, Augusto Jobim do; DIAS, Felipe da Veiga. Surveillance e as “novas” tecnologias de controle biopolítico. *Veritas*, Porto Alegre, v. 64, n. 1, e-33427, 2019. <https://doi.org/10.15448/1984-6746.2019.1.33427>

efetividade do uso dessa tecnologia; c) *supervisão independente* e d) *soluções* em caso de erros e danos causados.” VARON, Joana. Bem na sua cara: a ilusão do reconhecimento facial para segurança pública. *Coding Rights*, 04 maio 2019. Disponível em: <<https://medium.com/codingrights/bem-na-sua-cara-a-ilus%C3%A3o-do-reconhecimento-facial-para-seguran%C3%A7a-p%C3%BAblica-47c708b34820>>. Acesso em: 13 maio 2022.

⁷⁷ KNIGHT, Will. IBM's withdrawal won't mean the end of facial recognition. *Wired*, 10 jun. 2020. Disponível em: <<https://www.wired.com/story/ibm-withdrawal-wont-mean-end-facial-recognition>>. Acesso em: 13 maio 2022.

BALSAMINI, Dean. NYC facial-recognition software company sued over privacy, civil liberties issues. *New York Post*, 16 maio 2020. Disponível em: <<https://nypost.com/2020/05/16/clearview-ai-sued-over-privacy-civil-liberties-issues>>. Acesso em: 13 maio 2022.

BENJAMIN, Walter. Sobre o conceito da história. In: BENJAMIN, Walter. *Magia e técnica, arte e política*. Obras escolhidas. 3. ed. Trad. Sergio Paulo Rouanet. São Paulo: Brasiliense, 1987.

BIG Brother Watch. *Big Brother Watch briefing on facial recognition surveillance*. Londres: Big Brother Watch, 2020.

BRASIL. Ministério da Indústria, Comércio e Serviços. *Indústria 4.0*. Disponível em: <<http://www.industria40.gov.br>>. Acesso em: 06 jun. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Ministério entrega aos estados primeiras ferramentas de Big Data e Inteligência Artificial para combater a criminalidade*. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1566331890.72>>. Acesso em: 13 maio 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta turma. *Habeas corpus* 598.886. Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. em 27 out. 2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1996943&num_registro=202001796823&data=20201218&formato=PDF>. Acesso em: 13 maio 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta turma. *Habeas corpus* 652.284. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. em 27 abr. 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2048532&num_registro=202100769343&data=20210503&formato=PDF>. Acesso em: 13 maio 2022.

BYLER, Darren. Cómo la COVID-19 popularizó las tecnologías de vigilancia china. Trad. Ana Milutinovic. *MIT Technology Review*, 18 out. 2021. Disponível em: <<https://www.technologyreview.es/s/13722/como-la-covid-19-popularizo-las-tecnologias-de-vigilancia-china>>. Acesso em: 13 maio 2022.

CANI, Luiz Eduardo; MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Guia para a mitigação dos erros judiciais no processo penal*. Florianópolis: EMais, 2022.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Trad. José Antonio Cardinali. São Paulo: Conan, 1995.

CARNEY, Matthew. Leave no dark corner. China is building a digital dictatorship to exert control over its 1.4 billion citizens. For some, “social credit” will bring privileges – for others, punishment. *ABC News*, Sidney, 17 set. 2018. Disponível em: <<https://mobile.abc.net.au/news/2018-09-18/>>

china-social-credit-a-model-citizen-in-a-digital-dictatorship/10200278>. Acesso em: 13 maio 2022.

CHAMAYOU, Grégoire. *Teoria do drone*. Trad. Célia Euvaldo. São Paulo: Cosac Naify, 2015.

CLIFTON, Judith; GLASMEIER, Amy; GRAY, Mia. When machines think for us: consequences for work and place. *Social Europe*, 14 maio 2020. <https://doi.org/10.1093/cjres/rsaa004>

COHEN, Stanley. *Convicting the innocent*. Death row and America's broken system of justice. Nova Iorque: Skyhorse, 2016.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1998.

DELEUZE, Gilles. Post-scriptum sobre as sociedades de controle. In: DELEUZE, Gilles. *Conversações (1972-1990)*. Trad. Peter Pál Pelbart. São Paulo: Editora 34, 2013.

DRISHTI. *The big picture*: facial recognition - uses & concerns. Disponível em: <<https://www.drishtias.com/loksabha-rajyasabha-discussions/the-big-picture-facial-recognition-uses-concerns>>. Acesso em: 13 maio 2022.

ESTADOS Unidos da América. *Supreme Court. Neil v. Biggers (1972)*. Disponível em: <<https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/409/188.html>>. Acesso em: 13 maio 2022.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade 1: a vontade de saber*. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e José Augusto Guilhon de Albuquerque. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2019.

FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica*. Curso dado no Collège de France (1978-1979). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GARRETT, Brandon L. *Autopsy of a crime lab*: exposing the flaws in forensics. Oakland: California University Press, 2021.

GARRETT, Brandon L. *Convicting the innocent*. Where criminal prosecutions go wrong. Cambridge: Harvard University Press, 2011. <https://doi.org/10.4159/harvard.9780674060982>

GIVELBER, Daniel. The adversary system and historical accuracy. Can we do better?. In: HUMPHREY, John A.; WESTERVELT, Sandra D. (Ed.). *Wrongly convicted*: perspectives on failed justice. Nova Jérsei: Rutgers University Press, 2001.

GODSEY, Mark. *Blind injustice*. A former prosecutor exposes the psychology and politics of wrongful convictions. Oakland: California University Press, 2017. <https://doi.org/10.1525/9780520962958>

HAN, Byung-Chul. O coronavírus de hoje e o mundo de amanhã, segundo o filósofo Byung-Chul Han. *El País Brasil*, 22 mar. 2020. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/ideas/2020-03-22/o-coronavirus-de-hoje-e-o-mundo-de-amanha-segundo-o-filosofo-byung-chul-han.html>>. Acesso em: 13 maio 2022.

HARCOURT, Bernard E. *Against prediction: profiling, policing, and punishing in an actuarial age*. Chicago: University of Chicago Press, 2006. <https://doi.org/10.1086/588243>

HENRY, Jessica S. *Smoke but no fire*. Convicting the innocent of crimes that never happened. Oakland: University of California Press, 2020.

INNOCENCE Project. *Eyewitness identification reform*. Disponível em: <<https://www.innocenceproject.org/eyewitness-identification-reform>>. Acesso em: 13 maio 2022.

JEE, Charlotte. London police's face recognition system gets it wrong 81% of the time. *MIT Technology Review*, 04 jul. 2019. Disponível em: <<https://www.technologyreview.com/2019/07/04/134296/london-polices-face-recognition-system-gets-it-wrong-81-of-the-time>>. Acesso em: 13 maio 2022.

KLINGBEIL, Lars; MEYER, Henning. Robots won't make us redundant. *Social Europe*, 14 maio 2020. Disponível em: <<https://www.socialeurope.eu/robots-wont-make-us-redundant>>. Acesso em: 13 maio 2022.

KNIGHT, Will. IBM's withdrawal won't mean the end of facial recognition. *Wired*, 10 jun. 2020. Disponível em: <<https://www.wired.com/story/ibm-withdrawal-wont-mean-end-facial-recognition>>. Acesso em: 13 maio 2022.

KO, Kyoungmin; et al. SqueezeFace: Integrative Face Recognition Methods with LiDAR Sensors. *Journal of Sensors*, v. 2021, 4312245, pp. 1-8, 2021, p. 1-2. <https://doi.org/10.1155/2021/4312245>

LÁZARO, Natália. Prefeitos recomendam lockdown nacional contra a covid-19. *Uol*, Brasília, 12 mar. 2021. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2021/03/12/fnp-prefeitos-lockdown-nacional-covid-19-governo-federal-criticas.htm>>. Acesso em: 13 maio 2022.

LEE, Dave. San Francisco is first US city to ban facial recognition. *BBC*, 15 maio 2019. Disponível em: <<https://www.bbc.com/news/technology-48276660>>. Acesso em: 13 maio 2022.

LIAO, Shannon. Chinese facial recognition system mistakes a face on a bus for a jaywalker. *The Verge*, 22 nov. 2019. Disponível em: <<https://www.theverge.com/2018/11/22/18107885/china-facial-recognition-mistaken-jaywalker>>. Acesso em: 13 maio 2022.

LOMBROSO, Cesare. *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alla psichiatria*. 5. ed. Turim: Fratelli Bocca, 1897.

LUCHINI, Claudio; PEA, Antonio; SCARPA, Aldo. Artificial intelligence in oncology: current applications and future perspectives. *British Journal of Cancer*, v. 126, pp. 4-9, 2022. <https://doi.org/10.1038/s41416-021-01633-1>

LYU, Shing. *Practical rust projects*. Building game, physical computing, and machine learning applications. Nova Iorque: Apress, 2020. <https://doi.org/10.1007/978-1-4842-5599-5>

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

MATIDA, Janaína; CECCONELLO, William Weber. Reconhecimento fotográfico e presunção de inocência. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 7, n. 1, pp. 409-440, 2021. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i1.506>

MENDES, Lucas. TCU suspende licitação de sistema espião pelo Ministério da Justiça. *Poder 360*, 10 nov. 2021. Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/governo/tcu-suspende-licitacao-de-sistema-espio-pelo-ministerio-da-justica>>. Acesso em 15 maio 2021.

MENDES, Paulo de Sousa. *Causalidade complexa e prova penal*. Coimbra: Almedina, 2018.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. A questão digital: o impacto da inteligência artificial no Direito. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, v. 6, n. 2, e259, 2019. <https://doi.org/https://doi.org/10.29293/rdfg.v6i02.259>

MOROZOV, Evgeny. Solucionismo, nova aposta das elites globais. *Outras Palavras*, 23 abr. 2020. Disponível em: <<https://outraspalavras.net/tecnologiaemdisputa/solucionismo-nova-aposta-das-elites-globais>>. Acesso em: 13 maio 2022.

NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky. Compreendendo o fenômeno das falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky et al. *Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: Artmed, 2010.

O'NEIL, Cathy. *Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy*. Nova Iorque: Broadway Books, 2016.

REDAÇÃO. Empresa de reconhecimento facial Clearview AI será investigada no Canadá. *Veja*, 26 fev. 2020. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/tecnologia/empresa-de-reconhecimento-facial-clearview-ai-sera-investigada-no-canada>>. Acesso em: 13 maio 2022.

REDAÇÃO. Surveillance capitalism meets the coronavirus shock doctrine. *The Intercept*, 20 maio 2020. Disponível em: <<https://theintercept.com/2020/05/20/coronavirus-surveillance-naomi-klein-shoshana-zuboff>>. Acesso em: 06 jun. 2020.

ROCHA, Camilo. O trabalho humano escondido atrás da inteligência artificial. *Nexo*, 18 jun. 2019. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2019/06/18/O-trabalho-humano-escondido-atr%C3%A1s-da-intelig%C3%Aancia-artificial>>. Acesso em: 13 maio 2022.

SALVÀ, Peppe. “Deus não morreu. Ele tornou-se Dinheiro”. Entrevista com Giorgio Agamben. Trad. Selvino José Assmann. *Blog da Boitempo*, São Paulo, 31 ago. 2012. Disponível em: <<https://blogdaboitempo.com.br/2012/08/31/deus-nao-morreu-ele-tornou-se-dinheiro-entrevista-com-giorgio-agamben>>. Acesso em: 13 maio 2022.

SANTOS, Alexandre. Câmeras de reconhecimento facial acham criminoso no Carnaval de Salvador. *Uol*, Salvador, 05 mar. 2019. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/03/05/cameras-de-reconhecimento-facial-acham-criminoso-no-carnaval-de-salvador.htm>>. Acesso em: 08 jun. 2022.

SCHECK, Barry; NEUFELD, Peter. DNA and innocence scholarship. In: HUMPHREY, John A.; WESTERVELT, Sandra D. (Ed.). *Wrongly convicted: perspectives on failed justice*. Nova Jérsei: Rutgers University Press, 2001.

SMITH, Mackenzie. Police searched for suspects in unapproved trial of facial recognition tech. *RNZ*, 15 maio 2020. Disponível em: <<https://www.rnz.co.nz/news/national/416697/police-searched-for-suspects-in-unapproved-trial-of-facial-recognition-tech-clearview-ai>>. Acesso em: 13 maio 2022.

VARON, Joana. Bem na sua cara: a ilusão do reconhecimento facial para segurança pública. *Coding Rights*, 04 maio 2019. Disponível em: <<https://medium.com/codingrights/bem-na-sua-cara-a-ilus%C3%A3o-do-reconhecimento-facial-para-seguran%C3%A7a-p%C3%BAblica-47c708b34820>>. Acesso em: 13 maio 2022.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La estructura inquisitorial. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La cuestión criminal*. Buenos Aires: Planeta, 2012.

Authorship information

Luiz Eduardo Cani. Doutorando em Ciências Criminais na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra (UC). Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC). Professor de Direito

Penal no Centro Universitário Avantis (UniAvan). Professor convidado do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal (IBRASPP) em convênio com a Universidade de Caxias do Sul (UCS). Advogado criminalista. luiz@acaz.law

João Alcantara Nunes. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Capacitado no III Programa brasileiro sobre reforma processual penal do Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA). Advogado criminalista. joao@acaz.law

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

Acknowledgement: Agradecemos aos avaliadores A e C pelas considerações e sugestões.

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

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

- *Luiz Eduardo Cani:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *João Alcantara Nunes:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.

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

Editorial process dates

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

- Submission: 15/05/2022
- Desk review and plagiarism check: 17/05/2022
- Review 1: 27/05/2022
- Review 2: 03/06/2022
- Preliminary editorial decision: 08/06/2022
- Correction round return: 14/06/2022
- Final editorial decision: 17/06/2022

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 2 (MC e KF)
- Assistant-editor: 1 (DDE)
- Reviewers: 2

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

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



License Creative Commons Attribution 4.0 International.

Imputazioni ingiuste e rimborso delle spese legali da parte dello Stato: luci ed ombre della nuova disciplina italiana

Unfair charges and reimbursement of legal costs by the State: light and shade of the new Italian law

Nicola Pascucci¹

Università degli Studi di Urbino Carlo Bo, Urbino, Italia

nicola.pascucci@uniurb.it

 <https://orcid.org/0000-0002-3232-2042>

RIASSUNTO: Il contributo esamina l'art. 1 commi 1015 ss. l. 178/2020 e il d. interm. 20 dicembre 2021, che introducono per la prima volta nell'ordinamento processuale penale italiano una disciplina generale sul rimborso delle spese legali agli imputati assolti da parte dello Stato. Le previsioni costituiscono un notevole passo avanti, ma presentano gravi e diffuse criticità nel perimetro applicativo, nei termini di presentazione dell'istanza e nei rapporti con altri istituti processuali. Anche la loro collocazione, al di fuori del codice di procedura penale, pare inopportuna. Inoltre, le somme stanziare dallo Stato (otto milioni di euro annui) sono del tutto insufficienti a garantire l'effettività della disciplina, se rapportate al numero di assoluzioni, desumibili dalle statistiche ufficiali. L'Autore delinea proposte di riforma, anche alla luce dei dati ministeriali sul numero e sull'esito dei procedimenti.

PAROLE CHIAVE: imputazioni ingiuste; spese legali; rimborso; assoluzione; presunzione di innocenza.

ABSTRACT: *This essay analyses Article 1(1015) et seq. of Law no. 178/2020 and the related Inter-ministerial Decree of 20th December 2021, that – for the first*

¹ Ricercatore di diritto processuale penale presso l'Università degli Studi di Urbino Carlo Bo. Dottore di ricerca in Economia, Società, Diritto, *curriculum* Diritto - Sviluppo, diritti dell'uomo, diritti sociali fondamentali e formazioni sociali, presso l'Università degli Studi di Urbino Carlo Bo.

time within the Italian criminal procedure system – aims at introducing general rules on the reimbursement of legal costs by the State to the acquitted person. The new discipline takes a significant step forward, nevertheless it reveals serious and widespread glitches, e.g. with regard to its extent, the terms for submitting the relevant application and for what concerns the relations with other procedural institutions. Its collocation, outside the Code of Criminal Procedure, also seems inappropriate. Furthermore, the sums allocated by the State (EUR eight million per year) are completely insufficient to guarantee the effectiveness of the aforementioned rules, if compared to the number of acquittals, which can be inferred from official statistics. The Author outlines reform proposals, also in the light of government data concerning the number and the results of proceedings.

KEYWORDS: *unfair charges; legal costs; reimbursement; acquittal; presumption of innocence.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. Imputazioni ingiuste e rimborso statale delle spese legali: dimensioni del problema e quadro normativo; – 2. Una disciplina ritagliata (per ragioni di bilancio) su determinate formule assolutorie: frizioni costituzionali e problemi di opportunità; – 3. Presentazione dell'istanza ed oggetto della rifusione: un perimetro operativo estremamente angusto; – 4. L'elemento soggettivo. I rapporti con gli istituti processuali "limitrofi"; – 5. Termini per presentare la domanda telematica e criteri di priorità; – 6. L'insufficienza degli importi stanziati; – 7. Conclusioni: qualche riflessione *de iure condendo* alla luce delle statistiche; – Bibliografia.

1. INTRODUZIONE. IMPUTAZIONI INGIUSTE E RIMBORSO STATALE DELLE SPESE LEGALI: DIMENSIONI DEL PROBLEMA E QUADRO NORMATIVO.

L'ingiustizia dell'imputazione può assumere diverse forme, cui la disciplina processuale ricollega differenti rimedi², ma l'ipotesi più

² Si pensi, ad esempio, alla disciplina della modifica dell'imputazione in udienza preliminare ex art. 423 c.p.p., nonché, in dibattimento, alle nuove contestazioni ex artt. 516 ss. c.p.p.

evidente si verifica senz'altro in caso di assoluzione dell'imputato con formula ampiamente liberatoria.

Le statistiche giudiziarie mostrano come il fenomeno raggiunga in Italia proporzioni di notevole rilievo. Da quanto emerge nella relazione del primo presidente della Corte di cassazione sull'amministrazione della giustizia del 2022³, la percentuale di imputati prosciolti all'esito del dibattimento di primo grado nell'anno giudiziario 2020/2021 è pari al 54,8%. Includendo anche le sentenze emanate a seguito di riti speciali, la percentuale scende di poco, attestandosi al 46,2% nel 2020/2021. Benché nelle statistiche debbano ricomprendersi non solo le assoluzioni in senso tecnico, ma anche i proscioglimenti per altra causa (ad esempio le sentenze di non doversi procedere per estinzione del reato conseguente a prescrizione)⁴, il dato resta comunque ragguardevole⁵.

La sottoposizione ad un procedimento penale può comportare, per chi lo subisce, non solo penetranti ripercussioni su vari aspetti della vita e un carico, spesso ingente, di sofferenza psicologica⁶, ma anche un esborso economico, derivante dal pagamento delle spese necessarie a

³ CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE-CURZIO, Pietro, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2021*, in www.cortedicassazione.it, 21 gennaio 2022, p. 55.

⁴ Tale precisazione, pur mancando nell'ultima relazione sull'amministrazione della giustizia, è presente in quelle anteriori: CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE-CURZIO, Pietro, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2020*, in www.cortedicassazione.it, 29 gennaio 2021, p. 29 s.

⁵ I numeri in esame non considerano poi le sentenze di condanna in cui il giudice ha dato al fatto una qualificazione giuridica diversa e meno grave rispetto a quella contenuta nell'imputazione, ai sensi dell'art. 521 c.p.p., ipotesi pur sempre da ricomprendere tra i casi di ingiusta imputazione.

⁶ D'altronde, secondo la dottrina più autorevole, «la pena si risolve nel giudizio e il giudizio nella pena», cosicché «non vi è atto del giudizio, il quale non cagioni una sofferenza a chi è giudicato»: CARNELUTTI, Francesco, *Lezioni sul processo penale*, vol. I, II ed., Edizioni dell'Ateneo, Roma, 1949, p. 48 ss., spec. p. 49. Di recente, riprendono il concetto di «giudizio come pena», collegandolo alla nozione di rimborso delle spese legali, MARANDOLA, Antonella, *Gli assolti con formula piena con sentenza penale irrevocabile avranno diritto al rimborso delle spese legali*, in ilpenalista.it, 21 dicembre 2020, p. 3; PARLATO, Lucia, *La rifusione delle spese processuali sostenute dall'assolto*, in SPANGHER, Giorgio (a cura di), *La vittima del processo. I danni da attività processuale penale*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 229.

difendersi: compenso professionale dell'avvocato, diritti di cancelleria per estrarre copia di atti e documenti, spese per consulenze tecniche, per prestazioni di investigatori privati autorizzati e per assistenza di interpreti e traduttori fiduciari. Come osservato, il problema delle spese legali è particolarmente sentito qualora il procedimento penale si concluda con il proscioglimento dell'imputato, specialmente se con formula pienamente liberatoria e dopo diversi gradi di giudizio.

Nonostante l'indubbia serietà e le dimensioni del problema, fino a tempi recenti – cioè fino all'emanazione della l. 178/2021, su cui ci si soffermerà nel prosieguo – il principio della soccombenza, secondo cui il giudice pone le spese processuali a carico di chi perde la causa, salvo la possibilità di compensarle in determinate situazioni⁷, si è affermato in maniera solo frammentaria e incompleta nel processo penale italiano, a differenza del processo civile, nel quale gli artt. 91 ss. c.p.c. dettano una specifica disciplina⁸.

In particolare, ai sensi dell'art. 4 d.p.R. 30 maggio 2002, n. 115 (testo unico sulle spese di giustizia), nel processo penale le spese sono anticipate dall'erario, ad eccezione di quelle che riguardano atti richiesti dalle parti private che non beneficiano del patrocinio a spese dello Stato e di quelle relative alla pubblicazione della sentenza ex artt. 694 comma 1 c.p.p. e 76 d.lgs. 231/2001. Tuttavia, mentre l'art. 535 comma 1 c.p.p. prevede che la sentenza di condanna ponga a carico del condannato le spese processuali, il codice non contiene un'analogia disposizione in favore dell'imputato proscioltto. Le uniche norme che vanno in questa direzione sono gli artt. 427 e 542 c.p.p., che fanno gravare sul querelante, in udienza preliminare e in dibattimento, le spese processuali anticipate dallo Stato e quelle dell'imputato e dell'eventuale responsabile civile, oltre al risarcimento del danno. Esse, però, presentano un ambito operativo circoscritto: la

⁷ In generale, la ripartizione delle spese può avvenire secondo tre modalità: le parti sopportano ognuna integralmente le proprie spese, oppure è il vinto a farsi carico in ogni caso di tutte le spese, o infine quest'ultimo è tenuto sì a rimborsare il vincitore, ma in presenza di particolari condizioni. Sul punto, CHIOVENDA, Giuseppe, *La condanna nelle spese giudiziali*, Società editrice del «Foro italiano», Roma, 1935, p. 156 s.

⁸ PARLATO, Lucia, *La rifusione delle spese legali sostenute dall'assolto. Un problema aperto*, Cedam, Milano, 2018, p. 48.

rifusione in favore dell'imputato e del responsabile civile opera solo su loro richiesta, limitatamente alle sentenze di non luogo a procedere o di assoluzione perché il fatto non sussiste o perché l'imputato non lo ha commesso. Occorre inoltre che vi sia un querelante cui imputare le spese: il procedimento deve quindi riguardare una fattispecie perseguibile a querela. Il rimborso, sia in favore dell'erario che dell'imputato e del responsabile civile, è escluso ove il querelante non abbia agito con colpa⁹.

Una peculiare ipotesi extracodicistica di rifusione delle spese legali è sancita dall'art. 18 d.l. 67/1997¹⁰, in favore dei dipendenti delle amministrazioni statali giudicati per fatti ed atti connessi all'esercizio dei loro obblighi e mansioni, in caso di sentenza o di provvedimento che ne escluda la responsabilità. La norma risponde però ad una *ratio* del tutto particolare: vuole tutelare il sereno esercizio delle loro funzioni, evitando che subiscano pregiudizi a causa dei relativi compiti istituzionali¹¹. A parte tale specifica previsione, fino a tempi recenti l'unico modo per accollare allo Stato le spese difensive era l'accesso al patrocinio a spese

⁹ In merito al pagamento delle spese del procedimento anticipate dallo Stato, l'automatismo della condanna alle spese *ex art.* 427 comma 1 c.p.p. è stato in tal modo temperato da due pronunce di illegittimità costituzionale: Corte cost., 3 dicembre 1993, n. 423; Corte cost., 21 aprile 1993, n. 180. In relazione al rimborso a favore dell'imputato e del responsabile civile, il giudice ha il potere di compensare le spese, totalmente o parzialmente, per giusti motivi (art. 427 comma 2 c.p.p.), tra i quali si fa rientrare l'assenza di colpa del querelante: SCALFATI, Adolfo, *L'udienza preliminare. Profili di una disciplina in trasformazione*, Cedam, Padova, 1999, p. 119; RIGO, Fabrizio, *La sentenza*, in SPANGHER, Giorgio (dir. da), *Trattato di procedura penale*, vol. IV, t. II, a cura di SPANGHER, Giorgio, Utet, Milanofiori Assago, 2009, p. 668. In giurisprudenza, Cass. pen., sez. II, 3 ottobre 2017, n. 56929, in *C.E.D. Cass.*, n. 271697; Cass. pen., sez. VI, 27 marzo 2009, n. 27494, in *C.E.D. Cass.*, n. 244524.

¹⁰ D.l. 25 marzo 1997, n. 67, conv. in l. 23 maggio 1997, n. 135, che riguarda non solo i giudizi penali, ma anche quelli per la responsabilità civile e amministrativa.

¹¹ In tal senso, PARLATO, Lucia, *La rifusione delle spese legali sostenute dall'assolto. Un problema aperto*, cit., p. 216 ss., la quale osserva che l'amministrazione deve valutare la presenza di tre presupposti: il nesso di strumentalità tra il comportamento addebitato al dipendente e l'esercizio della sua funzione pubblica, l'assenza di un conflitto di interessi con la stessa e un provvedimento assolutorio che escluda il dolo e la colpa grave del dipendente. In giurisprudenza, v., da ultimo, Cons. Stato, sez. IV, 4 gennaio 2022, n. 25, in *Guida dir.*, 2022, n. 2, p. 46 ss.

dello Stato di cui agli artt. 74 ss. d.p.R. 115/2002¹², subordinato a stringenti requisiti reddituali¹³.

Con l'art. 8 l. 36/2019, il legislatore ha poi introdotto l'art. 115-bis d.p.R. 115/2002. Si tratta di una disposizione particolare e controversa, che ha suscitato un ampio dibattito: essa pone a carico dello Stato – con liquidazione ai sensi degli artt. 82 ss. d.p.R. 115/2002 – l'onorario e le spese dovuti al difensore, all'ausiliario del magistrato e al consulente tecnico in caso di provvedimento di archiviazione, sentenza di non luogo a procedere o proscioglimento perché il fatto non costituisce reato, in ragione della scriminante della legittima difesa c.d. “domiciliare” ex art. 52 commi 2 ss. c.p. o dell'eccesso colposo ex art. 55 comma 2 c.p.¹⁴.

In merito alle spese processuali concernenti l'azione civile (da intendersi in senso lato come comprensive del compenso professionale del difensore¹⁵), fin dall'entrata in vigore del codice di rito, l'art. 541 c.p.p. sancisce l'operatività del principio della soccombenza, cosicché, con la pronuncia che accoglie la domanda sulle restituzioni e sul risarcimento del danno, il giudice penale condanna solidalmente alle spese l'imputato

¹² Come osserva TRIGGIANI, Nicola, *Rimborso (o detrazione fiscale) delle spese sostenute per la difesa dall'imputato prosciolto*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, n. 4, p. 22.

¹³ Non si tratta di un mero rimborso (con il correlativo obbligo di anticipazione da parte del privato), ma di una corresponsione diretta al difensore da parte dell'erario.

¹⁴ Al momento della promulgazione della l. 36/2019, il presidente della Repubblica inviava una lettera ai presidenti del Senato e della Camera dei deputati, rilevando tra l'altro la disparità, creata dall'art. 8 di tale legge, tra la legittima difesa “domiciliare” e gli altri casi di legittima difesa: per il testo, v. *www.quirinale.it*. All'indomani della riforma, parte della dottrina era critica: v. CAIAZZA, Gian Domenico, *Governo populista e legislazione penale: un primo bilancio*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 590, che parlava di «(in)comprensibile privilegio». Altri osservavano invece come norme analoghe fossero previste anche da diversi ordinamenti: GATTA, Gian Luigi, *La nuova legittima difesa nel domicilio: un primo commento*, in *Dir. pen. cont.*, 1° aprile 2019.

¹⁵ Questa ampia nozione si evince dalla giurisprudenza di legittimità: per tutte, Cass. pen., sez. V, 2 ottobre 2020, n. 34521, in *C.E.D. Cass.*, n. 279978; Cass. pen., sez. V, 27 maggio 2014, n. 29934, in *C.E.D. Cass.*, n. 262385. Al riguardo, v. altresì ANCESCHI, Alessio, *Le spese legali in sede civile, penale, amministrativa e nelle giurisdizioni speciali*, Cedam, Padova, 2010, p. 321.

e il responsabile civile¹⁶, mentre con la sentenza che assolve l'imputato per motivi diversi dal difetto d'imputabilità o che comunque rigetta la summenzionata domanda, il giudice, previa richiesta, condanna la parte civile a rifondere all'imputato e al responsabile civile le spese sostenute in conseguenza dell'azione civile. In entrambi i casi, è possibile disporre la compensazione totale o parziale per giustificati motivi, purché, secondo la giurisprudenza, siano «gravi ed eccezionali», in analogia con quanto previsto dall'art. 92 c.p.c.¹⁷.

Questo quadro normativo gravemente lacunoso, in cui il principio di soccombenza con riguardo alle spese legali operava di regola solo tra i privati e non nei confronti dello Stato, è rimasto immutato per decenni, favorito dall'assenza di sollecitazioni eurounitarie e internazionali¹⁸. La giurisprudenza costituzionale, dal canto suo, non ha mai ravvisato un'illegittimità ex artt. 2, 3, 24 o 111 Cost., ritenendo che la particolare posizione del pubblico ministero e l'obbligo di esercizio dell'azione penale ex art. 112 Cost., a fronte del principio della disponibilità dell'azione privata nel processo civile, giustificano una differenziazione tra quest'ultimo, in cui trova attuazione il principio della soccombenza, e quello penale¹⁹. La difesa, inoltre, è garantita a tutti come diritto inviolabile dall'art. 24 Cost., ma la sua gratuità è espressamente sancita solo per i non abbienti,

¹⁶ L'art. 153 disp. att. c.p.p. dispone che «le spese sono liquidate dal giudice sulla base della nota che la parte civile presenta al più tardi insieme alle conclusioni». Secondo la giurisprudenza, la mancata presentazione della nota spese non ne impedisce al giudice la liquidazione, purché la parte civile abbia chiesto la condanna dell'imputato e del responsabile civile alla relativa rifusione: Cass. pen., sez. IV, 5 dicembre 2018, n. 2311, in *C.E.D. Cass.*, n. 274957; Cass. pen., sez. III, 17 marzo 2016, n. 31865, in *C.E.D. Cass.*, n. 267666, che precisa come l'art. 153 disp. att. c.p.p. non commini alcuna nullità o inammissibilità in caso di omessa presentazione della nota.

¹⁷ Il principio è stato affermato in caso di condanna della parte civile alla rifusione delle spese processuali: Cass. pen., sez. VI, 24 giugno 2021, n. 35931, in *C.E.D. Cass.*, n. 282110.

¹⁸ La Corte europea dei diritti dell'uomo non considera infatti necessario il rimborso delle spese legali ai fini del raggiungimento dei livelli minimi di diritti garantiti dall'art. 6 § 2 CEDU o da altre sue disposizioni: per tutte, Corte eur. dir. uomo, 12 luglio 2013, *Allen c. Regno Unito*, § 82; Corte eur. dir. uomo, dec. 28 settembre 1995, *Masson e Van Zon c. Paesi Bassi*, § 49.

¹⁹ Corte cost., 30 luglio 2003, n. 286. Sul punto, v. altresì Corte cost., 27 luglio 2001, n. 318.

cosicché la ripartizione delle spese nel processo penale rientrerebbe nella discrezionalità legislativa²⁰. Si deve tuttavia rilevare che, sebbene la Corte costituzionale non abbia mai dichiarato un'illegittimità della disciplina codicistica *in parte qua* ai sensi dell'art. 24 Cost., la consapevolezza di non poter chiedere il rimborso delle spese legali neppure in caso di innocenza rischia di produrre riflessi sulle strategie difensive, inducendo alcuni imputati a compiere scelte più improntate al risparmio economico che al pieno esercizio dei propri diritti e facoltà²¹. Inoltre, l'assenza di un sistema generalizzato di rimborso delle spese legali agli assolti, facendo gravare una parte rilevante dei costi della giustizia sui privati, ne occulta la reale entità²².

Per queste ragioni, da anni si avvertiva l'esigenza di prevedere, anche nel processo penale, strumenti per il rimborso statale delle spese²³.

²⁰ Cass. pen., sez. I, 14 novembre 2003, n. 444, in *C.E.D. Cass.*, n. 226701; Cass. pen., sez. III, 25 marzo 1991, n. 6071, in *C.E.D. Cass.*, n. 187612, le quali hanno ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale in relazione all'art. 24 Cost.

²¹ In dottrina si sottolineano gli effetti deleteri sul diritto di difesa provocati dalla non rimborsabilità delle spese legali agli assolti: v. KALB, Luigi, *Le spese di giustizia*, in SPANGHER, Giorgio-MARANDOLA, Antonella-GARUTI, Giulio-KALB, Luigi (dir. da), *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, vol. IV, a cura di KALB, Luigi, Utet, Milanofiori Assago, 2015, p. 798; GAMBINI, Rosanna, *Spese di giustizia e processo penale: urge una riforma*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 1361.

²² Come osserva ROSENN, Keith S., *Compensating the innocent accused*, in *Ohio State Law Journal*, 1976, p. 726.

²³ Nel tempo si sono infruttuosamente susseguiti diversi disegni di legge, che miravano ad intervenire talvolta sul codice di rito, interpolando ad esempio l'art. 530 c.p.p., e talaltra su normative speciali, con sistemi di detrazione fiscale delle spese. Per tutti, v. d.d.l. S. 913, XIV legislatura, «Nuove norme di detrazione fiscale a favore del cittadino assolto con formula piena nei procedimenti penali», comunicato alla Presidenza del Senato il 3 dicembre 2001, in www.senato.it; d.d.l. S. 2153, XVII legislatura, «Modifica all'articolo 530 del codice di procedura penale, in materia di rimborso delle spese di giudizio», comunicato alla Presidenza del Senato il 3 dicembre 2015, in www.senato.it; d.d.l. S. 2259 del 2016, XVII legislatura, «Disposizioni in materia di detrazione delle spese di giudizio», comunicato alla Presidenza del Senato il 1° marzo 2016, in www.senato.it. Sul punto, v. SPANGHER, Giorgio, *Conclusioni*, in SPANGHER, Giorgio (a cura di), *La vittima del processo. I danni da attività processuale penale*, cit., p. 491; TRIGGIANI, Nicola, *Rimborso (o detrazione fiscale) delle spese sostenute per la difesa dall'imputato prosciolto*, cit., p. 22 s.

Solo di recente il legislatore italiano ha finalmente – e inaspettatamente²⁴ – introdotto una disciplina *extra codicem* per il rimborso statale delle spese legali all'assolto, contenuta nei commi 1015-1022 dell'art. 1 l. 30 dicembre 2020, n. 178 (c.d. legge di bilancio 2021), entrati in vigore il 1° gennaio 2021²⁵. Il comma 1019 demanda le norme di dettaglio ad un decreto attuativo del ministro della giustizia, da emanare di concerto con il ministro dell'economia e delle finanze entro sessanta giorni dall'entrata in vigore di tali disposizioni. È stato dunque approvato, seppur con notevole ritardo, il decreto interministeriale 20 dicembre 2021²⁶ (di seguito d. interm. 2021).

La rifusione delle spese legali agli assolti non va configurata come un risarcimento del danno, che presuppone un atto illecito, ma come un rimborso conseguente ad attività giudiziaria lecita²⁷: il processo, pur essendosi svolto in modo conforme alla legge, si è rivelato ingiustamente dannoso nei confronti dell'imputato, in ragione del suo esito assolutorio²⁸. In questo modo, entro determinati limiti e a particolari condizioni, la collettività si accolla l'esborso economico derivante dal processo subito dall'assolto: il rimborso delle spese legali costituisce dunque una declinazione del principio solidaristico ex art. 2 Cost., strettamente connesso alla centralità della dignità umana, nonché all'art. 3 Cost., il quale impone di «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale»

²⁴ Parla di «una sconvolgente novità, insperata e inattesa», SACCHETTINI, Eugenio, *Passa il principio del “chi perde paga”: ristoro in parte per l'imputato assolto*, in *Guida dir.*, 2021, n. 5-6, p. 62.

²⁵ L. 30 dicembre 2020, n. 178, «Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2021 e bilancio pluriennale per il triennio 2021-2023», pubblicata in *G.U.*, 30 dicembre 2020, n. 322, Suppl. ord. n. 46.

²⁶ D. interm. 20 dicembre 2021, «Definizione dei criteri e delle modalità di erogazione dei rimborsi di cui all'articolo 1, comma 1015 della legge 30 dicembre 2020, n. 178 e delle ulteriori disposizioni necessarie ai fini del contenimento della spesa nei limiti di cui all'articolo 1, comma 1020», pubblicato in *G.U.*, 20 gennaio 2022, n. 15.

²⁷ Al riguardo, SPAGNOLO, Paola, *Il rimborso per “ingiusta imputazione”: una soluzione forse obbligata ma non pienamente soddisfacente*, in *Leg. pen.*, 10 marzo 2022, p. 2 s.; 11, la quale osserva tra l'altro come il legislatore non abbia voluto parlare di “indennizzo”, «evidentemente non ravvisando alcun “danno” che si generi dal mero esercizio della giurisdizione».

²⁸ Per tutti, NERUCCI, Riccardo-TRINCI, Alessandro, *Il principio di soccombenza dello Stato nel processo penale: un indennizzo da attività giudiziaria lecita*, in *ilpenalista.it*, 3 febbraio 2021, p. 3 ss.

che limitano di fatto l'uguaglianza delle persone, e alla presunzione di non colpevolezza/innocenza di cui agli artt. 27 comma 2 Cost. e 6 § 2 CEDU²⁹.

Detta normativa rappresenta un passo avanti³⁰, allineando, perlomeno negli intenti, l'ordinamento italiano a quello di altri Paesi europei che già da tempo prevedono il rimborso statale delle spese ai prosciolti³¹. Tuttavia, la novella presenta diffuse criticità, sia sotto il profilo del perimetro operativo, ancora troppo circoscritto, sia nella formulazione e nella collocazione sistematica.

Il presente studio analizza la recente disciplina sul rimborso statale delle spese agli assolti, cercando di fornire soluzioni interpretative ai diversi problemi riscontrati e individuandone le potenzialità, i limiti ed i possibili profili di illegittimità costituzionale. Con l'indispensabile

²⁹ Per un'ampia trattazione, PARLATO, Lucia, *La rifusione delle spese legali sostenute dall'assolto. Un problema aperto*, cit., p. 12 ss., 243. Rinvencono nel principio di solidarietà ex art. 2 Cost. il fondamento dell'istituto anche NERUCCI, Riccardo-TRINCI, Alessandro, *Il principio di soccombenza dello Stato nel processo penale: un indennizzo da attività giudiziaria lecita*, cit., p. 4; SPAGNOLO, Paola, *Il rimborso per "ingiusta imputazione": una soluzione forse obbligata ma non pienamente soddisfacente*, cit., p. 11; SPANGHER, Giorgio, *Imputato assolto e rifusione (parziale) delle spese difensive: una previsione nello spirito solidaristico*, in www.altalex.com, 31 dicembre 2020. Sul punto, v. altresì SPANGHER, Giorgio, *Proscioglimento dell'imputato e rifusione delle spese di difesa*, in *Giur. cost.*, 2003, p. 2334 s., secondo cui, considerata l'obbligatorietà dell'azione penale, il principio solidaristico ex art. 2 Cost. imporrebbe allo Stato «di farsi carico delle ricadute di questa scelta».

³⁰ Osserva come la novella abbia «un carattere indubbiamente rivoluzionario» MARANDOLA, Antonella, *Gli assolti con formula piena con sentenza penale irrevocabile avranno diritto al rimborso delle spese legali*, cit., p. 3. Già da tempo, la dottrina riteneva che introdurre il principio della soccombenza nel processo penale avrebbe rappresentato un passo avanti «di grande civiltà giuridica», rientrando tra le «garanzie fondamentali della persona»: così RUGGIERI, Francesca, *Difesa d'ufficio e patrocinio per i non abbienti nell'area tedesca*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 3053.

³¹ Si pensi alla Francia, il cui codice di procedura penale, all'art. 800-2, sancisce il diritto della persona penalmente perseguita o civilmente responsabile a un'indennità a titolo di spese non pagate dallo Stato e sostenute dalla stessa, in caso di proscioglimento. Il diritto al rimborso delle spese è previsto anche da numerosi altri sistemi processuali. Per un'analisi relativa all'ordinamento tedesco, v. RUGGIERI, Francesca, *Difesa d'ufficio e patrocinio per i non abbienti nell'area tedesca*, cit., p. 3051 s.; PARLATO, Lucia, *La rifusione delle spese legali sostenute dall'assolto. Un problema aperto*, cit., p. 173 ss., la quale si sofferma anche sul principio della soccombenza nell'ordinamento austriaco.

ausilio dei dati ministeriali riguardanti il numero e l'esito dei procedimenti, si tenta inoltre di verificare l'adeguatezza degli stanziamenti statali per attuare la novella e si formulano proposte *de iure condendo*.

2. UNA DISCIPLINA RITAGLIATA (PER RAGIONI DI BILANCIO) SU DETERMINATE FORMULE ASSOLUTORIE: FRIZIONI COSTITUZIONALI E PROBLEMI DI OPPORTUNITÀ.

Dal punto di vista soggettivo, legittimato a chiedere il rimborso delle spese è esclusivamente l'imputato assolto con sentenza irrevocabile, pronunciata ai sensi dell'art. 129 c.p.p. o dell'art. 530 c.p.p.³², perché il fatto non sussiste, l'imputato non l'ha commesso, il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato (art. 1 comma 1015 l. 178/2020). Va considerata ai fini della rifusione anche la sentenza pronunciata a seguito di rito abbreviato: le formule assolutorie ricalcano infatti quelle dibattimentali e la pronuncia è, anche dal punto di vista formale, un'assoluzione anziché un non luogo a procedere, in virtù del rinvio agli artt. 529 ss. c.p.p. contenuto nell'art. 442 comma 1 c.p.p.

L'art. 1 comma 1018 l. 178/2020 sancisce delle cause di esclusione: il rimborso non è riconosciuto quando l'assoluzione riguarda solo alcuni capi d'imputazione, con condanna per altri (lett. *a*) e quando l'imputato è assolto perché il fatto non è previsto dalla legge come reato per sopravvenuta depenalizzazione (lett. *c*). Ultronea pare la lett. *b* del predetto comma, laddove esclude la rifusione in favore dei prosciolti per amnistia o prescrizione. Come noto, infatti, tali cause di estinzione del reato vengono dichiarate con sentenza di non doversi procedere, che già di per sé non rientra nel perimetro del citato comma 1015. L'art. 2 comma 2 lett. *f* d. interm. 2021 precisa che la pronuncia dev'essere divenuta irrevocabile nell'anno antecedente a quello in cui si presenta l'istanza.

Deve ritenersi che la formulazione – più estesa rispetto a quella sulla condanna del querelante alle spese *ex art.* 542 c.p.p., che ricomprende solo le assoluzioni perché il fatto non sussiste e l'imputato non lo ha commesso – riguardi anche le assoluzioni per mancanza, insufficienza

³² Come specifica l'art. 1 comma 1 d. interm. 2021.

o contraddittorietà della prova *ex art.* 530 comma 2 c.p.p., trattandosi di ipotesi che il codice ha equiparato *in toto* a quelle di cui al comma antecedente, in virtù del principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio oggi cristallizzato nell'art. 533 comma 1 c.p.p., corollario della presunzione di non colpevolezza nella sua veste di regola di giudizio³³.

Tuttavia, il riferimento normativo alla sentenza assolutoria irrevocabile esclude il rimborso delle spese qualora il procedimento si concluda non solo con ordinanza o decreto di archiviazione, ma anche con sentenza di non luogo a procedere, essendo quest'ultima sempre revocabile *ex artt.* 434 ss. c.p.p.³⁴.

La scelta di non considerare le indagini sembra comunque rientrare nella discrezionalità legislativa, trattandosi di una fase, eventualmente

³³ Alle stesse conclusioni giungono, commentando la sola l. 178/2020, NERUCCI, Riccardo-TRINCI, Alessandro, *Il principio di soccombenza dello Stato nel processo penale: un indennizzo da attività giudiziaria lecita*, cit., p. 6; SACCHETTINI, Eugenio, *Passa il principio del "chi perde paga": ristoro in parte per l'imputato assolto*, cit., p. 62 s. Più di recente, MASTRANGELO, Gennaro, *Il rimborso delle spese legali per l'imputato assolto*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, p. 546. Di diversa opinione pare PARODI, Cesare, *Assoluzione e rimborso delle spese: molto giusto, a volte troppo?*, in *Il diritto vivente*, 2020, n. 3, p. 84, secondo cui il legislatore avrebbe potuto precisare che la formula dubitativa dell'art. 530 comma 2 c.p.p. «non dovrebbe – almeno nello spirito della norma – costituire presupposto per il rimborso».

Sulla presunzione di non colpevolezza come regola di giudizio, v. PAULESU, Pier Paolo, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, II ed., Giappichelli, Torino, 2009, p. 179 ss.

³⁴ Nel medesimo senso, NERUCCI, Riccardo-TRINCI, Alessandro, *Il principio di soccombenza dello Stato nel processo penale: un indennizzo da attività giudiziaria lecita*, cit., p. 8 s., i quali osservano come, anche in tali ipotesi, la persona ingiustamente sottoposta al procedimento «meriti il rimborso»; MASTRANGELO, Gennaro, *Il rimborso delle spese legali per l'imputato assolto*, cit., p. 545. *Contra*, in relazione alla sola sentenza di non luogo a procedere, purché pronunciata con una delle formule indicate nella l. 178/2020, FODERÀ, Giovanni Samuele, *Ingiusta imputazione: il rimborso delle spese di lite nel processo penale*, in *Giur. pen. Web*, 2022, n. 1, p. 23. Estende analogicamente la disciplina sul rimborso alle sentenze di non luogo a procedere SPAGNOLO, Paola, *Il rimborso per "ingiusta imputazione": una soluzione forse obbligata ma non pienamente soddisfacente*, cit., p. 6 s. Già da prima della l. 178/2020, parte della dottrina auspicava che la rifusione delle spese di giudizio riguardasse anche le ipotesi di archiviazione e di non luogo a procedere: in tal senso, PARLATO, Lucia, *La rifusione delle spese legali sostenute dall'assolto. Un problema aperto*, cit., p. 236; SPANGHER, Giorgio, *Conclusioni*, cit., p. 491.

incardinata su impulso del denunciante o del querelante, in cui il pubblico ministero deve ancora verificare la solidità delle accuse³⁵. La situazione non pare assimilabile a quella affrontata dai giudici costituzionali in merito al comma 2-bis dell'art. 2 l. 89/2001 sul risarcimento dei danni per durata irragionevole del processo, norma dichiarata illegittima nella parte in cui, ai fini del computo della durata del processo penale, non considera le indagini preliminari a partire dal momento in cui l'indagato ha legale conoscenza del procedimento a suo carico³⁶. Allo Stato, infatti, non può di per sé rimproverarsi l'iscrizione del procedimento penale nel registro delle notizie di reato, essendo anzi un atto dovuto al fine di verificare se vi siano i presupposti per l'esercizio dell'azione penale. Il discorso è diverso allorché lo Stato, anche in fase investigativa, non riesca a compiere i doverosi accertamenti in tempi ragionevoli. Il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, ha dunque margini più ampi per modulare, anche nel suo perimetro temporale, la fisionomia di una responsabilità da atto lecito dello Stato rispetto ad una da atto illecito. Pure le conseguenze pratiche tra le due situazioni sono diverse. Nell'ipotesi del risarcimento per durata irragionevole del processo, come osserva la Corte costituzionale, l'omessa considerazione della fase investigativa produce potenziali conseguenze sull'*an* del diritto anche in relazione a procedimenti conclusi nelle fasi successive: la durata delle indagini può infatti risultare determinante ai fini del superamento dei limiti temporali di cui all'art. 2 l. 89/2001, rispettati i quali non sorge alcun diritto risarcitorio³⁷. L'omessa considerazione delle indagini nella disciplina sul rimborso delle spese, invece, se incide sull'*an* della rifusione in caso di archiviazione, influisce solo sul *quantum* delle richieste formulate a seguito di successive sentenze assolutorie³⁸.

³⁵ Similmente, SPAGNOLO, Paola, *Il rimborso per "ingiusta imputazione": una soluzione forse obbligata ma non pienamente soddisfacente*, cit., p. 6; VINCI-GUERRA, Sergio, *Si avvia il rimborso delle spese legali all'imputato assolto*, in *Foro it.*, 2021, V, c. 35.

³⁶ Corte cost., 23 luglio 2015, n. 184. Per un parallelismo tra le due ipotesi, v. invece SACCHETTINI, Eugenio, *No beneficio per indagati prosciolti nella fase delle indagini preliminari. Presupposti ed esclusioni*, in *Guida dir.*, 2022, n. 8, p. 55.

³⁷ Corte cost., 23 luglio 2015, n. 184.

³⁸ Parte della dottrina individua invece criticità costituzionali ex art. 3 Cost. a causa della disparità di trattamento tra la situazione disciplinata dall'art. 1

Ad ogni modo, nell'ambito di una riforma organica sul rimborso delle spese legali agli assolti e compatibilmente con le risorse economiche disponibili, sarebbe opportuno contemplare anche le indagini, alla luce del ruolo svolto in questa fase dal difensore a seguito della l. 397/2000 sulle investigazioni difensive³⁹.

L'esclusione del rimborso in caso di sentenza di non luogo a procedere adottata con le formule liberatorie di cui all'art. 1 comma 1015 l. 178/2020 rischia invece di travalicare i limiti della discrezionalità e di rivelarsi manifestamente irragionevole *ex art. 3 Cost.* Se il legislatore intende introdurre un discrimine, allora, affinché non risulti del tutto arbitrario, esso va identificato con l'esercizio dell'azione penale, cioè con il momento in cui lo Stato, tramite la pubblica accusa, prende formalmente posizione in merito agli addebiti, formulando l'imputazione: il pubblico ministero ritiene così, ai sensi degli artt. 408 c.p.p. e 125 disp. att. c.p.p., che l'accusa non sia infondata e che gli elementi raccolti nelle indagini siano idonei a sostenere l'accusa in giudizio.

Benché l'art. 1 comma 1015 l. 178/2020 non vi faccia cenno, sono rimborsabili anche le sentenze assolutorie emesse *ex art. 530 comma 3 c.p.p.* quando il fatto è stato commesso in presenza di una causa di giustificazione⁴⁰, essendo l'ipotesi comunemente ricompresa nella formula «il fatto non costituisce reato».

Discutibile è la differenziazione, all'interno delle assoluzioni perché «il fatto non è previsto dalla legge come reato», tra la sopravvenuta depenalizzazione e gli altri casi di non sussumibilità del fatto in una norma incriminatrice⁴¹. Questo *distinguo* si pone in frizione con il principio di

commi 1015 ss. l. 178/2020 e quella di cui al già citato art. 115-bis d.p.R. 115/2002, in base al quale, invece, è possibile liquidare onorari e spese relativi alle indagini: GRISONICH, Elisa, *L'ultima frontiera della rifusione delle spese legali agli imputati assolti*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 2022, n. 4, p. 37.

³⁹ Per considerazioni in merito alla fattibilità economica di una simile scelta normativa, v. però *infra*, § 7.

⁴⁰ *Contra* SACCHETTINI, Eugenio, *Passa il principio del "chi perde paga": ristoro in parte per l'imputato assolto*, cit., p. 62.

⁴¹ Secondo VINCIGUERRA, Sergio, *Si avvia il rimborso delle spese legali all'imputato assolto*, cit., c. 36, la previsione intende evitare che il vantaggio all'imputato derivante dalle scelte di politica legislativa si sommi a quello relativo ad un ipotetico rimborso delle spese legali. In dottrina, la differenziazione tra la

eguaglianza processuale e con la presunzione di non colpevolezza. In particolare, i dubbi sorgono accogliendo la tesi che considera la predetta formula assolutoria pregiudiziale rispetto alle altre, cioè un proscioglimento in punto di diritto che rende superfluo ogni altro approfondimento nel merito (e dunque anche un accertamento della responsabilità)⁴². In tal caso, infatti, non essendo stata accertata la commissione del fatto, si dovrebbe a rigore ritenere, in virtù dell'art. 27 comma 2 Cost., che le spese legali siano state ingiustamente sostenute dall'imputato. La distinzione interna alla formula "il fatto non è previsto dalla legge come reato" può giustificarsi solo aderendo all'impostazione, non pacifica, secondo cui, al momento dell'emissione della sentenza, il giudice abbia già accertato oltre ogni ragionevole dubbio la commissione del fatto di reato oggetto di depenalizzazione⁴³.

La legge non specifica il momento in cui deve sopravvenire la depenalizzazione. Tuttavia, riferendosi la stessa ai «fatti oggetto di imputazione», si ritiene che, per poter escludere la rifusione delle spese,

depenalizzazione e gli effetti derivanti da una pronuncia che dichiara l'illegittimità di una fattispecie penale è stata giustificata in base al fatto che, qualora i giudici di Palazzo della Consulta dichiarino costituzionalmente illegittima una norma incriminatrice, tale illegittimità opera *ex tunc* e «rende illegittimo l'intero processo»: NERUCCI, Riccardo-TRINCI, Alessandro, *Il principio di soccombenza dello Stato nel processo penale: un indennizzo da attività giudiziaria lecita*, cit., p. 5. In ogni caso, qualora la depenalizzazione intervenga dopo la sentenza di assoluzione con formula ampiamente liberatoria, poi divenuta irrevocabile, la natura della pronuncia legittima l'assolto a chiedere il rimborso. Contra VINCIGUERRA, Sergio, *Si avvia il rimborso delle spese legali all'imputato assolto*, cit., c. 36.

⁴² CORDERO, Franco, *Procedura penale*, IX ed., Giuffrè, Milano, 2012, p. 982, secondo il quale nel dispositivo andrebbe scritto, anche in caso di fatti non provati o incerti, che «l'imputato non ha commesso x, ma sarebbe assolto anche nel caso contrario perché nessuna norma penale contempla fatti simili»; MAZZA, Oliviero, Sub art. 530, in ILLUMINATI, Giulio-GIULIANI, Livia (a cura di), *Commentario breve al Codice di Procedura Penale*, III ed., Cedam, Milano, 2020, p. 2643.

⁴³ Per tale impostazione, TONINI, Paolo-CONTI, Carlotta, *Manuale di procedura penale*, XXII ed., Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2021, p. 794; SPAGNOLO, Paola, *Il rimborso per "ingiusta imputazione": una soluzione forse obbligata ma non pienamente soddisfacente*, cit., p. 4; Cass. pen., sez. VI, 11 giugno 2013, n. 27726, in *DeJure*.

l'azione penale debba essere già stata esercitata⁴⁴. La depenalizzazione deve essere «sopravvenuta», sottintendendosi quindi che la legge depenalizzatrice sia entrata in vigore dopo la formulazione dell'imputazione⁴⁵.

L'assonanza tra l'art. 1 comma 1018 lett. c l. 178/2020 e l'art. 314 comma 5 c.p.p. in tema di riparazione per l'ingiusta detenzione è evidente, pur potendosi notare delle differenze. È dubbia la possibilità di ricomprendere nell'art. 1 comma 1018 lett. c l. 178/2020 l'abrogazione del reato con contestuale introduzione di un corrispondente illecito civile: la citata lett. c parla infatti di depenalizzazione e non, come fa invece l'art. 314 comma 5 c.p.p., di «abrogazione della norma incriminatrice»⁴⁶. La legge usa il termine “depenalizzazione” per intendere la trasformazione di un reato in illecito amministrativo e non l'abrogazione della fattispecie penale con inserimento di una civile. A conferma della distinzione concettuale, il legislatore del 2016, al fine di porre rimedio all'ipertrofia del sistema penale, ha approvato lo stesso giorno due decreti legislativi distinti: il d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 8, contenente «disposizioni in materia di depenalizzazione», e il d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7, avente ad oggetto «disposizioni in materia di abrogazione di reati e introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civili», attuativi delle deleghe contenute rispettivamente nei commi 2 e 3 dell'art. 2 l. 67/2014. Tra l'altro, l'art. 1 comma 1018 lett. c l. 178/2020 è una norma che fa eccezione alla regola generale, cosicché, ai sensi dell'art. 14 disp. prel. c.c., non può applicarsi al di là dei casi in essa considerati.

La scelta di non rimborsare le spese legali nell'ipotesi di sentenze di non doversi procedere per prescrizione o amnistia pare costituzionalmente

⁴⁴ Nello stesso senso, pur non argomentandone le ragioni, anche NERUCCI, Riccardo-TRINCI, Alessandro, *Il principio di soccombenza dello Stato nel processo penale: un indennizzo da attività giudiziaria lecita*, cit., p. 5.

⁴⁵ Nondimeno, qualora essa sia entrata in vigore durante le indagini ma, per imperizia, il pubblico ministero abbia esercitato ugualmente l'azione penale, un'eventuale sentenza di assoluzione perché il fatto non è previsto dalla legge come reato, pronunciata dal giudice in dibattimento, legittimerebbe l'assolto a chiedere il rimborso delle spese legali.

⁴⁶ Parte della dottrina si chiede il motivo per cui l'art. 1 comma 1018 lett. c l. 178/2020 non abbia previsto un'analoga norma in caso di abrogazione del reato: VINCIGUERRA, Sergio, *Si avvia il rimborso delle spese legali all'imputato assolto*, cit., c. 36.

legittima: è pur vero che, al momento della pronuncia, il giudice non ha ancora compiuto un accertamento di responsabilità ma solo una valutazione “in negativo” ex art. 129 c.p.p.; tuttavia, in entrambi i casi, l'imputato ha diritto di rinunciare al beneficio⁴⁷, potendo così perseguire un'assoluzione con formula ampiamente liberatoria, cui l'ordinamento ricollega anche il rimborso delle spese legali. Qualora non rinunci, l'imputato dev'essere consapevole della scelta legislativa di porre le spese legali a suo carico, così come di tutte le altre conseguenze che l'ordinamento ricollega a tale tipologia di proscioglimento⁴⁸.

Si può ragionare in modo analogo per quanto riguarda tutte le sentenze di non doversi procedere che presuppongono l'accettazione o comunque una scelta dell'imputato, come l'estinzione del reato per oblazione o per esito positivo della messa alla prova, in cui è lo stesso indagato o imputato ad aver formulato la richiesta di accesso al rito speciale, oppure l'estinzione del reato per remissione di querela, in cui è necessario che l'imputato accetti la remissione ai sensi dell'art. 155 c.p.⁴⁹.

Quando invece il processo termina con sentenze di proscioglimento non rinunciabili né subordinate ad alcuna opzione da parte dell'imputato, si pongono problemi di compatibilità con gli artt. 3 e 27 comma 2 Cost. Emblematica è la pronuncia conseguente all'estinzione del reato per

⁴⁷ L'amnistia è rinunciabile a seguito di Corte cost., 5 luglio 1971, n. 175, che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 151 c.p. «nella parte in cui esclude la rinuncia all'applicazione dell'amnistia». La rinuncia alla prescrizione del reato è oggi prevista dall'art. 157 comma 7 c.p., che si è conformato a Corte cost., 31 maggio 1990, n. 275.

⁴⁸ V., ad esempio, l'art. 578 c.p.p. in merito al risarcimento dei danni alla parte civile in presenza di una sentenza che dichiara l'amnistia, la prescrizione del reato o l'improcedibilità dell'azione penale ex art. 344-bis c.p.p.

⁴⁹ In caso contrario, il procedimento prosegue. Del resto, l'art. 340 comma 4 c.p.p. già pone a carico del querelato le spese del procedimento, salvo che sia il querelante, nell'atto di remissione, a dichiarare di volerle sostenere. Altra ipotesi è il proscioglimento per estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie. Per evidenziare la differenza tra prescrizione e amnistia, da una parte, e difetto di una condizione di procedibilità per derubricazione del reato da fattispecie procedibile d'ufficio a fattispecie procedibile a querela, dall'altro, parte della dottrina fa leva proprio sulla facoltà di rinuncia in capo all'imputato, che caratterizza solo le prime ipotesi: SPAGNOLO, Paola, *Il rimborso per “ingiusta imputazione”: una soluzione forse obbligata ma non pienamente soddisfacente*, cit., p. 5.

«morte del reo» (*recte* dell'imputato) «prima della condanna» ex art. 150 c.p. L'imputato morto prima della conclusione del processo deve presumersi non colpevole: sembrano quindi ingiustificati gli esborsi da lui sostenuti a titolo di spese legali.

L'omessa considerazione della sentenza di non doversi procedere per violazione del *ne bis in idem* ex art. 649 c.p.p. solleva anch'essa dubbi dal punto di vista dell'eguaglianza processuale: il procedimento è *ex se* illegittimo, anche qualora nel primo processo l'imputato sia stato condannato⁵⁰. La sentenza di proscioglimento per difetto *ab origine* di una condizione di procedibilità crea problemi di legittimità analoghi, cui si possono aggiungere frizioni sotto il profilo della presunzione di non colpevolezza⁵¹.

Invece, l'omessa previsione del rimborso in caso di assoluzione perché «il reato è stato commesso da persona non imputabile o non punibile per un'altra ragione» (ipotesi in cui rientra anche la particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p.) si giustifica per la specifica natura della pronuncia, che accerta il fatto di reato.

Criticabile, benché rientrante nell'alveo della discrezionalità legislativa, pare l'accennata ipotesi di esclusione del rimborso disposta dalla lett. a dell'art. 1 comma 1018 l. 178/2020, che concerne l'assoluzione per alcuni capi d'imputazione e la condanna per altri. La legge non chiarisce se la previsione riguardi anche le assoluzioni e condanne pronunciate in procedimenti connessi o per reati collegati. Sarebbe più in linea col testo legislativo circoscriverne l'ambito di operatività alla specifica sentenza emessa all'esito di un determinato procedimento: il comma 1015 usa infatti il singolare «sentenza», mentre la citata lett. a del comma 1018 parla solo di capi d'imputazione e non di pronunce

⁵⁰ Sul punto, PARLATO, Lucia, *La rifusione delle spese legali sostenute dall'assolto. Un problema aperto*, cit., p. 232 s.

⁵¹ Ad essa è assimilabile la sentenza di non doversi procedere emessa in caso di derubricazione del fatto ex art. 521 c.p.p. da reato procedibile d'ufficio in reato procedibile a querela, qualora difetti quest'ultima. Già prima della l. 178/2020 si auspicava una riforma sul rimborso delle spese legali che la contemplasse: v. PARLATO, Lucia, *La rifusione delle spese legali sostenute dall'assolto. Un problema aperto*, cit., p. 234, la quale si sofferma altresì sulla sentenza di non doversi procedere pronunciata a causa di un segreto di Stato, ai sensi dell'art. 202 comma 3 c.p.p.

diverse. Dal canto suo, l'art. 2 comma 2 lett. *b* d. interm. 2021 precisa che le imputazioni da considerare sono quelle «attribuite al richiedente nell'atto con il quale è stata esercitata l'azione penale, oppure a seguito di modifica dell'imputazione nel corso del processo o in conseguenza della riunione dei procedimenti». Tale norma, se per certi aspetti conferma in parte la predetta lettura, reca con sé un inconveniente, rimettendo la rimborsabilità delle spese legali ad eventi, quali la riunione o la separazione dei processi *ex* artt. 17-18 c.p.p., che dipendono talvolta da vicende casuali o comunque da valutazioni giudiziali dotate di ampia discrezionalità⁵². Di conseguenza, in caso di separazione dei processi successiva all'esercizio dell'azione penale, occorre considerare tutti i capi d'imputazione del procedimento originario, nonché le eventuali modifiche a seguito di nuove contestazioni per fatto diverso o per circostanza aggravante. Tuttavia, se i procedimenti connessi o collegati non vengono riuniti, le sentenze scaturenti dai diversi giudizi dovrebbero mantenere la loro autonomia. Alcuni problemi possono sorgere in merito alle contestazioni dibattimentali relative a un fatto nuovo che si aggiunga all'originaria imputazione, per il quale l'imputato acconsenta a proseguire nel medesimo processo⁵³, o a un reato concorrente *ex* art. 12 comma 1 lett. *b* c.p.p. che non sia di competenza di un giudice superiore. Il decreto interministeriale impiega l'espressione «modifica dell'imputazione», che, se intesa alla lettera, si riferisce soltanto ai reati diversi *ex* art. 516 c.p.p. (rubricato, appunto, «modifica della imputazione»). Non pare tuttavia che il decreto in esame utilizzi una terminologia rigorosa: ne è conferma l'uso della parola «imputazioni» in luogo di «capi d'imputazione», che compare invece nell'art. 1 comma 1018 lett. *a* l. 178/2020. Dunque, anche

⁵² Si pensi, ad esempio, all'iscrizione delle notizie di reato in tempi diversi, che danno vita a procedimenti, seppur connessi, poi non riuniti per evitare rallentamenti.

⁵³ Sulla differenza tra fatto nuovo aggiuntivo e sostitutivo, v., per tutti, TASSI, Andrea, *Sub art. 518*, in GIULIANI, Livia-ILLUMINATI, Giulio (a cura di), *Commentario breve al Codice di Procedura Penale*, III ed., cit., p. 2573 s. In caso di fatto nuovo «sostitutivo», occorre assolvere l'imputato per la prima imputazione (con diritto alla rifusione delle spese legali) ed incardinare un altro procedimento per la seconda, salvo il consenso dell'imputato, presente in udienza, a proseguire con il processo già instaurato ai sensi dell'art. 518 comma 2 c.p.p.

in questi casi, qualora si proceda ritualmente a una nuova contestazione, la condanna per i relativi capi d'imputazione esclude il rimborso delle spese nonostante l'eventuale assoluzione per altri capi.

Sotto un diverso profilo, sembra che la lett. *a* dell'art. 1 comma 1018 l. 178/2020 non neghi la rifusione delle spese in caso di proscioglimento con formule differenti, alcune ricomprese tra quelle dell'art. 1 comma 1015 l. 178/2020 ed altre no (si pensi ad una sentenza che assolve l'imputato perché «il fatto non sussiste» in relazione ad un primo reato e per particolare tenuità del fatto in relazione ad un secondo). Né, per giungere a una diversa conclusione, parrebbe sufficiente la definizione di «imputato assolto» fornita dall'art. 1 comma 2 lett. *e* d. interm. 2021, che, in generale, include chi abbia ottenuto l'assoluzione, «per tutti i capi di imputazione a lui contestati», con una delle formule terminative indicate nell'art. 1 comma 1015 l. 178/2020. Ragioni sistematiche fanno propendere per la rimborsabilità: la l. 178/2020, come osservato, non contiene il predetto divieto di rifusione e l'art. 2 comma 2 lett. *b* d. interm. 2021 esclude il rimborso esclusivamente ove coesistano un'assoluzione con le predette formule e un proscioglimento per prescrizione o amnistia⁵⁴. La previsione di cui all'art. 2 comma 2 lett. *b* d. interm. 2021 ha carattere derogatorio e non può ritenersi sintomatica di una scelta normativa più generale. Del resto, se il decreto interministeriale avesse voluto sancire un divieto più ampio, lo avrebbe fatto espressamente, considerata la sua minuziosa attenzione nel disciplinare i profili in grado di circoscrivere l'accesso al fondo⁵⁵.

⁵⁴ Nello stesso senso, GRISONICH, Elisa, *L'ultima frontiera della rifusione delle spese legali agli imputati assolti*, cit., p. 33 s., la quale, comunque, avanza forti riserve nei confronti dell'art. 2 comma 2 lett. *b* d. interm. 2021, in ragione dell'assenza di qualsiasi fondamento, esplicito o implicito, nella l. 178/2020. *Contra* NERUCCI, Riccardo-TRINCI, Alessandro, *Il principio di soccombenza dello Stato nel processo penale: un indennizzo da attività giudiziaria lecita*, cit., p. 7.

⁵⁵ Per una diversa lettura, v. MASTRANGELO, Gennaro, *Il rimborso delle spese legali per l'imputato assolto*, cit., p. 547, secondo cui la scelta legislativa esprime la volontà di escludere il rimborso in tutte le ipotesi di coesistenza tra assoluzione ed estinzione del reato.

3. PRESENTAZIONE DELL'ISTANZA ED OGGETTO DELLA RIFUSIONE: UN PERIMETRO OPERATIVO ESTREMAMENTE ANGUSTO.

L'istanza di accesso al Fondo per il rimborso delle spese legali agli imputati assolti, istituito nello stato di previsione del ministero della giustizia ai sensi dell'art. 1 comma 1020 l. 178/2020, è presentata personalmente dall'assolto o da uno degli eredi, ovvero dall'esercente la responsabilità genitoriale o da un rappresentante legale in caso di minori o incapaci. L'istanza va trasmessa in via telematica, tramite un'apposita piattaforma sul sito istituzionale del ministero della giustizia, cui si accede tramite le credenziali SPID di secondo livello (art. 3 commi 1 e 2 d. interm. 2021). La totale digitalizzazione della procedura, se a prima vista può sembrare in linea con gli obiettivi perseguiti dalla l. 27 settembre 2021, n. 134⁵⁶ in relazione all'intera giustizia penale, rischia però di rendere il rimborso poco accessibile alla popolazione meno informatizzata.

L'istanza deve altresì indicare, a pena di inammissibilità, una serie di informazioni analiticamente elencate dall'art. 3 comma 3 d. interm. 2021.

Uno dei principali punti critici della disciplina è l'estensione oggettiva del diritto: mentre i commi 1015 ss. dell'art. 1 l. 178/2020 non specificano cosa si intenda per «rimborso delle spese legali», lasciando dunque il dubbio sulla possibilità di includervi anche quelle per gli ausiliari del difensore, come i consulenti tecnici, gli interpreti e i traduttori di fiducia e gli investigatori privati autorizzati⁵⁷, l'art. 1 comma 2 lett. g d. interm. 2021 ne circoscrive la portata alle «spese sostenute dall'imputato *esclusivamente* per remunerare il professionista legale che lo ha assistito»: in altre parole, parrebbe rimborsabile il solo compenso professionale del difensore.

⁵⁶ «Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari», pubblicata in *G.U.*, 4 ottobre 2021, n. 237.

⁵⁷ Nel commentare “a caldo” la disciplina legislativa, parte della dottrina aveva rilevato tale ambiguità: NERUCCI, Riccardo-TRINCI, Alessandro, *Il principio di soccombenza dello Stato nel processo penale: un indennizzo da attività giudiziaria lecita*, cit., p. 10.

Non sembra, ad una lettura sistematica, che l'espressione «professionista legale» possa estendersi agli ausiliari del difensore⁵⁸. Infatti, tra gli allegati all'istanza, l'art. 3 comma 4 d. interm. 2021 menziona le sole fatture «emesse dal legale nominato difensore» e il relativo «parere di congruità del competente Consiglio dell'Ordine degli avvocati», senza menzionare eventuali fatture di altri professionisti⁵⁹. Si potrebbe superare tale problema ritenendo rimborsabili i compensi per consulenti tecnici, esperti linguistici fiduciari e investigatori privati, ove anticipati dal difensore e poi indicati come spese nella sua fattura⁶⁰.

Il verbo «remunerare», se inteso alla lettera, parrebbe tuttavia riferirsi al solo compenso e non alle spese anticipate dall'avvocato. Del resto, sia la normativa processual-civilistica sulla condanna alle spese (artt. 91 c.p.c. e 75 disp. att. c.p.c.), sia le disposizioni del d.p.R. 115/2002 sul c.d. gratuito patrocinio distinguono le spese dagli onorari di difesa⁶¹. Per questa ragione, ad una lettura rigorosa non parrebbero rimborsabili – in quanto estranee al compenso, benché presenti nella parcella – le somme versate dal cliente al difensore a titolo di spese forfettarie del 15% ex art. 2 comma 2 d.m. 10 marzo 2014, n. 55⁶², di cassa previdenziale, di IVA o di imposta di bollo in caso di regime forfettario. Nondimeno, un simile concetto di spese legali, estremamente riduttivo, non solo è

⁵⁸ In questo senso, v. anche GRISONICH, Elisa, *L'ultima frontiera della rifusione delle spese legali agli imputati assolti*, cit., p. 32 s.

⁵⁹ Propende invece per una lettura estensiva della nozione di «professionista legale», che ricomprenda anche i consulenti tecnici, gli investigatori privati e gli interpreti fiduciari, SPAGNOLO, Paola, *Il rimborso per "ingiusta imputazione": una soluzione forse obbligata ma non pienamente soddisfacente*, cit., p. 9 s., secondo la quale, tra l'altro, un'interpretazione restrittiva determinerebbe delle «disparità di trattamento basate sulla disponibilità economica».

⁶⁰ Nello stesso senso, v. MASTRANGELO, Gennaro, *Il rimborso delle spese legali per l'imputato assolto*, cit., p. 548 s. Una soluzione di questo tipo ridurrebbe il rischio di sperequazioni tra gli imputati sulla base delle diverse capacità economiche: tra coloro, cioè, in grado di saldare gli ausiliari del difensore a prescindere dalla prospettiva di un successivo rimborso e coloro che, invece, non potrebbero permetterselo.

⁶¹ I diritti e gli onorari di difesa sono stati oggi sostituiti dal compenso professionale.

⁶² Regolamento contenente i parametri per la determinazione del compenso professionale del difensore.

contrario al loro comune significato⁶³, ma è del tutto inadeguato a coprire gli esborsi derivanti dal pieno esercizio dei diritti e delle facoltà della difesa. È possibile leggere in modo estensivo la nozione di “spese legali” valorizzando gli artt. 1 comma 1017 l. 178/2020 e 3 commi 3 e 4 d. interm. 2021: la normativa si riferisce alla fattura del difensore nella sua interezza, non distinguendo al suo interno le singole voci rimborsabili, ed il parere di congruità riguarda di conseguenza tale importo, globalmente considerato (oneri accessori compresi). È pur vero che tali disposizioni sono finalizzate unicamente a indicare i documenti da produrre e non i criteri di quantificazione degli importi, ma in un decreto come quello in esame, che definisce in modo analitico sia i presupposti di accesso al fondo che le modalità di presentazione dell’istanza, ci si aspetterebbe una più puntuale specificazione delle voci rimborsabili in fattura, perlomeno qualora se ne volessero escludere alcune.

Gli artt. 1 commi 1015 s. l. 178/2020 e 2 comma 4 d. interm. 2021, per ragioni di bilancio, prevedono un limite massimo rimborsabile di 10.500 euro ad istanza, suddiviso in tre rate annuali di pari entità⁶⁴. Alla luce dei parametri forensi di cui al d.m. 55/2014, la cifra può risultare palesemente inadeguata⁶⁵. Ad esempio, il compenso professionale medio per il primo grado dinanzi al tribunale monocratico, per l’appello e per il giudizio di legittimità (escluse le predette somme versate dal cliente a

⁶³ Il termine indica di solito «il complesso della prestazione pecuniaria dovut(a) alla parte vittoriosa da quella soccombente»: in tal senso, ANCESCHI, Alesio, *Le spese legali in sede civile, penale, amministrativa e nelle giurisdizioni speciali*, cit., p. 321, il quale, tuttavia, dà anche conto di una concezione restrittiva, riferita unicamente alle «spese vive dell’attività legale, specificamente svolta», come i bolli, le notificazioni, le spese di trasferta o quelle «necessarie all’acquisizione delle prove».

⁶⁴ Ad avviso di parte della dottrina, la fissazione di un importo massimo pone dubbi di illegittimità costituzionale, a causa della disparità di trattamento rispetto all’ipotesi contemplata dall’art. 115-bis d.p.R. n. 115/2002, che non prevede alcun limite quantitativo alla liquidazione di spese e onorari in caso di imputati prosciolti per legittima difesa “domiciliare”: GRISONICH, Elisa, *L’ultima frontiera della rifusione delle spese legali agli imputati assolti*, cit., p. 37.

⁶⁵ Della stessa opinione sono NERUCCI, Riccardo-TRINCI, Alessandro, *Il principio di soccombenza dello Stato nel processo penale: un indennizzo da attività giudiziaria lecita*, cit., p. 10.

titolo di oneri accessori), è, secondo gli attuali parametri⁶⁶, pari a 13.500 euro⁶⁷. In concreto, poi, la somma potrebbe aumentare notevolmente in presenza di ulteriori elementi: la particolare complessità della causa, l'attività difensiva in sede cautelare, un eventuale annullamento con rinvio da parte della Corte di cassazione.

Ferma restando l'esclusione dal rimborso dei procedimenti conclusisi con l'archiviazione e con la sentenza di non luogo a procedere⁶⁸, la normativa non chiarisce espressamente se, qualora si pervenga in giudizio ad una sentenza di assoluzione, possa a quel punto chiedersi anche la rifusione del compenso per le attività svolte anteriormente (si pensi alle investigazioni difensive). Il comma 1015 dell'art. 1 l. 178/2020, nel riferirsi in generale al processo penale, induce a considerare rimborsabile il compenso per l'attività difensiva in udienza preliminare – sia in caso di richiesta di procedimenti speciali che in caso di prosecuzione col rito ordinario e di successivo rinvio a giudizio⁶⁹ – mai presa esplicitamente in considerazione dalla normativa primaria e secondaria. Al contempo, però, è proprio il richiamo al processo penale a lasciar fuori le indagini.

Del resto, il fatto che il decreto interministeriale non abbia escluso in modo esplicito l'udienza preliminare dovrebbe confermare la rimborsabilità del compenso ad essa relativo, pur condizionando la rifusione – in modo, a dire il vero, poco ragionevole – alla successiva emissione di una sentenza assolutoria irrevocabile all'esito del giudizio. Se infatti il decreto, che ha la funzione di definire «le ulteriori disposizioni ai fini del contenimento della spesa» (comma 1019 dell'art. 1 l. 178/2020),

⁶⁶ Suscettibili di variazione ogni due anni ex artt. 1 commi 3 ss. e 13 comma 6 l. 247/2012. È in corso di approvazione lo schema del nuovo regolamento che, una volta entrato in vigore, apporterà modifiche al d.m. 55/2014. Per il testo, v. *Senato della Repubblica-XVIII Legislatura-Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare n. 392-Trasmesso alla Presidenza del Senato l'11 maggio 2022*, in www.senato.it.

⁶⁷ Sul punto, v. altresì GRISONICH, Elisa, *L'ultima frontiera della rifusione delle spese legali agli imputati assolti*, cit., p. 38.

⁶⁸ V. *supra*, § 2.

⁶⁹ Come si è detto, le spese legali del processo conclusosi con sentenza di non luogo a procedere paiono invece non rimborsabili, a prescindere dalla formula utilizzata per il proscioglimento.

avesse inteso escludere *sic et simpliciter* dal rimborso l'attività difensiva prestata nell'udienza preliminare, lo avrebbe senz'altro fatto.

Ai sensi dell'art. 1 comma 1017 l. 178/2020, il rimborso è riconosciuto previa presentazione della fattura quietanzata del difensore indicante in modo espresso la causale⁷⁰, assieme al parere di congruità del competente consiglio dell'ordine degli avvocati e a copia della sentenza con l'attestazione dell'irrevocabilità da parte della cancelleria del giudice che l'ha emanata⁷¹. Tale documentazione è puntigliosamente integrata da una serie di ulteriori documenti⁷² da allegare all'istanza ai sensi dell'art. 3 comma 4 d. interm. 2021, spesso finalizzati a comprovare le dichiarazioni rese ai sensi del comma antecedente. È criticabile l'introduzione dell'onere di versare il compenso al difensore esclusivamente con bonifico bancario

⁷⁰ L'indicazione, ai sensi dell'art. 3 comma 4 lett. *f* d. interm. 2021, deve essere «esplicita ed inequivoca», nel senso che deve attestare in modo chiaro e univoco la riconducibilità della prestazione al processo in cui si è stati assolti.

⁷¹ Deve trattarsi di una copia conforme, cui va aggiunto il certificato di passaggio in giudicato, come specificato dall'art. 3 comma 4 lett. *c* d. interm. 2021. Dato che l'istanza va presentata su una piattaforma *on-line*, ci si chiede se sia sufficiente inviare una scansione della copia conforme cartacea rilasciata dalla cancelleria – nonostante, a rigore, la scansione non possa definirsi “conforme” alla copia cartacea rilasciata dall'ufficio – o se la cancelleria debba fornire una copia conforme telematica della sentenza cartacea. In quest'ultimo caso, potrebbe probabilmente invocarsi, in combinato disposto con gli artt. 116 c.p.p. e 42 s. disp. att. c.p.p., l'art. 4 comma 5 d.l. 193/2009, convertito con modifiche dalla l. 24/2010, che disciplina – in attesa dell'emissione del regolamento ex art. 40 d.p.R. 115/2002 – i diritti di copia (semplice o autentica) su supporto informatico di atti per i quali è possibile calcolare il numero di pagine memorizzate, purché «esistenti nell'archivio informatico dell'ufficio giudiziario». La previsione potrebbe verosimilmente applicarsi previa scansione da parte della cancelleria del provvedimento emesso in formato cartaceo.

⁷² Tra cui la copia di un documento di identità dell'imputato assolto e la documentazione attestante la rappresentanza legale, se il richiedente è diverso dall'assolto; copia conforme dell'atto con cui il pubblico ministero ha esercitato l'azione penale, al fine di verificare, ai sensi dell'art. 5 comma 1 d. interm. 2021, la veridicità dell'attestazione ex art. 3 comma 3 lett. *d* del medesimo decreto; la documentazione che dimostra la nomina del difensore al quale si è versato il compenso; la dichiarazione dei redditi dell'assolto, «relativa all'anno precedente a quello del passaggio in giudicato della sentenza di assoluzione», allo scopo di controllare il reddito imponibile ai fini dell'imposta personale sul reddito (IRPEF) dichiarato nell'istanza di rimborso.

(art. 3 commi 3 lett. *h* e 4 lett. *h* d. interm. 2021). Questa previsione, volta a rendere tracciabile il pagamento per verificare l'effettiva corresponsione della parcella, penalizza in modo irragionevole chi si sia servito di mezzi ugualmente tracciabili ma diversi da quello indicato, come l'assegno bancario o circolare. La norma, del tutto assente nella l. 178/2020, opera poi un'arbitraria selezione tra coloro che hanno versato le spese legali nel 2021, prima dell'approvazione del decreto in esame. L'art. 3 comma 3 lett. *h* d. interm. 2021 è inoltre formulato in modo infelice: dispone che il bonifico sia effettuato solo «a seguito di emissione di parcella vidimata dal Consiglio dell'Ordine», evidentemente ai sensi dell'art. 29 comma 1 lett. *l* l. 247/2012 («nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense»)⁷³. Seguendo l'interpretazione letterale, verrebbero esclusi gran parte degli esborsi effettuati, anche tramite bonifico, durante il giudizio. Il parere sul compenso viene infatti chiesto di regola al termine del processo o, in caso di rinuncia o di revoca del mandato, una volta concluso il rapporto contrattuale, in modo che la valutazione dell'ordine professionale non sia meramente ipotetica, ma fondata sul reale decorso del giudizio.

4. L'ELEMENTO SOGGETTIVO. I RAPPORTI CON GLI ISTITUTI PROCESSUALI "LIMITROFI".

A differenza delle norme sul rimborso delle spese da parte del querelante, che subordinano la rifusione ad un suo comportamento perlomeno colposo⁷⁴, il rimborso delle spese legali ad opera dello Stato prescinde da ogni considerazione sulla colpa dell'autorità giudiziaria o dei suoi ausiliari. Tale differenza si giustifica considerando la specifica finalità solidaristica del nuovo istituto, il quale mira unicamente a riequilibrare gli inevitabili svantaggi che l'espletamento di un'attività lecita e socialmente necessaria – essendo imprescindibile l'accertamento statale dei reati e dei loro autori – produce nella sfera economica dell'assolto, trasferendo i relativi costi dal singolo alla collettività. Compatibile con detta *ratio* sarebbe anche la possibilità di compensare in tutto o in parte le spese in

⁷³ Che attribuisce al consiglio dell'ordine locale il compito di formulare «pareri sulla liquidazione dei compensi spettanti agli iscritti».

⁷⁴ Sul requisito della colpa del querelante, v. *supra*, § 1.

caso di dolo o colpa grave dell'assolto⁷⁵. La novella non ha però previsto alcuna forma di compensazione⁷⁶. D'altronde, la delicatezza di tale attività valutativa renderebbe preferibile l'intervento giudiziale, non previsto dal decreto interministeriale⁷⁷.

Per evitare un'indebita duplicazione delle erogazioni, nel silenzio del legislatore l'art. 2 d. interm. 2021⁷⁸ condiziona il diritto al rimborso al fatto di non aver beneficiato nel medesimo procedimento del patrocinio a spese dello Stato (lett. c), di non aver ottenuto la condanna del querelante alla rifusione delle spese ex artt. 427 e 542 c.p.p. (lett. d)⁷⁹ e di non aver diritto al già menzionato rimborso ex art. 18 comma 1 d.l. 67/1997, convertito in l. 135/1997 (lett. e)⁸⁰.

⁷⁵ Come proponeva, fin da prima della novella, PARLATO, Lucia, *La rifusione delle spese legali sostenute dall'assolto. Un problema aperto*, cit., p. 240 s.

⁷⁶ Parte della dottrina critica, proprio alla luce del principio solidaristico su cui si fonda l'istituto *de quo*, l'irrilevanza del contributo soggettivo dell'assolto: NERUCCI, Riccardo-TRINCI, Alessandro, *Il principio di soccombenza dello Stato nel processo penale: un indennizzo da attività giudiziaria lecita*, cit., p. 9.

⁷⁷ Della stessa opinione è SPAGNOLO, Paola, *Il rimborso per "ingiusta imputazione": una soluzione forse obbligata ma non pienamente soddisfacente*, cit., p. 12.

⁷⁸ Rubricato «requisiti di accesso al rimborso delle spese legali».

⁷⁹ La disposizione si riferisce anche all'art. 427 c.p.p., dettato per l'udienza preliminare, in quanto è lo stesso art. 542 c.p.p. a richiamarlo. Non parrebbe quindi indicativo di un'implicita estensione della disciplina in esame alle sentenze di non luogo a procedere (diversamente, SPAGNOLO, Paola, *Il rimborso per "ingiusta imputazione": una soluzione forse obbligata ma non pienamente soddisfacente*, cit., p. 6).

⁸⁰ Non si fa alcun cenno all'art. 115-bis d.p.R. 115/2002, che pone a carico dello Stato onorari e spese in caso di legittima difesa "domiciliare". Secondo parte della dottrina, l'art. 115-bis d.p.R. 115/2002 dovrebbe comunque prevalere, in quanto speciale, rispetto alla normativa qui analizzata: in tal senso, SPAGNOLO, Paola, *Il rimborso per "ingiusta imputazione": una soluzione forse obbligata ma non pienamente soddisfacente*, cit., p. 8 s.; GRISONICH, Elisa, *L'ultima frontiera della rifusione delle spese legali agli imputati assolti*, cit., p. 35. Tuttavia, l'inconciliabilità della disciplina ivi contenuta con la novella sulla rifusione delle spese agli assolti potrebbe condurre l'interprete ad una differente conclusione: ritenere tacitamente abrogate per incompatibilità ex art. 15 disp. prel. c.c. le norme di cui all'art. 115-bis d.p.R. 115/2002. In effetti, diverse ragioni deporrebbero in questo senso: l'art. 1 commi 1015 ss. l. 178/2020 considera, specificamente e senza eccezioni, anche il rimborso conseguente all'assoluzione perché il fatto non costituisce reato (formula che, com'è noto, include pure le cause di giustificazione, come appunto la legittima difesa),

La previsione di cui alla citata lett. c è di regola pleonastica, dato che l'art. 1 commi 1015 ss. l. 178/2020 presuppone il previo pagamento del compenso da parte del cliente, mentre, in caso di accesso al gratuito patrocinio, il compenso è versato esclusivamente dallo Stato. La regola assume però rilievo qualora l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato sia revocata, oppure riguardi solo una parte del procedimento⁸¹. La norma pare troppo rigida: il verbo "beneficiare" sembra indicare l'avvenuta erogazione dell'importo, cosicché, anche nell'ipotesi di versamento parziale, l'istanza per il rimborso delle restanti spese difensive non potrebbe essere presentata. In caso di revoca del beneficio e di restituzione integrale della somma, la domanda è proponibile⁸², purché non siano spirati i brevi termini perentori per la sua presentazione.

dettando però regole del tutto eterogenee rispetto a quelle dell'art. 115-bis d.p.r. 115/2002, sotto i profili dei presupposti per l'accesso al beneficio, dei soggetti chiamati a decidere sulla richiesta, della nozione di spese rimborsabili, dei limiti quantitativi alla rifusione, delle fasi procedurali ricomprese. La *ratio* solidaristica delle due normative è poi sovrapponibile, differenziandosi, ad esempio, da quella del già esaminato art. 18 d.l. 67/1997, che mira invece a tutelare i dipendenti statali nell'esercizio delle loro funzioni. L'assenza di espliciti riferimenti all'art. 115-bis d.p.R. 115/2002 nell'art. 1 commi 1015 ss. l. 178/2020 e nel relativo decreto può essere ritenuta una conferma di ciò: con ogni evidenza, non occorre una disciplina di coordinamento con norme considerate abrogate. Del resto, la specialità dell'art. 115-bis d.p.R. 115/2002 rispetto all'art. 1 commi 1015 ss. l. 178/2020 non esclude *a priori* l'abrogazione tacita, poiché, com'è noto, il principio *lex posterior generalis non derogat priori speciali* non opera incondizionatamente, dovendosi comunque valutare il caso concreto: v., tra le tante, Corte cost., 19 febbraio 1976, n. 29, secondo cui «i limiti del detto principio vanno (...), di volta in volta, sempre verificati alla stregua dell'intenzione del legislatore»; conf. Corte cost., 20 maggio 2020, n. 95; Corte cost., 29 ottobre 1987, n. 345. In dottrina, v., per tutti, GUASTINI, Riccardo, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 303 s.; PUGLIATTI, Salvatore, voce *Abrogazione degli atti normativi*, in *Enc. dir.*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1958, p. 143. Ciò non toglie che sarebbe stata opportuna un'abrogazione espressa dell'art. 115-bis d.p.R. 115/2002, per evitare incertezze interpretative.

⁸¹ SACCHETTINI, Eugenio, *No beneficio per indagati prosciolti nella fase delle indagini preliminari. Presupposti ed esclusioni*, cit., p. 54.

⁸² In modo analogo, con specifico riferimento alla revoca del beneficio, SPAGNOLO, Paola, *Il rimborso per "ingiusta imputazione": una soluzione forse obbligatoria ma non pienamente soddisfacente*, cit., p. 7.

L'omesso riferimento dell'art. 2 lett. *d* d. interm. 2021 all'art. 541 comma 2 c.p.p., riguardante la condanna alle spese della parte civile, è probabilmente dovuto al perimetro applicativo di tale rifusione, riferito alle sole spese sostenute dall'imputato e dal responsabile civile «per effetto dell'azione civile», cioè conseguenti alla costituzione di parte civile nel processo penale⁸³. Il mancato richiamo all'art. 541 comma 2 c.p.p. induce a ritenere che il concetto di «spese legali» ai fini del rimborso statale, pur nel silenzio dell'art. 1 commi 1015 ss. l. 178/2020, vada ulteriormente circoscritto alle spese inerenti all'azione penale⁸⁴.

Nonostante il condivisibile proposito di evitare un ingiustificato arricchimento dell'assolto, emergono alcuni difetti di coordinamento tra le disposizioni sul rimborso da parte del querelante e la disciplina sulla rifusione ad opera dello Stato. In particolare, non si è tenuto conto del fatto che, come accennato, l'art. 427 c.p.p. consente di compensare le spese per «giusti motivi», mentre la disciplina sulla rifusione statale no. È quindi possibile che l'imputato chieda il rimborso al querelante, ottenendo però una compensazione parziale per ragioni estranee ai rapporti tra imputato e Stato, con riduzione dell'importo. A quel punto, in base all'art. 2 lett. *d* d. interm. 2021, che non distingue tra condanna totale e parziale alle spese *ex* artt. 427 e 542 c.p.p., l'assolto non potrebbe poi chiedere l'eccedenza allo Stato.

Può porre problemi operativi anche l'art. 2 lett. *e* d. interm. 2021, che nega il rimborso qualora l'assolto abbia astrattamente diritto alla rifusione prevista per i dipendenti statali dall'art. 18 decreto l. 67/1997, a prescindere dall'effettiva proposizione di quest'ultima richiesta. Dato che il riconoscimento del rimborso ai dipendenti pubblici non è automatico, essendo subordinato ad una stringente valutazione da parte della pubblica

⁸³ Nello stesso senso, SPAGNOLO, Paola, *Il rimborso per "ingiusta imputazione": una soluzione forse obbligata ma non pienamente soddisfacente*, cit., p. 7 s. Al riguardo, PARLATO, Lucia, *La rifusione delle spese processuali sostenute dall'assolto*, cit., p. 231.

⁸⁴ Diversamente, GRISONICH, Elisa, *L'ultima frontiera della rifusione delle spese legali agli imputati assolti*, cit., p. 35, secondo cui la contemporanea rifusione ai sensi dell'art. 541 comma 2 c.p.p. e dell'art. 1 commi 1015 ss. l. 178/2020 configurerebbe un indebito arricchimento dell'assolto.

amministrazione⁸⁵, in concreto è ben difficile per l'assolto essere certo *a priori* dell'esistenza del proprio diritto⁸⁶. Inoltre, anche se si riconoscesse l'an della richiesta ex art. 18 d.l. 67/1997, il *quantum* delle spese legali potrebbe essere ridotto entro i «limiti riconosciuti congrui dall'Avvocatura dello Stato», ponendosi dunque un problema simile a quello relativo agli artt. 427 e 542 c.p.p. Occorre poi considerare la presenza di criticabili orientamenti giurisprudenziali restrittivi: alcune pronunce reputano legittimo il provvedimento amministrativo che nega il rimborso ex art. 18 d.l. 67/1997 in caso di assoluzione con formula piena per insufficienza o contraddittorietà delle prove⁸⁷. Si introduce così un arbitrario discrimine tra i commi 1 e 2 dell'art. 530 c.p.p., in contrasto con la presunzione di non colpevolezza/di innocenza ex artt. 27 comma 2 Cost. e 6 § 2 CEDU⁸⁸. Non essendo un orientamento pacifico, il dipendente statale versa in una situazione d'incertezza circa l'esistenza del diritto ex art. 18 d.l. 67/1997. Per evitare la scadenza del breve termine previsto dall'art. 3 comma 5 d. interm. 2021, egli dovrebbe al più presto formulare richiesta di rimborso alla pubblica amministrazione e, ove quest'ultima neghi di

⁸⁵ Per i presupposti del rimborso v. *supra*, § 1.

⁸⁶ Al riguardo, v. PARLATO, Lucia, *La rifusione delle spese legali sostenute dall'assolto. Un problema aperto*, cit., p. 217, secondo la quale non sussiste un vero e proprio obbligo dell'amministrazione a rifondere le spese al proprio dipendente assolto, essendo la prestazione subordinata al vaglio di determinati presupposti finalizzati ad un impiego razionale delle risorse pubbliche; SPAGNOLO, Paola, *Il rimborso per "ingiusta imputazione": una soluzione forse obbligata ma non pienamente soddisfacente*, cit., p. 8. Secondo Cons. Stato, sez. VI, 21 marzo 2011, n. 1713, in www.giustizia-amministrativa.it, il dipendente statale assolto è titolare di un diritto soggettivo condizionato «al concorso di puntuali condizioni, normativamente previste».

⁸⁷ TAR Lazio, sez. I stral., 4 settembre 2019, n. 10727, in www.giustizia-amministrativa.it. *Contra* Cons. Stato, sez. IV, 4 settembre 2017, n. 4176, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, Ad. gen., 9 gennaio 2013, n. 20, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁸⁸ L'orientamento in esame solleva anche dubbi di compatibilità con la CEDU. Infatti, secondo la Corte di Strasburgo, quando un ordinamento prevede un sistema di rifusione delle spese al proscioltto, il giudice non può negargli il rimborso in base a considerazioni che presuppongano la sua colpevolezza, essendo tale diniego contrario all'art. 6 § 2 CEDU sulla presunzione di innocenza: per tutte, Corte eur. dir. uomo, 25 marzo 1983, Minelli c. Svizzera, § 34 s. Per un'analisi, v. PARLATO, Lucia, *La rifusione delle spese legali sostenute dall'assolto. Un problema aperto*, cit., p. 22 ss.

rifondere le spese per le suddette ragioni, dovrebbe valutare celermente se sia opportuno impugnare il diniego tramite ricorso giudiziale. Pare comunque arduo concludere entro il predetto termine tutti i gradi del giudizio così incardinato. In caso di assoluzione ampiamente liberatoria motivata dalla mancanza, dall'insufficienza o dalla contraddittorietà della prova, la soluzione più sicura per l'imputato, consentita dall'art. 18 d.l. 67/1997, è forse la richiesta di anticipazioni a procedimento ancora in corso, al fine di comprendere per tempo l'orientamento dell'amministrazione. Tuttavia, il problema rimane qualora, ad esempio, il giudice di primo grado assolva l'imputato perché reputi pienamente provata la sua innocenza, mentre quello d'appello lo assolva, anch'esso con formula totalmente liberatoria, ma argomentando sulla base della contraddittorietà o dell'insufficienza delle prove.

Non vi sono disposizioni che regolino i rapporti della nuova disciplina con la riparazione per ingiusta detenzione *ex artt.* 314 s. c.p.p. e per errore giudiziario *ex artt.* 643 ss. c.p.p., né con il risarcimento per responsabilità civile dei magistrati (l. 13 aprile 1988, n. 117). Non dovrebbero verificarsi interferenze tra la riparazione per ingiusta detenzione e il rimborso delle spese legali. Infatti, secondo la giurisprudenza, la riparazione, rappresentando un equo ristoro di natura non risarcitoria, bensì restitutoria dei soli pregiudizi «strettamente ed inscindibilmente collegati» all'ingiusta o all'illegittima privazione della libertà personale, non comprende le spese di difesa sostenute nel procedimento penale in cui la suddetta privazione della libertà è stata posta in essere⁸⁹. Possono includersi nella riparazione, a determinate condizioni, solo le spese legali relative al procedimento riparatorio⁹⁰.

⁸⁹ *Ex pluribus*, Cass. pen., sez. III, 11 febbraio 2016, n. 12297, in *C.E.D. Cass.*, n. 266491; Cass. pen., sez. IV, 5 aprile 2000, n. 2192 in *C.E.D. Cass.*, n. 217127; Cass. pen., sez. I, 4 giugno 1991, n. 2628, in *C.E.D. Cass.*, n. 188336.

⁹⁰ Cass. pen., sez. un., 26 giugno 2002, n. 34559, in *Guida dir.*, 2003, n. 47, p. 61; Cass. pen., sez. IV, 2 ottobre 2019, n. 41307, in *C.E.D. Cass.*, n. 277357; Cass. pen., sez. IV, 4 aprile 1996, n. 1044, in *C.E.D. Cass.*, n. 205424, che ritengono possibile la condanna dell'amministrazione alle spese, ai diritti e agli onorari della difesa – ferma restando la possibilità di compensazione – solo qualora l'amministrazione si costituisca e presenti eccezioni e deduzioni, poi rigettate, volte a paralizzare o a ridurre la riparazione. Per approfondimenti, v.

La l. 178/2020 e il relativo decreto interministeriale non si preoccupano in modo esplicito della sentenza di revisione, ma, ove sia pronunciata con le formule di cui all'art. 1 commi 1015 ss. l. 178/2020, deve ritenersi che essa legittimi il rimborso delle spese legali, avendo natura anche formalmente assolutoria⁹¹. L'assenza di norme di raccordo con la riparazione per errore giudiziario ex artt. 643 ss. c.p.p. è probabilmente dovuta alla ritrosia di parte della giurisprudenza nel considerare, ai fini della riparazione, le spese legali sostenute nel precedente giudizio che ha condotto all'ingiusta condanna, pur non essendovi un orientamento univoco⁹². Tuttavia, la posizione restrittiva dovrebbe essere ripensata: mentre un tempo il rimborso delle spese da parte dello Stato non era concesso né in caso di condanna né di proscioglimento, cosicché la mancata rifusione poteva non ritenersi *stricto sensu* una conseguenza della condanna, oggi il quadro normativo è mutato. Il pagamento del compenso al proprio difensore nel processo terminato con una condanna ingiusta – del quale è stato impossibile, proprio a causa di quest'ultima, ottenere il rimborso nei brevi termini decadenziali sanciti dal decreto interministeriale – potrebbe essere dunque annoverato tra le «conseguenze personali» della condanna stessa, che legittimano la riparazione ex artt.

COPPETTA, Maria Grazia, *La riparazione per l'ingiusta detenzione: punti fermi e disorientamenti giurisprudenziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 1342 s.

⁹¹ Nel silenzio normativo, per quantificare la durata del processo ex art. 4 d. interm. 2021, occorre considerare sia il processo conclusosi con la pronuncia poi revocata che il procedimento di revisione.

⁹² V. Corte app. Palermo, ord. 15 febbraio 2000, in *Foro it.*, 2001, II, c. 41, con nota di CHINNICI, Daniela, *Un breve «excursus» in materia di riparazione dell'errore giudiziario*, che include nella riparazione solo i pregiudizi conseguenti alla condanna. V. altresì, in riferimento ai «costi sostenuti per il giudizio di revisione», Cass. pen., sez. IV, 7 novembre 2007, n. 4166, in *C.E.D. Cass.*, n. 238669, secondo cui gli stessi non rientrano nel concetto di «conseguenze personali», oggetto di riparazione. Diversamente, non esclude *a priori* dal computo le spese legali sostenute nel processo penale Cass. pen., sez. III, 21 giugno 2011, n. 26739, in *DeJure*, per la quale il giudice di merito deve valutare la possibilità di ricondurle alla condanna o al processo, «tenendo conto che sono appunto ricollegabili alla condanna anche tutte quelle conseguenze che si sono formate progressivamente nel corso del processo» e si sono definitivamente concretizzate con la pronuncia irrevocabile di condanna. Sul punto, TROISI, Paolo, *L'errore giudiziario tra garanzie costituzionali e sistema processuale*, Cedam, Milanofiori Assago, 2011, p. 293.

643 ss. c.p.p.⁹³. Nondimeno, data la ristrettezza del termine sancito dall'art. 3 comma 5 d. interm. 2021 (il 31 marzo dell'anno successivo a quello in cui la sentenza è divenuta irrevocabile), è verosimile che l'assolto presenti dapprima la richiesta di rimborso delle spese legali e, in un secondo momento, la domanda di riparazione per l'errore giudiziario, il cui termine è invece più lungo (due anni dal passaggio in giudicato della sentenza di revisione, ai sensi dell'art. 645 comma 1 c.p.p.). Considerata poi la maggior complessità dell'apprezzamento cui è chiamato il giudice ai sensi degli artt. 643 ss. c.p.p. – il quale valuta la condizione ostativa del dolo e della colpa grave del richiedente e formula il *quantum* della riparazione – è verosimile che l'eventuale rimborso delle spese legali ex art. 1 commi 1015 ss. l. 178/2020 venga deciso prima della riparazione per errore giudiziario. Il giudice della riparazione, nel quantificare l'importo, deve a quel punto evitare un'indebita duplicazione degli esborsi. Nell'ipotesi contraria, in cui intervenga prima la riparazione per errore giudiziario e poi il rimborso delle spese legali, lo Stato, nonostante il silenzio della l. 178/2020 e del relativo decreto interministeriale, potrebbe decurtare l'importo già corrisposto al medesimo titolo, purché sia stato precisamente quantificato dal giudice della riparazione. Pur in assenza di specifiche norme, a tale soluzione si perviene anche in base alla *ratio* della rifusione delle spese: se l'assolto ha già ottenuto il rimborso, viene meno la finalità solidaristica sottesa all'istituto, fondata sull'art. 2 Cost.⁹⁴. Si pongono tuttavia problemi ove il giudice della riparazione abbia considerato gli esborsi per spese difensive nell'ambito di una valutazione globale equitativa⁹⁵, senza

⁹³ In generale, è riparabile ogni danno, patrimoniale e non patrimoniale, che sia conseguenza immediata e diretta della condanna ingiusta: per tutti, TROISI, Paolo, *L'errore giudiziario tra garanzie costituzionali e sistema processuale*, cit., p. 291.

⁹⁴ Per un'impostazione per certi aspetti simile, in relazione ai rapporti tra riparazione per ingiusta detenzione e risarcimento per responsabilità civile del magistrato, v. COPPETTA, Maria Grazia, *La riparazione per ingiusta detenzione*, Cedam, Padova, 1993, p. 247 s., la quale individua il fondamento della riparazione negli artt. 2 e 13 Cost.

⁹⁵ Il mancato riferimento all'equità degli artt. 643 ss. c.p.p. non vieta infatti una quantificazione di tale natura. Il giudice può servirsi sia di criteri risarcitori, informati alle regole civilistiche, sia di criteri equitativi: Cass. pen., sez. IV, 4 aprile 2018, n. 25886, in *C.E.D. Cass.*, n. 273403; Cass. pen., sez. IV, 20 gennaio 2012, n. 10878, in *C.E.D. Cass.*, n. 252446. Per una trattazione generale,

adottare parametri rigorosi. In tal caso, la quantificazione dell'importo residuo ai fini del rimborso delle spese legali acquisterebbe margini di ampia discrezionalità, non contemplata dai criteri automatici per la valutazione delle richieste dettati dal decreto interministeriale. Ove una decurtazione non venisse disposta dal consiglio dell'ordine in sede di parere di congruità⁹⁶ e lo Stato corrispondesse le spese, resterebbe un unico rimedio: l'azione di ingiustificato arricchimento ex art. 2041 c.c. da parte dello Stato nei confronti dell'assolto, nei limiti in cui si sia di fatto realizzata una duplicazione, totale o parziale, del rimborso.

L'assenza di norme che coordinino la rifusione delle spese legali e il risarcimento per responsabilità civile del magistrato è probabilmente dovuto ai loro diversi presupposti⁹⁷ e al fatto che, di solito, le due discipline operano su piani distinti: a differenza del risarcimento di cui alla l. 117/1988, la rifusione delle spese legali non è subordinata al dolo o alla colpa grave del magistrato⁹⁸; inoltre, mentre il rimborso delle spese ha ad oggetto solo determinate sentenze assolutorie, il risarcimento ai sensi della l. 117/1988 riguarda ogni comportamento, atto o provvedimento giudiziario del magistrato, nonché le ipotesi di diniego di giustizia. Il risarcimento, diversamente dal rimborso delle spese legali, discende per sua natura da un'attività processuale illecita. Tuttavia, in concreto, non possono escludersi interferenze tra i due istituti,

v. BERNASCONI, Alessandro, Sub art. 643, in GIULIANI, Livia-ILLUMINATI, Giulio (a cura di), *Commentario breve al Codice di Procedura Penale*, cit., p. 3147 s.

⁹⁶ Il consiglio dell'ordine, in ossequio ad un'interpretazione letterale dell'art. 1 comma 1017 l. 178/2020, potrebbe infatti limitarsi a valutare la congruità del compenso, senza verificare se già risultino previ rimborsi.

⁹⁷ La distinzione tra i due istituti rimanda a quella, più generale, tra attività processuale lecita e legittima, da una parte, ed attività processuale illecita e illegittima, dall'altra: al riguardo, APRATI, Roberta, *Riflessioni intorno alla "vittima del processo"*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 978, la quale osserva efficacemente come «un conto è attribuire responsabilità per fatti lesivi che non dovrebbero accadere», in quanto *contra ius*, e un altro conto «è valutare cosa oggi il processo – regolarmente svolto – comporta per chi lo subisce».

⁹⁸ La responsabilità civile del magistrato, ancorata a tale elemento soggettivo, resta dunque confinata a «situazioni-limite»: PARLATO, Lucia, *La rifusione delle spese legali sostenute dall'assolto. Un problema aperto*, cit., p. 210.

benché non molto frequenti⁹⁹. In particolare, occorre verificare che le spese legali per l'eventuale attività difensiva ulteriore provocata dall'atto doloso o gravemente colposo dell'autorità giudiziaria (anche in sede cautelare) non vengano rimborsate due volte. Qualora l'assolto, alla fine del processo, chieda il rimborso integrale del compenso professionale del proprio difensore ai sensi della l. 178/2020 pur avendolo già parzialmente ottenuto¹⁰⁰ (e nonostante ciò il consiglio dell'ordine esprima parere positivo), non è impensabile che lo Stato decurti, anche in questo caso, la somma versata in precedenza¹⁰¹, purché puntualmente quantificata con pronuncia definitiva dal giudice che ha deciso sul risarcimento. È configurabile anche l'ipotesi inversa: una volta ottenuta la rifusione di cui alla l. 178/2020, il giudice del risarcimento non potrebbe liquidare le stesse voci della parcella già rimborsate. Sarebbe onere del presidente del consiglio dei ministri, formale destinatario della richiesta risarcitoria ex art. 4 comma 1 l. 117/1988, produrre nel relativo giudizio, tramite l'avvocatura dello Stato, la prova del pagamento. In assenza di specifiche previsioni, l'ordine con cui vengono proposte le domande può tuttavia determinare delle differenze in relazione al *quantum* dell'azione di rivalsa nei confronti del magistrato ai sensi degli artt. 7-8 l. 117/1988, non potendo chiedersi a quest'ultimo l'importo versato all'assolto ai sensi dell'art. 1 commi 1015 ss. l. 178/2020.

⁹⁹ In dottrina si osserva come, nella prassi, i punti di contatto tra di essi siano piuttosto rari, in quanto il risarcimento per responsabilità civile del magistrato nel procedimento penale ha di solito ad oggetto sentenze definitive di condanna, mentre il rimborso delle spese consegue a pronunce di proscioglimento: PARLATO, Lucia, *La rifusione delle spese legali sostenute dall'assolto. Un problema aperto*, cit., p. 215.

¹⁰⁰ Ai sensi dell'art. 4 commi 2 e 3 l. 117/1988, l'imputato può infatti esperire l'azione risarcitoria contro un provvedimento giudiziale anche a processo in corso: ad esempio, se il danno è stato cagionato da un'ordinanza cautelare, è sufficiente che avverso la medesima siano stati esperiti tutti i rimedi previsti dall'ordinamento, mentre in altre ipotesi l'azione è esperibile quando siano trascorsi tre anni dal fatto dannoso senza che il grado del procedimento in cui è stato compiuto sia terminato.

¹⁰¹ Dato che la l. 178/2020 e il relativo decreto riguardano solo il processo, non possono essere detratte le somme relative a compensi professionali per attività svolte dal difensore in fase d'indagini.

5. TERMINI PER PRESENTARE LA DOMANDA TELEMATICA E CRITERI DI PRIORITÀ.

Come accennato, l'istanza telematica per accedere al Fondo per il rimborso delle spese legali va presentata entro un termine perentorio piuttosto breve: il 31 marzo dell'anno successivo a quello in cui la sentenza di assoluzione è divenuta irrevocabile (art. 3 comma 5 d. interm. 2021)¹⁰².

Per garantire un trattamento uniforme, sarebbe stato più opportuno stabilire un unico termine uguale per tutti (ad esempio un anno dall'irrevocabilità della sentenza), ferma restando la redazione di una graduatoria annuale relativa alle domande presentate dal 1° gennaio al 31 dicembre di un determinato anno. In ogni caso, la scelta normativa non può dirsi manifestamente irragionevole, fornendo comunque un termine sufficiente per formulare la richiesta.

I criteri di priorità ai fini della rifusione, stabiliti dall'art. 4 d. interm. 2021, sono formulati tenendo conto del «numero di gradi di giudizio cui l'assolto è stato sottoposto» e della «durata del giudizio», ai sensi dell'art. 1 comma 1019 l. 178/2020.

In particolare, hanno precedenza le domande degli imputati assolti irrevocabilmente con pronuncia della Cassazione o del giudice del rinvio, o comunque a seguito di un processo di durata superiore ad otto anni (art. 4 comma 1 lett. *a* d. interm. 2021)¹⁰³. Vengono poi soddisfatte le istanze degli assolti con pronuncia definitiva del giudice d'appello o comunque al termine di un processo durato oltre cinque anni e non più di otto (art. 4 comma 1 lett. *b* d. interm. 2021). Seguono le domande degli imputati assolti con sentenza irrevocabile del giudice di primo

¹⁰² Un termine differente è sancito per coloro che sono stati assolti con sentenza irrevocabile nel 2021, in base alla disciplina transitoria di cui all'art. 6 comma 2 d. interm. 2021: dato che, ai sensi dell'art. 1 comma 1022 l. 178/2020 e dell'art. 7 comma 1 d. interm. 2021, la novella si applica alle sentenze diventate definitive dal 1° gennaio 2021 e che il decreto attuativo è stato pubblicato in Gazzetta ufficiale oltre un anno dopo, si è prevista per tali soggetti la possibilità di presentare istanza nel periodo dal 1° marzo 2022 al 30 giugno 2022.

¹⁰³ Data l'esiguità dei fondi stanziati, si ipotizza che, di fatto, sia possibile rimborsare solo gli assolti di cui all'art. 4 lett. *a* d. interm. 2021: in tal senso, SACCHETTINI, Eugenio, *No beneficio per indagati prosciolti nella fase delle indagini preliminari. Presupposti ed esclusioni*, cit., p. 56.

grado o comunque all'esito di un processo durato fino a cinque anni (art. 4 comma 1 lett. c d. interm. 2021). All'interno di ognuno dei tre gruppi, hanno priorità gli assolti il cui processo abbia avuto una durata maggiore e, in caso di pari durata, quelli con un reddito inferiore (art. 4 comma 2 d. interm. 2021). Il criterio reddituale, seppur non previsto dall'art. 1 comma 1022 l. 178/2020, è condivisibile, essendo configurato come residuale rispetto a quelli di derivazione legislativa e risultando conforme alla *ratio* solidaristica dell'istituto.

Il riferimento alla durata del solo processo pare escludere le indagini dal computo temporale, ricomprendendo però l'udienza preliminare¹⁰⁴.

La normativa non ha considerato le specificità dei processi definiti irrevocabilmente a seguito di ricorso *per saltum ex* art. 569 c.p.p., nei quali non si siano verificati annullamenti con rinvio da parte dei giudici nomofilattici: in tali ipotesi il richiedente, pur avendo subito due gradi di giudizio al pari di coloro che sono stati assolti nei processi *ex* art. 4 lett. b d. interm. 2021, viene rimborsato prioritariamente rispetto ad essi per il semplice fatto che il processo, essendosi concluso con una pronuncia della Cassazione, rientra fra quelli cui alla lett. a del medesimo articolo. L'opzione normativa, che pone qualche dubbio di ragionevolezza, potrebbe, al più, giustificarsi sulla base della maggiore onerosità del giudizio dinanzi ai giudici nomofilattici rispetto al grado d'appello, dovuto *in primis* al maggior livello di tecnicismo richiesto.

L'amministrazione statale redige la graduatoria senza esaminare la complessità del caso, l'oggetto del processo e i comportamenti dei soggetti intervenuti. Tali criteri sono invece previsti al fine di quantificare il risarcimento per durata irragionevole del processo, in base all'art. 2 comma 2 l. 24 marzo 2001, n. 89. Tuttavia, nonostante il silenzio del d. interm. 2021, detti elementi, pur non considerati dal ministero nella formulazione dell'elenco, sono previamente valutati dal consiglio dell'ordine nel parere di congruità sul *quantum* della parcella. Parametri simili operano infatti ai sensi dell'art. 4 d.m. 10 marzo 2014, n. 55 (regolamento sui compensi per la professione forense), ove difettino specifici accordi tra avvocato

¹⁰⁴ Esprime dubbi in merito alla possibilità di considerare nel calcolo anche le indagini SACCHETTINI, Eugenio, *No beneficio per indagati prosciolti nella fase delle indagini preliminari. Presupposti ed esclusioni*, cit., p. 56.

e cliente. Nondimeno, anche in caso di pattuizione scritta sul compenso tra difensore e cliente ai sensi dell'art. 13 l. 31 dicembre 2012, n. 247¹⁰⁵, questi criteri possono operare analogicamente per stimarne la congruità¹⁰⁶.

Prima di procedere ai rimborsi, il ministero della giustizia effettua controlli sulla veridicità delle dichiarazioni e sulla presenza dei presupposti per accedere al fondo, potendo anche servirsi del personale di Equitalia giustizia S.p.A. L'elenco viene infine approvato dal ministero con decreto del capo dipartimento per gli affari di giustizia ed è pubblicato sulla stessa piattaforma digitale utilizzata per presentare l'istanza. Dopodiché, trascorsi quindici giorni, viene emesso il mandato di pagamento (art. 5 commi 1-4 d. interm. 2021).

Un serio *vulnus* all'effettività della disciplina è rappresentato dal fatto che, in caso di mancato rimborso, quale che ne sia la causa (non solo per inammissibilità della domanda, ma anche per insufficienza delle risorse stanziati), l'istanza non può essere ripresentata (art. 5 comma 5 d. interm. 2021).

6. L'INSUFFICIENZA DEGLI IMPORTI STANZIATI.

Se si confrontano i dati sui proscioglimenti in giudizio con l'esiguo importo stanziato annualmente per rimborsare gli assolti (otto milioni di euro annui), ci si avvede come la riforma prometta molto più di quanto possa mantenere.

Nell'anno giudiziario 2020/2021, circa 108.500 su oltre 235.000 processi dinanzi al giudice dibattimentale e alla corte d'assise si sono

¹⁰⁵ Recante la «nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense».

¹⁰⁶ Parte della dottrina esprime preoccupazioni in merito all'applicabilità analogica dei parametri ministeriali nell'ipotesi di pattuizione del compenso tra avvocato e cliente, considerandola un *vulnus* per l'autonomia negoziale delle parti: NERUCCI, Riccardo-TRINCI, Alessandro, *Il principio di soccombenza dello Stato nel processo penale: un indennizzo da attività giudiziaria lecita*, cit., p. 10. Non si condividono tali preoccupazioni, dovendo la determinazione del compenso, seppur libera, informarsi a criteri di ragionevolezza, che a loro volta debbono ancorarsi a parametri generali ma non arbitrari, in grado di concretizzare i criteri dell'importanza dell'opera e del decoro della professione ex art. 2233 comma 2 c.c.

conclusi con una sentenza di proscioglimento¹⁰⁷. In tale quantificazione sono ricompresi anche i proscioglimenti non legittimanti il rimborso (ad esempio le pronunce di non doversi procedere per prescrizione del reato), ma, se si considera che nel 2020 i processi presso il tribunale ordinario terminati con una sentenza di prescrizione sono stati 22.751, si comprende che il dato resta comunque ragguardevole¹⁰⁸. Dal computo sono inoltre escluse le sentenze assolutorie rese dal giudice dell'udienza preliminare in veste di giudice di primo grado, a seguito dell'instaurazione del giudizio abbreviato.

Pur non essendo nota la percentuale di impugnazioni sul totale delle sentenze di prime cure, la quantità di assoluzioni è destinata a decrescere leggermente dal primo al secondo grado di giudizio, in ragione del più alto numero di riforme *in peius* rispetto a quelle *in melius*. In particolare, nell'anno giudiziario 2020/2021 le sentenze d'appello assolutorie che hanno riformato la precedente condanna sono state 9.435, mentre le sentenze di condanna che hanno riformato la precedente assoluzione (o comunque il proscioglimento) sono state 25.671¹⁰⁹.

I mutamenti quantitativi nel grado di legittimità paiono marginali, dato che nel 2021 i ricorsi rigettati o dichiarati inammissibili sono stati l'81,0% del totale (37.858 su 46.736), proporzione che non cambia in modo rilevante espungendo i ricorsi inerenti a misure cautelari, i ricorsi straordinari e quelli riguardanti la fase esecutiva e i rapporti con le autorità straniere. Benché, nel medesimo periodo, la percentuale di inammissibilità e di rigetti in caso di impugnazione del pubblico ministero sia risultata più bassa della media generale (46,1%), il dato non è determinante,

¹⁰⁷ Il numero si ricava dalla quantità di processi definiti presso tali uffici giudiziari e dalla relativa percentuale di proscioglimenti, indicati in CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE-CURZIO, Pietro, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2021*, cit., p. 55.

¹⁰⁸ Fonte: *reportistica.dgstat.giustizia.it* (consultato il 25 febbraio 2022). Altre forme di proscioglimento come la particolare tenuità del fatto sembrano avere, al momento, un'incidenza deflativa piuttosto marginale: CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE-CURZIO, Pietro, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2021*, cit., p. 60.

¹⁰⁹ CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE-CURZIO, Pietro, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2021*, cit., p. 58 s.

considerata l'esiguità numerica dei procedimenti incardinati a seguito del solo ricorso dell'accusa (1.798, pari al 3,8%)¹¹⁰.

Da questi numeri si comprende come l'importo annuale di otto milioni di euro, stanziati dallo Stato per rimborsare gli assolti, sia totalmente inadeguato. Considerati i criteri di priorità dell'art. 4 d. interm. 2021, che accordano precedenza agli assolti a seguito di processi lunghi e con molti gradi di giudizio (e perciò più dispendiosi), è verosimile che il tetto massimo di 10.500 euro ad istanza venga spesso raggiunto, salvo ovviamente le ipotesi, di certo non trascurabili, in cui il cliente abbia ommesso di corrispondere parte del compenso al professionista.

Supponendo comunque la puntualità nei pagamenti da parte del cliente, se si divide la somma di otto milioni di euro per 10.500 e si approssima il risultato all'unità, si ottengono soltanto 762 rimborsi, a fronte, come si è visto, di decine di migliaia di sentenze assolutorie: un numero, come si è detto, pressoché simbolico¹¹¹.

7. CONCLUSIONI: QUALCHE RIFLESSIONE DE IURE CONDENDO ALLA LUCE DELLE STATISTICHE.

La normativa avrebbe bisogno di essere ampiamente ripensata. Tuttavia, qualsiasi riforma in grado di conferirle effettività necessiterebbe di un serio investimento dello Stato, ben maggiore rispetto a quello previsto dall'art. 1 comma 1020 l. 178/2020.

Risulterebbe più coerente sotto il profilo sistematico trasferire la disciplina nel codice di procedura penale, ad esempio con l'introduzione di un art. 531-*bis* c.p.p., abrogando gli artt. 115-*bis* d.p.R. 115/2002¹¹² e 18 d.l. 25 marzo 1997, n. 67, conv. in l. 23 maggio 1997, n. 135.

¹¹⁰ CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE-UFFICIO DI STATISTICA, *La Cassazione penale - Annuario statistico 2021. Periodo 01/01/2021 - 31/12/2021*, in www.cortedicassazione.it, 18 gennaio 2022, p. 18 s.

¹¹¹ Sul punto, v. SACCHETTINI, Eugenio, *No beneficio per indagati prosciolti nella fase delle indagini preliminari. Presupposti ed esclusioni*, cit., p. 57, che parla di «rimedio meschino e per pochi».

¹¹² Benché vi siano ragioni per ritenere già oggi tacitamente abrogato l'art. 115-*bis* d.p.R. 115/2002 (v. *supra*, § 4), è preferibile un intervento esplicito del

In linea teorica, come osservato, sarebbe auspicabile prevedere il rimborso delle spese legali anche nelle indagini, in caso di archiviazione per infondatezza della notizia di reato. Si pone, tuttavia, un rilevante problema economico: nell'anno giudiziario 2020/2021, i decreti di archiviazione ammontavano a 429.898, pari al 68% dei provvedimenti definitivi della sezione g.i.p.-g.u.p. presso i tribunali ordinari¹¹³. Nonostante il dato sia complessivo, essendo computati anche i proscioglimenti non totalmente liberatori (primo tra tutti la prescrizione del reato¹¹⁴), il numero è comunque elevatissimo. Considerando l'importo medio dei parametri forensi di cui al d.m. 55/2014, il compenso per le indagini preliminari è di 3.600,00 euro, ma potrebbe aumentare considerevolmente in caso di investigazioni difensive e di procedimenti cautelari¹¹⁵. Ad ogni modo, moltiplicando 3.600 per 429.898, l'ipotetica somma da stanziare risulterebbe pari ad euro 1.547.632.800,00, difficilmente sostenibile.

Supponendo una riforma che si concentri solo sul processo, è preferibile attribuire la decisione sulle spese al giudice che emana la sentenza, in udienza preliminare e nelle fasi successive. La scelta, sulla falsariga di quanto avviene nel codice di rito civile, presenterebbe l'inconveniente di dover riformulare il *quantum* in caso di impugnazione¹¹⁶, ma avrebbe il pregio di affidare la valutazione sulle spese all'autorità che già conosce il caso, evitando dunque di investire un altro giudice

legislatore, per eliminare le incertezze interpretative necessariamente correlate al fenomeno dell'abrogazione tacita.

¹¹³ Fonte: CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE-CURZIO, Pietro, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2021*, cit., p. 57. Probabilmente, pur non essendo specificato, il numero comprende anche le ordinanze di archiviazione.

¹¹⁴ Nel 2020 i decreti di archiviazione per estinzione del reato conseguente a prescrizione sono stati 31.616, mentre l'anno prima 43.745 (statistiche riferite al c.d. registro noti): CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE-CURZIO, Pietro, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2021*, cit., p. 51.

¹¹⁵ Lo schema del nuovo regolamento recante modifiche al d.m. 55/2014, in corso di approvazione, prevede inoltre un generale incremento dei compensi relativi alle indagini e, in aggiunta, contempla un'autonoma voce riguardante il compenso per la convalida dell'arresto: v. *Senato della Repubblica-XVIII Legislatura-Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare n. 392-Trasmesso alla Presidenza del Senato l'11 maggio 2022*, cit.

¹¹⁶ Come osserva SPANGHER, Giorgio, *Conclusioni*, cit., p. 491.

una volta divenuta irrevocabile la pronuncia (come invece avverrebbe qualora si mutuassero gli schemi procedurali degli artt. 643-647 c.p.p.¹¹⁷). Quest'ultimo dovrebbe studiarsi *ex novo* la vicenda, con l'effetto di gravare gli uffici giudiziari di un ulteriore carico di lavoro¹¹⁸.

Nondimeno, per evitare che il giudice disponga condanne alle spese in presenza di un sostanziale disinteresse dell'imputato al rimborso (eventualità rara, ma che potrebbe verificarsi in caso di imputati abbienti), potrebbe subordinarsi la stessa ad un'esplicita richiesta del difensore in sede di discussione finale¹¹⁹. Al momento della domanda, si dovrebbe produrre una nota spese formulata seguendo i parametri ministeriali, allo scopo di velocizzare la quantificazione giudiziale delle somme. È dunque pensabile l'introduzione, *mutatis mutandis*, di una norma simile all'art. 75 disp. att. c.p.c. («nota delle spese»), che comunque non preveda sanzioni processuali in caso di omesso deposito della medesima. Essa si collocherebbe tra le disposizioni attuative del codice di rito penale, ad esempio in un art. 152-*bis* disp. att. c.p.p., posto immediatamente prima dell'art. 153 disp. att. c.p.p. dedicato alla nota spese della parte civile.

All'inserimento dell'istituto nella sequenza processuale devono comunque affiancarsi ulteriori interventi, che, complessivamente considerati, superino le criticità e le lacune dell'attuale normativa: un ampliamento soggettivo ed oggettivo della disciplina, una definizione più puntuale delle spese rimborsabili e dei criteri per calcolare il *quantum* del compenso professionale, previsioni di coordinamento con gli artt. 427 e 542 c.p.p., specifiche norme in materia di impugnazioni.

¹¹⁷ L'applicazione dei moduli procedurali della riparazione per errore giudiziario è tuttavia auspicata da una parte della dottrina: SPANGHER, Giorgio, *Conclusioni*, cit., p. 491 s.; PARLATO, Lucia, *La rifusione delle spese legali sostenute dall'assolto. Un problema aperto*, cit., p. 239 s.

¹¹⁸ Un istituto modellato sulla base della procedura riparatrice per l'errore giudiziario ex artt. 643 ss. c.p.p. presenterebbe però un vantaggio economico per lo Stato sotto un altro aspetto, in quanto alcuni prosciolti desisterebbero verosimilmente dall'incardinare un'altra procedura per sottrarsi ad ulteriori anticipi economici al proprio difensore.

¹¹⁹ La necessità di una previa istanza è prevista da altri ordinamenti, come la Francia (art. 800-2 c.p.p. fr.).

Dal punto di vista soggettivo, è infatti necessario estendere i beneficiari della rifusione: non solo l'imputato ma anche la persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria, con i rispettivi eredi.

Inoltre, per evitare i problemi di illegittimità costituzionale già evidenziati¹²⁰, occorre contemplare epiloghi ulteriori rispetto a quelli già previsti dall'attuale normativa, tra cui i proscioglimenti per violazione del *ne bis in idem*, per opposizione di un segreto di Stato, per morte dell'imputato prima della condanna, per derubricazione del fatto ex art. 521 c.p.p. da reato procedibile d'ufficio in reato procedibile a querela ove difetti quest'ultima, per assenza *ab origine* di una condizione di procedibilità¹²¹. Al fine di evitare un'elencazione analitica, che si esporrebbe al rischio di omissioni, si potrebbe prevedere la condanna dello Stato alle spese legali in presenza di qualsiasi pronuncia di proscioglimento (con alcune eccezioni, come il difetto d'imputabilità e la particolare tenuità del fatto), salva la possibilità per il giudice di ridurre l'importo o di negare *in toto* il rimborso per specifiche ragioni¹²². Il ricorso ad una soluzione "aperta" anziché ad un *numerus clausus* di ipotesi – adottata anche da altri ordinamenti, come quello francese¹²³ – va tuttavia attentamente vagliato sotto il profilo economico: verrebbero incluse, perlomeno in linea teorica, anche le pronunce di prescrizione del reato, pari nel 2020 a 1.257 nel dibattimento presso il giudice di pace, a 30.538 dinanzi al

¹²⁰ V. *supra*, § 2.

¹²¹ Similmente, SPAGNOLO, Paola, *Il rimborso per "ingiusta imputazione": una soluzione forse obbligata ma non pienamente soddisfacente*, cit., p. 6. La stessa, in prospettiva di riforma, riterrebbe anche opportuno differenziare, ai fini del rimborso delle spese legali, le ipotesi di prescrizione "sostanziale" dichiarata in primo grado da quelle legate «al tempo di svolgimento del processo, qualora non addebitabili all'imputato».

¹²² La possibilità di compensare le spese tra le parti «parzialmente o per intero» in base a «giusti motivi» era anche prevista dal d.d.l. S. 2153 del 2015, non approvato: v. *supra*, § 1. L'espressione «giusti motivi» pare tuttavia idonea ad attribuire al giudice una discrezionalità troppo ampia. Sarebbe probabilmente più opportuna la formula «specifiche ragioni».

¹²³ L'art. 800-2 c.p.p. fr. prevede infatti la possibilità di condannare lo Stato al pagamento di una «*indemnité*» a titolo di spese in presenza di un «*non-lieu, une relaxe, un acquittement ou toute décision autre qu'une condamnation ou une déclaration d'irresponsabilité*». In tale importo è inclusa «*l'indemnisation des frais d'avocat exposés par la personne poursuivie*» (art. R249-2 c.p.p. fr.).

tribunale ordinario (comprese le sentenze della sezione g.i.p.-g.u.p.), a 21.393 in corte d'appello e a 468 davanti alla Cassazione, per un totale (escluse le archiviazioni) di 53.656¹²⁴. Anche qualora venisse fissato un tetto massimo nel compenso pari ad euro 10.500,00 (limite, come osservato, facilmente superabile), l'importo annuale da stanziare per le sole ipotesi di prescrizione ammonterebbe ad euro 563.388.000,00. È vero che, attribuendo al giudice un potere di diminuzione della somma in caso, ad esempio, di comportamenti dilatori dell'imputato, tale cifra si ridurrebbe. Non è tuttavia calcolabile preventivamente l'entità della diminuzione, essendo la prescrizione dovuta spesso a fattori organizzativi estranei all'imputato, che non potrebbero essergli attribuiti. Vi è anche il rischio che la magistratura, a quel punto, si faccia indebitamente carico del contenimento dei costi processuali, svuotando di effettività la disciplina mediante un ampio uso delle "specifiche ragioni" per ridurre o negare il rimborso¹²⁵. Va poi valutato col tempo l'impatto delle recenti riforme sulla prescrizione e, da ultimo, della l. 134/2021, che ha disposto la definitiva cessazione del corso della prescrizione del reato dopo la sentenza di prime cure¹²⁶ ed ha introdotto, nei gradi successivi, l'improcedibilità dell'azione penale per superamento dei termini di durata massima del giudizio di impugnazione *ex art. 344-bis c.p.p.*

La possibilità di compensare totalmente o parzialmente le spese legali garantirebbe soluzioni più eque anche in presenza di esiti misti, in cui la sentenza assolve l'imputato per alcuni capi d'imputazione e lo condanna per altri.

Come anticipato, un altro aspetto da riformare è la disciplina sul *quantum* del compenso legale e sulle tipologie di spese rimborsabili.

¹²⁴ Fonte: CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE-CURZIO, Pietro, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2021*, cit., p. 51.

¹²⁵ Questo atteggiamento giurisprudenziale, già visto in altri settori, viene giustamente stigmatizzato dalla dottrina: v., per tutti, GIALUZ, Mitja, *L'assistenza linguistica nel processo penale. Un meta-diritto fondamentale tra paradigma europeo e prassi italiana*, Cedam, Milano, 2018, p. 451 s.

¹²⁶ Eccetto l'ipotesi di «annullamento che comporti la regressione del procedimento al primo grado o a una fase anteriore», nel qual caso «la prescrizione riprende il suo corso dalla data della pronunzia definitiva di annullamento» (art. 161-bis comma 1, secondo periodo, c.p.).

Innanzitutto, potrebbe farsi esclusivo riferimento ai parametri fissati nel relativo decreto del ministro della giustizia – oggi il d.m. 55/2014 – disponendo che la libera pattuizione tra avvocato e cliente ai sensi dell'art. 13 l. 247/2012, pur conservando efficacia nei loro rapporti interni, non vincoli lo Stato per le somme eventualmente eccedenti rispetto ai menzionati parametri¹²⁷.

È inoltre auspicabile sancire la rimborsabilità di tutte le spese sostenute a causa del processo, nonché dei compensi di consulenti tecnici, esperti linguistici di fiducia e investigatori privati autorizzati, nei limiti in cui le relative attività, concordate con il cliente, non potessero ritenersi superflue ai fini difensivi al momento della loro effettuazione¹²⁸. Per fare questo, occorre delineare a livello legislativo il perimetro delle “spese legali”, indicando ciò che in esso va ricompreso. In alternativa, è pensabile una formulazione simile a quella dell'art. 91 comma 1 c.p.c., che distingue tra spese e onorari di difesa (oggi compenso professionale del difensore), considerando entrambi rimborsabili. Al contempo, vanno uniformati gli artt. 427, 541, 542, 574 e 607 c.p.p., che oggi parlano genericamente di «spese processuali» e di «spese»¹²⁹. Occorre discernere, a seconda dei casi, le spese processuali vere e proprie, necessarie a compiere gli atti del processo, dalle spese legali, che riguardano l'attività difensiva¹³⁰. La

¹²⁷ Anche secondo PARLATO, Lucia, *La rifusione delle spese legali sostenute dall'assolto. Un problema aperto*, cit., p. 242, «il quantum del rimborso delle spese legali andrebbe comunque definito considerando essenzialmente le spese per la difesa tecnica ritenute “necessarie” e non quelle “convenzionali”, nella misura in cui esuberino dalle prime».

¹²⁸ Nello stesso senso, SPANGHER, Giorgio, *Conclusioni*, cit., p. 491; PARLATO, Lucia, *La rifusione delle spese legali sostenute dall'assolto. Un problema aperto*, cit., p. 242.

¹²⁹ Nell'art. 574 c.p.p. sarebbe anche opportuno modificare la rubrica, aggiungendo un riferimento alle spese processuali e legali.

¹³⁰ Si distinguono le spese processuali, che riguardano gli esborsi per effettuare o perfezionare ogni atto necessario al processo, le spese giudiziarie, riconducibili al processo ma non indispensabili per il suo svolgimento (come quelle per il mantenimento in carcere dell'imputato o per la custodia di un bene sequestrato) e le spese legali, concernenti le prestazioni del difensore e dei suoi ausiliari: PARLATO, Lucia, *La rifusione delle spese legali sostenute dall'assolto. Un problema aperto*, cit., p. 53 ss. V. altresì APRILE, Ercole, *La sentenza: deliberazione, forma e contenuto*, in APRILE, Ercole-SILVESTRI, Pietro (a cura di), *Il giudizio dibattimentale*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 466 s.; DELVECCHIO,

disciplina andrebbe completata con un'apposita previsione sul difensore antistatario, simile all'art. 93 c.p.c.: il difensore che ha anticipato le spese per la difesa e che non ha riscosso il compenso dovrebbe avere la possibilità, previa procura del proprio assistito, di chiedere al giudice la distrazione in suo favore, con la sentenza di proscioglimento, delle spese anticipate e del compenso professionale non riscosso. La norma potrebbe collocarsi tra le disposizioni attuative, inserendo ad esempio un art. 153-*bis* disp. att. c.p.p.

Un ulteriore profilo attinente alla determinazione delle spese rimborsabili da parte dello Stato, su cui il legislatore dovrebbe intervenire, concerne il coordinamento della disciplina in esame con gli artt. 427 e 542 c.p.p.¹³¹. Il pagamento delle spese legali da parte dello Stato può essere configurato come residuale rispetto a quello del querelante¹³²: lo Stato si attiverebbe solo qualora non vi fossero, neppure in astratto, i presupposti per chiedere il rimborso al querelante (si pensi ai proscioglimenti non previsti dai suddetti articoli), oppure in caso di rigetto della domanda (ad esempio per difetto di colpa del querelante stesso). In presenza di una compensazione parziale delle spese, lo Stato sarebbe tenuto a versare solo l'eccedenza. Nell'ipotesi di condanna alle spese del querelante, il proscioglimento potrebbe rivalersi sullo Stato solo dopo averlo escusso infruttuosamente. Non sussistono invece sovrapposizioni concettuali con l'art. 541 comma 2 c.p.p.: esso riguarda infatti le spese legali sostenute dall'imputato (e dal

Francesca, Sub art. 535, in GIARDA, Angelo-SPANGHER, Giorgio (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, V ed., t. II, Wolters Kluwer, Milano-fiori Assago, 2017, p. 2666, che si soffermano sulla distinzione tra spese processuali e spese giudiziarie non aventi natura processuale. In giurisprudenza, Cass. pen., sez., IV, 30 novembre 1995, n. 3928, in *C.E.D. Cass.*, n. 204279. Per un'accezione più ampia di «spese del giudizio», v. CHIOVENDA, Giuseppe, *La condanna nelle spese giudiziali*, cit., p. 378 s., che le intende come ogni esborso di denaro non superfluo che si trovi in rapporto di causa-effetto col processo.

¹³¹ Sarebbe altresì auspicabile, come già osservato, abrogare le norme di cui ai già citati artt. 115-*bis* d.p.R. 115/2002 e 18 d.l. 25 marzo 1997, n. 67, conv. in l. 23 maggio 1997, n. 135.

¹³² Della stessa opinione sono GRISONICH, Elisa, *L'ultima frontiera della rifusione delle spese legali agli imputati assolti*, cit., p. 35; NERUCCI, Riccardo-TRINCI, Alessandro, *Il principio di soccombenza dello Stato nel processo penale: un indennizzo da attività giudiziaria lecita*, cit., p. 10.

responsabile civile) a causa dell'azione civile esercitata dal danneggiato nel processo penale, mentre il rimborso statale concerne le spese relative all'azione penale. Il problema, più che sul piano teorico, può porsi a livello pratico, essendo difficile per il giudice suddividere in modo analitico le spese tra Stato e parte civile.

Infine, la riforma dovrebbe essere completata con interventi mirati nella disciplina delle impugnazioni, per evitare che sia la giurisprudenza a colmare i silenzi normativi. Vanno introdotte previsioni sull'impugnabilità delle disposizioni riguardanti le spese legali contenute nella sentenza¹³³. Per l'imputato si possono interpolare, come osservato, gli artt. 574 e 607 c.p.p. Per il pubblico ministero è pensabile l'inserimento di un apposito articolo, ad esempio dopo l'art. 570 c.p.p. o dopo l'art. 573 c.p.p., che preveda l'impugnabilità da parte dello stesso dei capi della sentenza relativi alle spese legali. Nell'art. 608 c.p.p. si potrebbe aggiungere un comma 1-ter che sancisca la possibilità per il pubblico ministero di ricorrere per cassazione contro le sole disposizioni riguardanti le spese legali. Andrebbe inserita una previsione sulla condanna dello Stato alle spese legali negli artt. 592 e 616 c.p.p. Per garantire il rimborso delle spese del giudizio di revisione, è auspicabile introdurre un'apposita norma anche nell'art. 637 c.p.p.

In definitiva, come si è visto, la disciplina introdotta dall'art. 1 commi 1015 ss. l. 178/2020 e dal d. interm. 2021 rappresenta un importante progresso verso la piena affermazione del principio di soccombenza nel processo penale e verso una più compiuta tutela del proscioltto. Essa però, così com'è, risulta una conquista poco più che simbolica, non essendo adeguatamente finanziata e presentando ambiguità ed evidenti limitazioni, nonché un *iter* farraginoso di presentazione della domanda, per di più esperibile al di fuori del processo. È dunque fondamentale una profonda rimeditazione della normativa nel senso sopra descritto, in modo da rendere il rimborso effettivamente accessibile alla persona prosciolta, fugando al contempo i dubbi di illegittimità costituzionale.

¹³³ Una delle critiche rivolte al d.d.l. S. 2153 del 2015, poi non approvato, che voleva introdurre nell'art. 530 c.p.p. un comma 2-bis sul rimborso di «tutte le spese di giudizio», era proprio l'assenza di previsioni sulla relativa legittimazione ad impugnare: SPANGHER, Giorgio, *Conclusioni*, cit., p. 491.

BIBLIOGRAFIA.

ANCESCHI, Alessio. *Le spese legali in sede civile, penale, amministrativa e nelle giurisdizioni speciali*. Padova: Cedam, 2010.

APRATI, Roberta. Riflessioni intorno alla “vittima del processo”. *Cassazione penale*, 2017, p. 977 ss.

APRILE, Ercole. La sentenza: deliberazione, forma e contenuto. In: APRILE, Ercole-SILVESTRI, Pietro (a cura di). *Il giudizio dibattimentale*. Milano: Giuffrè, 2006, p. 417 ss.

BERNASCONI, Alessandro. Sub art. 643. In GIULIANI, Livia-ILLUMINATI, Giulio (a cura di). *Commentario breve al Codice di Procedura Penale*. III ed., Milano: Cedam, 2017, p. 3145 ss.

CAIAZZA, Gian Domenico. Governo populista e legislazione penale: un primo bilancio. *Diritto penale e processo*, 2019, p. 589 ss.

CANESTRINI, Nicola. La direttiva sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali. Un'introduzione. *Cassazione penale*, 2016, p. 2224 ss.

CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni sul processo penale*. Vol. I, II ed., Roma: Edizioni dell'Ateneo, 1949.

CHINNICI, Daniela. Un breve «excursus» in materia di riparazione dell'errore giudiziario. *Il Foro italiano*, 2001, II, c. 41 ss.

CHIOVENDA, Giuseppe. *La condanna nelle spese giudiziali*. Roma: Società editrice del «Foro italiano», 1935.

COPPETTA, Maria Grazia. *La riparazione per ingiusta detenzione*. Padova: Cedam, 1993.

COPPETTA, Maria Grazia. La riparazione per l'ingiusta detenzione: punti fermi e disorientamenti giurisprudenziali. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2017, p. 1315 ss.

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

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE-CURZIO, Pietro. *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2020*. Disponibile in: www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Corte_Suprema_Cassazione-Relazione_2021_Primo_Presidente.pdf, 29 gennaio 2021. Accesso in: 27 aprile 2022.

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE-CURZIO, Pietro. *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2021*. Disponibile in: www.cortedicassazione.it/

cassazione-resources/resources/cms/documents/Cassazione_Relazione_2022.pdf, 21 gennaio 2022. Accesso in: 27 aprile 2022.

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE-UFFICIO DI STATISTICA. *La Cassazione penale - Annuario statistico 2021. Periodo 01/01/2021 - 31/12/2021*. Disponibile in: www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/AG2022_ANNUARIO_penale_2021.pdf, 18 gennaio 2022. Accesso in: 27 aprile 2022.

DELVECCHIO, Francesca. Sub art. 535. In GIARDA, Angelo-SPANGHER, Giorgio (a cura di). *Codice di procedura penale commentato*. V ed., t. II, Milanofiori Assago: Wolters Kluwer, 2017, p. 2665 ss.

FODERÀ, Giovanni Samuele. Ingiusta imputazione: il rimborso delle spese di lite nel processo penale. *Giurisprudenza penale Web*, 2022, n. 1.

GAMBINI, Rosanna. Spese di giustizia e processo penale: urge una riforma. *Diritto penale e processo*, 2007, p. 1361 ss.

GATTA, Gian Luigi. La nuova legittima difesa nel domicilio: un primo commento. *Diritto penale contemporaneo*, 1° aprile 2019.

GIALUZ, Mitja. *L'assistenza linguistica nel processo penale. Un meta-diritto fondamentale tra paradigma europeo e prassi italiana*. Milano: Cedam, 2018.

GRISONICH, Elisa. L'ultima frontiera della rifusione delle spese legali agli imputati assolti. *Diritto penale contemporaneo-Rivista trimestrale*, 2022, n. 1, p. 27 ss.

GUASTINI, Riccardo. *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*. Milano: Giuffrè, 2010.

KALB, Luigi. Le spese di giustizia. In: SPANGHER, Giorgio-MARANDOLA, Antonella-GARUTI, Giulio-KALB, Luigi (dir. da). *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*. Vol. IV, a cura di KALB, Luigi. Milanofiori Assago: Utet, 2015, p. 795 ss.

MARANDOLA, Antonella. Gli assolti con formula piena con sentenza penale irrevocabile avranno diritto al rimborso delle spese legali. *Ilpenalista.it*, 21 dicembre 2020.

MASTRANGELO, Gennaro. Il rimborso delle spese legali per l'imputato assolto. *Diritto penale e processo*, 2022, p. 543 ss.

MAZZA, Oliviero. Sub art. 530. In: ILLUMINATI, Giulio-GIULIANI, Livia (a cura di). *Commentario breve al Codice di Procedura Penale*. III ed., Milano: Cedam, 2020, p. 2643 ss.

NERUCCI, Riccardo-TRINCI, Alessandro. Il principio di soccombenza dello Stato nel processo penale: un indennizzo da attività giudiziaria lecita. *Ilpenalista.it*, 3 febbraio 2021.

PARLATO, Lucia. La rifusione delle spese processuali sostenute dall'assolto. In: SPANGHER, Giorgio (a cura di). *La vittima del processo. I danni da attività processuale penale*. Torino: Giappichelli, 2017, p. 229 ss.

PARLATO, Lucia. *La rifusione delle spese legali sostenute dall'assolto. Un problema aperto*. Milano: Cedam, 2018.

PARODI, Cesare. Assoluzione e rimborso delle spese: molto giusto, a volte troppo? *Il diritto vivente*, 2020, n. 3, p. 82 ss.

PAULESU, Pier Paolo. *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*. II ed., Torino: Giappichelli, 2009.

PUGLIATTI, Salvatore. Voce Abrogazione degli atti normativi. In: *Enciclopedia del diritto*, vol. I. Milano: Giuffrè, 1958, p. 141 ss.

RIGO, Fabrizio. La sentenza. In: SPANGHER, Giorgio (dir. da). *Trattato di procedura penale*. Vol. IV, t. II, a cura di SPANGHER, Giorgio. Milanofiori Assago: Utet, 2009, p. 515 ss.

ROSENN, Keith S. Compensating the innocent accused. *Ohio State Law Journal*, 1976, p. 705 ss.

RUGGIERI, Francesca. Difesa d'ufficio e patrocinio per i non abbienti nell'area tedesca. *Cassazione penale*, 1999, p. 3049 ss.

SACCHETTINI, Eugenio. Passa il principio del "chi perde paga": ristoro in parte per l'imputato assolto. *Guida al diritto*, 2021, n. 5-6, p. 62 ss.

SACCHETTINI, Eugenio. No beneficio per indagati prosciolti nella fase delle indagini preliminari. Presupposti ed esclusioni. *Guida al diritto*, 2022, n. 8, p. 52 ss.

SCALFATI, Adolfo. *L'udienza preliminare. Profili di una disciplina in trasformazione*. Padova: Cedam, 1999.

SPAGNOLO, Paola. Il rimborso per "ingiusta imputazione": una soluzione forse obbligata ma non pienamente soddisfacente. *La Legislazione penale*, 10 marzo 2022.

SPANGHER, Giorgio. Proscioglimento dell'imputato e rifusione delle spese di difesa. *Giurisprudenza costituzionale*, 2003, p. 2333 ss.

SPANGHER, Giorgio. Conclusioni. In: SPANGHER, Giorgio (a cura di). *La vittima del processo. I danni da attività processuale penale*. Torino: Giappichelli, 2017, p. 489 ss.

SPANGHER, Giorgio. *Imputato assolto e rifusione (parziale) delle spese difensive: una previsione nello spirito solidaristico*. Disponibile in: www.altalex.com/documents/2020/12/31/imputato-assolto-e-rifusione-parziale-delle-spesse-difensive-una-previsione-nello-spirito-solidaristico, 31 dicembre 2020. Accesso in: 27 aprile 2022.

TASSI, Andrea. *Sub art. 518*. In: GIULIANI, Livia-ILLUMINATI, Giulio (a cura di). *Commentario breve al Codice di Procedura Penale*. III ed., Milano: Cedam, 2020, p. 2573 ss.

TONINI, Paolo-CONTI, Carlotta. *Manuale di procedura penale*. XXII ed., Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2021.

TRIGGIANI, Nicola. Rimborso (o detrazione fiscale) delle spese sostenute per la difesa dall'imputato prosciolto. *Processo penale e giustizia*, 2016, n. 4, p. 22 s.

TROISI, Paolo. *L'errore giudiziario tra garanzie costituzionali e sistema processuale*. Milanofiori Assago: Cedam, 2011.

VINCIGUERRA, Sergio. Si avvia il rimborso delle spese legali all'imputato assolto. *Il Foro italiano*, 2021, V, c. 33 ss.

Authorship information

Nicola Pascucci. Ricercatore di diritto processuale penale presso l'Università degli Studi di Urbino Carlo Bo, Urbino, Italia. Dottore di ricerca in Economia, Società, Diritto, *curriculum* Diritto - Sviluppo, diritti dell'uomo, diritti sociali fondamentali e formazioni sociali, presso l'Università degli Studi di Urbino Carlo Bo.
nicola.pascucci@uniurb.it

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

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

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

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

Editorial process dates

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

- Submission: 08/05/2022
- Desk review and plagiarism check: 31/05/2022
- Review 1: 18/06/2022
- Review 2: 23/06/2022
- Preliminary editorial decision: 22/07/2022
- Correction round return: 29/07/2022
- Final editorial decision: 06/08/2022

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 2 (MD KF)
- Reviewers: 2

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

PASCUCCI, Nicola. Imputazioni ingiuste e rimborso delle spese legali da parte dello Stato: luci ed ombre della nuova disciplina italiana. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8, n. 2, p. 713-764, mai./ago. 2022. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i2.713>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.

**Fundamentos de
Direito Processual Penal**

*Fundamentals of
Criminal Procedure*

Processo Penal e Inteligência Artificial: Rumo a um Direito (Processual) Penal da Segurança Máxima?

Criminal Procedure Law and Artificial Intelligence: Towards a Criminal (Procedure) Law of Maximum Security?

題目:

刑事訴訟法與人工智能：邁向刑事（訴訟）法的最大安全性？

Hugo Luz dos Santos¹

City University of Macau, Macau, People's Republic of China

Forum for International Conciliation and Arbitration (Oxford, United Kingdom)

hugo.miguel.luz@gmail.com

 <https://orcid.org/0000-0003-0297-3546>

RESUMO²: A inteligência artificial e a internet das coisas (*internet of things*), herdeiras legítimas da quarta revolução industrial, mudarão para sempre o processo penal talqualmente o conhecemos. Este artigo doutrinal pretende, concretamente, dar conta do equilíbrio – muito difícil – entre a inteligência artificial e os direitos fundamentais do arguido em processo penal. Principalmente o direito à privacidade mental do arguido, que deriva do *nemo tenetur se ipsum accusare*. É da sinalização dessas mudanças abruptas no desenho funcional do processo penal que este artigo doutrinal curará.

¹ Bachelor Degree in Law (Faculty of Law of Coimbra, Portugal). PhD in Law (2019-2021), Faculty of Law of the University of Macau, China). University Professor at City University of Macau (People's Republic of China). Fellow at Forum for International Conciliation and Arbitration (FICA, Oxford, United Kingdom). Awarded with the Fellowship of the Royal Society of Arts of United Kingdom (London, United Kingdom) “for outstanding contributions to rule of law, justice and policy worldwide”.

² Este artigo segue as regras de grafia do Português Europeu, que ainda se encontra em vigor no Extremo Oriente e na Oceânia.

PALAVRAS-CHAVE: Inteligência artificial; internet das coisas; quarta revolução industrial; processo penal; Direito (Processual) Penal da Segurança Máxima.

ABSTRACT: *Artificial intelligence and the internet of things, direct heirs of the earth-shattering fourth industrial revolution, are bound to be seismic shift in the purview of criminal procedure, which will be transmogrified beyond recognition. This paper aims, concretely, to pore over the difficult trade-off between artificial intelligence and the defendant's fundamental rights in the remit of criminal procedure law. Chiefly the defendant's right to mental privacy, which derives from nemo tenetur se ipsum accusare. This paper endeavours to flesh out the great bulk of these ground-breaking changes, which are shaping up to take place in the remit of criminal procedure law.*

KEYWORDS: *Artificial intelligence; internet of things; fourth industrial revolution; criminal procedure law; Criminal (Procedure) Law of Maximum Security.*

摘要:

人工智能和物聯網，作為驚天動地的第四次工業革命的直接繼承者，必將在刑事訴訟的範圍內引發翻天覆地的變化，使其變得面目全非。本文旨在具體探討人工智能與刑事訴訟法範圍內被告人基本權利之間的艱難取捨。主要是被告人的精神隱私權，這源於“不自證己罪原則”。本文力圖充實這些突破性變化的大部分內容，這些變化正在刑事訴訟法的職權範圍內形成。

關鍵詞：人工智能；物聯網；第四次工業革命；刑事訴訟法；刑事（訴訟）法的最大安全性。

§§ 1. INTRODUÇÃO

§ 1. Estimado leitor, no momento em que este artigo (que já é, entretanto, *passado líquido*³) chega às suas encanecidas mãos, a 4ª

³ A discussão em torno da globalização do direito penal económico - que, em breve, será convolado em *passado líquido* - será rapidamente ultrapassada pela fosforescência do momento. Esta - a sociedade global - transitará, dentro de muito pouco tempo, para o universo da arqueologia jurídica. Vale dizer: para o domínio - que, um dia, será regaço encantador da - História do Direito. A sociedade global trata-se de um conceito *líquido* que a (iminentemente emersão da) sociedade de governo único mundial atirárá, em tempo azado, para os recantos bafientos da memória colectiva. Debalde, a globalização do direito penal económico (interligada com - e aos - efeitos deletérios da crise financeira de 2008-2014) continua - ainda - a ocupar o núcleo das preocupações da doutrina. Ver: Crespo, E. Demetrio, “El significado político del derecho penal económico”, E. Demetrio Crespo (dir.) y M. Maroto Calatayud (Coord.), *Crisis financiera y derecho penal económico*. Montevideo/Madrid: BdeF-Edisofer, 2014, pp. 3 e ss e passim; Rodrigues, Anabela Miranda, “Direito penal económico - é legítimo, é necessário?”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 26.º, n.º 1 a 4. Coimbra: Instituto de Direito Penal Económico e Europeu, 2016, pp. 40 e ss e passim; Basoco, J. M. Terradillos, “Financiarización económica y política criminal”, in: *El derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial de riesgo*, J. R. Serrano-Piedecabras y E. Demetrio Crespo (dir.). Madrid: Colex, 2010, pp. 130 e ss; Martín, Adán Nieto, *Introducción, El derecho penal económico en la era compliance*. Valência: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 8 e ss e passim; Souza, Artur Gueiros, “Breves considerações sobre a corrupção em transações comerciais internacionais”, *Direito penal internacional estrangeiro e comparado*, Carlos Eduardo Japiassú (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, pp. 4 e ss e passim; Dias, Jorge de Figueiredo, “O direito penal económico entre o passado, o presente e o futuro”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 22. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 520 e ss; Martín, Luis Gracia, “Prólogo”, Gonzalo Castro Marquina, *La necesidad del derecho penal económico y su legitimidad en el Estado social y democrático de derecho*. Montevideo/Buenos Aires: BdeF-Euros Editores, 2016, pp. 12 e ss. Não admira, pois, que um sector autorizado da doutrina alemã fale na necessidade de criação de um novo conceito de “crime económico de natureza política”. Conceito, esse, que é uma decorrência lógica do “fracasso do sistema” (*Systemversagen*) para resolver a contento os inúmeros problemas colocados pela crise económico-financeira de 2008-2014. Ver: Naucke, W., *Der Begriff der politischen Wirtschaftsraffat. Eine Annäherung*. Münster: Lit Verlag, 2012; Dias, Augusto Silva, “O Direito Penal como instrumento de superação da crise económico-financeira: estado da discussão e novas perspectivas”, in: *Anatomia do Crime, Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, N.º 0, Centro de Investigação de Direito Penal e Ciências Criminais. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 45-73.

revolução industrial já terá sido posta em marcha há algum tempo. Os seus efeitos – que se antecipam deletérios e transversais a todos os segmentos⁴ da sociedade⁵ – já se terão feito sentir com não menos estrépito⁶. Uma pergunta emerge com fragor jurídico: estarão os tribunais estaduais e o processo penal preparados para as suas momentosas reverberações, que se anteveem de proporções bíblicas? Não se trata de uma questão de

⁴ De entre os quais se enumera a pulverização do capital social outrora granjeado pelo poder judicial. Um fenómeno que mereceu a devida atenção da doutrina. Ver: Rodrigues, José Narciso Cunha, *Ser Juiz Hoje*. Coimbra: Almedina, 2008, *passim*.

⁵ Os efeitos que se decantarão da 4ª revolução industrial (que traz no seu bojo, quer a *juridicidade da robótica*, quer a *juridicidade da inteligência artificial*) colocam questões (mormente de natureza civil e penal) que foram arrostadas com coragem jurídica por abalizada doutrina. Uma das questões que se coloca é a de saber se (e em que medida) a projectada convergência funcional entre o homem e a máquina acelerará o *processo de robotização do ser humano* ou, pelo contrário, acelerará o *processo de humanização da máquina* ao ponto de fagocitar a fronteira entre ambos. Estas questões – que ainda não foram acuradamente tratadas pela doutrina – situam-se, porém, *fora* do escopo primacial deste artigo. Dada a centralidade do tema, a doutrina vem cinzelando meritórios esboços de resposta aos palpitantes desafios colocados pela inteligência artificial e pela robótica no direito civil e no direito penal. Ver: Pagallo, Ugo, *The Laws of Robots. Crimes, Contracts and Torts*. Berlin/New York: Springer, 2013, pp. 100 e ss; Monteiro, António Pinto, “Qui facit per alium, facit per se” – será assim na era da robótica?”, in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 148.º, n.º 4015, março-abril de 2019. Coimbra: Gestlegal, 2019, pp. 200-210.

⁶ Uma das questões mais candentes – que é conatural à *chegada* – da Quarta Revolução Industrial (e, no âmbito desta, da *internet of things* e da inteligência artificial) é a determinação da eventual responsabilidade civil e penal dos *robots*. O que se afigura especialmente relevante numa altura em que uma franja não despidiende de autores vem defendendo (já há algum tempo a esta parte) a utilização de *robots* na resolução de disputas. Ver: Larson, David Allen, “Artificial Intelligence: Robots, Avatars, and the Demise of the Human Mediator”, in: *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 25, 2010, pp. 106-110 (considera que «Artificial Intelligence devices are proliferating and, like it or not, increasingly will become a greater part of dispute resolution and problem-solving processes»). Em sentido essencialmente concordante: Fersini, Elisabetta *et alii*, “eMediation: Towards Smart Online Dispute Resolution”, in: *KMIS*, 2014, *passim*. Em caso afirmativo, ou seja, de responsabilidade civil ou penal do fabricante do *robot*, a quem deverá o lesado dirigir a intenção de ressarcimento? Esta questão ultrapassa, contudo, o sentido e alcance deste artigo. Ver: Alabart, Sílvia Díaz, *Robots y responsabilidad civil*. Madrid: Reus, 2018, pp. 98 e ss e *passim*.

somenos importância. Pelo contrário. Especialmente numa altura em que se vão desenhando os contornos de um descoroçoante *processo penal do grito*, no âmbito do qual a fosforescente e rápida emoção⁷ populista⁸ (que se decanta do populismo penal⁹ que lhe subjaz) vai estiolando, lenta, mas inexoravelmente, o lastro de sobriedade jurídica que deve caracterizar a administração da justiça penal.

§ 2. Num momento em que o mundo emerge - ronceiro - da crise sanitária causada pelo Covid-19, a questão não se podia revestir

⁷ Aguilar, Francisco, “O sentimento como novo paradigma do Direito? Em particular, sobre o “Direito penal do sentimento” e o “Direito processual penal do sentimento”, in: *O Direito*, Ano 151.º (2019), I, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 65-105 (103 e *passim*) (nota, com razão, que a axiologia não se confunde com o desolador “Direito penal do sentimento” e do “Direito processual penal do sentimento”, “que não são Direito. São torto”).

⁸ Ver: Hespanha, António, *O caleidoscópio do Direito – o Direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 74 (afirma que “os sentidos jurídicos especializados estão a emagrecer à medida que são substituídos pelos sentidos populares”).

⁹ O populismo penal tem como pilares identitários, quer a narração do sofrimento lancinante das vítimas (acoplado de um não menos pungente apelo à emoção social), quer a mediatização da justiça penal; que, bastas vezes, serve como mola real para o discurso de hiperbolismo da reacção penal “à flor da pele” (Manuel da Costa Andrade). Na doutrina francesa, Salas, Denis, *La Volonté de Punir: Essai sur le Populisme Penal*. Paris: Hachette, 2005, pp. 12-18. Na doutrina dos Estados Unidos da América: Pratt, John, *Penal Populism*. New York: Routledge, 2007, pp. 8 e ss; Robert, Julian V. /Stalans, Loretta / Indermaur, David, *Penal Populism and Public Opinion, Lesson From Five Countries*. New York, Oxford University Press, 2003, pp. 18 e ss e *passim*. Na doutrina portuguesa: Lopes, José Mouraz, “A contaminação do sistema penal português pelo “populismo penal”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, Volume I, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Instituto Jurídico, 2017, pp. 798 e ss; Santos, Cláudia Cruz, “A vítima no Direito processual português: sujeito ou mero participante?”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* (RPCC), Ano 29, N.º 1, Janeiro-Abril de 2019, Colóquio Internacional de Processo Penal Português: Desafios Europeus, Coimbra, Gestlegal, 2019, p. 180 e nota de rodapé número 13 (alerta para o perigo do *populismo penal* sob a tripla veste do “recrudescimento punitivo acompanhado por uma desconsideração dos direitos fundamentais do arguido” e das “desvantagens do populismo penal que se serve da narração do sofrimento das vítimas como instrumento”). Ver: Santos, Hugo Luz dos, *Processo Penal na Era Compliance*. Lisboa: AAFDL, 2022, pp. 1-769.

de maior pertinência e acuidade¹⁰. O atraso¹¹ da resposta¹² judicial¹³ – uma das decorrências precípua da frisada crise sanitária – desnudou a necessidade de criação de mecanismos de resposta rápida ao flagelo da

¹⁰ Na medida em que a justiça – para sê-lo – tem de revestir de estritos – e estreitos – prolegômenos de equidade (*fairness*). E aqui cabe perguntar: haverá *fairness* no acesso à justiça – que se quer universal e sem quaisquer peias sociais e processuais – quando se propõe maximizar a justiça em linha, incluindo os mais desfavorecidos, que não têm, sequer, acesso à *internet* estável e de qualidade? Sobre a *fairness*: Rawls, John, *A Theory of Justice*, 2nd edition, Cambridge, United States of America, Belknap Press: An Imprint of Harvard University Press, 1999: 1-540 (340 e ss e passim).

¹¹ Fernández, Elizabeth, “O tempo como um ônus do processo (a pretexto da tutela da evidência e da denominada *inversão do contencioso*), in: *Estudos em Comemoração dos 20 anos da Escola de Direito da Universidade do Minho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 207 (nota, com razão, que o “direito à tutela jurisdicional efectiva tem se de ser pensado em função das especificidades ou das necessidades do direito material e não em termos abstratos”).

¹² Magalhães, Pedro C. /Garoupa, Nuno, “Judicial Performance and Trust in Legal Systems: Findings from a Decade of Surveys in 20 European Countries”, in: *Social Science Quarterly*, 2020, p. 1 (referem que “the longer the time that lower courts take, on average, to dispose of pending cases, the lower is the public’s trust in their legal system”).

¹³ O flagelo da morosidade processual não pode ser dissociado da questão (também ela candente) da falta de cultura de cooperação processual entre os actores sociais (*rectius*: partes processuais). O que é transversal, quer ao processo penal, quer ao processo civil. Sobre a cooperação no processo civil: Didier, Fredie Didier Jr., *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 23-41 e ss; Santos, Andrés de la Oliva, *El papel del Juez en el Proceso Civil, Frente a ideologia, prudentia iuris*. Navarra: Civitas/Thomson Reuters, 2012, pp. 18 e ss; Bobbio, Norberto, *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10ª edição, Editora: UnB, 1999, pp. 155 e ss; Greger, Reinhard, “Cooperação como princípio processual”, in: *Revista de Processo*, ano 37, 2012, pp. 124 e ss; Stürner, Rolf, “Quelques remarques sur l’image actuelle de la procédure allemande et sa relation avec la procédure française et les tendances internationales, in: *1806-1976-2006, De la commémoration d’un code à l’autre: 200 ans de procédure civile en France*. Paris: Litec, 2006, pp. 330 e ss; Verde, Giovanni, *Profili Del Processo Civile, I. Parte Generale*, sexta edi.. Napoli: Jovene Editore, 2002, pp. 1 e ss; Mendonça, Luís Correia de, “A cooperação processual entre um novo modelo e a sombra do inquisitório”, in: *O Direito*, Ano 151.º, I. Coimbra: Almedina, 2019, pp. 9-53. Sobre a necessária cultura de consenso no processo penal: Ver: Santos, Hugo Luz dos, *Processo Penal na Era Compliance*, *cit.*, passim..

morosidade processual¹⁴. Um dos mecanismos de resposta rápida mais repisados – e estafados, diga-se – é o dos tribunais estaduais *online*¹⁵. Subtrai-se ao escopo primacial deste artigo doutrinal discorrer sobre este temário. O mesmo não se pode dizer daquilo que radicará – e predicará – o processo penal do *novo mundo*: a (ubiquidade da) *ditadura digital da inteligência artificial* e a emergência, em toda a sua plenipotência, de um perturbador *Direito (Processual) Penal da Segurança Máxima*, que derruirá os alicerces em que se estriba o (ainda) vigente processo penal de base antropocêntrica e humanista.

§ 3. A inteligência artificial e a *internet* das coisas (*internet of things*¹⁶ e as *smart cities*¹⁷), dois pilares identitários da quarta revolução

¹⁴ Susskind, Richard E., *The End of Lawyers? Rethinking the Nature of Legal Services*, Oxford, Oxford University Press, 2010, passim; Susskind, Richard E., *Tomorrow's Lawyers: An Introduction to Your Future*. Oxford: Oxford University Press, 2013; Susskind, Richard E., *Online Courts and the Future of Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2019, pp. 1-368 (disserta sobre a importância cardinal dos tribunais *online* para fazer face ao flagelo – também ele pandêmico – da morosidade da justiça). Trata-se de estudos científicos e empíricos que documentam a polaridade dialéctica entre os *online courts* e a inteligência artificial que a propugna.

¹⁵ Susskind, Richard E., “The Future of Courts”, *Remote Courts*, 6 (5) July/August 2020, 2020), pp. 1 e ss (afirma que “in the middle of March 2020, court buildings around the world began to close in response to the rapid spread of a newly identified coronavirus, SARS-CoV-2 (the “virus”). Within days, alternative ways of delivering court service were put in place in many jurisdictions”). Convergente: Resnik, Judith, “Diffusing Disputes: The Public in the Private of Arbitration, the Private in Courts, and the Erasure of Rights”, in: *Yale Law Journal*, Volume 124, 2015, pp. 2804-2809 e passim (refere que ODR – *online dispute resolution* – é uma versão digital do “ADR” que transforma os computadores em fóruns de resolução de disputas, substituindo-se, de alguma forma, aos tribunais estaduais. A autora alerta, porém, para o perigo do “erasure of rights” que a inteligência artificial – realidade que escora os *online courts* – pode acarretar).

¹⁶ “The internet of things (IoT) is a technology framework in which a myriad of devices can be interconnected to provide seamless functionality and unprecedented depth of data on the world around us. (...) But what if the same idea could be applied to monitoring our own bodies and alerting us to health signals? That is the concept behind the IoB”. Itálicos nossos. Disponível em: <https://discovery.kaust.edu.sa/en/article/1190/connect-the-internet-of-bodies> (acesso: 8.07.2022).

¹⁷ Debauche, O./Mahmoudi, S./Moussaoui, Y., “Internet of things learning: a practical case for smart building automation”, in: *5th International Conference*

industrial, consubstanciarão a (desoladora e fagedénica) *robotização do ser humano* e a *humanização da máquina* – polaridade dialéctica que pulverizará para sempre as bases fundacionais em que se plasma o hodierno processo penal de base antropocêntrica e humanista..

§ 4. A *robotização do ser humano* – um produto consequencial da almejada implementação da convergência funcional entre o homem e a máquina, que, por seu turno, é uma das bandeiras da quarta revolução industrial e da «teoria da mente humana estendida» - porá em causa o direito à *privacidade mental*¹⁸ do arguido em processo penal. Esse é o ponto central deste artigo doutrinal.

§ 5. A *privacidade*¹⁹ *mental do arguido* – tal como a pletora de dados pessoais²⁰ e dados biométricos que fazem parte daquela – consiste

on Cloud Computing Technologies and Applications (Cloudtech), 2020, pp. 1–7. As “cidades inteligentes” terão um potencial de ofensividade enorme para estiolar, quer a privacidade temática, quer a privacidade espacial dos cidadãos.

¹⁸ Expressão colhida em: Ver: Silva, Sandra Oliveira e, “It’s all in your head?” – A utilização probatória de métodos neurocientíficos no processo penal”, in: *XX Estudos Comemorativos dos 20 Anos da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*. Coimbra: Almedina, 2017, pp. 745 e ss e passim, que seguimos de muito perto.

¹⁹ Calo, Ryan, “The Boundaries of Privacy Harm”, in: *Indiana Law Journal*, Volume 86, 2011, p. 1137, note 29 (“privacy is a value we are notoriously—and increasingly—comfortable balancing against other values. Many believe that privacy does not invoke the highest standards of scrutiny reserved for the abrogation of equality or other values mentioned specifically in the Constitution that are at the core of what it means to be a liberal democracy”).

²⁰ Mascarenhas, Rui Paulo Coutinho de, “Direito ao esquecimento”, in: *Revista de Direito Civil*, Ano III (2018), 2, Coimbra, Almedina, 2018, 290-292 e *passim* (inutilizando o próprio *right to be forgotten* ou o direito ao esquecimento. Matéria que tem merecido muita atenção em face da entrada em vigor do Regulamento Geral de Protecção de Dados. A doutrina que acabámos de citar fá-lo a preceito). Escapa à economia deste artigo doutrinal considerações adicionais sobre este temário. Ver: Cordeiro, António Barreto Menezes, “Dados pessoais: conceito, extensão e limites”, in: *Revista de Direito Civil*, III (2018), 2, Coimbra: Almedina, 2018, pp. 315 e ss; Gonçalves, Anabela Susana de Sousa, “O tratamento de dados pessoais no Regulamento Geral de Protecção de Dados”, in: *Scientia Iuridica, Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo LXIII, N.º 350, Maio/Agosto de 2019. Braga/Rio de Janeiro: Universidade do Minho, 2020, pp. 165 e ss.

na possibilidade de aquele guardar e controlar²¹ um conjunto de informações e pensamentos sobre algo que todos reputamos de essencial: a nossa *solidão mental*. Melhor: o inalienável direito de guardar aquilo que nos identifica como seres humanos – o nosso pensamento e a nossa intimidade mental – para nós próprios.

§ 6. A captação – pela *inteligência artificial onnipotente*²² – do produto da *privacidade temática* (o que cada um de nós pensa acerca do que reputamos de essencial) e da *privacidade espacial* (onde cada um nós reside, onde esteve e o que cada um pensa a esse respeito)²³ coincidirá com a implementação da «teoria da mente humana estendida», que operará à fusão horízontica entre o homem e a máquina (o cerne da *robotização do ser humano* – uma das teses centrais deste artigo) e implodirá as bases fundacionais em que se plasmou – durante séculos – o processo penal de base humanista e antropocentrista. Vejamos – ancorados na metodologia *law in context* - em que termos.

§§ 2. REQUIEM PELO PROCESSO PENAL DE CUNHO HUMANISTA? AS CONSEQUÊNCIAS PROCESSUAIS PENAIIS EMERGENTES DA ROBOTIZAÇÃO DO SER HUMANO E DA HUMANIZAÇÃO DA MÁQUINA (IMPULSIONADA PELA INTERNET OF THINGS), QUE ESTIOLARÃO, QUER A PRIVACIDADE MENTAL, QUER A SOLIDÃO MENTAL DO ARGUIDO EM PROCESSO PENAL

§ 1. Irromper na trincheira irredutivelmente humana – a *solidão mental* e a *privacidade mental* do arguido – sempre foi uma aspiração

²¹ Schwartz, Paul A., “Commentary, Internet Privacy and the State”, in: *Connecticut Law Review*, Volume 32, 2000, p. 820 (“[t]he leading paradigm on the Internet and in the real, or offline world, conceives of privacy as personal right to control the use of one’s data.”). Itálicos nossos.

²² Expressão colhida em: Grimm, Paul W./Grossman, Maura R. /Cormack, Gordon V., “Artificial Intelligence as Evidence”, in: *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, Volume 19, number 1, 2021, pp. 9-106, que seguimos de muito perto.

²³ Sobre a contraposição entre a esfera da privacidade temática e a esfera da privacidade espacial, ENGELS/JÜRGENS, in: *Neue Juristischen Wochenschrift (NJW)*, 2007, pp. 2517 e ss e passim. Convergente: Acórdão do Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgerricht – BVerfGE*), in: *Neue Juristischen Wochenschrift (NJW)*, 2008, p. 1794.

ancestral do Estado nas suas mais plúrimas (rútilas?) vestes. O seminal movimento do *legal realism*²⁴ – no seu afã de perceber a mente humana e de analisar as razões que estiveram na génese da conduta humana²⁵ – avocou a *fatia de leão* desse esforço colectivamente integrado.

§ 2. Essa vontade férrea de captar o «*software of the mind*»²⁶ do agente (*rectius*: o fito de entrar «*inside the mind*»²⁷ do arguido) reveste, muitas vezes, a capa sub-reptícia do esforço colectivamente integrado de perceber as razões pelas quais o agente age com a sua racionalidade limitada (*bounded rationality*)²⁸ – conexão a partir da qual despontou o movimento de racionalização do processo de *sentencing*²⁹ com o auxílio (danoso) dos algoritmos preditivos discriminatórios³⁰.

²⁴ Horwitz, Morton J., *The Transformation of American Law 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy*. Cambridge: Massachusetts, Harvard University Press, 1969, pp. 247-268.

²⁵ Schauer, Frederick, *Encyclopedia of Philosophy of Law and Social Philosophy*, Living Edition, Mortimer Sellers/Stephan Kirste (Editors), Springer Link, available at: https://link.springer.com/referenceworkentry/10.1007%2F978-94-007-6730-0_67-2 (access: 12.10.2021). (“American Legal Realism is, preliminarily, a perspective that stresses the human factor in legal decision-making”).

²⁶ Hofstede, Geert /Hofstede, G.J./ Minkov, M., *Cultures and organizations – Software of the mind*. San Francisco: McGraw Hill, 2010, pp. 60 e ss and passim (on the paramount importance of culture in shaping one’s ideas and demeanours for a long-winded time).

²⁷ Shestowsky, Donna, “Inside the mind of the client: An analysis of litigant’s criteria for choosing procedures”, in: *Conflict Resolution Quarterly*, Volume 36, 2018, pp. 69-87.

²⁸ Glöckner, A. “How evolution outwits bounded rationality: The efficient interaction of automatic and deliberate process in decision making and implications for institutions”, C. Engel/W. Singer (Eds.), in: *Better than conscious? Decision making, the human mind, and implications for institutions*. Cambridge: Massachusetts: MIT Press, 2008, pp. 259-284 (on the phenomenon of bounded rationality and its interference in a rational decision making – or the lack thereof).

²⁹ Rodrigues, Anabela Miranda, “Medida da pena de prisão – desafios da era da inteligência artificial”, in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, março-abril de 2020, 149.º (4021), 2020, passim (esta prestigiada autora inventaria as candentes questões que se colocam em sede de determinação da pena através de algoritmos preditivos discriminatórios).

³⁰ Pasquale, Frank, *The Black Box Society: The Secret Algorithms that Control Money and Information*, Cambridge. Massachusetts: Harvard University Press,

§ 3. O (controle³¹ da) *human mind*³² – no cortejo infundável de possibilidades que adejam a partir da mesma³³ – sempre foi, como vimos, uma obsessão mais ou menos confessa por parte do Estado-Juiz. Os incontáveis estudos empíricos em tema de psicologia aplicada – nos seus *affairs* ligeiros com a cultura³⁴ e com a neurociência³⁵ – provam-no à saciedade.

2016, pp. 1-320 (pp. 8-10 e ss e passim) (afirma que os algoritmos discriminatórios - *biased algorithms* – estão enfermos de vários preconceitos, que contribuem para exacerbar – agravar e perpetuar – os problemas sociais e raciais que perpassam a sociedade contemporânea. O autor afirma, de forma adamantina, que as *grandes organizações empresariais multinacionais* – que, como vimos, emergirão no rescaldo da *sociedade de governo único mundial* – são governadas por algoritmos discriminatórios, o que será francamente prejudicial para a natureza humana em sentido amplo). O (candente) tema dos algoritmos preditivos discriminatórios adquiriu (mais uma vez) protagonismo através de um (novo – o último?) escândalo que envolve o gigante Facebook. Ver: <https://www-technologyreviewcom.cdn.ampproject.org/c/www.technologyreview.com/2021/10/05/1036519/facebook-whistleblower-frances-haugen-algorithms/amp/> (acesso: 20.10.2021).

³¹ A expressão *control* é uma sedutora inveterada. Veja-se a plêiade de estudos empíricos que, a esse respeito, pululam no – e pelo – desenho funcional da psicologia aplicada e da antropologia. Ver: Cheng, C. /Cheung, S. F. /Chio, J.H./Chan, M.P., “Cultural meaning of perceived control: A meta-analysis of locus of control and psychological symptoms across 18 cultural regions”, in: *Psychological Bulletin*, Volume 139, 2013, pp. 152-188; Colzato, L. S. / Hommel, B./W.P. Van Den Wildenberg/S. Hsieh, “Buddha as an eye opener: a link between prosocial attitude and attention control”, in: *Frontiers in Psychology*, Volume 1, 2010, pp. 156 e ss e passim.

³² Zhou, X./ He, L./ Yang, Q./ Lao, J./ Baumeister, R.F. “Control deprivation and styles of thinking”, in: *Journal of Personality and Social Psychology*, Volume 102, 2012, pp. 460-478.

³³ Yamagishi/ Hashimoto, H./ Suzuki, N. “An institutional approach to culture”, in: M. Schaller/S. Heine/A.Norenzayan/T. Yamagishi/T. Kameda (Eds.), *Evolution, culture and the human mind*. New York: NY, Psychology Press, 2009, pp. 185-203.

³⁴ Cohen, D. “Cultural variation: Considerations and implications”, in: *Psychological Bulletin*, Volume 127, 2001, pp. 451-471.

³⁵ Yamaguchi, S., “Culture and control orientations.”, in: *The Handbook of culture and psychology*, D. Matsumoto (Ed.). New York, NY: Oxford University Press, 2001, pp. 223-243; M. Yuki/J. Schug, “Relational mobility: A sociological approach to personal relationships”, in: *Relationship science: Integrating evolutionary, neuroscience, and sociocultural approaches*, O. Gillath/G.E. Adams/A.D. Kunkel (Eds.). Washington, DC: American Psychological Association, 2012, pp. 137-151.

§ 4. A aspiração – que se pode cartografar como ancestral – de analisar o sistema de administração de justiça sob o prisma das ciências sociais³⁶ acelerou (exponencialmente) a captura do *jurídico* pela *bata branca*; e, com essa captura, a *human mind*, outrora uma zona de influência exclusiva do arguido, passou a pertencer ao domínio público – ao Estado-Juiz. Aos meandros arcanos do Estado-Administração. Aos interesses – tantas vezes labirínticos e insondáveis – do Estado-Legislador. Ao Estado-Coletividade. A mim. A si, caro leitor. Numa palavra, a todos menos aquele que deveria ter o monopólio sobre a sua privacidade mental: o arguido.

§ 5. E é aqui que reencontramos um velho conhecido: a *internet* das coisas (a *internet of things*), que simboliza o desejo indómito de captura da *human mind* pelo Estado, nas suas mais variadas vestes funcionais.

§ 6. A *internet of things* irá acelerar – e, em última análise, selar – a convergência funcional entre o homem e a máquina. Assistir-se-á, a partir da almejada fusão horízontica entre o humano e a máquina, quer à *robotização do ser humano*, quer à *humanização da máquina*.

§ 7. Essa convergência funcional entre o homem e a máquina – em razão da qual a *robotização do ser humano* emergirá como ícone de um *mundo novo* – provocará uma profunda mudança de paradigma no processo penal (até agora) de base liberal, antropocêntrica e humanista.

§ 8. É dessa (profunda) mudança de paradigma – que se cifrará na implosão de alguns princípios basilares do processo penal contemporâneo³⁷,

³⁶ Friedman, Lawrence M., *The Legal System: A Social Science Perspective*, New York, Russell Sage Foundation; First Edition (US) First Printing edition (August 1, 1975), 1975, *passim*.

³⁷ A inteligência artificial já afecta o processo penal brasileiro. Ver: Portaria n.º 271/2020 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Porquanto “Para potencializar seus instrumentos e canais de atendimento à sociedade, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tem investido cada vez mais no desenvolvimento e aperfeiçoamento de soluções tecnológicas. Uma dessas iniciativas mais recentes é a regulamentação do uso de inteligência artificial no Poder Judiciário por meio do Sinapses, plataforma virtual que centralizará as iniciativas da tecnologia. De acordo com a Portaria CNJ n.º 271/2020, publicada no último dia 4 de dezembro, a utilização de inteligência artificial pelos órgãos se dá por meio dessa plataforma comum, fruto de parceria entre o CNJ e o Tribunal de Justiça de Rondônia (TJRO). O uso do repositório centralizado incentiva a colaboração, a transparência, o aprimoramento e a divulgação dos projetos do Judiciário. Todo o código fonte e suas atualizações das rotinas de inteligência

que serão sinalizados adiante – que curaremos neste capítulo. Venha daí, caro leitor, valerá a pena³⁸.

§§ 2.1. A «EXTENDED MIND THESIS» (CLARK/CHALMERS): A TEORIA DA MENTE HUMANA ESTENDIDA E O SEU FILHO DILECTO: A ROBOTIZAÇÃO DO SER HUMANO – QUE CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS TERÃO NO PROCESSO PENAL DO FUTURO?

§ 1. O esforço colectivamente integrado para o qual vimos chamando à atenção – o de levar a cabo uma convergência funcional entre o homem e a máquina e, por isso, de materializar a *robotização do ser humano*, que será trazido, quer pela 4ª revolução industrial, quer pela *internet of things* – ganha forma com o advento e com a implementação da «*extended mind thesis*» (doravante teoria da mente humana estendida³⁹).

§ 2. A teoria da mente humana estendida foi desenvolvida, pouco antes do virar do milénio, por dois investigadores muito conhecidos. A teoria da mente humana estendida insere-se no (acima aludido) esforço colectivamente integrado de implodir as bases fundacionais em que se estriba o *velho mundo* e mapear os pilares identitários em que assentará o

artificial ficam centralizados no Sinapses. Os modelos liberados para produção estarão disponíveis para consulta no Portal do CNJ, contendo a descrição, acurácia, caso de uso e URL da API para integração”. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-regulamenta-uso-de-inteligencia-artificial-no-judicialrio/> (acesso: 08.07.2022).

³⁸ Para maiores desenvolvimentos: Santos, Hugo Luz dos, *Código de Processo Penal – Anotado e Comentado*, Volume I. Braga: NovaCausa Edições Jurídicas, 2022, pp. 1-456; Santos, Hugo Luz dos, *Código de Processo Penal – Anotado e Comentado*, Volume II. Braga: NovaCausa Edições Jurídicas, 2022, pp. 1-744; Santos, Hugo Luz dos, *Processo Penal na Era Compliance*. Lisboa: AAFDL, 2022, pp. 1-769; Santos, Hugo Luz dos, *Inteligência Artificial e Processo Penal*. Braga: NovaCausa Edições Jurídicas, 2022, pp. 1-256; Santos, Hugo Luz dos, *Inteligência Artificial e Processo Civil na Era do Metaverse e dos Machine Learning Algorithms*. Braga: NovaCausa Edições Jurídicas, 2022, pp. 1-264; Santos, Hugo Luz dos, *Direito Contratual do Jogo: Um Olhar Bifronte*. Lisboa: AAFDL, 2022, pp. 1-700, que seguimos de muito perto.

³⁹ Ver: Matthias, Andreas, “From coder to creator: Responsibility issues in intelligent artifact design”, in: *Handbook of Research on Techno ethics*, Rocci Luppichini/Rebecca Adell (Eds.). New York: IGI Global, 2009, pp. 635-650 (passim), que seguimos de muito perto.

novo mundo, em sede do qual o homem e a máquina estarão em comunhão funcional de vistas e de tarefas.

§ 3. A teoria da mente humana estendida⁴⁰ defende, destarte, a *hibridização do pensamento humano*. O pensamento humano – uma criação divina, até aqui uma actividade mental sequencial e harmónica, que se baseava na adequada *arrumação intracromossomial específica* do ser humano que a empreende – deverá ser substituída, em toda a linha, por um pensamento de base mista: metade humano, metade máquina.

§ 4. De tal facto se infere que o pensamento humano – até aqui, um monopólio do ser humano – deverá ser partilhado com a máquina: trata-se da *robotização do ser humano*.

§ 5. A teoria da mente humana estendida preceitua, no essencial, que um segmento do pensamento humano deve ser levado a cabo *fora* do corpo – e do cérebro – humano⁴¹. Numa palavra: uma parte do pensamento humano – mas não todo – deve ser realizado de forma artificial. Vale dizer: uma parte do pensamento humano⁴² deve ser realizado através da inteligência artificial⁴³.

§ 6. A teoria da mente humana estendida defende, assim, a *hibridização do pensamento humano* e, consequentemente, a *robotização do ser humano*. Da polaridade dialéctica entre ambas emerge a possibilidade de captação, armazenamento e processamento de *tudo* o pensamento humano através de inteligência artificial, que engloba, quer a parte do pensamento realizado pelo ser humano, quer a parte do pensamento realizado pela inteligência artificial.

§ 7. A fim de *optimizar* a convergência funcional entre o homem e a máquina, o armazenamento dos dados emergentes do pensamento humano-artificial através de inteligência artificial permitirá que o *robô*

⁴⁰ Clark, Andy/ Chalmers, David, “The Extended Mind”, in: *Analysis*, Volume 58, n.º 1, January 1998, Oxford, Oxford University Press, 1998, pp. 7-19 (passim), que seguimos de muito perto.

⁴¹ Clark, Andy/ Chalmers, David, “The Extended Mind”, *cit.*, passim.

⁴² Mathias, Andreas, “From coder to creator: Responsibility issues in intelligent artifact design”, *cit.*, pp. 635-650 (passim).

⁴³ Clark, Andy/ Chalmers, David, “The Extended Mind”, *cit.*, passim.

humano – produto da *robotização do ser humano* – aceda à inteligência artificial⁴⁴ antes da tomada de quaisquer decisões⁴⁵.

§ 8. Como forma de *maximizar* a fusão horizôntica entre o homem e a máquina – uma das bandeiras da 4ª revolução industrial e um dos corolários da *much-acclaimed internet of things* –, o computador em sede do qual serão armazenados os dados provenientes do pensamento do robô humano⁴⁶ será devidamente (?) programado através de algoritmos⁴⁷ preditivos⁴⁸ no desenho funcional dos quais serão antecipados os melhores e os piores cenários atinentes a cada decisão. Caberá, depois, ao robô humano (ou à máquina à revelia da parte humana?) escolher qual é a opção que melhor tutela os seus interesses.

§ 9. É aqui, caro leitor, que reencontramos outro *old acquaintance of ours*: os algoritmos preditivos⁴⁹ e a vontade de poder absoluto – que vem a galope da *ditadura digital da inteligência artificial* – que lhe subjaz.

§ 10. Como espelho idóneo da fusão horizôntica entre o homem e a máquina, os algoritmos⁵⁰ preditivos⁵¹ estão incrustados⁵² nos «*joint-agent systems*»⁵³ a fim de maximizar a convergência funcional em vista

⁴⁴ Mathias, Andreas, “From coder to creator: Responsibility issues in intelligent artifact design”, *cit.*, pp. 635-650 (passim).

⁴⁵ Clark, Andy/ Chalmers, David, “The Extended Mind”, *cit.*, passim.

⁴⁶ Mathias, Andreas, “From coder to creator: Responsibility issues in intelligent artifact design”, *cit.*, pp. 635-650 (passim).

⁴⁷ Mathias, Andreas, “From coder to creator: Responsibility issues in intelligent artifact design”, *cit.*, pp. 635-650 (passim).

⁴⁸ Clark, Andy/ Chalmers, David,, “The Extended Mind”, *cit.*, passim.

⁴⁹ Schmitz, Amy J., “Expanding Access to Remedies Through E-Court Initiatives”, in: *Buffalo Law Review*, Volume 67, 2019, pp. 90-100 (a autora respiga conclusões empíricas e externaliza sérias preocupações com a existência de algoritmos defeituosos e discriminatórios - *flawed and bigoted algorithms* – na administração da justiça civil e penal, com prejuízo acentuado para a camadas mais desfavorecidas da população).

⁵⁰ Mathias, Andreas, “From coder to creator: Responsibility issues in intelligent artifact design”, *cit.*, pp. 635-650 (passim).

⁵¹ Završnik, Aleš. Algorithmic justice: Algorithms and big data in criminal justice setting. *European Journal of criminology*, pp. 1-20, 2019.

⁵² Clark, Andy/ Chalmers, David,, “The Extended Mind”, *cit.*, passim.

⁵³ Mathias, Andreas, “From coder to creator: Responsibility issues in intelligent artifact design”, *cit.*, pp. 635-650 (passim).

do qual ambos foram erigidos. Estes - os «*joint agent systems*» - visam otimizar a actividade funcional conjunta⁵⁴ entre o ser humano e o robô.

§ 11. Estes «agentes comunicacionais híbridos»⁵⁵ - produto consequencial da *robotização do ser humano* - colocam não só várias questões ao nível da imputação objectiva do facto ao robô⁵⁶ humano⁵⁷, das quais não se curará neste artigo, como, e sobretudo, colocam em causa vários postulados fundacionais do processo⁵⁸ penal⁵⁹.

§ 12. De entre os quais se enumera o princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare*⁶⁰ e o (neófito *or not so much*) direito ao silêncio corpo-

⁵⁴ Filho, Wagner Marteleto, “Comentário à Sessão A linguagem e a lógica da responsibility ascription”, in: *Anatomia do Crime, Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, n.º 3, janeiro-junho de 2016, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 161 e ss e passim, que vimos, igualmente, seguindo de muito perto.

⁵⁵ Filho, Wagner Marteleto, “Comentário à Sessão A linguagem e a lógica da responsibility ascription”, *cit.*, pp. 161 e ss e passim.

⁵⁶ Miró Llinares, Fernando. Inteligencia artificial y Justicia Penal: Más allá de los resultados lesivos causados por robots. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 20, pp. 87-130, 2018.

⁵⁷ Mathias, Andreas, “From coder to creator: Responsibility issues in intelligent artifact design”, *cit.*, pp. 635-650 (passim). Este autor defende, de modo que pode considerar como razoável, que o humano – ou a parte que resta dele – não pode ser totalmente responsabilizado por eventuais crimes ou infracções civis praticados por ocasião – e por causa – da comunhão funcional entre o homem e a máquina. Isto é particularmente relevante num tempo em que se fala, com cada vez mais insistência, do manuseio de armas, aeronaves, automóveis híbridos, automóveis sem condutor através de robôs humanos (ou *cyborgs*) criados – e/ou manobrados – através de inteligência artificial. Ver: Filho, Wagner Marteleto, “Comentário à Sessão A linguagem e a lógica da responsibility ascription”, *cit.*, pp. 161 e ss e passim, que seguimos de muito perto.

⁵⁸ De Miguel Beriain, Iñigo; Pérez Estrada, M. Josune. La inteligencia artificial en el proceso penal español: un análisis de su admisibilidad sobre la base de los derechos fundamentales implicados. *Revista de derecho UNED (RDU-NED)*, n 25, 2019, pp. 531-561.

⁵⁹ Pagallo, Ugo, Quattrococo Serena, The Impact of AI on Criminal Law and its twofold procedures, in: W. Barfield, U. Pagallo, *Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence*, 2018. Chetelham: Edward Elgar, 2018, p. 385-409.

⁶⁰ Que se aplica mesmo às pessoas colectivas. Ver: Silva, Sandra Oliveira e, *O Arguído como Meio de Prova contra si mesmo: Considerações em Torno do Princípio Nemo Tenetur se Ipsum Accusare*, Coimbra, Almedina, 2019 (Reimpressão), p. 50 (refere que “o âmbito das garantias processuais de defesa,

ral, que proscrevem a possibilidade de o arguido contribuir activamente para a sua própria incriminação⁶¹. Sequer contribuir activamente para fundamentar ou agravar a sua responsabilidade jurídico-penal. Adiante veremos este ponto com um pouco mais de atenção. Para lá se remete o leitor interessado.

§ 13. Estes «agentes comunicacionais híbridos»⁶² - produto consequencial da 4ª revolução industrial e da ditadura digital da inteligência artificial – desnudam a (muito) preocupante «desvantagem epistémica»⁶³ da metade humana do robô em face da máquina – o *detentor* do domínio de facto que subjaz à decisão humana num futuro próximo.

§ 14. «Desvantagem epistémica»⁶⁴, essa, que se cifra: i) no enorme poder de processamento de dados de conteúdo e de informações

na certeza de que, sendo embora «eminentemente pessoais», o catálogo do artigo 32.º da Constituição não integra direitos (em geral) incompatíveis com a natureza coletiva do ente-arguido”).

⁶¹ Silva, Sandra Oliveira e, “Direito ao silêncio e deveres de colaboração nos processos por delitos económico-financeiros, in: *Julgar*, n.º 38, maio-agosto de 2019, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 138 e ss (ênfataza que o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* assenta, justamente, no direito a não ser obrigado a colaborar para a sua própria condenação). Convergente: Cunha, José Damião da., *O Caso Julgado Parcial, Questão da Culpabilidade e Questão da Sanção num Processo de Estrutura Acusatória*, Porto, Universidade Católica Publicações, 2002, p. 344.

⁶² Filho, Wagner Marteleto, “Comentário à Sessão A linguagem e a lógica da responsibility ascription”, *cit.*, pp. 161 e ss e passim.

⁶³ Mathias, Andreas, “From coder to creator: Responsibility issues in intelligent artifact design”, *cit.*, pp. 635-650 (passim), Filho, Wagner Marteleto, “Comentário à Sessão A linguagem e a lógica da responsibility ascription”, *cit.*, pp. 161 e ss e passim.

⁶⁴ “Desvantagem epistémica”, essa, que pode ser reconduzível, em rectas contas e com as devidas adaptações, a um *indelible stain of guilt* celebrizado por Adam Smith. Esse reputado economista aduz que “*indelible stain of guilt is worse than pain. Thus, for one man unjustly to promote his own advantage by the loss or disadvantage of another, is more contrary to nature, than death, than poverty, than pain, than all misfortunes which can affect him. This moral sentiment, reflected in powerful social norms that proscribe harming others, could lead some people to evaluate the costs of others pain as higher than own in a setting where they feel a degree of responsibility for that pain*”. Ver: Smith, Adam, *The Theory of Moral Sentiments*, 1ª edition (1759). Gutenberg Publishers, 2011, pp. 1-358 (passim). Itálicos nossos.

protagonizado pela máquina⁶⁵, que não é comparável com a menor capacidade de processamento cognitivo da metade humana; ii) no domínio, por parte da máquina, de um aparato tecnológico (que já chegou, porém, a alguns sistemas de administração de justiça estrangeiros⁶⁶) que subjaz aos «equipamentos sensoriais adicionais»⁶⁷; iii) no domínio, por parte da máquina, de um aparato tecnológico que permite adquirir, medir, processar e analisar, em tempo real, o conteúdo da *privacidade mental da mente humana* e, pior, um conjunto de reacções psicológicas⁶⁸, pensamentos, sensações e emoções⁶⁹ (que deveriam ser irredutivelmente) privados – aspiração ancestral, como vimos, do Estado nas suas frondosas incumbências funcionais;

⁶⁵ Mathias, Andreas, “From coder to creator: Responsibility issues in intelligent artifact design”, *cit.*, pp. 635-650 (passim); Filho, Wagner Marteleto, “Comentário à Sessão A linguagem e a lógica da responsibility ascription”, *cit.*, pp. 161 e ss e passim.

⁶⁶ Dixon, H. B. “The Evolution of a High Technology Courtroom”, in: *Future Trends in State Courts*, Virginia, National Center for State Courts, 2011, passim; Workman, M. “Advancements in technology: New opportunities to investigate factors contributing to differential technology and information use”, in: *International Journal of Management and Decision Making*, Volume 39, 2007, pp. 317 e ss e passim (exaltam as vantagens do uso da alta tecnologia nos tribunais estaduais). Existe, porém, um sector da doutrina norte-americana que alerta para o desequilíbrio no acesso à justiça. Desequilíbrio, esse, que aprofundará o fosso entre os ricos e os pobres do ponto de vista do acesso à justiça nos tribunais estaduais: Donoghue, Jane, “The Rise of Digital Justice: Courtroom Technology, Public Participation and Access to Justice”, in: *The Modern Law Review*, Volume 80, n.º 6, 2017, p. 995. Existe um outro estudo empírico que, porém, exalta as muitas qualidades do *online dispute resolution* e desvaloriza, de certo modo, o eventual fosso entre os ricos e os pobres do ponto de vista do acesso ao direito e aos tribunais. Ver: Bailey, J./ Burkell, J./ Reynolds, G. “Access to Justice for All: Towards an “Expansive Vision” of Justice and Technology”, in: *Windsor Yearbook of Access to Justice*, Volume 31, 2013, pp. 183-201.

⁶⁷ Filho, Wagner Marteleto, “Comentário à Sessão A linguagem e a lógica da responsibility ascription”, *cit.*, pp. 161 e ss e passim; Mathias, Andreas, “From coder to creator: Responsibility issues in intelligent artifact design”, *cit.*, pp. 635-650 (passim).

⁶⁸ Ver esta possibilidade, que já chegou à mediação: Tanz, Jill S./McClintock, Martha K. “The Psychologic Stress Response During Mediation”, in: *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Volume 32, n.º 1, 2017, pp. 31-74.

⁶⁹ Barret, Lisa Feldman. *How emotions are made: the secret life of the brain*. Boston: Houghton Mifflin Harcourt, 2017.

§ 15. iv) (A alta tecnologia⁷⁰ que sustenta) a recolha, armazenamento, processamento e análise de um conjunto de dados pessoais⁷¹ e biométricos⁷² da metade humana (que permitem o reconhecimento

⁷⁰ Que já chegou a alguns sistemas de administração de justiça. Principalmente à mediação. Ver: Carrel, Alyson/ Ebner, Noam, “Mind the Gap: Bringing Technology to the Mediation Table”, in: *Journal of Dispute Resolution*, Volume 2, n.º 5, 2019, pp. 1 e ss. Mas não só. Também já chegou ao processo civil dos Estados Unidos da América. Ver: Sternlight, Jean R., “Justice in a Brave New World”, in: *Connecticut Law Review*, Volume 52, n.º 1, 2018, pp. 230 e ss e passim.

⁷¹ Convergente: Gillis, Talia B./Spies, Jann L., “Big Data and Discrimination”, in: *University of Chicago Law Review*, Volume 86, 2019, pp. 460 e ss (vinca, a este propósito, o potencial de ofensividade que exorna do *feature selection* para os direitos fundamentais dos cidadãos – o que é de primacial importância em sede do processo civil dual do futuro). Alertam para a radical – e inescrutável – subjectividade – até arbítrio – que emerge do *feature selection* dos programadores humanos e dos *data analysts*: BERMAN, EMILY, “A Government of Laws and Not of Machines”, in: *Boston University Law Review*, Volume 98, 2018, pp. 1277 e ss e passim; SELBST, ANDREW D., “Disparate Impact in Big Data Policing”, in: *Georgia Law Review*, Volume 52, 2017, pp. 109 e ss e passim; GLABERSON, STEPHANIE K., “Coding Over the Cracks: Predictive Analysis and Child Protection”, in: *Fordham Urban Law Journal*, Volume 46, 2019, pp. 307 e ss e passim.

⁷² Sales, Erin M., Note, “The “Biometric Revolution”: An Erosion of the Fifth Amendment Privilege to Be Free from Self-Incrimination”, in: *University of Miami Law Review*, Volume 69, 2014, pp. 193, 193–239. Ver ainda: Norris, Stacy, Note, “...And the Eye in the Sky is Watching Us All”—The Privacy Concerns of Emerging Technological Advances in Casino Player Tracking”, in: *UNLV Gaming Law Journal*, Volume 9, 2019, pp. 269-274 (“Biometrics’ refers to the method of identifying persons through scanning a part of the human body possessing unique characteristics: ‘For identification, an image is run against a database of images. For authentication, an image has to be accessed from the device to confirm a match. The latter is typically used for unlocking computers, phones, and applications.’ This can include fingerprint, facial, and iris scans; speech patterns; ‘heartbeat data’; ‘how you walk and type’; and ‘the uniqueness of vascular patterns in the eyes or even a person’s specific gait...’) (internal citations omitted). Itálicos nossos. Ver ainda: Santos, Hugo Luz dos, “A Brave New World of Ambient Intelligence in the Casinos of Macau: Reality or Fiction?”, in: *UNLV Gaming Research & Review*, Volume 19, 2015, p. 41 (“The concept of intelligent ambient or IAm (from the English *Ambient Intelligence*) represents a digital and pervasive ambient created by the convergence of the technologies of radio transmission and broadcasting (as an identification by radiofrequency (RFID), agents of software, sensor networks, and processing of data by personal mobile devices. *The convergence of technologies in*

facial) poderá ser usada pela máquina para fins espúrios àqueles que presidiram à sua captação *in the first place* – como, por exemplo, a (medonha) realização de *deep fakes* que poderão fundamentar ou agravar a responsabilidade penal da metade humana nesse processo ou noutro processo penal;

§ 16. v) a *robotização do ser humano* e a *humanização da máquina*, supedâneos essenciais da *ditadura digital da inteligência artificial*, cifrar-se-ão, por outro lado, na redução drástica da empatia⁷³ no processo penal – robotiza-se o humano, robotiza-se, natural e necessariamente, o processo penal.

§ 17. vi) A *robotização do ser humano* acelerará exponencialmente o processo de degradação (e de erosão) da dignidade da pessoa humana – um dos baluartes do processo penal de base antropocêntrica e humanista e do direito penal liberal que sustentou o *velho mundo*.

§ 18. vii) Na medida em que, quanto maior for a (magnitude da) captação de dados biométricos, pessoais e de conteúdo por parte da máquina (que tem uma capacidade de memória infinita⁷⁴ e uma capacidade de realizar de inferências analíticas de base algorítmica ilimitada), menor será o lastro irredutivelmente humano do arguido; e, por isso, menor será não só a *privacidade mental* do mesmo (bem como drasticamente reduzida será a extensão do *direito ao silêncio corporal* que poderá ser exercido no processo penal, como veremos adiante) como, e sobretudo, menores serão as garantias processuais de defesa que o processo penal do futuro lhe oferecerá;

cyberspace facilitates the integration and the interaction of the devices named as ‘intelligent’). Itálicos nossos.

⁷³ Newell, Lauren A., “Rebooting Empathy for the Digital Generation Lawyer”, in: *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Volume 34, n.º 1, 2019, pp. 1-96 (4-6) (contending that empathy is now needed more than ever amidst a digital world in which people somewhere along the line ceased to communicate “face to face”. Rebooting empathy in the remit of dispute resolution is the way forward in this scholar’s insightful view).

⁷⁴ Filho, Wagner Marteleto, “Comentário à Sessão A linguagem e a lógica da responsibility ascription”, *cit.*, pp. 161 e ss e passim; Mathias, Andreas, “From coder to creator: Responsibility issues in intelligent artifact design”, *cit.*, pp. 635-650 (passim).

§ 19. viii) A *robotização do ser humano* afastará o ser humano do processo de construção da decisão humana. Porquanto a metade humana não terá qualquer forma de controlar não só a captação e processamento do conteúdo da sua *privacidade mental* como, e sobretudo, não terá qualquer mecanismo de controlo⁷⁵ sobre o processo de realização de inferências analíticas de base algorítmica a partir daquela – a *privacidade mental*. O mesmo se diga do uso indevido dos dados inseridos na privacidade mental do arguido. Como a posterior incriminação da parte humana – pela máquina – com base no conteúdo da sua privacidade mental, que armazenará informações vitais acerca da prática de um eventual crime.

§ 20. ix) A *robotização do ser humano* alçapremará, destarte, a máquina como a proprietária exclusiva do *domínio de facto* de todo o processo decisório humano, subjugando inapelavelmente o ser humano, que ficará irremediavelmente privado do seu inalienável *direito à solidão mental*, que se desdobra do seu *direito à privacidade*⁷⁶ *mental*.

⁷⁵ Filho, Wagner Marteleto, “Comentário à Sessão A linguagem e a lógica da responsibility ascription”, *cit.*, pp. 161 e ss e passim; Mathias, Andreas, “From coder to creator: Responsibility issues in intelligent artifact design”, *cit.*, pp. 635-650 (passim).

⁷⁶ Por essa razão se compreende que a doutrina refira que, “com a *esfera íntima* e a *esfera privada* da pessoa humana, seja enquanto pretensão de isolamento, tranquilidade e exclusão do acesso dos outros a si próprio (*direito à solidão*), seja, enquanto impedimento à ingerência dos outros (*direito ao anonimato*), seja ainda, mais modernamente, e perante a insuficiência protetora das referidas dimensões, enquanto controlo das informações que lhe dizem respeito e de subtração ao conhecimento dos outros os factos reveladores do modo de ser do sujeito na condução da sua vida privada (*autodeterminação informacional*)”. (...) Esta última dimensão, hoje a de maior relevo, “impede que o “eu” seja objeto de apropriação pelos outros, como matéria de comunicação na esfera pública. Nela conjugam-se o direito ao segredo (à intromissão dos outros na esfera privada, com tomada de conhecimento de aspetos a ela referentes) e um direito à reserva (proibição de revelação)”. Ver: Ribeiro, Joaquim Sousa, “A Tutela de bens da personalidade na Constituição e na Jurisprudência constitucional portuguesas”, in: *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 853. Esta posição doutrinária acaba por assimilar, nos seus traços essenciais, a *teoria das três esferas de privacidade* (a esfera pública, a esfera privada e a esfera íntima) elaborada por Hubmann, Heinrich, *Das Persönlichkeit*, 2. Auflage, Köln/Graz, 1967, passim. Que foi acolhida, no essencial, em um seminal aresto jurisprudencial: Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 67/2003, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Benjamim Rodrigues, disponível em www.dgsi.pt.

§ 21. x) Vejamos, com um pouco mais de detalhe, as consequências jurídicas que emergirão da *robotização do ser humano* no processo penal⁷⁷ do futuro.

§§ 2.1.1. **IMPLICARÁ A ROBOTIZAÇÃO DO SER HUMANO A PULVERIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DO NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE NO PROCESSO PENAL DO FUTURO?**

§ 1. Aqui chegados, caro leitor, a questão que se coloca é a de saber quais são as consequências jurídicas da *robotização do ser humano* no processo penal do futuro.

§ 2. Um dos mais lídimos corolários do processo penal de cariz liberal e humanista é a insusceptibilidade de instrumentalização do arguido para fins processuais. Diz-se comumente que o arguido não só não tem o dever de colaborar com a justiça como, e sobretudo, tem o direito de recusar qualquer contribuição processualmente activa⁷⁸ para a sua própria incriminação⁷⁹.

pt. A posição doutrinal do ilustre autor foi acolhida, no essencial, pelo Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 403/2015, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Pedro Machete, disponível em www.dgsi.pt. Aresto que conta com um excelente voto de vencido exarado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Teles Pereira, disponível em www.dgsi.pt.

⁷⁷ Sobre o impacto da inteligência artificial no processo penal: NIEVA FENOLL, Jordi. *Inteligencia artificial y proceso judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2018.

⁷⁸ Silva, Sandra Oliveira e “O arguido como meio de prova contra si mesmo – Considerações em torno do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*”, in: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano X, 2013, pp. 361-379; Silva, Sandra Oliveira e “*Nemo tenetur se ipsum accusare* e Direito Tributário: Das (In)iludíveis) Antinomias à Harmonização (Possível)”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, Volume II, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Instituto Jurídico, 2017, pp. 835 e ss e passim.

⁷⁹ Dias, Jorge de Figueiredo/Pinto, Frederico de Lacerda da Costa/Andrade, Manuel da Costa, *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova, Estudos sobre o Mercado de Valores Mobiliários*, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 39 e ss e passim; Andrade, Manuel da Costa., *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pp. 125 e ss e passim; Fidalgo, Sónia, “Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 16, N.º 1, Janeiro-Março de 2006, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 144 e ss e passim.

§ 3. É com este pano de fundo que floresce a ideia seminal de acordo com a qual o princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare* se arvora como uma conquista civilizacional que simboliza a passagem do *l'état de nature* à *l'état civil*⁸⁰. Mais ainda : o *nemo tenetur se ipsum accusare* simboliza, quer a senescência do *L'Etat primitif*⁸¹, quer a emergência do *l'état civil* amigo dos direitos fundamentais do arguido.

§ 4. O direito à não auto-incriminação (*nemo tenetur se ipsum accusare*), sendo um matiz idóneo da humanização dos sistemas de administração de justiça penal que calcorreou séculos, faz parte de *la nature des choses*⁸² de um processo penal de jaez antropocêntrico e humanista.

⁸⁰ Ver : Rousseau, Jean Jacques, *Du Contrat Social, ou Principes du Droit Politique*, Bibliothèque publique et universitaire de Geneve (première version); «Le manuscrit contenant la version définitive du Contrat social qui a été imprimée a disparu.» le Pléiade édition t. III, p.1866. Publication, Amsterdam, février-mars 1762, Marc Michel Rey, etc.; le Pléiade édition t. III, pp. 347-470, 1866-1874. = Du Peyrou/Moultou 1780-1789 quarto édition; t. I, 1782, pp. 187-360 (« *De l'Etat civil. Ce passage de l'état de nature à l'état civil produit dans l'homme un changement trèsremarquable, en substituant dans sa conduite la justice à l'instinct, & donnant à ses actions la moralité qui leur manquoit auparavant. C'est alors seulement que la voix du devoir succédant à l'impulsion physique & le droit à l'appétit, l'homme qui jusques-là n'avoit regardé que lui-même, se voit forcé d'agir sur d'autres principes, & de consulter sa raison avant d'écouter ses penchans. Quoiqu'il se prive dans cet l'Etat de plusieurs avantages qu'il tient de la nature, il en regagne de si grands, ses facultés s'exercent & se développent, ses idées s'étendent, ses sentimens s'ennoblissent, son ame toute entiere s'élève à tel point que, si les [209] abus de cette nouvelle condition ne le dégradent souvent au-dessous de celle dont il est sorti, il devroit bénir sans cesse l'instant heureux qui l'en arracha pour jamais, & qui, d'un animal stupide & borné, fit un être intelligent & un homme*»). Itálicos nossos.

⁸¹ Rousseau, Jean Jacques *Du Contrat Social, ou Principes du Droit Politique*, cit.: 347-470 («*Du Pacte Social. Je suppose les hommes parvenus à ce point où les obstacles qui nuisent à leur conservation dans l'état de nature, l'emportent par leur résistance, sur les forces que chaque individu peut employer pour se maintenir dans cet état. Alors cet l'Etat primitif ne peut plus subsister, & le genre-humain périroit s'il ne changeoit de maniere d'être. Or, comme les hommes ne peuvent engendrer de nouvelles forces, mais seulement unir & diriger celles qui existent, ils n'ont plus d'autre moyen pour se conserver, que de former par agrégation une somme de forces qui puisse l'emporter sur la résistance, de les mettre en jeu par un seul mobile, & de les faire agir de concert*»). Itálicos nossos.

⁸² Montesquieu, *L'Esprit des Lois*, Une édition électronique réalisée à partir du livre Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1758). (Texte de 1758, dernier état

§ 5. De tal facto se infere que, sem embargo da natureza substantiva⁸³ ou processualista⁸⁴ que subjaz *nemo tenetur se ipsum accusare*, a prerrogativa de não auto-incriminação é uma emanação – porventura a mais rútila – do princípio-garantia a que se denomina princípio da legalidade penal⁸⁵.

du texte revu par Montesquieu. L'orthographe a été modernisé et la ponctuation légèrement, mais non la graphie. Édition établie par Laurent Versini, professeur à la Sorbonne. Paris: Éditions Gallimard, 1995 (2 volumes: vol I: pp. 1 à 604 ; vol. II: pp. 605 à 1628.) Collection folio Essais) (« *Les Lois, dans la signification la plus étendue, sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses* »). Itálicos nossos.

⁸³ Ramos, Vânia Costa, “Parte II, Corpus Iuris – Imposição ao arguido de entrega de documentos e *nemo tenetur se ipsum accusare*”, in: *Revista do Ministério Público*, N.º 109, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 60 e ss e passim.

⁸⁴ Dias, Jorge de Figueiredo/Pinto, Frederico de Lacerda da Costa/Andrade, Manuel da Costa., *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova, Estudos sobre o Mercado de Valores Mobiliários, op. cit.*, p. 39; Pinto, Lara Sofia, “Privilegio contra a auto-incriminação versus colaboração do arguido. Case Study: revelação coactiva da password para descriptação de dados – resistência is futile?”, in: *Prova Criminal e Direito de Defesa, Estudos sobre a Teoria da Prova e Garantias de Defesa*, Coordenação: Teresa Pizarro Beleza/Frederico Lacerda Costa Pinto. Coimbra: Almedina, 2010, pp. 107 e ss e passim.

⁸⁵ Por essa razão, a doutrina vem afirmando que a amplitude do processo hermenêutico e argumentativo de aplicação da lei penal encontra aqui, na moldura semântica do texto-norma, uma barreira intransponível – uma barreira que se traduz na preferência civilizacional que o Direito Penal atribui à liberdade pessoal (art.º 28.º, n.º 1, da CRP) sobre a (conflituante) densificação das finalidades político-criminais que justificam a instituição do sistema penal e que está na génese da robusta força normativa que a Constituição Processual Penal confere à garantia pessoal (do arguido) de não-punição fora do domínio da legalidade penal. Ver: Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I, Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, *passim*, que seguimos de muito perto. Isso também explica a razão pela qual “quanto mais interpretação mais legalidade”; Costa, José de Faria, “Construção e Interpretação do Tipo Legal de Crime à luz do princípio da Legalidade: duas questões ou um só problema?”, in: *Revista de Legislação e Jurisprudência (RLJ)*, Ano 134, Março – Abril 2002, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 366. Ver ainda: Santos, Hugo Luz dos/Figueiredo, José Miguel, *Regime de Jogo Ilícito (Anotado e Comentado)*. Lisboa: AAFDL, 2022, que seguimos de perto. Entende-se que assim seja. O processo interpretativo densifica a axiologia que a norma encerra no seu desenho funcional, o que permite, por seu turno, a captação do sentido histórico da mesma. Trata-se, no essencial, de procurar activamente a solução normativamente adequada ao caso concreto. Numa palavra, trata-se de aplicar o direito

§ 6. O núcleo essencial da prerrogativa processual-material contra a auto-incriminação⁸⁶, do *nemo tenetur se ipsum accusare*, polariza-se na ideia central de que este tem uma área de tutela inviolável que se centra nos «contributos auto-incriminatórios activos» por oposição aos (irrelevantes) «contributos auto-incriminatórios passivos»⁸⁷, designadamente os decorrentes da tolerância passiva⁸⁸.

§ 7. A *robotização do ser humano* – operada pela convergência funcional entre o homem e a máquina, uma das bandeiras que a 4ª revolução industrial, e os seus herdeiros legítimos, a *internet of things* e a internet 5G, alçaram bem alto – converterá a parte humana em instrumento da sua própria condenação⁸⁹.

§ 8. Porquanto a parte humana do robô – produto consequencial, quer da *teoria da mente estendida*, quer da *robotização do ser humano*, que constitui um afloramento daquela – contribuirá activamente para a captação da sua *privacidade mental*, no âmbito da qual poderão estar armazenadas eventuais informações auto-incriminatórias respeitantes à prática do crime.

§ 9. A metade humana do robô é compelida à prática de um acto auto-incriminatório – converter-se em metade máquina para, assim,

justo ao caso concreto. Ver: Costa, José de Faria/Sousa, Susana Aires de, “A interpretação do tipo legal de crime à luz do princípio da legalidade: reflexão a propósito dos bens alimentares perigosos para a saúde e vida humanas”, in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 144.º, N.º 3990, janeiro-fevereiro 2015. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, pp. 212-213.

⁸⁶ Santos, Hugo Luz dos/Figueiredo, José Miguel, *Crédito para Jogo ou para Apostar em Casino – Anotado e Comentado*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (AAFDL), 2021, *passim*.

⁸⁷ Andrade, Manuel da Costa, “Nemo tenetur se ipsum accusare e direito tributário. Ou a insustentável indolência de um acórdão (n.º 340/2013) do Tribunal Constitucional”, in: *Revista de Legislação e Jurisprudência (RLJ)*, Ano 144.º, novembro-dezembro de 2014, N.º 3989. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, pp. 144 e ss e *passim* que seguimos de muito perto.

⁸⁸ Na doutrina alemã: Kasiske, Peter, “Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafprozess”, in: *JuS*, 2014, pp. 23-26; Zuck, Rüdiger, “Faires Verfahren und der Nemo tenetur-Grundsatz bei der Besuchsüberwachung zu BGH, Urteil v. 29.04.2009”, in: *Juristische Rundschau*, 2010, pp. 18-27.

⁸⁹ Andrade, Manuel da Costa, “Nemo tenetur se ipsum accusare e direito tributário. Ou a insustentável indolência de um acórdão (n.º 340/2013) do Tribunal Constitucional”, *op. cit.*, *passim*. Sem se referir, contudo, à inteligência artificial.

permitir, oportunamente, o esbulho da sua *privacidade mental*, cujo produto será livremente valorado em sede de processo penal – a essa luz, a parte humana do robô é (soez e cavilosamente) instrumentalizada para fins processuais, não apenas como corpo, mas também como personalidade, capaz de uma decisão autônoma de vontade⁹⁰.

§ 10. O *nemo tenetur se ipsum accusare* – uma das bases fundacionais em que se estriba um processo penal de base antropocêntrica e humanista – corporiza uma compressão de fundo do Estado de Direito (*rechtsstaatliche Grundhaltung*), que se respalda no respeito pela quintessencial dignidade humana⁹¹. O *nemo tenetur se ipsum accusare* representa, destarte, um entreposto avançado de proteção do direito de personalidade do arguido perante o qual tem de recuar o interesse do Estado-Juiz na perseguição criminal⁹².

§ 11. O que significa, no essencial, que a dignidade da pessoa humana – pelo menos a da parte humana do robô - impõe que esta possa decidir livremente se quer ou não ser utilizada como instrumento da sua própria condenação⁹³.

§ 12. Se isso não acontecer – como não acontecerá, quer após a implementação da teoria da mente humana estendida⁹⁴, quer após a materialização da *robotização do ser humano* – o princípio da dignidade da pessoa humana será pulverizado e o princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare* deverá estar preparado para se tornar irrelevante (ou para

⁹⁰ Kasiske, Peter, “Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafprozess”, *cit.*, *passim*.

⁹¹ Andrade, Manuel da Costa, “Nemo tenetur se ipsum accusare e direito tributário. Ou a insustentável indolência de um acórdão (n.º 340/2013) do Tribunal Constitucional”, *cit.*, p. 146, que segue de muito perto a posição do Tribunal Constitucional Federal Alemão.

⁹² Andrade, Manuel da Costa,, “Nemo tenetur se ipsum accusare e direito tributário. Ou a insustentável indolência de um acórdão (n.º 340/2013) do Tribunal Constitucional”, *cit.*, p. 146.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ Mathias, Andreas, “From coder to creator: Responsibility issues in intelligent artifact design”, *cit.*, pp. 635-650 (*passim*) (aduz desabridamente que “*there is no way a human could outperform the controlling computer of a fighter plane or a nuclear power plant: he is a slave to their decisions, because he is physically unable to control and supervise them in real time*”. Itálicos nossos. Ver ainda: Filho, Wagner Marteleto, “Comentário à Sessão A linguagem e a lógica da responsibility ascription”, *cit.*, pp. 161 e ss e *passim*).

se tornar um mero instrumento de *symbolic self-inflation*⁹⁵) no plano do processo penal do futuro.

§ 13. Será o fim do processo penal que (por enquanto) se louva em (estritos e estreitos) prolegómenos de antropocentrismo humanista. Será, igualmente, o fim da privacidade (temática, mental e espacial) e da auto-determinação informacional do arguido em processo penal. Vejamos, de forma tópica, em que termos.

§§ 2.1.2. *IMPLODIRÁ A ROBOTIZAÇÃO DO SER HUMANO O DIREITO AO SILÊNCIO CORPORAL (JORGE DOS REIS BRAVO) NO PROCESSO PENAL DO FUTURO?*

§ 1. A doutrina e a jurisprudência⁹⁶ têm entendido que o direito ao silêncio (que decorre do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*) se aplica a uma qualquer actividade processual por parte do arguido que contribua, em maior ou menor magnitude, para a sua própria incriminação⁹⁷, sendo esse um corolário do *legitimacy through fairness*, de que fala a doutrina dos Estados Unidos da América⁹⁸.

⁹⁵ Duffy/Y. Uchida/S. Kitayama, *Symbolic self-inflation: A cross-cultural comparison*, Piscataway, New Jersey, Rutgers University Press, 2008, *passim*.

⁹⁶ Dias, Augusto Silva /Ramos, Vânia Costa, *O Direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no Processo Penal e Contra-Ordenacional Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 34 e ss e *passim*; Ramos, Vânia Costa, “Parte I, Corpus Iuris – Imposição ao arguido de entrega de documentos e *nemo tenetur se ipsum accusare*”, in: *Revista do Ministério Público*, N.º 108. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 132 e ss e *passim*; Silva, Augusto Silva, “Têm os deveres de cooperação do art.º 7.º e ss do DL N.º 29/2008, de 25 de Fevereiro, Implicações Processuais Penais ou Contra-Ordenacionais?”, in: *Direito Penal Económico e Financeiro*, Conferência do Curso Pós-Graduado de Aperfeiçoamento, Coordenadores: Maria Fernanda Palma; Augusto Silva Dias; Paulo de Sousa Mendes. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 435 e ss e *passim*. Na jurisprudência: Acórdão do Tribunal Constitucional de Portugal n.º 155/07; Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 181/2005; Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 340/2013, todos disponíveis em www.dgsi.pt.

⁹⁷ Santos, Hugo Luz dos /Figueiredo, José Miguel, *Crédito para Jogo ou para Aposta em Casino – Anotado e Comentado*, *cit.*, *passim*, que seguimos de muito perto.

⁹⁸ Luban, David, “Fairness to Rightness: Jurisdiction, Legality, and the Legitimacy of International Criminal Law”, in: *Georgetown Law Faculty Working Papers*, July 2008, 2008, p. 13.

§ 2. A questão que se coloca é a de saber qual é o impacto que a *robotização do ser humano* terá na integridade epistémico-funcional do direito ao silêncio corporal⁹⁹. A questão – na sua singeleza espumosa – não é de somenos importância. Sequer de *lana caprina*. Porquanto, o «corpo fala e, salvo erro técnico-procedimental, «não mente»¹⁰⁰.

§ 3. É certo que o *nemo tenetur se ipsum accusare* não é um direito absoluto¹⁰¹. Não é menos certo, porém, que o *direito ao silêncio corporal*, que decorre do mesmo¹⁰², impõe que o seu conteúdo essencial seja devidamente tutelado no processo penal através do celeberrimo «juiz das liberdades»¹⁰³. O que não é, de todo, de escassa importância.

⁹⁹ Bravo, Jorge dos Reis, “Testis contra se – a possibilidade de um direito ao silêncio corporal”, in: *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, 2018-I. Coimbra: Almedina, 2018, p. 152 (respondendo, de certa forma, ao repto lançado pelo ilustre autor, que questiona “será interessante assistir ao impacto que a progressiva aplicação da *inteligência artificial* poderá vir a implicar relativamente a valores e direitos como a reserva da vida privada, a integridade pessoal e a autodeterminação informacional”). Itálicos do autor.

¹⁰⁰ Bravo, Jorge dos Reis, “Testis contra se – a possibilidade de um direito ao silêncio corporal”, *cit.*, p. 166.

¹⁰¹ Queijo, Elisabeth, *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 363 e ss e passim.

¹⁰² Silva, Germano Marques da, *Curso de Direito Processual Penal*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2014, passim; convergente: Menezes, Sofia Saraiva de, “Direito ao silêncio: a verdade por trás do mito”, in: *Prova Criminal e Direito de Defesa - Estudos Sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal*, Frederico Lacerda da Costa Pinto/Teresa Pizarro Beleza (Coordenação). Coimbra: Almedina, 2010, pp. 134 e ss e passim.

¹⁰³ Sobre o “juiz das liberdades” em processo penal: Lemos, Miguel Manero de, “Os “crimes incaucionáveis” no Código de Processo Penal de Macau”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, Volume II, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Instituto Jurídico, 2017, pp. 472 e ss; Mouros, Maria de Fátima, *Juiz das Liberdades. Desconstrução de um Mito do Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 2011, 1-472 (passim) (pugna, porém, por desconstruir o mito do juiz das liberdades, mas outorgando-lhe, se bem a lemos, um papel de garante do (e pelo) respeito pela legalidade democrática e pela defesa do núcleo essencial dos direitos fundamentais dos cidadãos no âmbito do processo penal português personalista-funcionalista). Ver: Mesquita, Paulo Dá, *Direcção do Inquérito Penal e Garantia Judiciária*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 177 (frisa que “à luz das categorias garantia e controlo o juiz de instrução na fase de inquérito tem uma natureza monofuncional, com efeito, esse órgão não controla o exercício

§ 4. O potencial de ofensividade¹⁰⁴ que deriva da violação do direito ao silêncio corporal (que se traduz no direito a não deixar o corpo falar

da acção penal mas é um garante de liberdades, avalia judicialmente as iniciativas do Ministério Público que atingem as liberdades fundamentais do indivíduo visado pelo inquérito, quer dizer a liberdade pessoal e patrimonial (que podem ser limitadas por medidas de coacção e medidas de garantia real) e a liberdade moral (a reserva de comunicações, correspondência e domicílio) quando estas possam ser atingidas por procedimentos adoptados na função de recolha de fontes de prova”). Itálicos nossos. Ver ainda: Santos, Hugo Luz dos, *Processo Penal da Pessoa Colectiva na Era do Compliance*. Braga: NovaCausa Edições Jurídicas, 2021, passim.

¹⁰⁴ Pode traçar-se um paralelo comparativo com o princípio da ofensividade que gravita em torno dos bens jurídicos colectivos ou supra-individuais, cujo potencial de ofensividade é muito maior do que aquele que atinge os bens jurídicos individuais. Aquele – o princípio da ofensividade – tem uma extensão e perigosidade muito maior no âmbito dos bens jurídicos colectivos (o ambiente, a saúde pública, a segurança colectiva, a sustentabilidade económico-financeira) do que no âmbito dos bens jurídicos individuais (o património, a propriedade, a integridade física). O princípio da ofensividade cruza-se com a candente temática da figura doutrinal da acumulação e da capacidade de resistência (*Wehrhaftigkeit*) a condutas não acumulativas, cuja análise se subtrai à economia deste artigo. Ver: Câmara, Guilherme, “Capacidade de resistência do bem jurídico colectivo e o problema da conduta cumulativamente ofensivo às futuras gerações”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 28, N.º 2, maio-agosto de 2018, 2018, pp. 174 e ss e passim. Um Direito Penal exclusivamente focado no núcleo essencial dos bens jurídicos clássicos não poderá arrostar eficaz e cabalmente os sempiternos desafios do *Direito Penal do Futuro*. Ver: Heine, Günther, “Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts”, in: *Neue Juristische Wochenschrift*, n.º 39, 1990, pp. 2425-2426 e passim.

O direito ao silêncio corporal aloja-se na esfera irredutível (que radica o) ser humano como tal: a sua identidade genética, a sua integridade pessoal, a sua auto-determinação informacional e, para o que aqui nos interessa, o seu direito à solidão mental e o seu direito à privacidade mental que encerram lastros de inalienável personalidade, que o processo penal do futuro não deve esbulhar através da robotização do ser humano. O direito ao silêncio (da palavra) não goza da mesma solenidade jurídica. Diz o povo, com a sagesa que o caracteriza, que “palavras leva-as o vento”. O silêncio da palavra, no seu polimorfismo semântico e funcional, também. O potencial de ofensividade que, destarte, deriva do esbulho do silêncio corporal é muito maior - e muito mais grave - que o esbulho do silêncio (da palavra). Isso explica não só a unicidade da personalidade humana como, e sobretudo, a sua irrepetibilidade. Numa palavra: o poder jurisdiccional da personalidade humana nos seus mais diversos matizes e corolários. De entre os quais o direito a calar o seu corpo em sede de processo penal, que será suprimido no desenho funcional do processo penal do novo mundo.

através do esbulho da privacidade mental promovido pelo Estado-Juiz – operado em virtude da *robotização do ser humano* - no processo penal) é muito maior do que que deriva do direito ao silêncio (da palavra)¹⁰⁵.

§ 5. A *robotização do ser humano* – que decorrerá da futura implementação da teoria da mente humana estendida no *novo mundo* – e a *hibridização do pensamento humano* estiolarão, de forma sequencial e harmónica, o núcleo essencial do direito ao silêncio corporal do arguido em processo penal. *Beyond repair. Beyond recognition*.

§ 6. Por conseguinte, um tal esbulho da privacidade mental do arguido promovido, quer através da *robotização do humano*, quer através da *hibridização do pensamento humano* – filhos dilectos da *teoria da mente humana estendida* – é materialmente inconstitucional por violação da dignidade da pessoa humana (art.º 1, da CRP), do direito à identidade pessoal (art.º 26.º, n.º 1, da CRP) e do direito ao silêncio corporal que decorre do direito à plenitude das garantias de defesa (art.º 32.º, n.º 1 e 2, da CRP).

Essa é fundamentalmente a “razão pela qual a temática complexa da personalidade humana não pode deixar de polarizar-se em volta daquelas exigências axiológicas que se dirigem à *conservação do poder jurisdiccional dos particulares*”. Ver: Matos, Filipe Albuquerque., “Tutela da personalidade e responsabilidade civil”, in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 147.º, N.º 4006, setembro-outubro de 2017. Coimbra: GestLegal, 2017, p. 15. Itálicos nossos. Convergente: Gonçalves, Diogo Costa, “Notas breves sobre a origem dos direitos de personalidade”, in: *Revista de Direito Civil*, Ano II (2017), Número 3. Coimbra: Almedina, 2017, p. 655 (sublinha acertadamente que “todo o Direito serve, sempre e só, a pessoa”); Guimarães, Maria Raquel, “A tutela da pessoa e a sua personalidade como fundamento e objecto da disciplina civilística: Questões actuais”, in: *XX Estudos Comemorativos dos 20 Anos da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Vol. II. Coimbra: Almedina, 2017, pp. 294-295 (nota que “a tutela da personalidade tem por base, no direito português, uma cláusula geral, estabelecida no art.º 70.º do Código Civil. Acolhe-se, nesta norma, um *direito geral de personalidade*, que protege a personalidade no seu todo, nas suas diversas manifestações (...) que individualizam cada ser humano”).

¹⁰⁵ Bravo, Jorge dos Reis, “Testis contra se – a possibilidade de um direito ao silêncio corporal”, *cit.*, p. 174 (faz a distinção entre o *direito ao silêncio corporal* e o *direito ao silêncio (da palavra)*).

§§ 2.1.3. **DECRETARÁ A ROBOTIZAÇÃO DO SER HUMANO O FIM DOS MEIOS OCULTOS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NO PROCESSO PENAL DO FUTURO?**

§ 1. Acabámos de ver, caro leitor, que uma miríade de princípios basilares do processo penal democrático – e as conquistas civilizacionais que lhe subjazem – estão em vias de extinção.

§ 2. (O ritmo frenético que impele) a implementação das bandeiras da quarta revolução industrial – a *internet of things*, a *robotização do ser humano*, a *humanização da máquina* e, principalmente, esse acelerador de partículas jurídicas a que se denomina *internet 5G*¹⁰⁶ – decretará, nos termos antevistos, o fim do processo penal de base humanista que sulcou todo o século XX e que medrou – já de forma tremeluzente – no primeiro quartel do século XXI.

§ 3. Ademais, a quarta revolução industrial – no seu esplendor totalitarista – ditará, nos termos igualmente antevistos, a emergência – em toda a sua plenipotência – do *Direito (Processual) Penal de Segurança Máxima*, que postergará a base fundacional em que se respaldava o direito penal liberal: a dignidade da pessoa humana¹⁰⁷ e o direito à pena

¹⁰⁶ Ver: Santos, Hugo Luz dos, *Inteligência Artificial e Processo Civil na Era do Metaverse e dos Machine Learning Algorithms*. Braga: NovaCausa Edições Jurídicas, 2022, pp. 1-264; Santos, Hugo Luz dos, *O Contrato de Jogo, o Contrato de Aposta e o Contrato de Swap de Taxas de Juro: Incursões Dogmáticas na Zona de Confluência Inclusiva entre o Direito Civil, o Direito Administrativo, o Direito de Jogo e o Direito dos Valores Mobiliários*. Lisboa: AAFDL, 2022, pp. 1-793; Santos, Hugo Luz dos, *Direito Contratual do Jogo: Um Olhar Bifronte*. Lisboa: AAFDL, 2022, pp. 1-700.

¹⁰⁷ A produção inconsciente de dados auto-incriminatórios através de meios ocultos de investigação e o limite axiológico inultrapassável que vimos falando (a dignidade da pessoa humana e o livre desenvolvimento da personalidade) tem estado na berlinda na Alemanha. A este respeito a doutrina alemã tem considerado que eles não caem no âmbito de tutela normativa do *nemo tenetur se ipsum accusare*; Vogel, “Informationstechnologische Herausforderungen an das Strafprozessrecht”, in Zis, 2012, pp. 485-487. O Supremo Tribunal Federal Alemão (BGH) já decidiu (com lustro) um caso penal de um monólogo auto-incriminatório em sede do qual o arguido, sem ter a consciência de que estava a ser gravado, através de meios ocultos de investigação criminal, confessou a prática de um ilícito-típico particularmente grave. A esta luz, o BGH considerou que, pese embora a confissão tenha impedido sobre a prática de crime particularmente grave, aquele monólogo pertencia a um núcleo irredutível de personalidade, e, por isso, inviolável, da dignidade da pessoa humana – mormente, o direito geral de personalidade que se desdobra

justa¹⁰⁸ que se encontra (va) acoplado à mesma.

desta. Destarte, o BGH decretou a proibição de valoração daqueles concretos monólogos auto-incriminatórios. Ver: Acórdão do Supremo Tribunal Federal Alemão (BGH), de 22.12.2011, HRRS, 2012, n.º 268; Andrade, Manuel Costa,, “Nemo tenetur se ipsum accusare e direito tributário. Ou a insustentável indolência de um acórdão (n.º 340/2013) do Tribunal Constitucional”, *cit.*, pp. 144 e ss, que seguimos de muito perto; Santos, Hugo Luz dos, *Processo Penal da Pessoa na Era do Compliance*. Braga: NovaCausa Edições Jurídicas, 2021, *passim*, que seguimos de perto.

¹⁰⁸ Trata-se, pois, de um meridiano corolário de um *direito do arguido à pena justa*. Um cristalino afloramento da eminente dignidade da pessoa humana (art.º 1.º da CRP). “Por conseguinte, o *direito à pena justa* afirma-se como um direito especial, cuja natureza, sentido e limites se estruturam nos seguintes pressupostos: a) é indisponível; b) tem a natureza de um direito fundamental; c) o seu sentido jurídico encontra-se na prossecução do bem da pena, *rectius*, no bem que a execução da pena pode propiciar; d) o limite está em que a sua plenitude de realização se atinge ou consegue, precisamente, com o cumprimento integral da pena”. Ver: Costa, José de Faria, “Uma ponte entre o Direito Penal e a Filosofia Penal: lugar de encontro sobre o sentido da pena”, in: Jorge de Figueiredo Dias/José Joaquim Gomes Canotilho/José de Faria Costa (Org.) *Ars Iudicandi, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Volume I, Filosofia, Teoria e Metodologia. Coimbra: Coimbra Editora: 2008, p. 426. O Direito à pena justa interliga-se, genética e funcionalmente, com a amplitude – e com o carácter mais ou menos amplexivo – do próprio direito ao recurso. O recurso em processo penal destina-se a assegurar uma finalidade precípua: controlar (e, se for o caso,) remover da ordem jurídica decisões feridas de ilegalidade e inconstitucionalidades palmares. Aí reside o gérmen da sua supina utilidade processual. Mas não só. O direito ao recurso exhibe, ainda, uma ligação umbilical com o princípio da necessidade da pena (art.º 2 e art.º 18.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa). Não existe direito ao recurso desligado de uma pretensão à decisão justa. Isso mesmo tem sido sinalizado por autorizada doutrina portuguesa: Palma, Maria Fernanda, *Direito Penal – Conceito material de crime, princípios e fundamentos – Teoria da Lei Penal: aplicação no tempo, no espaço e quanto às pessoas*, 2ª edição. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa (AAFDL), 2017, pp. 58-60. Convergente: Morão, Helena, “O fundamento constitucional do poder funcional de recurso e a legitimidade para recorrer do Ministério Público em Processo Penal – A propósito do Acórdão n.º 361/2016 do Tribunal Constitucional”, in: *Revista do Ministério Público*, n.º 147, Lisboa, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2016, pp. 177-190; Morão, Helena, “Da delimitação subjectiva do direito ao recurso em matéria penal – fundamento e legitimidade para recorrer”, in: *Anatomia do Crime, Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, N.º 5, Janeiro-Junho de 2017. Coimbra: Almedina, 2017, p. 10 (refere enfática e certamente que “o recurso em matéria penal apresenta uma profunda ligação com as finalidades do sistema jurídico-penal,

§ 4. As proibições de prova¹⁰⁹ – bem como as proibições de valoração da prova¹¹⁰ e o celeberrimo efeito à distância¹¹¹, que se desdobram

que assenta, por seu turno, numa limitação recíproca entre o princípio constitucional da necessidade da pena, decorrente dos artigos 2.º e 18.º, n.º 2, da Constituição, e o da culpa, habitualmente derivado dos artigos 1.º e 27.º da mesma lei fundamental, e à luz da qual só se justifica a aplicação de uma pena por culpa, na medida em que esta se mostre preventivamente necessária”); Roxin, Claus/ Schünemann, Bernd, *Strafverfahrenrecht – Ein Studienbuch*, 29. Auflage. München: C.H. Beck, 2017, *passim* (aludem a uma ligação intrínseca entre o direito a um processo equitativo, o direito ao recurso e o princípio da plenitude das garantias de defesa). Ver: Santos, Hugo Luz dos, *Processo Penal na Era Compliance*, *cit.*, *passim*.

¹⁰⁹ Rosa, Luís Bértolo, “Consequências Processuais da Proibições de Prova”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, Ano 20, N.º 2, abril-junho 2010. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 236 e ss e *passim*.

¹¹⁰ Brandão, Nuno, “O controlo de proibições de prova pelo juiz de instrução no decurso do inquérito”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, Ano 29, N.º 1, Janeiro-Abril de 2019, Colóquio Internacional de Processo Penal Português: Desafios Europeus. Coimbra: Gestlegal, 2019, p. 53 (faz a distinção entre nulidades processuais e proibições de prova – e, no âmbito desta, a proibição de valoração – que a *proibição de valoração* – momento posterior ao momento da aquisição da prova proibida – não decorre de uma prévia invalidade do procedimento aquisitivo e assenta, pelo contrário, no dano social para direitos fundamentais sociais do arguido –, havido como inteiramente ilegítimo porque gravemente atentatório da dignidade pessoal de quem deles é titular. Quando devidamente interligada à sua *projectão extraprocessual*, esta consequência jurídica, típica das proibições de prova, de insusceptibilidade de utilização da prova proibida no processo penal, confere a ideia de que a sua efectivação no processo goza de uma importância precípua. Entende-se que assim seja: as proibições de prova ancoram-se num, e em última análise ligam-se a um, escopo primacial de tutela de direitos fundamentais sociais dos arguidos).

¹¹¹ Um tal juízo de ponderação holística e casuística (em tema de proibições de prova) explica a emergência do seminal instituto jurídico do efeito-à-distância (verdadeira anteparada dos (e aos) abusos da máquina punitiva estadual). Ver: Mendes, Paulo de Sousa, *Lições de Direito Processual Penal*, 5ª reimpressão da edição de 2013, Coimbra, Almedina, 2018, p. 193 (sublinhando que “o efeito-à-distância é a única forma de impedir que os investigadores policiais, os procuradores e os juizes menos escrupulosos se aventurem à violação das proibições de produção de prova na mira de prosseguirem sequências investigatórias às quais não chegariam através dos meios postos à sua disposição pelo Estado de Direito. O efeito-à-distância pode, no entanto, ser atenuado por uma série de exceções, que se reconduzem à ideia de saber se as provas secundárias poderiam ser obtidas na *falta da prova primária maculada*”). Itálicos nossos. Convergente: Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 198/2004,

funcionalmente da mesma -, interligando-se, no seu étimo fundante, com o princípio da dignidade humana essencial¹¹², deverão, igualmente, estar preparadas para se tornar irrelevantes (ou *wrapped in tokenism*) em face do advento do *Direito (Processual) Penal de Segurança Máxima* e da *ditadura digital da inteligência artificial*.

§ 5. Este – o *Direito (Processual) Penal de Segurança Máxima* - mudará o processo penal para sempre, implodindo o grosso das bases fundacionais do processo penal de cariz humanista e antropocêntrica saído das cinzas da revolução iluminista. O que, não é de todo, surpreendente: quando muda o mundo, muda o processo penal. Este – o processo penal – muda com as coordenadas sistémicas que brotam da efervescente realidade social que, a montante, lhe subjaz.

§ 6. Trata-se de uma *nova realidade social* – a teoria da mente humana estendida, produto consequencial da *internet of things*, que será exponencialmente acelerada pela *internet 5G* - que mudará as regras do jogo processual¹¹³. *Beyond repair. Beyond recognition*. Realidade social de acordo com a qual os métodos ocultos de investigação criminal, um dos mais angustiosos problemas sobreponíveis às proibições de prova, se

relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Moura Ramos, disponível em www.dgsi.pt; Santos, Hugo Luz dos, “As buscas domiciliárias na Região Administrativa Especial de Macau e em Portugal e as exclusionary rules norte-americanas: perspectivas e prospectivas”, in: *O Direito*, Ano 149, n.º 1 (2017). Coimbra: Almedina, 2017, pp. 117-151; Morão, Helena, “‘Efeito-à-distância’ das proibições de prova e declarações confessórias - O acórdão n.º 198/2004 do Tribunal Constitucional e o argumento ‘the cat is out of the bag’”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 22, n.º 4, Outubro-Dezembro 2012. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 689-726.

¹¹² Dignidade humana essencial que coincide, no essencial, com o âmbito central da personalidade absolutamente protegido pelo processo penal. Ver: Dias, Jorge de Figueiredo, “Revisitação de algumas ideias-mestras da teoria das proibições de prova em processo penal (também à luz da jurisprudência constitucional portuguesa)”, in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência (RLJ)*, Ano 146.º, setembro-outubro de 2016, N.º 4000. Coimbra: Gestlegal, 2016, p. 15.

¹¹³ Rodrigues, Anabela Miranda, “A defesa do arguido: uma garantia constitucional em perigo no “admirável mundo novo”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 12, n.º 4, outubro-dezembro de 2004, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 560 (aduz que o processo penal acompanha as mudanças do mundo).

tornarão igualmente irrelevantes (ou de uma importância residual) no processo penal do *novo mundo*.

§ 7. Não se antolha (de todo) coriáceo captar a razão subjacente ao desaparecimento dos métodos ocultos de investigação criminal no – e do – processo penal do futuro: a *robotização do ser humano*, bem como a *hibridização do pensamento humano*, suprimirão, nos termos antevistos: **i)** a dignidade da pessoa humana, **ii)** a privacidade mental do arguido, **iii)** o direito à solidão mental do arguido, e **iv)** o direito ao silêncio corporal do arguido – pilares identitários de um processo penal que se plasma (va) em um antropocentrismo humanista. Impõe-se a pergunta: o que ficará por esbulhar do ser humano (ou o que restará dele)?

§ 8. A razão de ser do *reliance on* métodos ocultos¹¹⁴ de investigação criminal – o combate estrénuo e pluri-significativo à criminalidade grave¹¹⁵,

¹¹⁴ Cesoni, Maria Luisa, *Les Despositifs de lutte contre les organisations criminelles*, Gent, Academia Press, 2004, pp. 80 e ss e passim (que atribui a estes meios ocultos de investigação criminal a taxionomia de meios especiais de investigação criminal em razão do potencial de ofensividade que gravita em torno dos mesmos). Em que consistem os métodos ocultos de investigação criminal? Consistem no processo de intromissão no mundo do visado (do arguido) sem que o mesmo tenha a consciência (e, por isso, sem que tenha prestado o seu consentimento livre e esclarecido à) recolha, lenta, mas altamente intrusiva, na sua esfera de irredutível personalidade. Ver: Andrade, Manuel da Costa, “*Bruscamente no Verão Passado*”, a reforma do Código de Processo Penal, *Observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 104 e ss e passim. Convergente: Caires, João Gouveia de, “Métodos Ocultos na Criminalidade Económico-Financeira: Entre a (a)tipicidade e a cumulação”, in: *Julgar*, n.º 38, maio-agosto de 2019. Coimbra: Almedina, 2019, pp. 49 e ss e passim, que seguimos de muito perto.

¹¹⁵ Criminalidade grave e organizada cujo combate férreo trouxe para o palco do processo penal o denominado “Direito Penal do Inimigo”, que foi laboriosamente trabalhado pela doutrina alemã e que teve muito acolhimento na América do Sul. Ver: Jaboks, GÜNTHER, “Terroristen als Personen im Recht?”, in: *ZStW*, 117, 2005, pp. 837 e ss e passim; Jakoks, GÜNTHER / Polaino-Orts, Miguel “Derecho Penal del enemigo: algunas tesis fundamentales”, in: *JUS. Doctrina & Prática*, número 5, mayo de 2007. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2007, pp. 33 e ss e passim; Malan, Diego Rudge, “Direito Processual Penal do Inimigo”, in: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Volume 58, março-abril de 2006, pp. 222 e ss e passim.

transnacional¹¹⁶ e organizada¹¹⁷ - não desaparecerá. O que desaparecerá é a dificuldade de combater através da ditadura digital da inteligência artificial.

§ 9. A ditadura digital da inteligência artificial dispensará o Estado-Juiz da necessidade de utilizar meios ocultos de investigação criminal. Porquanto aquele disporá, à distância longínqua de um *clique*, do produto da captura da privacidade mental do arguido, que guardará informações vitais acerca da prática do crime, através da *robotização do ser humano* e da *hibridização do pensamento humano*. Como bem disse a doutrina, noutro contexto temático, «*it's all in your head*»¹¹⁸. Which prompts the question: *why go undercover when everything is crystal clear after all?*

§ 10. A ditadura digital da inteligência artificial estiolará as fronteiras – até aqui infrangíveis – entre o permitido e o proibido. Entre o legal e o ilegal. Entre o constitucional e o inconstitucional. Entre o homem e a máquina. E, com isso, inaugurará uma nova era da iniquidade que só a providência divina poderá, em tempo cômputo, pôr fim.

¹¹⁶ Silva, Germano Marques da, “A criminalidade organizada e a investigação criminal (Nem pactos com o “diabo” nem a utilização de meios diabólicos no seu combate)”, in: *I Congresso de Processo Penal*, Manuel Guedes Valente (Coordenação). Coimbra: Almedina, 2004, pp. 397-414 (alertava, com a mestria e a prestidigitação jurídicas que lhe são apanágio, que nem é preciso pactos com o diabo nem - menos ainda - métodos de investigação criminal diabólicos para combater a criminalidade grave e altamente organizada). Em boa hora o fez, caro amigo e Mestre. O tempo deu-lhe inteira razão. O poder punitivo metamorfoseou-se-á, a breve trecho, naquilo que Ferrajoli, na esteira de Montesquieu, denominou de “terrível poder”. Ver: Ferrajoli, Luigi, “Garantismo e Direito Penal”, in: *Julgado Número Especial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 52-63 e passim.

¹¹⁷ Dias, Jorge de Figueiredo, “A criminalidade organizada: do fenómeno ao conceito jurídico-penal”, in: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Volume 61, março-abril de 2008, pp. 24 e ss e passim (clamava, justamente, por um ponto de equilíbrio entre o combate empedernido à criminalidade grave e organizada e a tutela reforçada do princípio da dignidade da pessoa humana no quadro do (então vivo) processo penal de base humanista e antropocêntrica).

¹¹⁸ Silva, Sandra Oliveira e, “It’s all in your head?” – A utilização probatória de métodos neurocientíficos no processo penal”, in: *XX Estudos Comemorativos dos 20 Anos da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*. Coimbra: Almedina, 2017, pp. 745 e ss e passim, que seguimos de muito perto.

§§ 2.2. HAVERÁ ESPERANÇA (NO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE DIGITAL E NO PRINCÍPIO DA ÉTICA DIGITAL ATINENTES AO USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL) NO PROCESSO PENAL DO GREAT RESET?

§ 1. Em face de tudo o quanto foi exposto nas páginas que antecederam, o inefável leitor já terá percebido que a esperança¹¹⁹ do mero escriba de Direito que cinzela estas toscas palavras não é grande no processo penal do *novo mundo* – aquele que gravitará em torno da nova ordem mundial.

§ 2. A magnitude da esperança é proporcional à extensão deste breve ponto. Só o princípio da legalidade digital, bem como o princípio da ética digital¹²⁰, poderão trazer algum refrigério ao arguido num futuro (dantesco) próximo.

§ 3. O princípio da legalidade digital, para dar algum consolo processual ao arguido no processo penal do *novo mundo*, deverá impedir que o Estado-Juiz utilize, em sede da *robotização do ser humano* e da

¹¹⁹ Até porque a inteligência artificial já chegou aos tribunais. O Tribunal de Contas está na charneira desta nova onda. Ver: <https://amp-expresso-pt.cdn.ampproject.org/c/s/amp.expresso.pt/sociedade/2021-10-19-Tribunal-de-Contas-esta-a-dar-os-primeiros-passos-no-uso-de-inteligencia-artificial-para-fiscalizar-contratos-publicos-1850b295> (acesso: 20.10.2021).

¹²⁰ Cujo desenho funcional já começou a ser esboçado por um fresquíssima Resolução do Parlamento Europeu, que apela, de certo modo, ao princípio da ética digital. Resolução que parece, contudo, desconhecer o alcance da teoria da mente humana estendida e os perigos que dela derivam. A Resolução toca – ao de leve – em quase todos os pontos que este artigo abordou (mais ou menos) exaustivamente. Versa assim: “A. *whereas digital technologies in general and the proliferation of data processing and analytics enabled by artificial intelligence (AI) in particular, bring with them extraordinary promises and risks; whereas AI development has made a big leap forward in recent years, making it one of the strategic technologies of the 21st century, with the potential to generate substantial benefits in efficiency, accuracy, and convenience, and thus bringing positive change to the European economy and society, but also great risks for fundamental rights and democracies based on the rule of law; whereas AI should not be seen as an end in itself, but as a tool for serving people, with the ultimate aim of increasing human well-being, human capabilities and safety*”. Itálicos nossos. Ver: European Parliament resolution of 6 October 2021 on artificial intelligence in criminal law and its use by the police and judicial authorities in criminal matters (2020/2016(INI)) https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0405_EN.html (acesso: 15.10.2021).

hibridização do pensamento humano, o produto da privacidade mental do arguido para efeitos de incriminação em processo penal.

§ 4. O princípio da legalidade digital, bem como o princípio da ética digital, assimilam-se, neste ponto, ao princípio da vinculação do fim (*Zweckbindung*), que se arvora em limite intransponível no processo penal.¹²¹ Mesmo no processo penal do *novo mundo*.

§§ 3. CONCLUSÕES

§ 1. A teoria da mente humana estendida – uma das bases fundacionais da almejada convergência funcional entre o homem e a máquina – motivará, quer a *robotização do ser humano*, quer a *hibridização do pensamento humano*. Começará aqui o longo e penoso estertor do processo penal de base humanista e antropocentrista, que desembocará na emergência do *Direito (Processual) Penal de Segurança Máxima*.

§ 2. Na medida em que, após a implementação da *robotização do ser humano*, a criminalidade será reduzida a zero: o Estado-Juiz terá, nessa altura, acesso ilimitado à privacidade mental do ser humano e poderá, natural e necessariamente, antecipar e prevenir a prática do crime. Será uma (desoladora) concretização fáctica do *minority report*¹²².

¹²¹ Ainda que em tema de escutas telefónicas. Ver: Gusy, “Polizeiliche Datenverarbeitung zur Gefahrenabwehr”, in: *Zeitschrift für das juristische Studium*, 2012, pp. 150-163; Rogall, Klaus, “Das Verwendungsverbot des § 393 II AO”, in: Hans Joachim Hirsch/Jürgen Wolter/Uwe Brauns (Hrsg.), *Festschrift für Kohlmann zum 70. Geburtstag*. Köln: Otto Schmidt, 2003, pp. 465-498.

¹²² O relatório minoritário trata-se de um filme que estreou nos cinemas no longínquo ano de 2002. Retratava a possibilidade de prever crimes através da *inteligência artificial onnipotente* acoplada de poderes prestidigitadores (seriam pitonisas digitais?) denominados “Pre-Cogs”. Eis a sua sinopse: “In the year 2054 A.D. crime is virtually eliminated from Washington D.C. thanks to an elite law enforcing squad “PreCrime”. They use three gifted humans (called “Pre-Cogs”) with special powers to see into the future and predict crimes beforehand. John Anderton heads PreCrime and believes the system’s flawlessness steadfastly. However one day the Pre-Cogs predict that Anderton will commit a murder himself in the next 36 hours. Worse, Anderton doesn’t even know the victim. He decides to get to the mystery’s core by finding out the ‘minority report’ which means the prediction of the female Pre-Cog Agatha that “might” tell a different story and prove Anderton

§ 3. Se tal facto de infere que o arguido será, através da *robotização do ser humano* e da *hibridização do pensamento humano*, privado, quer do seu quintessencial direito à *solidão mental*, quer do seu seminal direito à *privacidade mental*, que serão aleivosamente esbulhados pelo Estado-Juiz para efeitos processuais penais. Como a incriminação da metade humana do robô através da (cavilosa) realização de um *deep fake*, que será um dos afloramentos – porventura, um dos mais tenebrosos – da *robotização do ser humano* no processo penal do futuro.

§ 4. A *ditadura digital da inteligência artificial* dispensará o Estado-Juiz da necessidade de utilizar meios ocultos de investigação criminal no combate – infrene, insopitável e impertérrio – à criminalidade grave, organizada e transnacional.

§ 5. Porquanto aquele disporá, à distância longínqua de um *clique*, do produto da captura da *privacidade mental* do arguido, que guardará, no seu cérebro, informações vitais acerca da (eventual) prática do crime, através da *robotização do ser humano* e da *hibridização do pensamento humano*.

§ 6. Estaremos em face, nesse caso, do aluimento de pilares identitários do processo penal humanista e antropocentrista que sulcou todo o século XX e os alvares do século XXI. Como o princípio da presunção da inocência. Como o direito ao silêncio corporal. Como o direito à solidão mental. Como o direito à privacidade mental. Como o *nemo tenetur se ipsum accusare*, que, *taken together*, são conquistas civilizacionais emergem da seminal revolução iluminista

§ 7. A *ditadura digital da inteligência artificial* estiolará as fronteiras – até aqui infrangíveis – entre o permitido e o proibido. Entre o legal e o ilegal. Entre o constitucional e o inconstitucional. Entre o homem e

innocent”. Itálicos nossos. Disponível em: <https://www.imdb.com/title/tt0181689/> (acesso: 16.03.2022). Convergente: “No ano de 2054, há um sistema que permite que crimes sejam previstos com precisão, o que faz com que a taxa de assassinatos caia para zero. O problema começa a acontecer quando o detetive John Anderton, um dos principais agentes no combate ao crime, descobre que foi previsto um assassinato que ele mesmo irá cometer, colocando em dúvida sua reputação ou a confiabilidade do sistema”. Itálicos nossos. Disponível em: https://www.google.com/search?q=minority+report&rlz=1C1CHBD_pt=-PTC826NM826O&oq=minority+report&aqs=chrome..69i57j46i512j0i512l4j46i512j0i512l3.8517j0j15&sourceid=chrome&ie=UTF-8 (acesso: 08.7.2022).

a máquina. E, com isso, inaugurará uma nova era de iniquidade que só a providência divina poderá, em tempo cômico, pôr fim.

§ 8. O princípio da legalidade digital, para dar algum consolo processual ao arguido no processo penal do *novo mundo*, deverá impedir que o Estado-Juiz utilize, em sede da *robotização do ser humano* e da *hibridização do pensamento humano*, o produto da *privacidade mental do arguido* para efeitos de incriminação em processo penal.

§ 9. O princípio da legalidade digital, bem como o princípio da ética digital, assimilam-se, neste ponto, ao princípio da vinculação do fim (*Zweckbindung*), que se arvora em limite intransponível no processo penal. Mesmo no processo penal do *Great Reset*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aguilar, Francisco, “O sentimento como novo paradigma do Direito? Em particular, sobre o “Direito penal do sentimento” e o “Direito processual penal do sentimento”, in: O Direito, Ano 151.º (2019), I. Coimbra: Almedina, 2019, pp. 65-105 (103 e passim).

Alabart, Sílvia Díaz, Robots y responsabilidad civil. Madrid: Reus, 2018.

Andrade, Manuel da Costa, Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

Andrade, Manuel da Costa, “Bruscamente no Verão Passado”, a reforma do Código de Processo Penal, Observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

Andrade, Manuel da Costa, “Nemo tenetur se ipsum accusare e direito tributário. Ou a insustentável indolência de um acórdão (n.º 340/2013) do Tribunal Constitucional”, in: Revista de Legislação e Jurisprudência (RLJ), Ano 144.º, novembro-dezembro de 2014, N.º 3989. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, pp. 144 e ss e passim.

Bailey, J./Burkell, J./Reynolds, G., “Access to Justice for All: Towards an “Expansive Vision” of Justice and Technology, in: Windsor Yearbook of Access to Justice, Volume 31, 2013, pp. 183-201.

Barret, Lisa Feldman. How emotions are made: the secret life of the brain. Boston: Houghton Mifflin Harcourt, 2017.

Basoco, J. M. Terradillos, “Financiarización económica y política criminal”, in: *El derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial de riesgo*, J. R. Serrano-Piedecasas y E. Demetrio Crespo (dir.). Madrid: Colex, 2010, pp. 130 e ss.

Berman, Emily, “A Government of Laws and Not of Machines”, in: *Boston University Law Review*, Volume 98, 2018, pp. 1277 e ss e passim.

Bobbio, Norberto, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, 10ª edição. Editora: UnB, 1999.

Brandão, Nuno, “O controlo de proibições de prova pelo juiz de instrução no decurso do inquérito”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, Ano 29, N.º 1, janeiro-abril de 2019, *Colóquio Internacional de Processo Penal Português: Desafios Europeus*. Coimbra: Gestlegal, 2019, p. 53.

Bravo, Jorge dos Reis, “Testis contra se – a possibilidade de um direito ao silêncio corporal”, in: *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, 2018-I. Coimbra: Almedina, 2018, p. 152.

Caires, João Gouveia de, “Métodos Ocultos na Criminalidade Económico-Financeira: Entre a (a)tipicidade e a cumulação”, in: *Julgar*, n.º 38, maio-agosto de 2019. Coimbra: Almedina, 2019, pp. 49 e ss e passim.

Calo, Ryan, “The Boundaries of Privacy Harm”, in: *Indiana Law Journal*, Volume 86, 2011, p. 1137, note 29.

Câmara, Guilherme, “Capacidade de resistência do bem jurídico colectivo e o problema da conduta cumulativamente ofensiva às futuras gerações”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 28, N.º 2, maio-agosto de 2018. Coimbra: Gestlegal, 2018, pp. 174 e ss e passim.

Carrel, Alyson/Ebner, Noam, “Mind the Gap: Bringing Technology to the Mediation Table”, in: *Journal of Dispute Resolution*, Volume 2, n.º 5, 2019, pp. 1 e ss.

Cesoni, Maria Luísa, *Les Despositifs de lutte contre les organisations criminelles*. Gent: Academia Press, 2004.

Cheng/Cheung, S. F./Chio, J. H./Chan, M.P., “Cultural meaning of perceived control: A meta-analysis of locus of control and psychological symptoms across 18 cultural regions”, in: *Psychological Bulletin*, Volume 139, 2013, pp. 152-188.

Clark, Andy/Chalmers, David, “The Extended Mind”, in: *Analysis*, Volume 58, n.º 1, January 1998. Oxford: Oxford University Press, 1998, pp. 7-19.

Cohen, D. “Cultural variation: Considerations and implications”, in: *Psychological Bulletin*. Volume 127, 2001, pp. 451-471.

Colzato, L.S./Hommel, B./Van Den Wildenberg, W.P./S. Hsieh, “Buddha as an eye opener: a link between prosocial attitude and attention control”, in: *Frontiers in Psychology*, Volume 1, 2010, pp. 156 e ss e passim.

Cordeiro, António Barreto Menezes, “Dados pessoais: conceito, extensão e limites”, in: *Revista de Direito Civil*, III (2018), 2. Coimbra: Almedina, 2018, pp. 315 e ss.

Costa, José de Faria, “Construção e Interpretação do Tipo Legal de Crime à luz do princípio da Legalidade: duas questões ou um só problema?”, in: *Revista de Legislação e Jurisprudência (RLJ)*, Ano 134, Março – Abril 2002, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 366.

Costa, José de Faria, “Uma ponte entre o Direito Penal e a Filosofia Penal: lugar de encontro sobre o sentido da pena”, in: Jorge de Figueiredo Dias/José Joaquim Gomes Canotilho/José de Faria Costa (Org.) *Ars Iudicandi*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Volume I, Filosofia, Teoria e Metodologia. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 426.

Costa, José de Faria/Sousa, Susana Aires de., “A interpretação do tipo legal de crime à luz do princípio da legalidade: reflexão a propósito dos bens alimentares perigosos para a saúde e vida humanas”, in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 144.º, N.º 3990, janeiro-fevereiro 2015. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, pp. 212-213.

Crespo, E. Demetrio, “El significado político del derecho penal económico”, E. Demetrio Crespo (dir.) y M. Maroto Calatayud (Coord.), *Crisis financeira y derecho penal económico*. Montevideo/Madrid: BdeF-Edisofer, 2014, pp. 3 e ss e passim.

Cunha, José Damião da., *O Caso Julgado Parcial, Questão da Culpabilidade e Questão da Sanção num Processo de Estrutura Acusatória*. Porto: Universidade Católica Publicações, 2002.

De Miguel Beriain, Iñigo; Pérez Estrada, M. Josune. *La inteligencia artificial en el proceso penal español: un análisis de su admisibilidad sobre la base de los derechos fundamentales implicados*. *Revista de derecho UNED (RDUNED)*, n 25, 2019, pp. 531-561.

Debauche, O./Mahmoudi, S./Moussaoui, Y., “Internet of things learning: a practical case for smart building automation”, in: *5th International Conference on Cloud Computing Technologies and Applications (Cloudtech)*, 2020, pp. 1–7.

Dias, Augusto Silva/Ramos, Vânia Costa, *O Direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no Processo Penal e Contra-Ordenacional Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

Dias, Augusto Silva, “Têm os deveres de cooperação do art.º 7.º e ss do DL N.º 29/2008, de 25 de fevereiro, Implicações Processuais Penais ou Contra-Ordenacionais?”, in: *Direito Penal Económico e Financeiro, Conferência do Curso Pós-Graduado de Aperfeiçoamento*, Coordenadores: Maria Fernanda Palma; Augusto Silva Dias; Paulo de Sousa Mendes. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 435 e ss e passim.

Dias, Augusto Silva, “O Direito Penal como instrumento de superação da crise económico-financeira: estado da discussão e novas perspectivas”, in: *Anatomia do Crime, Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, N.º 0, Centro de Investigação de Direito Penal e Ciências Criminais, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 45-73.

Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I, Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

Dias, Jorge de Figueiredo, “A criminalidade organizada: do fenómeno ao conceito jurídico-penal”, in: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Volume 61, março-abril de 2008, pp. 24 e ss e passim.

Dias, Jorge de Figueiredo/Pinto, Frederico de Lacerda da Costa/Andrade, Manuel da Costa, *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova, Estudos sobre o Mercado de Valores Mobiliários*. Coimbra: Almedina, 2009.

Dias, Jorge de Figueiredo, “O direito penal económico entre o passado, o presente e o futuro”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 22. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 520 e ss.

Dias, Jorge de Figueiredo, “Revisitação de algumas ideias-mestras da teoria das proibições de prova em processo penal (também à luz da jurisprudência constitucional portuguesa)”, (itálicos nossos); in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência (RLJ)*, Ano 146.º, setembro-outubro de 2016, N.º 4000. Coimbra: Gestlegal, 2016, p. 15.

Didier, Fredie Jr., *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

Dixon, H.B., “The Evolution of a High Technology Courtroom”, in: *Future Trends in State Courts*, Virginia, National Center for State Courts, 2011, passim.

Donoghue, Jane, “The Rise of Digital Justice: Courtroom Technology, Public Participation and Access to Justice”, in: *The Modern Law Review*, Volume 80, n.º 6, 2017, p. 995.

Duffy/Uchida, Y./Kitayama, S., *Symbolic self-inflation: A cross-cultural comparison*, Piscataway. New Jersey: Rutgers University Press, 2008.

Engels/Jürgens, in: *Neue Juristischen Wochenschrift (NJW)*, 2007, pp. 2517 e ss e passim.

Fernández, Elizabeth, “O tempo como um ónus do processo (a pretexto da tutela da evidência e da denominada inversão do contencioso)”, in: *Estudos em Comemoração dos 20 anos da Escola de Direito da Universidade do Minho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 207.

Ferrajoli, Luigi, “Garantismo e Direito Penal”, in: *Julgar Número Especial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 52-63.

Fersini, Elisabetta et alii, “eMediation: Towards Smart Online Dispute Resolution”, in: *KMIS*, 2014, passim.

Fidalgo, Sónia, “Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 16, N.º 1, janeiro-março de 2006. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 144 e ss e passim.

Filho, Wagner Marteleto, “Comentário à Sessão A linguagem e a lógica da responsibility ascription”, in: *Anatomia do Crime*, *Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, n.º 3, janeiro-junho de 2016. Coimbra: Almedina, 2016, pp. 161 e ss e passim.

Friedman, Lawrence M., *The Legal System: A Social Science Perspective*. New York: Russell Sage Foundation; First Edition (US) First Printing edition (August 1, 1975), 1975.

Gillis, Talia B./Spies, Jann L., “Big Data and Discrimination”, in: *University of Chicago Law Review*, Volume 86, 2019, pp. 460 e ss.

Glaberson, Stephanie K., “Coding Over the Cracks: Predictive Analysis and Child Protection”, in: *Fordham Urban Law Journal*, Volume 46, 2019, pp. 307 e ss e passim.

Glöckner, A. “How evolution outwits bounded rationality: The efficient interaction of automatic and deliberate process in decision making and implications for institutions”, C. Engel/W. Singer (Eds.), in: *Better than conscious? Decision making, the human mind, and implications for institutions*. Cambridge: Massachusetts, MIT Press, 2008, pp. 259-284.

Gonçalves, Diogo Costa, “Notas breves sobre a origem dos direitos de personalidade”, in: *Revista de Direito Civil*, Ano II (2017), Número 3. Coimbra: Almedina, 2017, p. 655.

Gonçalves, Anabela Susana de Sousa, “O tratamento de dados pessoais no Regulamento Geral de Protecção de Dados”, in: *Scientia Iuridica*, *Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo LXIII, N.º 350, Maio/Agosto de 2019. Braga/Rio de Janeiro: Universidade do Minho, 2020, pp. 165 e ss.

Greger, Reinhard, “Cooperação como princípio processual”, in: *Revista de Processo*, ano 37, 2012, pp. 124 e ss.

Grimm, Paul W./Grossman, Maura R./Cormack, Gordon V., “Artificial Intelligence as Evidence”, in: *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, Volume 19, number 1, 2021, pp. 9-106.

Guimarães, Maria Raquel, “A tutela da pessoa e a sua personalidade como fundamento e objecto da disciplina civilística: Questões actuais”, in: *XX Estudos Comemorativos dos 20 Anos da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Vol. II. Coimbra: Almedina, 2017, pp. 294-295.

Gusy, “Polizeiliche Datenverarbeitung zur Gefahrenabwehr”, in: *Zeitschrift für das juristische Studium*, 2012, pp. 150-163.

Hespanha, António, *O caleidoscópio do Direito – o Direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. Coimbra: Almedina, 2009.

Heine, Günther, “Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts”, in: *Neue Juristische Wochenschrift*, n.º 39, 1990, pp. 2425-2426 e passim.

Hofstede, Geert/Hofstede, G.J./Minkov M., *Cultures and organizations – Software of the mind*. San Francisco: McGraw Hill, 2010.

Horwitz, Morton J., *The Transformation of American Law 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy*. Cambridge. Massachusetts: Harvard University Press, 1969.

Hubman, Heinrich, *Das Persönlichkeit*, 2. Auflage, Köln/Graz, 1967.

Jakobs., Günther, “Terroristen als Personen im Recht?”, in: *ZStW*, 117, 2005, pp. 837 e ss e passim.

Jakobs, Günther/Polaino-Orts, Miguel, “Derecho Penal del inimigo: algunas tesis fundamentales”, in: *JUS. Doctrina & Prática*, número 5, mayo de 2007. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2007, pp. 33 e ss e passim.

Kasiske, Peter, “Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafprozess”, in: *JuS*, 2014, pp. 23-26.

Larson, David Allen, “Artificial Intelligence: Robots, Avatars, and the Demise of the Human Mediator”, in: *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 25, 2010, pp. 106-110.

Lemos, Miguel Manero de, “Os “crimes incaucionáveis” no Código de Processo Penal de Macau”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, Volume II. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*: Coimbra, Instituto Jurídico, 2017, pp. 472 e ss.

Luban, David, “Fairness to Rightness: Jurisdiction, Legality, and the Legitimacy of International Criminal Law”, in: Georgetown Law Faculty Working Papers, July 2008, 2008, p. 13.

Lopes, José Mouraz, “A contaminação do sistema penal português pelo “populismo penal”, in: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade, Volume I, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Instituto Jurídico, 2017, pp. 798 e ss.

Magalhães, Pedro C./Garoupa, Nuno, “Judicial Performance and Trust in Legal Systems: Findings from a Decade of Surveys in 20 European Countries”, in: Social Science Quarterly, 2020, p. 1.

Malan, Diego Rudge, “Direito Processual Penal do Inimigo”, in: Revista Brasileira de Ciências Criminais, Volume 58, março-abril de 2006, pp. 222 e ss e passim.

Martín, Adán Nieto, Introducción, El derecho penal económico en la era compliance. Valência: Tirant lo Blanch, 2013.

Martín, Luis Gracia, “Prólogo”, Gonzalo Castro Marquina, La necesidad del derecho penal económico y su legitimidad en el Estado social y democrático de derecho. Montevideo/Buenos Aires: BdeF-Euros Editores, 2016.

Mascarenhas, Rui Paulo Coutinho de, “Direito ao esquecimento”, in: Revista de Direito Civil, Ano III (2018), 2, Coimbra, Almedina, 2018, 290-292 e passim.

Matos, Filipe Albuquerque, “Tutela da personalidade e responsabilidade civil”, in: Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 147.º, N.º 4006, setembro-outubro de 2017, Coimbra, GestLegal, 2017, p. 15.

Matthias, Andreas, “From coder to creator: Responsibility issues in intelligent artifact design”, in: Handbook of Research on Techno ethics, Rocci Luppicini/Rebecca Adell (Eds.). New York: IGI Global, 2009, pp. 635-650 (passim).

Mendes, Paulo de Sousa, Lições de Direito Processual Penal, 5ª reimpressão da edição de 2013. Coimbra: Almedina, 2018.

Mendonça, Luís Correia de, “A cooperação processual entre um novo modelo e a sombra do inquisitório”, in: O Direito, Ano 151.º, I. Coimbra: Almedina, 2019, pp. 9-53.

Menezes, Sofia Saraiva de, “Direito ao silêncio: a verdade por trás do mito”, in: Prova Criminal e Direito de Defesa - Estudos Sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal, Frederico Lacerda da Costa Pinto/Teresa Pizarro Beleza (Coordenação). Coimbra: Almedina, 2010, pp. 134 e ss e passim.

Mesquita, Paulo Dá, Direcção do Inquérito Penal e Garantia Judiciária. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

Miró, Llinares, Fernando. Inteligencia artificial y Justicia Penal: Más allá de los resultados lesivos causados por robots. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 20, pp. 87-130, 2018.

Monteiro, António Pinto, “Qui facit per alium, facit per se” – será assim na era da robótica?”, in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 148.º, n.º 4015, março-abril de 2019. Coimbra: Gestlegal, 2019, pp. 200-210.

Montesquieu, L’Esprit des Lois, Une édition électronique réalisée à partir du livre Montesquieu, *De l’esprit des lois* (1758). (Texte de 1758, dernier état du texte revu par Montesquieu. L’orthographe a été modernisé et la ponctuation légèrement, mais non la graphie. Édition établie par Laurent Versini, professeur à la Sorbonne. Paris: Éditions Gallimard, 1995 (2 volumes: vol I: pp. 1 à 604 ; vol. II: pp. 605 à 1628.) Collection folio Essais).

Morão, Helena, “‘Efeito-à-distância’ das proibições de prova e declarações confessorias - O acórdão n.º 198/2004 do Tribunal Constitucional e o argumento ‘the cat is out of the bag’”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 22, n.º 4, outubro-dezembro 2012, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 689-726.

Morão, Helena, “O fundamento constitucional do poder funcional de recurso e a legitimidade para recorrer do Ministério Público em Processo Penal – A propósito do Acórdão n.º 361/2016 do Tribunal Constitucional”, in: *Revista do Ministério Público*, n.º 147, Lisboa, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2016, pp. 177-190.

Morão, Helena, “Da delimitação subjectiva do direito ao recurso em matéria penal – fundamento e legitimidade para recorrer”, in: *Anatomia do Crime, Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, N.º 5, janeiro-junho de 2017. Coimbra: Almedina, 2017, p. 10.

Mouros, Maria de Fátima, *Juiz das Liberdades. Desconstrução de um Mito do Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 2011.

Naucke, W., *Der Begriff der politischen Wirtschaftsstraftat. Eine Annäherung*. Münster: Lit Verlag, 2012.

Nieva Fenoll, Jordi. *Inteligencia artificial y proceso judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2018.

Newell, Lauren A., “Rebooting Empathy for the Digital Generation Lawyer”, in: *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Volume 34, n.º 1, 2019, pp. 1-96 (4-6).

Norris, Stacy, Note, “...And the Eye in the Sky is Watching Us All”—The Privacy Concerns of Emerging Technological Advances in Casino Player Tracking”, in: UNLV Gaming Law Journal, Volume 9, 2019, pp. 269-274.

Pagallo, Ugo, *The Laws of Robots. Crimes, Contracts and Torts*. Berlin/New York: Springer, 2013.

Pagallo, Ugo, Quattrocolo Serena, *The Impact of AI on Criminal Law and its twofold procedures*, in: W. Barfield, U. Pagallo, *Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence*, 2018. Cheltenham: Edward Elgar, 2018.

Palma, Maria Fernanda, *Direito Penal – Conceito material de crime, princípios e fundamentos – Teoria da Lei Penal: aplicação no tempo, no espaço e quanto às pessoas*, 2ª edição. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa (AAFDL), 2017, pp. 58-60.

Pasquale, Frank, *The Black Box Society: The Secret Algorithms that Control Money and Information*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2016.

Pinto, Lara Sofia, “Privilegio contra a auto-incriminação versus colaboração do arguido. Case Study: revelação coactiva da password para descriptação de dados – resistance is futile?”, in: *Prova Criminal e Direito de Defesa, Estudos sobre a Teoria da Prova e Garantias de Defesa*, Coordenação: Teresa Pizarro Beleza/Frederico Lacerda Costa Pinto. Coimbra: Almedina, 2010, pp. 107 e ss e passim.

Pratt, John, *Penal Populism*. New York: Routledge, 2007.

Queijo, Elisabeth, *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 363 e ss e passim.

Ramos, Vânia Costa, “Parte I, Corpus Iuris – Imposição ao arguido de entrega de documentos e nemo tenetur se ipsum accusare”, in: *Revista do Ministério Público*, N.º 108. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 132 e ss e passim.

Ramos, Vânia Costa, “Parte II, Corpus Iuris – Imposição ao arguido de entrega de documentos e nemo tenetur se ipsum accusare”, in: *Revista do Ministério Público*, N.º 109. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 60 e ss e passim.

Rawls, John, *A Theory of Justice*, 2nd edition, Cambridge. United States of America, Belknap Press: An Imprint of Harvard University Press, 1999.

Resnik, Judith, “Diffusing Disputes: The Public in the Private of Arbitration, the Private in Courts, and the Erasure of Rights”, in: *Yale Law Journal*, Volume 124, 2015, pp. 2804-2809 e passim.

Ribeiro, Joaquim Sousa, “A Tutela de bens da personalidade na Constituição e na Jurisprudência constitucional portuguesas”, in: Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 853.

Robert, Julian V./Stalans, Loretta/Indermaur, David, Penal Populism and Public Opinion, Lesson from Five Countries. New York: Oxford University Press, 2003.

Rodrigues, Anabela Miranda, “A defesa do arguido: uma garantia constitucional em perigo no “admirável mundo novo”, in: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 12, n.º 4, outubro-dezembro de 2004, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 560.

Rodrigues, Anabela Miranda, “Direito penal económico – é legítimo, é necessário?”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 26.º, n.º 1 a 4. Coimbra: Instituto de Direito Penal Económico e Europeu, 2016, pp. 40 e ss e passim.

Rodrigues, Anabela Miranda, “Medida da pena de prisão – desafios da era da inteligência artificial”, in: Revista de Legislação e de Jurisprudência, março-abril de 2020, 149.º (4021). Coimbra: Gestlegal, 2020, passim.

Rodrigues, José Narciso Cunha, Ser Juiz Hoje, Coimbra, Almedina, 2008.

Rogall, Klaus, “Das Verwengungsverbot des § 393 II AO”, in: Hans Joachim Hirsch/Jürgen Wolter/Uwe Brauns (Hrsg.), Festschrift für Kohlmann zum 70. Geburtstag. Köln : Otto Schmidt, 2003, pp. 465-498.

Rosa, Luís Bértolo,, “Consequências Processuais da Proibições de Prova”, in: Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC), Ano 20, N.º 2, abril-junho 2010. Coimbra: Coimbra Editora: 2010, pp. 236 e ss e passim.

Rousseau, Jean Jacques, Du Contrat Social, ou Principes du Droit Politique, Bibliothèque publique et universitaire de Geneve (première version); «Le manuscrit contenant la version définitive du Contrat social qui a été imprimée a disparu.» le Pléiade édition t. III, p.1866. Publication, Amsterdam, février-mars 1762, Marc Michel Rey, etc.; le Pléiade édition t. III, pp. 347-470, 1866-1874. = Du Peyrou/Moulou 1780-1789 quarto édition; t. I, 1782, pp. 187-360.

Roxin, Claus/Schünemann, Bernd, Strafverfahrenrecht – Ein Studienbuch, 29. Auflage. München: C.H. Beck, 2017.

Salas, Denis, La Volonté de Punir: Essai sur le Populisme Penal. Paris: Hachette, 2005.

Sales, Erin M., Note, “The “Biometric Revolution”: An Erosion of the Fifth Amendment Privilege to Be Free from Self-Incrimination”, in: University of Miami Law Review, Volume 69, 2014, pp. 193, 193–239.

Santos, Andrés de la Oliva, *El papel del Juez en el Proceso Civil, Frente a ideología, prudentia iuris*. Navarra: Civitas/Thomson Reuters, 2012.

Santos, Cláudia Cruz, “A vítima no Direito processual português: sujeito ou mero participante?”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, Ano 29, N.º 1, janeiro-abril de 2019, Colóquio Internacional de Processo Penal Português: Desafios Europeus. Coimbra: Gestlegal, 2019, p. 180 e nota de rodapé número 13.

Santos, Hugo Luz dos, “A Brave New World of Ambient Intelligence in the Casinos of Macau: Reality or Fiction?”, in: *UNLV Gaming Research & Review*, Volume 19, 2015, p. 41.

Santos, Hugo Luz dos,, “As buscas domiciliárias na Região Administrativa Especial de Macau e em Portugal e as exclusionary rules norte-americanas: perspectivas e prospectivas”, in: *O Direito*, Ano 149, n.º 1 (2017). Coimbra: Almedina, 2017, pp. 117-151.

Santos, Hugo Luz dos, *Processo Penal da Pessoa Colectiva na Era do Compliance*, Braga, NovaCausa Edições Jurídicas, 2021a.

Santos, Hugo Luz dos/Figueiredo, José Miguel, *Regime de Crédito para Jogo e para Aposta em Casino - Anotado e Comentado*. Lisboa: AAFDL, 2021b.

Santos, Hugo Luz dos/Figueiredo, José Miguel, *Regime de Jogo Ilícito - Anotado e Comentado*. Lisboa: AAFDL, 2022b.

Santos, Hugo Luz dos, *Inteligência Artificial e Processo Penal*. Braga: NovaCausa Edições Jurídicas, 2022a.

Santos, Hugo Luz dos, *O Contrato de Jogo, o Contrato de Aposta e o Contrato de Swap de Taxas de Juro: Incursões Dogmáticas na Zona de Confluência Inclusiva entre o Direito Civil, o Direito Administrativo, o Direito Jogo e o Direito dos Valores Mobiliários*. Lisboa: AAFDL, 2022b.

Santos, Hugo Luz dos, *Código de Processo Penal – Anotado e Comentado, Volume I*, Braga: NovaCausa Edições Jurídicas, 2022c.

Santos, Hugo Luz dos, *Código de Processo Penal – Anotado e Comentado, Volume II*, Braga: NovaCausa Edições Jurídicas, 2022d.

Santos, Hugo Luz dos, *Processo Penal na Era Compliance*. Lisboa: AAFDL, 2022e.

Santos, Hugo Luz dos, *Inteligência Artificial e Processo Civil na Era do Metaverse e dos Machine Learning Algorithms*. Braga: NovaCausa Edições Jurídicas, 2022f.

Santos, Hugo Luz dos, *Direito Contratual do Jogo: Um Olhar Bifronte*. Lisboa: AAFDL, 2022g.

Schauer, Frederick, *Encyclopedia of Philosophy of Law and Social Philosophy*, Living Edition, Mortimer Sellers/Stephan Kirste (Editors), Springer Link, available at: https://link.springer.com/referenceworkentry/10.1007%2F978-94-007-6730-0_67-2 (access: 12.10.2021).

Schmitz, Amy J., “Expanding Access to Remedies Through E-Court Initiatives”, in: *Buffalo Law Review*, Volume 67, 2019, pp. 90-100.

Schwartz, Paul A., “Commentary, Internet Privacy and the State”, in: *Connecticut Law Review*, Volume 32, 2000, p. 820.

Selbst, Andrew D., “Disparate Impact in Big Data Policing”, in: *Georgia Law Review*, Volume 52, 2017, pp. 109 e ss e passim.

Shestowsky, Donna, “Inside the mind of the client: An analysis of litigant’s criteria for choosing procedures”, in: *Conflict Resolution Quarterly*, Volume 36, 2018, pp. 69-87.

Silva, Germano Marques da, “A criminalidade organizada e a investigação criminal (Nem pactos com o “diabo” nem a utilização de meios diabólicos no seu combate)”, in: *I Congresso de Processo Penal*, Manuel Guedes Valente (Coordenação). Coimbra: Almedina, 2004, pp. 397-414.

Silva, Germano Marques da, *Curso de Direito Processual Penal*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014.

Silva, Sandra Oliveira e, “O arguido como meio de prova contra si mesmo – Considerações em torno do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*”, in: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano X, 2013, pp. 361-379.

Silva, Sandra Oliveira e, “*Nemo tenetur se ipsum accusare* e Direito Tributário: Das (In)ludíveis Antinomias à Harmonização (Possível)”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, Volume II, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Instituto Jurídico, 2017a, pp. 835 e ss e passim.

Silva, Sandra Oliveira e, “It’s all in your head?” – A utilização probatória de métodos neurocientíficos no processo penal”, in: *XX Estudos Comemorativos dos 20 Anos da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*. Coimbra: Almedina, 2017b, pp. 745 e ss e passim.

Silva, Sandra Oliveira e, “Direito ao silêncio e deveres de colaboração nos processos por delitos económico-financeiros”, in: *Julgar*, n.º 38, maio-agosto de 2019. Coimbra: Almedina, 2019a, pp. 138 e ss.

Silva, Sandra Oliveira e, O Arguido como Meio de Prova contra si mesmo: Considerações em Torno do Princípio Nemo Tenetur se Ipsum Accusare. Coimbra: Almedina, 2019b (Reimpressão).

Smith, Adam, *The Theory of Moral Sentiments*, 1st edition (1759). Guttenberg Publishers 2011.

Souza, Artur Gueiros, “Breves considerações sobre a corrupção em transações comerciais internacionais”, *Direito penal internacional estrangeiro e comparado*, Carlos Eduardo Japiassú (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, pp. 4 e ss e passim.

Sternlight, Jean R., “Justice in a Brave New World”, in: *Connecticut Law Review*, Volume 52, n.º 1, 2018, pp. 230 e ss e passim.

Stürner, Rolf, “Quelques remarques sur l’image actuelle de la procédure allemande et sa relation avec la procédure française et les tendances internationales, in: 1806-1976-2006, De la commémoration d’un code à l’autre: 200 ans de procédure civile en France. Paris: Litec, 2006, pp. 330 e ss.

Susskind, Richard E., *The End of Lawyers? Rethinking the Nature of Legal Services*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

Susskind, Richard E., *Tomorrow’s Lawyers: An Introduction to Your Future*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

Susskind, Richard E., *Online Courts and the Future of Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2019.

Susskind, Richard E., “The Future of Courts”, *Remote Courts*, 6 (5) July/August 2020, 2020, pp. 1 e ss.

Tanz, Jill S./McClintock, Martha K., “The Psychologic Stress Response During Mediation”, in: *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Volume 32, n.º 1, 2017, pp. 31-74.

Verde, Giovanni, *Profili Del Processo Civile*, I. Parte Generale, sesta edi. Napoli: Jovene Editore, 2002.

Vogel, “Informationstechnologische Herausforderungen an das Strafprozessrecht”, in *Zis*, 2012, pp. 485-487.

Workman, M. “Advancements in technology: New opportunities to investigate factors contributing to differential technology and information use”, in: *International Journal of Management and Decision Making*, Volume 39, 2007, pp. 317 e ss e passim.

Yamagishi/Hashimoto, H./Suzuki, N., “An institutional approach to culture”, in: M. Schaller/S. Heine/A. Norenzayan/T. Yamagishi/T. Kameda (Eds.), *Evolution, culture and the human mind*, New York, NY: Psychology Press, 2009, pp. 185-203.

Yamaguchi, S. “Culture and control orientations.”, in: *The Handbook of culture and psychology*, D. Matsumoto (Ed.) New York, NY, Oxford University Press, 2001, pp. 223-243.

Yuki, M./Schug, J., “Relational mobility: A sociological approach to personal relationships”, in: *Relationship science: Integrating evolutionary, neuroscience, and sociocultural approaches*, O. Gillath/G.E. Adams/A.D. Kunkel (Eds.). Washington, DC: American Psychological Association, 2012, pp. 137-151.

Završnik, Aleš. Algorithmic justice: Algorithms and big data in criminal justice setting. *European Journal of criminology*, pp. 1-20, 2019.

Zhou, X./L. He/Yang, Q./Lao, J./Baumeister, R.F., “Control deprivation and styles of thinking”, in: *Journal of Personality and Social Psychology*, Volume 102, 2012, pp. 460-478.

Zuck, Rüdiger, “Faires Verfahren und der Nemo tenetur-Grundsatz bei der Besuchsüberwachung zu BGH, Urteil v. 29.04.2009”, in: *Juristische Rundschau*, 2010, pp. 18-27.

Authorship information

Hugo Luz dos Santos. Bachelor Degree in Law (Faculty of Law of Coimbra, Portugal). PhD in Law (2019-2021), Faculty of Law of the University of Macau, China). University Professor at City University of Macau (People’s Republic of China). Fellow at Forum for International Conciliation and Arbitration (FICA, Oxford, United Kingdom). Awarded with the Fellowship of the Royal Society of Arts of United Kingdom (London, United Kingdom) “for outstanding contributions to rule of law, justice and policy worldwide”. hugo.miguel.luz@gmail.com

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Acknowledgement: God bless my wife (Leong Cheng Hang) and my mother (Fátima) for they have shown me that love – like law – has no bounds whatsoever. To my Great Grand Mother (Mariana Viemba) who taught me to be both wild and unruly.

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

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

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

Editorial process dates

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

- Submission: 17/04/2022
- Desk review and plagiarism check: 18/04/2022
- Review 1: 27/04/2022
- Review 2: 28/04/2022
- Preliminary editorial decision: 26/06/2022
- Correction round return: 08/07/2022
- Final editorial decision: 06/08/2022

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Reviewers: 2

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

SANTOS, Hugo Luz dos. Processo Penal e Inteligência Artificial: Rumo a um Direito (Processual) Penal da Segurança Máxima? *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8, n. 2, p. 767-821, mai./ago. 2022.
<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i2.709>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.

Las condiciones normativas del juicio de hecho y el denominado principio de razón suficiente, a propósito del recurso de nulidad en el proceso penal chileno. Una crítica procesal

The normative conditions of the judgment of fact and the so-called principle of sufficient reason, for the purpose of the appeal for nullity in the Chilean criminal procedure. A procedural criticism

Carlos del Río Ferretti¹

Universidad Andrés Bello, Facultad de Derecho, Santiago, Chile

carlos.delrio@unab.cl

 <http://orcid.org/0000-0002-1508-998X>

RESUMEN: En este trabajo se formula un análisis procesal del denominado principio de razón suficiente utilizado en el proceso penal chileno. Para ello se parte por fijar conceptos previos sobre las condiciones normativas del juicio de hecho en relación al mérito probatorio del proceso, con el fin de examinar en ese marco y contexto el sentido y el provecho que se ha querido atribuir al principio de razón suficiente, y las consecuencias que de ahí derivan para la recta aplicación del recurso de nulidad. Al respecto se ofrece un razonamiento dogmático que pretende demostrar que el principio en cuestión es un concepto innecesario y erróneo en el régimen jurídico chileno.

PALABRAS CLAVE: Principio de razón suficiente; valoración de la prueba; juicio de hecho.

ABSTRACT: In this paper, a procedural analysis of the so-called principle of sufficient reason used in the Chilean criminal process is formulated. For this, it starts by establishing previous concepts on the normative conditions of the factual judgment in relation to the probative merit of the process, in order to examine

¹ Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia. Profesor de Derecho procesal, Facultad de Derecho de Universidad Andrés Bello, Bellavista 0121, Providencia, Santiago, Chile.

in that framework and context the meaning and benefit that has been attributed to the principle of sufficient reason in the Chilean criminal process, and the consequences that derive from it for the correct application of the appeal for annulment. In this regard, a dogmatic reasoning is offered that aims to demonstrate that the principle in question is an unnecessary and erroneous concept in the Chilean legal system.

KEYWORDS: *Principle of sufficient reason; evaluation of the evidence; judgment of fact.*

SUMARIO: Introducción; 1. Condiciones de legitimidad formal y sustantiva del enjuiciamiento de hecho en relación con el mérito del proceso; 2. Prueba de cargo válida y objetivamente incriminatoria como condición de legitimidad previa al enjuiciamiento fáctico (de condena); 3. La existencia de motivación como condición formal del juicio fáctico; 3.1. La motivación como justificación; 3.2. Motivación respecto del objeto u objetos de decisión y su omisión como vicio; 3.3. Motivación respecto de la prueba: La existencia de valoración singular de cada medio de prueba; 4. La racionalidad como condición de legitimidad material de la valoración de la prueba; 5. El examen sobre la configuración de la hipótesis incriminatoria que puede articularse por la vía del recurso de nulidad, por infracción a la presunción de inocencia como regla de juicio; 6. La doctrina del principio de razón suficiente en la sana crítica; 7. Crítica al principio de razón suficiente: Una impropiedad innecesaria y errónea; Conclusiones; Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

Este estudio tiene como objeto de análisis el uso procesal del denominado principio lógico de razón suficiente en relación con el juicio de hecho en el proceso penal chileno, y se ocupará de los aspectos normativos y jurisprudenciales pertinentes que quedan comprendidos dentro del tema.

El objeto relevante se ubica en la intersección de los conceptos implicados, como son el principio de razón suficiente y el enjuiciamiento de hecho, y la particular importancia que esto tiene

para determinar con precisión el examen del juicio de mérito a través del recurso de nulidad.

El principio de razón suficiente sería un principio de la lógica que encuentra sustento en un axioma, consistente en que ningún enunciado fáctico puede ser verdadero sin que haya una razón suficiente para que sea así y no de otro modo. A menudo —como se verá— las referencias doctrinales y jurisprudenciales a este principio vienen acompañadas de menciones relativas a los orígenes de este principio en la doctrina de filósofos como Leibniz, lo cual ha quedado plasmado en distintos textos jurídicos y sentencias judiciales.

Como se le considera un principio de la lógica, se ha visto en él un criterio de ponderación integrante de la valoración racional de la prueba (o la sana crítica), lo cual hallaría sustento legal en la letra del art. 297 CPP, que establece a los principios de la lógica como uno de los criterios de ponderación de la prueba. En palabras llanas, si el artículo en cuestión indica que la ponderación crítica se debe hacer con arreglo a los principios de la lógica, entonces el principio de razón suficiente —en cuanto principio lógico— sería un criterio de valoración de la prueba.

Lo cierto es que la jurisprudencia viene recogiendo este principio de diversas maneras en sus fallos, que oscilan entre entender que el principio de razón suficiente se traduciría en una suerte de deber exhaustivo de fundamentación de las sentencias o bien en un deber de corroboración pleno de la hipótesis inculpatória, lo cual se explicará y se someterá a crítica en este trabajo, especialmente en los apartados 6 y 7 del mismo.

La exposición sistemática del asunto, sin embargo, exige partir primero por tratar las condiciones normativas del juicio de hecho y el régimen de examen jurisdiccional que sobre aquel juicio de hecho se pueda articular². Este es el contexto que se debe considerar para poder

² La relación íntima del tema relativo al juicio de hecho y el examen jurisdiccional por medio de los recursos en el proceso es algo frecuentemente observado por la doctrina: CORTEZ, Gonzalo. El recurso de nulidad, pp. 17-35; ACCATINO, Daniela. El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad, pp. 119-143; LETELIER, Enrique. El derecho fundamental al recurso en el proceso penal, p. 242; DEL RÍO, Carlos. Tres apuntes sobre el recurso de nulidad y el

comprender lo que la jurisprudencia y parte de la doctrina ha pretendido con la introducción del principio de razón suficiente y la utilización que de él se ha querido hacer. Y es ese contexto de la regulación positiva a partir del cual se puede hacer un análisis procesal provechoso del principio en cuestión.

Por juicio de hecho entenderemos, de manera general, la declaración jurisdiccional relativa a la comprobación de una hipótesis fáctica determinada a la luz del resultado probatorio verificado en un proceso concreto³. En este trabajo, en consecuencia, se partirá por establecer lo que son las condiciones normativas del juicio de hecho y las vías de examen adecuadas de aquellas, y una vez establecido este contexto de análisis entraremos al estudio particular del principio de razón suficiente.

1. CONDICIONES DE LEGITIMIDAD FORMAL Y SUSTANTIVA DEL ENJUICIAMIENTO DE HECHO EN RELACIÓN CON EL MÉRITO DEL PROCESO

El punto de inicio del análisis exige constatar en primer lugar que el juicio de hecho queda sujeto a reglas y principios jurídicos en relación con el mérito de la causa, recogidos en el régimen jurídico chileno en normas jurídicas determinadas.

Esas normas operan como condiciones normativas del juicio de hecho y tienen una importancia de primer orden en el campo del derecho al recurso y en la determinación de los controles posibles sobre aquellas materias a través del recurso de nulidad.

enjuiciamiento fáctico a propósito de tres fallos de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena, pp. 131-146; DEL RÍO, Carlos. Estudio sobre el derecho al recurso en el proceso penal, pp. 245-288; DEL RÍO, Carlos. El derecho al recurso y el recurso de nulidad penal, pp. 72-121. En general, NIEVA, Jordi. El hecho y el derecho en la casación penal, p. 324; TARUFFO, Michele. Vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil, p. 278; NAPPI, Aniello. Il sindacato di legittimità nei giudizi civili e penali di cassazione, p. 303; VASCONCELLOS, Vinicius G. A prova no processo penal: a importância da valoração do lastro probatório e de seu controle por meio recursal, pp. 695-721.

³ TARUFFO, Micheli. El vértice ambiguo: Ensayos sobre la casación, p. 179-180; WRÓBLEWSKI, Jerzy. Meaning and Truth in judicial decision, pp. 59-73; WRÓBLEWSKI, Jerzy. The Judicial Application of Law, pp. 131-182.

En nuestro concepto, del régimen positivo chileno surgen cuatro condiciones normativas distintas sobre el juicio de hecho, que conviene distinguir con claridad. Determinar en cada caso el origen de aquellas resultará fundamental para realizar un examen técnicamente adecuado que se articule por las vías apropiadas, lo cual es esencial cuando para ello se dispone de recursos extraordinarios, que se conciben como medios que permiten una impugnación por la vía de denuncias determinadas conducidas a través de motivos específicos fijados por el legislador, como acontece con el recurso de nulidad.

Sostenemos, en consecuencia, que en lo que toca a la formulación del juicio de hecho y al examen que sobre él se pueda realizar es menester reconocer cuatro condiciones de legitimidad que rigen de distintas formas el enjuiciamiento de hecho. Cabe identificar en primer término (1) una condición de legitimidad *ex ante* del juicio de hecho (condenatorio), como es la necesidad de que en el proceso exista prueba de cargo válida y objetivamente incriminatoria. En segundo lugar (2) una condición de legitimidad formal, como es la existencia de motivación que deba comprender todo enjuiciamiento de hecho, en tanto deber de justificación del juicio jurisdiccional. En tercer lugar, sigue a aquello (3) la condición de legitimidad material de la misma motivación del juicio de hecho, que se resuelve en la legitimidad de la ponderación probatoria que se somete a determinados criterios de racionalidad legalmente sancionados al afecto. En cuarto lugar, la condición de legitimidad en la formulación del juicio de hecho (condenatorio) que se materializa en la necesidad de (4) confirmación de la hipótesis incriminatoria con arreglo a un estándar normativamente determinado⁴.

Conviene hacer dos aclaraciones previas sobre las condiciones normativas del juicio de hecho. Primero, de las cuatro condiciones singularizadas, dos de ellas son condiciones del juicio de hecho con

⁴ DEL RÍO, Carlos. Tres apuntes sobre el recurso de nulidad y el enjuiciamiento fáctico a propósito de tres fallos de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena, pp. 131-146; DEL RÍO, Carlos. Estudio sobre el derecho al recurso en el proceso penal, pp. 245-288; DEL RÍO, Carlos. El derecho al recurso y el recurso de nulidad penal, pp. 72-121. Con una aproximación distinta, AC-CATINO, Daniela. El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad, pp. 119-143.

independencia de su contenido, es decir, se aplican indistintamente al juicio absolutorio como al condenatorio, mientras que otras dos, por su propia naturaleza, son condiciones únicamente del juicio de hecho de condena.

En segundo lugar, apuntamos que hay además otras condiciones normativas que afectan al juicio de hecho, como puede ser, por ejemplo, las que regulan el objeto del pronunciamiento y que imponen al juez, por un lado, un deber de pronunciamiento exhaustivo, como, por otro, un deber de correlación con la acusación, en cuanto límite objetivo y subjetivo a los poderes de enjuiciamiento del juez⁵. Con todo, estas condiciones no interesan aquí porque no se refieren ni pretenden regular la formulación del enjuiciamiento fáctico en relación con el mérito de la causa, que es de lo que se trata ahora. Es decir, si bien inciden en la formulación del enjuiciamiento lo hacen imponiendo un deber de extensión de la decisión (correlación como exhaustividad del pronunciamiento) y un deber de limitación de la decisión (correlación como límite), pero no dicen nada sobre el juicio de hecho con relación al mérito del proceso (respecto a la prueba).

2. PRUEBA DE CARGO VÁLIDA Y OBJETIVAMENTE INCRIMINATORIA COMO CONDICIÓN DE LEGITIMIDAD PREVIA AL ENJUICIAMIENTO FÁCTICO (DE CONDENA)

La primera condición de legitimidad opera de forma previa al enjuiciamiento fáctico, y consiste en la necesaria existencia de prueba de cargo válida y objetivamente incriminatoria, como una de las exigencias normativas que deriva de la eficacia de la presunción de inocencia, en cuanto regla probatoria⁶.

⁵ DEL RÍO, Carlos. Los poderes de decisión del juez penal: Principio acusatorio y determinadas garantías procesales, p. 31-38.

⁶ La doctrina está de acuerdo en conferirle a la presunción de inocencia como mínimo tres contenidos claros, que se traducen en tres reglas jurídicas: regla de trato, regla probatoria y regla de juicio. En este trabajo nos interesan las dos últimas. Vale decir, la presunción de inocencia como regla probatoria, en los términos que se indicará ahora, y, además, como regla de juicio, en los términos que se explica en el apartado 5 de este texto, de modo que estas dos dimensiones de la presunción de inocencia condicionan de distinto modo el juicio de hecho.

En efecto, uno de los contenidos atribuidos⁷ a la presunción de inocencia es aquel que impone la regla probatoria indicada, en cuanto condición normativa de legitimidad de las condenas. Vale decir, la exigencia de una actividad probatoria de cargo que como mínimo suponga la incorporación al proceso de un medio de prueba válido y objetivamente incriminatorio. Esto es, que al menos haya un medio que comunique al proceso información válida, pertinente, relativa a uno o más hechos, y de la cual se pueda inferir el hecho ilícito y la atribución de participación culpable en él. Tal cosa se desprende del art. 340 incisos 2° y 3°⁸, que leídos atentamente⁹ permiten extraer esta conclusión: el inciso 2° exige que la convicción de condena se forme con la prueba producida en el juicio oral, y el inciso 3°, seguidamente, prohíbe que la condena se base en la sola declaración del acusado. De este modo, el precepto en su conjunto requiere la existencia de prueba de cargo con estos atributos, distinta de la sola autoincriminación, como clara consecuencia de la presunción¹⁰⁻¹¹.

La utilización de un razonamiento de esta especie, basado en la presunción de inocencia podría ser fecundo en nuestro sistema puesto que nos permitiría abordar situaciones en donde la prueba de cargo

⁷ VEGAS, Jaime. Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal, pp. 42-43; MONTAÑÉS, Miguel Ángel. La presunción de inocencia, pp. 41 y ss y 81 y ss; BOFILL, Jorge. La prueba en el proceso penal, pp. 25-26; ORTELLS RAMOS, Manuel; MONTERO, Juan; GOMEZ, Juan Luis. Derecho Jurisdiccional, pp. 273-274; HORVITZ, María Inés; LÓPEZ, Julián. Derecho procesal penal chileno. Tomo II, pp. 152-153; DEL RÍO, Carlos. El derecho al recurso y el recurso de nulidad penal, pp. 74-80; VASCONCELLOS, Vinicius G. Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: analise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro, p. 7.

⁸ Todas las disposiciones citadas en este trabajo son del Código Procesal Penal chileno, salvo que se indique lo contrario.

⁹ El art. 340 incisos 2° y 3° señala lo siguiente: “El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral”; “No se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración”.

¹⁰ Además, los artículos 8.2 Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y 14 números 2, 5 y 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) —inspirados en el art. 11.1 de la Declaración Universal— reconocen a la presunción de inocencia forma clara y contundente, lo cual contribuye a afianzar la idea expuesta en el texto.

¹¹ VEGAS, Jaime. Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal, pp. 42-43.

válida y objetivamente incriminatoria no existe o resulta dudosa, sobre todo teniendo en cuenta que una aproximación de esta especie tiene además asidero normativo expreso en el artículo 373 letra a)¹² —motivo del recurso de nulidad—, que alude exactamente a la infracción de derechos y garantías que se puedan materializar en el pronunciamiento de la sentencia.

La realidad procesal enseña que no es una cosa tan infrecuente hallar casos en que lo discutible sea exactamente la existencia de prueba de cargo objetivamente incriminatoria. Se encuentran casos en que las fuentes de prueba aportadas al proceso no portan o comunican información incriminatoria o carecen de esa eficacia¹³.

En el sentido apuntado un caso instructivo es el que se presentó en la Sentencia de Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 1 de octubre de 2019¹⁴. En esta se censura la sentencia condenatoria basada únicamente en la declaración de la víctima, la cual, sin embargo, carece de contenido incriminatorio. En ella no se refiere ningún hecho que sea constitutivo de delito de lesiones menos graves por el cual se condena, ni tampoco se refiere el hecho que se tiene por probado, de modo que el tribunal de instancia yerra al atribuirle capacidad incriminatoria al relato de la víctima, en el cual no está afirmado el hecho ilícito que se imputa, ni se puede inferir de su declaración, de modo que la condena viene a quedar sin sustento probatorio mínimo.

Otro rendimiento práctico de la regla probatoria es el relativo a la exigencia de que la prueba de cargo sea prueba válida. Este aspecto

¹² La disposición dice lo siguiente: “Causales del recurso. Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia:”; “a) Cuando, en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes”.

¹³ DEL RÍO, Carlos. Tres apuntes sobre el recurso de nulidad y el enjuiciamiento fáctico a propósito de tres fallos de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena, pp. 131-146; DEL RÍO, Carlos. Estudio sobre el derecho al recurso en el proceso penal, pp. 245-288; DEL RÍO, Carlos. El derecho al recurso y el recurso de nulidad penal, p. 141.

¹⁴ CHILE, Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 1756-2019, 5ª Sala, min. re-dactora. Fierro Reyes, M. 1/10/2019.

de la garantía de inocencia sirve de base para censurar la prueba ilícita a través del recurso de nulidad, en cuanto esta constituye infracción de una garantía procesal, en los términos que indica el motivo previsto en el art. 373 a). Así ha sucedido en la práctica, aunque la CS no vincula expresamente esta hipótesis con la presunción de inocencia, sino más bien de modo general con el debido proceso.

La jurisprudencia del último tiempo es contundente. Existen reiterados pronunciamientos de la CS que establecen que la sentencia condenatoria sustentada en prueba ilícita lesionaría la garantía del debido proceso, garantía de la cual derivaría la exigencia de que la *sentencia sea el resultado de una investigación y un procedimiento racionales y justos*.

Esta declaración se ha convertido en la fórmula jurisprudencial extendida¹⁵, tras la cual, sin embargo, se encuentra de forma precisa la presunción de inocencia como regla probatoria, que impone la condición de legitimidad de que la sentencia de condena se sustente en la existencia de prueba de cargo válida.

La evidencia de que es esto lo que está en juego viene dada por lo que sucede una vez invalidados el juicio y la sentencia, y remitida la causa al juzgado competente no inhabilitado para que se proceda al nuevo juicio oral. En el último tiempo los casos acaban en sobreseimiento

¹⁵ Por ejemplo: CHILE, Corte Suprema, rol 26194-2018, 2ª Sala, min. redactor. Kunsemüller Loebenfelter, C. 29/11/2018; CHILE, Corte Suprema, rol 23305-2018, 2ª Sala, ab. redactor. Munita Luco, D. 4/12/2018; CHILE, Corte Suprema, rol 26422-2018, 2ª Sala, min. redactor. Dolmetsch Urrea, H. 6/12/2018; CHILE, Corte Suprema, rol 25045-2018, 2ª Sala, min. redactor. Kunsemüller Loebenfelter, C. 18/12/2018; CHILE, Corte Suprema, rol 31238-2018, 2ª Sala, ab. redactor. Barra Rojas, A. 23/01/2019; CHILE, Corte Suprema, rol 28219-2018, 2ª Sala, ab. redactor. Barra Rojas, A. 4/02/2019; CHILE, Corte Suprema, rol 28218-2018, 2ª Sala, min. redactor. Gómez Montoya, M. 4/02/2019; CHILE, Corte Suprema, rol 1502-2019, 2ª Sala, min. redactor. Dahm Oyarzún, J. 28/02/2019; CHILE, Corte Suprema, rol 2488-2019, 2ª Sala, min. redactor Valderrama Rebolledo, M. 28/02/2019; CHILE, Corte Suprema, rol 4877-2019, 2ª Sala, min. redactor Kunsemüller Loebenfelter, C. 10/04/2019; CHILE, Corte Suprema, rol 7756-2019, 2ª Sala, min. redactor Valderrama Rebolledo, M. 05/06/2019; CHILE, Corte Suprema, rol 30173-2021, 2ª Sala, min. redactor. Llanos Sagristá, L. 24/09/2021. Con formas semejantes también: CHILE, Corte Suprema, rol 30240-2021, 2ª Sala, min. redactor. Dahm Oyarzún, J. 21/09/2021; CHILE, Corte Suprema, rol 39754-2021, 2ª Sala, min. redactor. Dahm Oyarzún, J. 01/12/2021.

definitivo decretado por el tribunal del nuevo juicio, previa solicitud del fiscal, al amparo del inciso final del art. 277¹⁶, en tanto considera que la causa ha quedado sin prueba de cargo válida para sostener la acusación. El sobreseimiento solicitado ha sido efectivamente decretado en todos los casos, sea en audiencia especial, sea en la misma audiencia de revisión de medidas cautelares, sea al inicio de la propia audiencia de juicio oral¹⁷.

3. LA EXISTENCIA DE MOTIVACIÓN COMO CONDICIÓN FORMAL DEL JUICIO FÁCTICO

3.1. LA MOTIVACIÓN COMO JUSTIFICACIÓN

Como es sabido, la motivación (justificación) de las sentencias es una fundamentación *ex post* del juicio que se ha adoptado por el tribunal

¹⁶ El inciso final del art. 277 señala lo que sigue: “Si se excluyeren, por resolución firme, pruebas de cargo que el Ministerio Público considere esenciales para sustentar su acusación en el juicio oral respectivo, el fiscal podrá solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa ante el juez competente, el que la decretará en audiencia convocada al efecto”.

¹⁷ DEL RÍO, Carlos. El derecho al recurso y el recurso de nulidad penal, pp. 79-80. Lo dicho puede observarse en los siguientes pronunciamientos de la CS que se enmarcan en la situación descrita y en la solución que hasta ahora se ha dado (el reenvío y posterior sobreseimiento al amparo del 277): CHILE, Corte Suprema, rol 26194-2018, 2ª Sala, min. redactor. Kunsemüller Loebenfelder, C. 29/11/2018; CHILE, Corte Suprema, rol 23305-2018, 2ª Sala, ab. redactor. Munita Luco, D. 04/12/2018; CHILE, Corte Suprema, rol 26422-2018, 2ª Sala, min. redactor. Dolmestch Urrea, H. 06/12/2018; CHILE, Corte Suprema, rol 25045-2018, 2ª Sala, min. redactor. Kunsemüller Loebenfelder, C. 18/12/2018; CHILE, Corte Suprema, rol 31238-2018, 2ª Sala, ab. redactor. Barra Rojas, A. 23/01/2019; CHILE, Corte Suprema, rol 28219-2018, 2ª Sala, ab. redactor. 4/02/2019; CHILE, Corte Suprema, rol 28218-2018, 2ª Sala, min. redactor. Gómez Montoya, M. 04/02/2019; CHILE, Corte Suprema, rol 1502-2019, 2ª Sala, min. redactor Dahm Oyarzún, J. 28/02/2019; CHILE, Corte Suprema, rol 2488-2019, 2ª Sala, min. redactor. Valderrama Rebolledo, M. 28/02/2019; CHILE, Corte Suprema, rol 4877-2019, 2ª Sala, min. redactor. Kunsemüller Loebenfelder, C. 10/04/2019; CHILE, Corte Suprema, rol 7756-2019, 2ª Sala, min. redactor. Valderrama Rebolledo, M. 05/06/2019; CHILE, Corte Suprema, rol 30240-2021, 2ª Sala, min. redactor. Dahm Oyarzún, J. 21/09/2021; CHILE, Corte Suprema, rol 30173-2021, 2ª Sala, min. redactor. Llanos Sagristá, L. 24/09/2021; CHILE, Corte Suprema, rol 39754-2021, 2ª Sala, min. redactor. Dahm Oyarzún, J. 01/12/2021.

sentenciador, destinada a dotarlo de razonamientos que lo sustenten¹⁸. Esta forma de entender la motivación tiene su base en la distinción de las dos fases del razonamiento decisorio. Una primera, como un proceso destinado a encontrar (adoptar) la decisión (fase heurística) en donde concurren criterios lógicos, jurídicos, cognoscitivos y valorativos “empleados para la formulación de elecciones y para la individualización de la decisión ‘justa’”¹⁹. La segunda en cambio es la propia de la justificación o, mejor, de la motivación como justificación de la decisión ya adoptada y que tiene por objeto dotarla de justificaciones racionales, en los términos y con la intensidad que venga normativamente configurada aquella como deber del juez en cada caso²⁰.

En lo que importa ahora, podemos decir que la motivación está normativamente configurada como un deber procesal del órgano jurisdiccional, que se resuelve en un mandato jurídico en orden a justificar —con arreglo a exigencias legales determinadas— sus decisiones jurisdiccionales, así como la crítica probatoria que haga de los elementos de convicción del proceso.

Desde este punto de vista no cabe duda que la existencia de motivación, esto es, el deber de exteriorización de una motivación en el sentido apuntado, es una condición formal de legitimidad del juicio de hecho, de manera que la falta de aquella o su sola parcial consignación afecta la validez de aquél. Emerge en consecuencia la necesidad de analizar la existencia de esta, los límites que tiene y cuáles pueden ser las infracciones a aquella.

La cuestión tiene su núcleo esencial en la determinación de los tipos de motivación y su extensión, según la materia a la que está referida. Veremos que están perfectamente configurados, por una parte, un deber de motivación referido al objeto u objetos de decisión, y, por otra, un deber de motivación referido a la prueba practicada (valoración de la prueba).

¹⁸ WRÓBLEWSKI, Jerzy. Meaning and Truth in judicial decision, pp. 59-73; WRÓBLEWSKI, Jerzy. The Judicial Application of Law, pp. 161-182.

¹⁹ TARUFFO, Michele. Vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil, p. 196.

²⁰ Por esta razón la fase heurística, esto es, la relativa al proceso de adopción de la decisión, no es equivalente a la fase de justificación o motivación. TARUFFO, Michele. Vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil, pp. 197-198.

En consecuencia, los vicios de motivación pueden estar en relación con cualquiera de estos dos aspectos del juicio de hecho.

3.2. MOTIVACIÓN RESPECTO DEL OBJETO U OBJETOS DE DECISIÓN Y SU OMISIÓN COMO VICIO

La motivación en primer lugar está referida al *thema decidendum*²¹. La ley impone el deber de motivar respecto de la decisión que recae sobre el objeto de pronunciamiento²² y por esto establece una vinculación entre la necesaria justificación y el objeto de la decisión²³. Esta dimensión de la motivación relativa a las decisiones está expresamente sancionada en el art. 36 cuando dispone que “[l]a fundamentación expresará sucintamente, pero con precisión, los motivos de hecho y de derecho en que se basaren las decisiones tomadas”. El art. 297 también alude a esta, pero con menos claridad porque la trata conjuntamente con la valoración de la prueba, cuando dice “[l]a valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieren por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia”²⁴.

²¹ La cuestión relativa a los tipos de motivación y su extensión la hemos expuesto previamente: DEL RÍO, Carlos. El recurso de nulidad penal y la tipología de sus motivos (errores), pp. 1-25; pero desde el ángulo y perspectiva de los tipos de causales del recurso de nulidad.

²² No debe confundirse el deber de motivación exhaustiva, con el deber de pronunciamiento exhaustivo. Son dos cosas distintas y con diversos fundamentos jurídicos. La motivación exhaustiva es la forma de justificación del juicio de hecho. La exhaustividad del pronunciamiento en cambio tiene como fundamento el derecho a la tutela judicial, que impone la necesidad de pronunciarse sobre todas las cuestiones de la causa que deben ser consideradas y resueltas para la justa decisión de fondo. Es evidente que el punto de contacto es que cada pronunciamiento sobre una cuestión de hecho requiere de una justificación que debe encontrarse en la motivación, pero eso en lugar de demostrar que son lo mismo, prueba que son cosas distintas.

²³ NAPPI, Aniello. Il sindacato di legittimità nei giudizi civili e penali di cassazione, p. 184.

²⁴ DEL RÍO, Carlos. El recurso de nulidad penal y la tipología de sus motivos (errores), pp. 16-17.

De este modo podríamos decir²⁵ que el Código exige que la sentencia entera —cada objeto de decisión específico contenida en ella— encuentre en la motivación su justificación.

Para determinar su alcance específico y además la relevancia de una eventual omisión del deber de motivación hace falta tener en cuenta la naturaleza de los hechos en el proceso. Desde este punto de vista se distinguen los hechos principales y los hechos secundarios²⁶.

Son considerados hechos principales los que por sí mismos y de forma directa producen efectos jurídicos, es decir, que tienen relevancia jurídico-normativa: hechos de este tipo son los constitutivos, impeditivos, extintivos y modificativos. En cambio, se denominan hechos secundarios a todos los demás que no tienen eficacia jurídico-normativa directa.

En cuanto a los primeros, debido a su propia naturaleza, demandan siempre una decisión y consiguientemente la motivación respectiva, puesto que constituyen por sí mismo un *thema decidendum*. Desde esa perspectiva el defecto (falta) de motivación aparece nitidamente cubierto por el recurso de nulidad, vía artículo 374 e)²⁷. En cuanto a los secundarios, habría que distinguir si de los mismos se puede o no llegar a inferir un hecho principal o incidir positiva o negativamente en la declaración de un hecho probado de esta especie, o si los mismos han resultado específicamente discutidos o controvertidos, situaciones en las cuales también parece —en aras ahora del principio del contradictorio— que el juez deba tomar posición crítica sobre esos puntos del objeto del debate y motivar a su respecto. Una omisión dentro de estos términos se presenta como un vicio con relevancia jurídica invalidatoria²⁸.

²⁵ DEL RÍO, Carlos. El recurso de nulidad penal y la tipología de sus motivos (errores), pp. 16-17.

²⁶ WRÓBLEWSKI, Jerzy. The Judicial Application of Law, pp. 136-143, en sentido similar.

²⁷ El art. 374 letra e) señala lo siguiente: “Motivos absolutos de nulidad. El juicio y la sentencia serán siempre anulados:”; “e) Cuando, en la sentencia, se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342, letras c), d) o e)”. El motivo, como se ve, remite, entre otros, al requisito de la sentencia previsto en el art. 342 letra c), el cual establece el deber de motivación respecto de las decisiones sobre los hechos y las pruebas.

²⁸ Lo indicado sin embargo tiene una matización importante en cuanto se admite que la motivación pueda llegar a quedar satisfecha si existe de forma

3.3. MOTIVACIÓN RESPECTO DE LA PRUEBA: LA EXISTENCIA DE VALORACIÓN SINGULAR DE CADA MEDIO DE PRUEBA

La motivación también viene exigida por la norma respecto de los medios de prueba, como una exigencia propia y distinta de la motivación con relación a los objetos de decisión. La ponderación singular de cada medio de prueba exige una motivación dispuesta para justificar la fiabilidad, credibilidad y la fuerza racional que se confiere a cada medio de prueba destinado a la comprobación de hechos, mientras que la motivación sobre los objetos de decisión se ocupa de demostrar la conexión de los resultados probatorios derivados de la valoración con cada punto o cuestión que constituye un objeto de decisión. Vale decir, poner en relación los resultados de la prueba con cada uno de los hechos que requieren de un pronunciamiento.

En cuanto a la primera —la motivación singular de cada medio de prueba— el legislador la establece como un deber de motivación exhaustivo conforme se dispone en el inciso 2° del art. 297. La norma expresa lo siguiente: “El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo”.

Cabe precisar, sin embargo, que el deber de motivación impuesto al juzgador por el art. 297 no tiene cobertura íntegra en el recurso de nulidad. El art. 374 e), en relación con el art. 342 c), establece como motivo

implícita. NAPPI, Aniello. Il sindacato di legittimità nei giudizi civili e penali di cassazione, p. 191; IACOVIELLO, Francesco Mauro. Ricorso per cassazione, p. 5282. En rigor la motivación debe ser considerada unitariamente y la justificación de cada punto puede ser derivada del entero contexto del discurso. IACOVIELLO sostiene que la motivación implícita es una particular estructura de motivación, «en la cual la argumentación expresa sobre un punto de la decisión funciona como justificación implícita para otros puntos decididos en la sentencia ligados al primero por un nexo de consecuencialidad lógica o jurídica. Donde existe motivación implícita falta el texto gráfico, pero no falta el discurso argumentativo.» Esta es la clave para discernir la existencia de verdadera motivación implícita y diferenciarla del vacío motivacional, que desde luego es censurable: primero, debe desprenderse de la motivación expresa sobre algunas de las cuestiones decididas y, segundo, entre esta y el otro punto de decisión debe haber un nexo de consecuencialidad lógica o jurídica para entender que respecto de él existe una motivación implícita en aquella que es explícita.

de nulidad solamente la omisión de la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, “y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el art. 297”²⁹.

Con esta redacción del motivo de nulidad —en lo que se refiere al vicio de omisión de motivación (valoración) de la prueba que respalda las conclusiones de hecho— queda fuera de la cobertura del motivo la omisión de motivación (valoración) de la prueba que se hubiere desestimado, con expresa indicación de la fundamentación para ello, exigida en el inciso 2° del art. 297.

Creemos, no obstante, que el deber de motivación relevante a efectos de recurso de nulidad comprende a toda la prueba que sea decisiva en función del mismo juicio de hecho y su justificación. Así, la Corte no debe limitarse a controlar si los hechos probados derivan de motivación respaldada en la prueba, sino además si —dados los hechos probados— el juez de mérito realiza un escrutinio exhaustivo en función de los propios hechos que integran su juicio. Estas cuestiones no son lo mismo.

En suma, el deber de motivación no se satisface con el solo análisis de la prueba que se conforma con la configuración de los hechos probados. Este criterio admitiría la omisión de motivación del resto de la prueba y en definitiva acabaría consintiendo el sesgo de confirmación, esto es, traer a colación en la motivación solo lo que sirve para el respaldo de una hipótesis. La superación del sesgo de confirmación, por el contrario, impone como mínimo que la motivación —aparte de recaer sobre la prueba confirmatoria de los hechos que se tienen por probados— se refiera a aquella otra que justamente tiene la capacidad de impedir o excluir dicha configuración de hechos³⁰.

²⁹ DEL RÍO, Carlos. El recurso de nulidad penal y la tipología de sus motivos (errores), p. 17.

³⁰ La eficacia invalidatoria de un vicio de este tipo quedará sujeto a un juicio de decisividad, NAPPI, Aniello. Il sindacato di legittimità nei giudizi civili e penali di cassazione, nota 20, p. 200 y ss., para el caso italiano; o de casualidad como lo denomina la doctrina española, NIEVA, Jordi. El recurso de casación civil, p. 128 y ss, y p. 142 y ss; ORTELLS, Manuel. Derecho procesal civil, pp. 444 y 447, o de trascendencia del vicio; y para el caso chileno, DEL

4. LA RACIONALIDAD COMO CONDICIÓN DE LEGITIMIDAD MATERIAL DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Si la motivación existe y es exhaustiva, entonces seguidamente cabe plantearse la tercera condición de legitimidad del enjuiciamiento fáctico, en este caso de carácter material porque está referida a los criterios de racionalidad a los que deba someterse la crítica probatoria del juez para que sea *sana crítica*³¹.

Como es sabido la crítica probatoria queda sujeta a criterios de apreciación racionales³² que tienen reconocimiento legal expreso en el artículo 297 inciso 1°, cuando dispone “[l]os tribunales apreciarán la prueba

RÍO, Carlos. El principio de trascendencia en relación con el motivo de recurso de nulidad del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal chileno, pp. 322-349.

³¹ Para el concepto de sana crítica y de reglas de sana crítica, puede consultarse a COUTURE, Eduardo. Estudio de Derecho procesal civil, pp. 137-173; CERDA, Rodrigo. Valoración de la prueba: Sana crítica, p. 148; y del mismo CERDA, Rodrigo. La formalización de los parámetros de racionalidad en la valoración probatoria conforme a la sana crítica. Una visión desde la práctica, pp. 49-66; MATURANA, Javier. Sana crítica. Un sistema de valoración racional de la prueba, pp. 369-371, 454-455 y 574-575; PALOMO, Diego. Proceso civil: El juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar, pp. 248-254; CONTRERAS, Cristian. La valoración de la prueba de interrogatorio, pp. 140-146; BENFELD, Johann. Sobre la formalización de las reglas de la sana crítica. Puntos de contacto y de diferencia entre el sistema de ponderación libre de J. Bentham y el sistema de prueba tasada bajo medieval de las siete partidas y sus textos herederos, pp. 95-99; CARBONELL, Flavia. Sana crítica y razonamiento judicial, pp. 35-47; LARROUCAU, Jorge. Las Federal Rules of Evidence norteamericanas y la codificación de las leyes reguladoras de la prueba, pp. 115-137; COLOMA, Rodrigo. Más allá de las reglas mínimas de sana crítica, pp. 139-150; AGÜERO, Claudio. La ‘sana crítica’ como cláusula general, pp. 153-162; GANDULFO, Eduardo. El quinto pilar de la sana crítica. La cuestión del método y la metodología, pp. 163-195; ACCATINO, Daniela. Sana crítica: Algunas clarificaciones, pp. 199-207.

³² BENFELD, Johann. La sana crítica en materia penal, laboral y de derecho de familia. Variaciones normativo-institucionales, pp. 65-97, ha discutido y matizado fuertemente el concepto de sana crítica como un método de crítica probatoria que se limite a criterios de racionalidad como los sancionados en el art. 297 del Código chileno. En su opinión la sana crítica sería un concepto más complejo, donde se integran —y quedan comprendidas— otras variables de Derecho material y procesal, apelando al contexto normativo en que se inserta.

con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados”.

En el análisis dogmático, la doctrina ha señalado que la justificación fáctica se descompone en la justificación interna, por una parte, y en la justificación externa, por otra³³. La justificación interna de la sentencia viene dada por el razonamiento lógico que en ella se manifiesta y que impone que las conclusiones del razonamiento guarden correspondencia con las premisas. Es el campo que queda gobernado por las denominadas reglas de la lógica, que no solamente remiten a lo dispuesto en el citado art. 297 inciso 1º, sino también se encuentra en la estructura formal de la sentencia y en la ordenación de sus menciones, con arreglo al art. 342.

La justificación externa, a su turno, se expresa en el razonamiento probatorio de carácter inductivo que se realiza sobre la base de criterios de inferencia racionales como son las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos. Esta finalmente se resuelve en la motivación racional destinada a respaldar el mismo establecimiento de las premisas de hecho comprendidas en el enjuiciamiento.

Desde el punto de vista del examen o control sobre estas dimensiones de la crítica probatoria, cabe apuntar que mediante el recurso de nulidad, a través del motivo del artículo 374 letra e) en relación con el art. 342 letra c) y art. 297, se pueden denunciar y censurar los siguientes tipos de vicios³⁴:

a) Justificación ilógica (interna): debe entenderse por ésta la que se resuelve en la discordancia entre las premisas dadas y la conclusión, la que rompe con una regla lógica o resulta carente de nexo lógico con aquellas.

b) Justificación errónea (externa): concurre por la incorrecta aplicación de un criterio de inferencia probatoria. Este vicio está íntimamente vinculado al razonamiento probatorio inferencial-inductivo. Este opera con arreglo a criterios de inferencia basados en máximas de

³³ WRÓBLEWSKI, Jerzy. Meaning and Truth in judicial decision, pp. 59-73, y del mismo WRÓBLEWSKI, Jerzy. The Judicial Application of Law, pp. 161-182.

³⁴ La distinción entre justificación interna y justificación externa se debe a Jerzy WRÓBLEWSKI, quien ha desarrollado con rigor el significado de estos tipos de justificación en las obras citadas en nota anterior.

la experiencia o en conocimientos científicos³⁵, que permiten pasar del hecho probado al hecho necesitado de prueba. Pues bien, aquí surgen con fuerza los problemas del valor epistémico de los criterios de inferencia y del esfuerzo procesal que demanda a las partes primero y a la Corte después entrar seriamente al examen de estas cuestiones.

Piénsese que la definición canónica de máxima de la experiencia considera que esta es un juicio hipotético de contenido general, independiente del hecho concreto, fundado en repetidas experiencias, pero autónomo de ellas, y aplicable como criterio de inferencia para nuevos casos³⁶. Lo importante de lo apuntado es que nos permite fijar la función de las máximas de experiencia en el razonamiento probatorio, como criterios de inferencia que permiten pasar del hecho probado al que debe resultar probado. De aquí la necesidad de controlar al menos negativamente el valor objetivo que se les pueda reconocer a estas, y distinguir los criterios de inferencia racionales de aquellos que se constituyan en un puro prejuicio o sesgo arbitrario.

Estos criterios pueden incidir desde luego en la determinación de credibilidad o fiabilidad de una prueba personal, tanto como constituirse en la regla de inducción directamente probatoria, cuando la inferencia de un hecho relevante se basa en la prueba directa de un hecho base, considerado indiciario de aquel bajo el criterio de inferencia.

De las inferencias de credibilidad cabe decir que ellas han gozado por muchos años de una amplísima difusión y utilización en el foro. Qué son si no las normas legales de inhabilidad de testigos que se hacen valer en nuestros procesos civiles³⁷. El legislador allí consagró inhabilidades en función de criterios de inferencia sobre la credibilidad o la fiabilidad que se podía negar *ex ante* a un conjunto de sujetos. Si se examinan las causales legales se observará que apuntan a la falta o mermada capacidad

³⁵ TARUFFO, Micheli. La prueba, pp. 279-295.

³⁶ Se expresa en el aforismo latino *id quod plerumque accidit*, esto es, como de ordinario acaecen los hechos. STEIN, Friedrich. El conocimiento privado del juez, p. 30 y ss. También son útiles los apuntes de MONTERO, Juan. La prueba en el proceso civil, pp. 75-78, 105, y pp. 610-611.

³⁷ FURNO, Carlo. Teoría de la prueba legal, pp. 28-29; 169-176; TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos, pp. 387 y ss, se refieren a la formalización de las máximas de experiencia en las normas legales de tasación probatoria, aunque con un enfoque parcialmente distinto.

cognitiva que la ley infiere que afecta la fiabilidad o a la falta o merma de posición de imparcialidad y de objetividad que también hace suponer al legislador un bajo grado de credibilidad.

En cuanto a las segundas, aquellos criterios de inferencias que permiten pasar de un hecho base o indiciario al hecho necesitado de prueba, lo cierto es que puede venir constituido por una infinidad inabarcable de máximas que actúan explícita o implícitamente como tal. Por eso el desafío procesal es obtener de las partes, y también de las Cortes, un examen más acucioso del razonamiento probatorio para denunciar y censurar, respectivamente, la construcción de un enjuiciamiento viciado por la utilización de máximas o criterios de inferencia sin valor epistémico.

Al respecto Nappi³⁸ apunta que: “(...) No sería aceptable, en efecto, que resultase sustraída al control de legitimidad una decisión fundada, antes que sobre razonables máximas de experiencia, sobre ‘meras conjeturas’, como cuando se afirma que es siempre culpable quien llamado a justificarse, mienta, que una mujer en jeans no es violentable, (...) o bien cuando, con el propósito de demostrar la consciente participación de alguien en una asociación de tipo mafiosa, se ‘argumente que, por el predominio ejercitado por la asociación criminal sobre el territorio de comisión de los hechos específicos del delito, el ejercicio de la actividad ilícita por parte de los recurrentes podía ser posible solo porque pertenecían a la asociación’”.

El desafío que impone el control a este respecto es que efectivamente exija un escrutinio sobre el conjunto motivacional, que se traduce en la indagación y examen particular de los criterios de inferencias explícitos e implícitos, que en cada caso obliga a pronunciarse sobre sus valores (epistémicos).

5. EL EXAMEN SOBRE LA CONFIRMACIÓN DE LA HIPÓTESIS INCRIMINATORIA QUE PUEDE ARTICULARSE POR LA VÍA DEL RECURSO DE NULIDAD, POR INFRACCIÓN A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE JUICIO

En fin, cuando ya se tiene prueba de cargo, cuando existe motivación y además esta es conforme a los criterios del art. 297, todavía

³⁸ NAPPI, Aniello. Il sindacato di legittimità nei giudizi civili e penali di cassazione, pp. 163-164 (traducción nuestra).

cabe plantearse si la misma satisface el estándar de confirmación de la hipótesis inculpativa que impone la ley procesal, previsto en el artículo 340 inciso 1º, que establece que: «Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente hubiere cometido el hecho punible objeto de acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley».

En efecto, si la limitación del razonamiento inductivo que se utiliza en la prueba judicial³⁹ estriba en la imposibilidad de comprobar con certeza una hipótesis a partir de casos particulares, se tiene que admitir que únicamente cabe operar en el proceso jurisdiccional con determinados *grados de probabilidad* en el establecimiento de los hechos que conformarán el juicio de hecho. Por lo anterior es que el último aspecto relativo al juicio de hecho es el del estándar con que se realiza la declaración de los hechos que se tienen por probados, aun cuando respecto de estos no se alcanza sino un determinado grado de probabilidad.

El estándar es una cuestión distinta de los criterios de ponderación utilizados en el razonamiento probatorio que se despliega en la valoración crítica de la prueba. Los criterios de ponderación utilizados en el razonamiento probatorio responden al problema de cómo se ha de confirmar una hipótesis o cómo se justifica una decisión; el estándar, en cambio, fija el grado de confirmación que normativamente se exige para dar por confirmada la hipótesis. O, en otras palabras, cuánta justificación se necesita⁴⁰. De esta manera el método de valoración puede ser el mismo en varios procesos (viene determinado por los criterios de racionalidad a los que remite la ley⁴¹), aun cuando el estándar normativamente determinado

³⁹ SENTÍS, Santiago. La prueba, p. 300; GASCÓN, Marina. Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba, pp. 8-123 y especialmente pp. 20-27; FERRER, Jordi. La valoración racional de la prueba, pp. 91-93, y p. 139. También TARUFFO, Michele. Vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil, pp. 167 y ss; del mismo TARUFFO, Michele. La prueba, especialmente pp. 23 y ss., y 132 y ss.

⁴⁰ SENTÍS, Santiago. La prueba pp. 292-300.

⁴¹ BENFELD, Johann. La sana crítica en materia penal, laboral y de derecho de familia. Variaciones normativo-institucionales, pp. 65-97, como dijimos, matiza la unidad y uniformidad del sistema de sana crítica porque entiende que el contexto normativo de aplicación incide en el mismo. Estimamos que

pueda variar según el ámbito de tutela de que se trate⁴². Es perfectamente consistente que existan tipos de procesos con unos mismos criterios de valoración probatoria y con distintos estándares probatorios, o incluso dentro de un mismo proceso, distintos criterios de valoración y distintos estándares en vigor⁴³.

Por otra parte, el establecimiento de un estándar de prueba determinado, como criterio normativo del grado de confirmación exigible para la comprobación judicial⁴⁴, no halla su fundamento en los criterios

en su análisis se argumenta desde una reconsideración del concepto mismo de sana crítica, en el que se incorporan variables de diverso tipo, incluso de Derecho material. El punto es que, si consideramos un concepto estricto de sana crítica, estimado únicamente como un método de ponderación o crítica probatoria con arreglo a unos mismos criterios de racionalidad, este por necesidad es uno y el mismo con independencia del proceso de que se trate. Otra cosa es que su materialización judicial se comporte efectivamente así o que precisamente por una reconsideración de lo que se denomina “sana crítica”, abarcadora de otras variables jurídicas y no jurídicas de diversa naturaleza distintas de la probatoria, se pueda llegar a un resultado parcialmente distinto según la sede procesal de aplicación de ese nuevo concepto de “sana crítica”.

⁴² FERRER, Jordi. La valoración racional de la prueba, pp. 139-152; HAACK, Susan. *The Embedded Epistemologist: Dispatches from the Legal Front*, pp. 206-235, y en particular p. 211; POLI, Roberto. *Standard of Proof in Italy*, pp. 197-246; TUZET, Giovanni. *Assessment criteria or standards of proof? An effort in clarification*, pp. 91-109; ROJAS, Luis. Sobre el contenido de injusto de la prevaricación judicial, pp. 66-67.

Esto ya estaba presente en FURNO, Carlo. *Teoría de la prueba legal*, pp. 35-52, que se refiere a la cantidad de certeza y la noción de verdad suficiente, que se modula con distinta intensidad en los diferentes campos del Derecho procesal. Por su parte, BRICHETTI, Giovanni. La ‘evidencia’ en el derecho procesal penal, pp. 14 y ss, también está asumiendo la distinta modulación de la cantidad de prueba (corroboración probatoria) dentro del propio proceso penal.

⁴³ TUZET, Giovanni. *Assessment criteria or standards of proof? An effort in clarification*, pp. 91-109. Con anterioridad esta cuestión está en autores como FURNO, Carlo. *La prueba legal*, pp. 35-52, que se refiere a la cantidad de certeza y la noción de verdad suficiente, que se modula con distinta intensidad en los diferentes campos del Derecho procesal. Por su parte, BRICHETTI, Giovanni. La ‘evidencia’ en el derecho procesal penal, pp. 14 y ss, también está asumiendo la distinta modulación de la cantidad de prueba (corroboración probatoria) dentro del propio proceso penal.

⁴⁴ FERRER, Jordi. La valoración racional de la prueba, pp. 139 y ss.

epistemológicos⁴⁵ que, por el contrario, resultan decisivos en el ámbito de la crítica probatoria. Esto es patente en el proceso penal, en el cual la confirmación inculpativa más allá de toda duda razonable responde a un imperativo político y humanitario, como es la protección de valores como la libertad individual o incluso la vida (si se considera a los países en que aún existe la pena de muerte)⁴⁶.

Es así que en el Derecho positivo chileno el estándar de prueba legalmente sancionado está en una norma distinta de aquella relativa a la sana crítica⁴⁷. En el último tiempo se ha explicado con claridad la distinción que cabe hacer entre criterios de valoración y el estándar de prueba, y cómo tanto unos como el otro son necesarios para la adopción de la decisión jurisdiccional, aportando el primero los criterios para la crítica probatoria y el segundo la regla para determinar la confirmación de los hechos necesaria para tener por probado un hecho fundante de la condena⁴⁸.

El estándar en materia penal a que aludimos se ha venido considerando como una regla objetivable que está orientada al establecimiento de un criterio en virtud del cual se puedan tener como probados los hechos fundantes de la condena. Eso es lo que se formula con la locución de “más allá de toda duda razonable”, de modo que la duda razonable es la duda legal que impide precisamente hacer esa declaración.

En segundo lugar, hay que señalar que el estándar de prueba del art. 340 inciso 1º, que en nuestro Derecho positivo está referido a la convicción judicial —como dice la norma— no se resuelve en una convicción como pura certeza subjetiva. En el diseño legal esta ha de

⁴⁵ Como apunta HAACK, Susan. *The Embedded Epistemologist: Dispatches from the Legal Front*, p. 212.

⁴⁶ Así lo señala TUZET, Giovanni. *Assessment criteria or standards of proof? An effort in clarification*, p. 96.

⁴⁷ ACCATINO, Daniela. *Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal*, pp. 483-511.

⁴⁸ Sin perjuicio de la vinculación o conexión funcional de ambos conceptos a la que se refiere TUZET, Giovanni. *Assessment criteria or standards of proof? An effort in clarification*, pp. 91-109.

derivar necesariamente del resultado probatorio⁴⁹, de manera que la convicción tiene que ser el resultado de la cognición judicial y surgir de allí⁵⁰, y en caso de ser condenatoria, queda condicionada a la superación de la duda razonable que resulte —solo y necesariamente— del acervo probatorio disponible. Y precisamente por esta razón es susceptible de ser controlada por un tercero, al menos con relación al contenido objetivo que arroja el resultado probatorio. Esto no quiere decir que la prueba arroje una convicción judicial, pero sí que la prueba practicada tiene un resultado con un contenido objetivo: el testigo presta una declaración con un contenido comprobable, el perito informa sobre la validez de unos principios y reglas determinados (y no de otros), el instrumento o documento contiene y comunica al proceso una información objetiva, y sobre ese acervo se forma necesaria e inevitablemente la convicción del juzgador respecto de cada uno de los hechos que son necesarios para condenar, los cuales deben estar debidamente confirmados con base en la valoración de los datos resultantes de la prueba.

El propio art. 340 inciso 2° dice “[e]l tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral”. Esta es la razón por la que en el Derecho positivo chileno se deben descartar las concepciones intimistas, holistas o narrativas sobre la decisión de los hechos, puesto que estas tienen una relación ambigua con el mérito probatorio resultante de la práctica de la prueba o terminan por desvincularse de aquel. La decisión sobre los hechos debe estar basada *solo y necesariamente* en la prueba y en cada medio de prueba⁵¹.

Con matices diversos se ha señalado que hay duda razonable cuando el razonamiento probatorio carece de capacidad explicativa de cada hecho del que depende el juicio de condena, y, en particular, cuando la prueba —el razonamiento probatorio— no tenga la capacidad

⁴⁹ Consideraciones interesantes en LÓPEZ (2005), pp. 153-164; DUCE y RIEGO (2007), pp. 483-502; ACCATINO, Daniela. Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal, pp. 483-511. También PINO, Octavio. Principio lógico de la razón suficiente, pp. 325-328.

⁵⁰ Sobre el punto, TICHÝ, Luboš. Standard of Proof. Fundamental Problems Through The Perspective of Comparative Analysis, pp. 289 y ss.

⁵¹ TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos, pp. 307-325.

de excluir⁵² las hipótesis alternativas⁵³. Es decir, cuando las hipótesis alternativas a la de condena siguen siendo compatibles con los elementos de juicio disponibles⁵⁴.

⁵² Sobre este punto se habla de eliminar o de refutar como dos procedimientos distintos en el razonamiento probatorio destinado a excluir hipótesis alternativas. Con detalle, ACCATINO, Daniela. Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal, pp. 506-507. Últimamente sobre el procedimiento para la confirmación de una hipótesis, ROJAS, Luis. Sobre el contenido de injusto de la prevaricación judicial, pp. 65-66.

⁵³ IACOVIELLO, Francesco Mauro. Lo standard probatorio dell'al di là di ogni ragionevole dubbio e il suo controllo in cassazione, pp. 3869-3884; FERRER, Jordi. La valoración racional de la prueba, pp. 147-152; ACCATINO, Daniela. Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal, pp. 507-509. también FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón: Teoría del garantismo penal, pp. 129 y ss. Cfr. FASSONE, Elvio. Dalla certezza all'ipotesi preferibile: un metodo per la valutazione, pp. 1104-1131. Un estudio fundamental sobre el concepto de módulo de prueba es el de WALTER, Gerhard. Libre apreciación de la prueba, pp. 112 y ss. Este demuestra que en la jurisprudencia alemana se va perfilando un concepto de convicción judicial exigida por ley como una seguridad en la conclusión probatoria incriminatoria que sea bastante para que ya no quepa oponerle dudas razonables, y explica además que esas dudas que quepa oponerle no pueden ser puramente teóricas o abstractas. Estas últimas no son adecuadas para impedir que se dicte en su caso la sentencia de condena, puesto que una posibilidad de esa especie "nunca puede excluirse enteramente debido a la falibilidad del conocimiento humano". Si así fuere, "toda averiguación judicial sería imposible".

⁵⁴ Como dice IACOVIELLO, Francesco Mauro. Lo standard probatorio dell'al di là di ogni ragionevole dubbio e il suo controllo in cassazione, pp. 3869-3884, que el imputado haya sido la última persona vista con la víctima y que haya tenido motivos para asesinarla no basta para superar el umbral de la duda razonable. Desde luego que son elementos de convicción incriminatorios, pero no suficientes. Primero, porque no tienen capacidad explicativa de todos los elementos de hecho necesarios para dictar sentencia de condena, y, en segundo término, porque no son datos con contenido unívoco, y por consiguiente no son capaces de excluir hipótesis alternativas que se puedan plantear, de modo que no tienen el carácter de unívocamente incriminatorios, y son compatibles con hipótesis no incriminatorias.

Otro tanto puede decirse de las sentencias de condena que se basan en la sola declaración de la víctima, cuando se limita a sostener la incriminación del imputado, sin ofrecer precisiones o circunstancias que puedan ser confirmadas con otros datos del caso o medios. En este caso tenemos finalmente una declaración incriminatoria de la víctima que no resulta susceptible de confirmación y cuya capacidad incriminatoria se sostiene solo y exclusivamente en

A partir de un estándar racionalizado y comprobable que fija un umbral de corroboración como este, la motivación debe ir destinada a justificar la consecución o no de dicho umbral⁵⁵.

Para el posible control mediante el recurso de nulidad del estándar de prueba es importante considerar la relación de dicho estándar con la presunción de inocencia, ahora como regla de juicio. Como se sabe, la presunción de inocencia además de operar como regla probatoria (que impone la necesidad de que exista como mínimo prueba de cargo), implica adicionalmente una regla de juicio que impone la decisión absolutoria para el caso que aun con la prueba aportada se mantenga la duda respecto de la hipótesis acusatoria⁵⁶. En este sentido se ha dicho que “[a]l estar la inocencia asistida por el postulado de su presunción”⁵⁷ la prueba contraria a esa presunción tiene que ser aportada por quien niega la inocencia, y además de un modo que sea normativamente suficiente para eliminar toda duda razonable⁵⁸. De esta forma la presunción de inocencia se

la misma fiabilidad del relato de la víctima, y por ello deben ser consideradas en principio no suficientes.

⁵⁵ TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos, pp. 167-219; FERRER, Jordi. La valoración racional de la prueba, pp. 151-152. TUZET, Giovanni. Assessment criteria or standards of proof? An effort in clarification, pp. 91-109, se refiere a la conexión funcional de los criterios de valoración (motivación probatoria) y el estándar de prueba.

⁵⁶ VEGAS, Jaime. La presunción de inocencia y prueba en el proceso penal, pp. 42-43; MONTAÑÉS, Miguel Ángel. La presunción de inocencia, pp. 41 y ss y 81 y ss; BOFILL, Jorge. La prueba en el proceso penal, pp. 25-26; ORTELLS, Manuel; MONTERO, Juan; GÓMEZ, Juan Luis. Derecho Jurisdiccional, pp. 273-274; HORVITZ, María Inés; LÓPEZ, Julián. Derecho procesal penal chileno. Tomo II, pp. 152-153; DEL RÍO, Carlos. El derecho al recurso y el recurso de nulidad penal, pp. 74-80; VASCONCELLOS, Vinicius G. Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro, p. 7. Por esto es posible entender satisfecha la primera cara de la garantía —la exigencia de prueba válida y objetivamente incriminatoria—, pero considerar insuficiente el grado de confirmación probatorio alcanzado, porque, por ejemplo, no permite descartar la duda razonable de ciertas hipótesis alternativas o impeditivas plausibles.

⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón: Teoría del garantismo penal, p. 611.

⁵⁸ WALTER, Gerhard. Libre apreciación de la prueba, pp. 172-173; FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón: Teoría del garantismo penal, pp. 147-158 y pp. 610-613; TONINI, Paolo. Lineamenti di Diritto Processuale Penale, pp. 128-132;

constituye en el fundamento de la carga material de la prueba que soporta la acusación, y se erige además en la regla de juicio que cabe aplicar para el caso de la mantención de la duda legalmente relevante⁵⁹.

La duda razonable —como duda legal— no superada por medio de la prueba impide la formación de una convicción condenatoria aceptable con arreglo al art. 340⁶⁰, y la presunción de inocencia como regla de juicio impone —en ese caso— la decisión absolutoria. De esta forma, una sentencia condenatoria, con infracción a esta norma legal del estándar, se configura además como una infracción a la garantía de presunción de inocencia.

Con lo dicho, el examen sobre el estándar de prueba en sede de recurso de nulidad es el último tipo de examen posible que incide sobre el juicio de hecho y que puede articularse por la vía del motivo aplicado a este supuesto que es el previsto en el art. 373 letra a). Hay que descartar la aplicación del motivo del art. 374 letra e) en relación con los arts. 342 letra c) y 297, referidos a la existencia de motivación y a la valoración de la prueba, precisamente por la recepción diferenciada de cada uno en el CPP chileno⁶¹ —los criterios de ponderación en el art. 297 y el estándar en el art. 340 inciso 1°—, puesto que la infracción de la regla del art. 340 inciso 1° no tiene cobertura en el motivo absoluto de nulidad previsto en el art. 374 letra e), el cual se ciñe a dar cobertura a la infracción del art. 297, relativo a los criterios de valoración solamente. Así, la denuncia de quebrantamiento de esta disposición únicamente podría conducirse por la vía del art. 373 letra a), si se alega la lesión sustancial de la presunción de inocencia.

IACOVIELLO, Francesco Mauro. Lo standard probatorio dell'al di là di ogni ragionevole dubbio e il suo controllo in cassazione, pp. 3869-3884; POLI, Roberto. Standard of Proof in Italy, pp. 205-211.

⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón: Teoría del garantismo penal, pp. 147-158 y 610-613; DEL RÍO, Carlos. Los poderes de decisión del juez penal: Principio acusatorio y determinadas garantías procesales, pp. 113 y ss.

⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón: Teoría del garantismo penal, pp. 147-158 y 610-613; DEL RÍO, Carlos. Los poderes de decisión del juez penal: Principio acusatorio y determinadas garantías procesales, pp. 113 y ss.

⁶¹ TUZET, Giovanni. Assessment criteria or standards of proof? An effort in clarification, pp. 100-101 y 102-105, cita el caso chileno como argumento a favor de la distinción conceptual que defiende detalladamente.

6. LA DOCTRINA DEL PRINCIPIO DE RAZÓN SUFICIENTE EN LA SANA CRÍTICA

En el contexto jurídico trazado previamente es pertinente preguntarse por la utilidad de la doctrina del principio de razón suficiente desde la perspectiva procesal. Es decir, nos abocaremos al análisis dogmático-jurisprudencial para precisar si ese principio puede aplicarse al proceso penal, teniendo en cuenta que el proceso penal es una realidad artificial normativizada, creada por el Derecho como instrumento imprescindible para la realización del Derecho penal⁶².

Desde este ángulo procesal tiene interés analizar la doctrina del principio de razón suficiente que se ha acuñado en nuestro medio.

El asunto tiene su punto de arranque en la consideración de este principio como regla de la lógica. De esta calidad del principio se infiere que tendría que ser estimado como un principio del razonamiento probatorio comprendido en los criterios orientadores de la sana crítica⁶³, en cuanto el art. 297 remite expresamente a los principios de la lógica.

⁶² Este enfoque puede consultarse en CARNELUTTI, Francesco. Teoría general del reato, pp. 38-42; GOLDSCHMIDT, James. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal, pp. 23-24; GÓMEZ, Emilio. Comentarios a la ley de enjuiciamiento criminal, tomo I, p. 28; MONTERO, Juan. Principios del proceso penal, p. 20.

⁶³ Sobre el concepto de sana crítica en general, pueden consultarse las aportaciones a CERDA, Rodrigo. Valoración de la prueba: Sana crítica, p. 148., y del mismo CERDA, Rodrigo. La formalización de los parámetros de racionalidad en la valoración probatoria conforme a la sana crítica, pp. 49-66; MATURANA, Javier. Sana crítica. Un sistema de valoración racional de la prueba, pp. 369-371, 454-455 y 574-575; PALOMO, Diego; BORDALÍ, Andrés; CORTEZ, Gonzalo. Proceso civil: El juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar, pp. 248-254; CONTRERAS, Cristián. La valoración de la prueba de interrogatorio, pp. 140-146; BENFELD, Johann. Sobre la formalización de las reglas de la sana crítica. Puntos de contacto y de diferencia entre el sistema de ponderación libre de J. Bentham y el sistema de prueba tasada bajo medieval de las siete partidas y sus textos herederos, pp. 95-99; CARBONELL, Flavia. Sana crítica y razonamiento judicial, pp. 35-47; LARROUCAU, Jorge. Las Federal Rules of Evidence norteamericanas y la codificación de las leyes reguladoras de la prueba, pp. 115-137; COLOMA, Rodrigo. Más allá de las reglas mínimas de sana crítica, pp. 139-150; AGÜERO, Claudio. La 'sana crítica' como cláusula general, pp. 153-162; GANDULFO, Eduardo. El quinto pilar de la sana crítica. La cuestión del método y la

A partir de este supuesto, cabría concluir que la valoración de la prueba queda sometida a este criterio de ponderación y, por lo tanto, aquella que no *observe este principio* —que *lo infrinja*— derivaría en una valoración probatoria ilegítima susceptible de ser denunciada como un caso de ponderación viciada mediante el motivo del art. 374 letra e) del recurso de nulidad, por estimarse quebrantada la norma del art. 297 sobre valoración probatoria conforme la sana crítica.

Lo cierto es que hay doctrina y jurisprudencia que han dado con una suerte de configuración práctica y operativa de lo que denominan el principio lógico de razón suficiente dentro de las reglas de la sana crítica.

Puede encontrarse copiosa jurisprudencia y también explicaciones doctrinales sobre el concepto (contenido) que se le atribuye. Cerda⁶⁴, por ejemplo, señala que nuestro modelo se sujeta a los parámetros de racionalidad señalados en el art. 297, y, en particular, a las reglas de la lógica, dentro de las cuales hace encajar el principio de razón suficiente, pese a la peculiaridad que le confiere⁶⁵. Apunta: “La particularidad de este principio es que, a diferencia de los principios antes señalados, alude especialmente al conocimiento de la verdad de las proposiciones, lo cual deriva en un problema epistemológico más que lógico”⁶⁶.

Y seguidamente perfila incluso lo que serían sus requisitos doctrinarios como características distintivas del concepto, puntualizando que el razonamiento probatorio —por mor de este principio— respondería idealmente a lo siguiente: “a) Debe ser un razonamiento constituido por inferencias adecuadamente deducidas de la prueba y derivarse de la sucesión de conclusiones que, en base a ellas, se vayan determinando; b) debe ser concordante y constringente, en cuanto cada conclusión negada o confirmada, responde adecuadamente a un elemento de convicción del cual se puede inferir aquélla (la conclusión), y c) la prueba debe ser tal

metodología, pp. 163-195; ACCATINO, Daniela. Sana crítica: Algunas clarificaciones, pp. 199-207.

⁶⁴ CERDA, Rodrigo. Valoración de la prueba: Sana crítica, p. 43.

⁶⁵ CERDA, Rodrigo. Valoración de la prueba: Sana crítica, p. 43.

⁶⁶ CERDA, Rodrigo. Valoración de la prueba: Sana crítica, p. 48.

naturaleza que realmente pueda considerarse fundante de la conclusión, de tal forma que aquella sea excluyente de toda otra”⁶⁷.

Cerda además indica que en el origen del principio está el axioma que se expresa en que: “Ninguna enunciación puede ser verdadera sin que haya una razón suficiente para que sea así y no de otro modo”⁶⁸. Incluso se pueden encontrar referencias al origen de su formulación como principio lógico en la doctrina de Leibniz sobre la materia⁶⁹.

La jurisprudencia y el foro han recogido ideas semejantes, las que a menudo han quedado plasmadas en los considerandos de diversas sentencias que repiten ciertas fórmulas y explicaciones.

Hay algunas sentencias que divagan sobre los fundamentos del principio de razón suficiente y plantean finalmente un contenido ambiguo del mismo, en las cuales no queda claro si el principio en cuestión sería el sustento de un deber de motivación o si más bien remite derechamente a un deber de corroboración del juicio de hecho.

Un ejemplo de lo que se indica se encuentra en la Sentencia de Corte de Apelaciones de San Miguel, de 30 de diciembre de 2019⁷⁰, que en su considerando quinto señala:

“Que el principio lógico de ‘razón suficiente’ que se invoca como conculcado, fue formulado por Leibniz para dilucidar el fundamento de las ‘verdades de hecho’ o contingentes (a posteriori), en relación con las denominadas ‘verdades de razón’, es decir, aquellas verdades necesarias (a priori). La razón no puede alcanzar un nivel de conocimiento tal como para determinar a priori la sucesión y ordenación lógica y causal de las ‘verdades de hecho’, a diferencia de lo que acontece con las entidades matemáticas, cuyas propiedades

⁶⁷ CERDA, Rodrigo. Valoración de la prueba: Sana crítica, pp. 47-48.

⁶⁸ CERDA, Rodrigo. Valoración de la prueba: Sana crítica, p. 47.

⁶⁹ CERDA, Rodrigo. Valoración de la prueba: Sana crítica, p. 47; MATURANA, Javier. Sana crítica. Un sistema de valoración racional de la prueba, pp. 247 y ss., también reproduce citas semejantes, aunque luego hace matizaciones sobre el alcance del mismo principio de razón suficiente, en pp. 381 y ss.; PINO, Octavio. Principio lógico de la razón suficiente, pp. 325-328.

⁷⁰ CHILE, Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 3095-2019, 4ª Sala, ab. redactor. Misseroni Raddatz, A. 30/12/2019. Sobre esta, puede consultarse el comentario de PINO, Octavio. Principio lógico de la razón suficiente, pp. 325-328.

pueden ser deducidas al margen de la experiencia. Lo contingente, sin embargo, no excluye que se lo pueda reconducir a un orden racional y causal, y al razonar acerca del modo en que los hechos han sucedido, se identifican nexos racionales, es decir, ‘razones’ que han determinado su desenvolvimiento (Leibniz habla también de ‘principio de razón determinante’). En tal sentido, si bien no es posible conocer a priori aquello que ha de suceder, sí es posible afirmar que ‘nada acontece sin razón’, es decir, a posteriori es posible dar razón de las verdades de hecho, las cuales descansan no sobre la necesidad, sino sobre la posibilidad. El hombre puede establecer que si ha acontecido un determinado evento, incluso antes de realizarse, y tal concatenación de hechos puede ser reconstruida después de que se ha verificado el evento, no de manera completa y exhaustiva como acontece con el conocimiento de las propiedades geométricas de un triángulo, del cual se posee una noción completa, pero sí ‘suficiente’ para dar razón de aquel, es decir, para explicar su generación o producción (...).”

Hay otras sentencias en donde asoma un concepto menos retórico y un poco más preciso del principio de razón suficiente, en el que se le sugiere como algo un poco más cerca del deber de corroboración del juicio de hecho, más allá de la sola existencia de motivación.

Este es el caso de la Sentencia de Corte de Apelaciones de San Miguel, de 2 de junio de 2020⁷¹, en su considerando decimotercero:

“Que la defensa ha invocado infracción al principio de razón suficiente, el que puede ser definido del siguiente modo: todo juicio, para ser verdadero, requiere de una razón suficiente que le sirve de sustento, o dicho en otros términos, que ninguna enunciación puede ser estimada como verdadera sin que exista una razón suficiente para que sea así y no de otro modo. Y una razón es suficiente ‘cuando basta por sí sola para servir de apoyo completo a lo enunciado, cuando, por consiguiente, no hace falta nada más para que el juicio sea plenamente verdadero. La razón es insuficiente cuando no basta por sí sola para abonar lo enunciado en el juicio, sino que necesita ser complementada con algo para que éste sea verdadero’ (Alexander Pfander, citado por Javier

⁷¹ CHILE, Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 878-2020, 1ª Sala, min. re-dactora. Sottovia Giménez, A. 02/06/2020.

Maturana: ‘Sana crítica: un sistema de valoración tradicional de la prueba’, pág. 248)’’.

Finalmente hay fallos en donde la jurisprudencia se decanta con claridad por un concepto de principio de razón suficiente como una regla que impondría un deber de entera corroboración del juicio de hecho. Sin ningún género de dudas puede consultarse la Sentencia de Corte de Apelaciones de San Miguel, de 28 de febrero de 2020⁷². El considerando sexto indica:

“Que el principio de razón suficiente exige, para que un hecho o enunciado se tenga por verdadero, que éste debe estar fundado de modo tal que pueda explicarse desde una razón suficiente, lo que en la especie, significa que debe existir una fundamentación inequívoca respecto de los antecedentes que sirven para el establecimiento de un hecho esgrimido por las partes. A lo anterior, cabe apuntar que dicho principio guarda diferencia con el resto de los principios de la lógica, pues no mira a la corrección del argumento que el juzgador construye basado en los hechos, sino que mira a cuánta prueba y de qué calidad debe ser ponderada en juicio para dar por cumplido uno de sus subprincipios, a saber, el deber de corroboración”⁷³.

Primero cabe señalar que todos los casos referidos se plantean por medio de un recurso de nulidad en que se denuncia una presunta *inobservancia o infracción* del principio de razón suficiente como principio de la lógica y por lo tanto como parámetro de la sana crítica probatoria, mediante el motivo del art. 374 e), en relación con art. 342 c) y art. 297. Las partes invocan en sus recursos este motivo de nulidad, y las Cortes entran a conocer y resolver esos recursos con la convicción de que ese es el cauce procesal adecuado.

Podemos decir que el argumento del principio de razón suficiente en la práctica funciona como una etiqueta intuitiva y de fácil comprensión,

⁷² CHILE, Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 176-2020, 2ª Sala, ab. redactor. Castillo Val, I. 28/02/2020.

⁷³ También con mucha rotundidad, CHILE, Corte de apelaciones de Santiago, rol 424-2020, 9ª Sala, min. redactora. Durán Madina, I. 09/03/2020. Véase así mismo, la jurisprudencia citada en nota 56.

si se le concibe como una suerte de *exigencia de fundamento suficiente o sólido del juicio de hecho*, aunque así, sin más, esto pueda significar cosas muy distintas.

Si se lee atentamente la jurisprudencia y se atiende a cada caso concreto —como se adelantó— se advertirá que la asignación de significado de la *exigencia de fundamento suficiente o sólido del juicio* oscila entre un concepto del principio que opera como un deber de motivación que se satisface con la existencia de motivación y un concepto que va más allá y lo perfila derechamente como un deber de entera corroboración del juicio de hecho.

7. CRÍTICA AL PRINCIPIO DE RAZÓN SUFICIENTE: UNA IMPROPIEDAD INNECESARIA Y ERRÓNEA

Al someter a análisis sistemático al principio de razón suficiente surgen objeciones procesales en cualquiera de sus acepciones. El punto es que la doctrina que oscila entre asignarle al principio un contenido próximo a un deber de motivación del juicio fáctico o ir más allá y atribuirle directamente al principio de razón suficiente un contenido que empalma con un deber de corroboración del juicio de hecho es en cualquiera de los dos casos errónea.

Si se mira con detenimiento la primera opción —el principio de razón suficiente como deber de motivación solamente— lo cierto es que tal cosa no añade nada al clásico deber de motivación exhaustivo, normativa y ampliamente reconocido en el Derecho procesal (arts. 36 y 297)⁷⁴, de modo que no se ve provecho dogmático real en el llamado que se haga al denominado principio de razón suficiente para solucionar un problema que ya está resuelto de la mejor manera en claras normas de derecho positivo, con normas procesales que establecen deberes específicos al juzgador, como es el de motivar sus sentencias.

Por lo demás, insistir en el argumento de la razón suficiente en este plano, como infracción al deber de motivación exhaustivo, desplaza el problema técnico desde el deber procesal de motivación normativamente

⁷⁴ Según se ha explicado en el apartado 3.

configurado a una cuestión que atiende a la valoración de la prueba, al razonamiento probatorio y a la racionalidad del mismo, cuando son dos cosas distintas. La segunda es una cuestión que solo surge si antes se ha satisfecho la primera. Es decir, solo surge si antes existe motivación o justificación que se pueda someter a examen de racionalidad. En otras palabras, la existencia de motivación es el *prius*, y la racionalidad de aquella el *posterius*. La existencia —deber procesal— de motivación exhaustiva es un asunto netamente normativo anterior a cualquier análisis de racionalidad lógica.

Únicamente se puede entender la abundante jurisprudencia que confunde el uso del principio de razón suficiente y lo aplica incorrectamente en el plano normativo del deber de motivación, debido a su eficacia persuasiva para funcionar casi como un lema de comprensión intuitiva. Cualquier vacío motivacional, no importa donde caiga, ya prefigura en el sentido vulgar (no procesal) una *infracción al principio lógico de razón suficiente*⁷⁵. Con todo, esta utilización sigue siendo un error que introduce una imprecisión técnica, que por lo demás es innecesaria.

En otras ocasiones, con la regla lógica de razón suficiente se pretende expresar la existencia ya no solo del deber de motivar, sino

⁷⁵ Entre las recientes pueden consultarse las que siguen: CHILE, Corte Suprema, rol 40961-2019, 2ª Sala, min. redactor. Dahm Oyarzún, J. 19/02/2020; Corte Suprema, rol 14749-2020, 2ª Sala, ab. redactor. Barra Rojas, A. 10/03/2020; CHILE, Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 3397-2019, 4ª Sala, min. redactora. Pizarro Barahona, S. 21/01/2020; CHILE, Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 3320-2019, 1ª Sala, ab. redactor. Misseroni Raddatz, A. 22/01/2020; CHILE, Corte de Apelaciones de Santiago, rol 6594-2019, 6ª Sala, min. redactora. Plaza González, P. 31/01/2020; CHILE, Corte de Apelaciones de Santiago, rol 415-2020, 7ª Sala, min. redactora. Rojas Arancibia, B. 25/02/2020; CHILE, Corte de Apelaciones de Santiago, rol 930-2020, 8ª Sala, min. redactor. Silva Opazo, J. 27/03/2020; CHILE, Corte de Apelaciones de Santiago, rol 708-2020, 6ª Sala, min. redactora. Solís Romero, G. 30/03/2020; CHILE, Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 672-2020, 3ª Sala, 23/04/2020; CHILE, Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 685-2020, 3ª Sala, min. redactora. Donoso Ocampo, S. 04/05/2020; CHILE, Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 651-2020, 2ª Sala, min. redactor. Espinoza Cerda, E. 28/05/2020; CHILE, Corte de Apelaciones de Coyhaique, rol 64-2020, 1ª Sala, min redactor. Mora Trujillo, J. 02/06/2020; CHILE, Corte de Apelaciones de Temuco, rol 232-2020, 1ª Sala, min. redactor. Vera Quilodrán, A. 10/06/2020.

además, de un deber de corroboración del juicio de hecho, de modo que este deba quedar sólidamente asentado desde el punto de vista probatorio. Es decir, el juicio fáctico de la sentencia debe estar enteramente comprobado, de modo que incluso deban quedar excluidos los hechos que se opongan a él. De esta forma, mediante la alegación de la “infracción” del principio de la razón suficiente en la valoración de la prueba, la misma se hace encajar en el del motivo del art. 374 e), y el tribunal *ad quem* (en este caso la Corte de Apelaciones correspondiente) podría entrar al examen de si el juicio fáctico está corroborado en los términos indicados.

En este caso estamos también ante un error conceptual importante. A menudo se ha entendido de este modo el principio de razón suficiente, sin advertir —de nuevo— que en el campo del Derecho procesal no se puede prescindir del régimen normativo, especialmente en lo tocante al resultado probatorio y la formación de convicción judicial con base en un estándar de confirmación, asunto que no debe confundirse tampoco con el método de valoración o crítica probatoria. Aquel si bien se sostiene y deriva de una crítica probatoria determinada, queda sometido a un régimen normativo preciso, específico y distinto de la dimensión lógica del razonamiento probatorio, como se apuntó.

Es así evidente que el problema que nos ocupa no se pueda encauzar mediante el motivo del art. 374 e). Esta se refiere a infracción de los criterios de ponderación de la sana crítica del art. 297, y en el caso de la sentencia condenatoria no corroborada con arreglo al estándar legal se consuma el quebrantamiento de una norma distinta, como es el art. 340 inciso 1°. Por consiguiente, este quebrantamiento únicamente puede denunciarse por la vía del motivo previsto en el art. 373 letra a), como infracción de la garantía constitucional de inocencia.

Primera consecuencia del error conceptual: cuando se defiende esa necesidad de corroboración en esos términos que aparecen en algunas sentencias como las citadas (y otras)⁷⁶, se olvida que si ello fuera exigencia

⁷⁶ CHILE, Corte de Apelaciones de Puerto Montt, rol 8-2007, 1ª Sala, min. redactora. Mora Torres, T. 12/02/2007; CHILE, Corte de Apelaciones de Arica, rol 158-2010, min. redactor. Cerda San Martín, R. 30/08/2010; CHILE, Corte de Apelaciones de Arica, rol 192-2010, min. redactor. Cerda San Martín, R. 18/10/2010; CHILE, Corte de Apelaciones de Arica, rol 198-2010, min. redactor. Camus Mesa, E. 25/10/2010; CHILE, CA de San Miguel, rol

de un principio lógico —y por lo tanto parámetro de la sana crítica— habría de operar lógicamente, sin más, en cualquier tipo de proceso en el que rija la sana crítica (penal, civil, laboral, administrativo, etc.), cosa que naturalmente no es así. Esto demuestra que el asunto relativo al estándar de prueba es una cosa de estricta configuración normativa que el legislador o la jurisprudencia fija en cada ámbito de tutela específico⁷⁷, mientras que la crítica probatoria es un asunto de racionalidad en que rigen criterios no normativos que se aplican parejamente a todos los procesos en que se reconoce el mismo sistema de crítica probatoria⁷⁸.

Segunda consecuencia: si se sostiene la tesis del principio como contenido de la sana crítica equivalente a la entera corroboración del juicio de hecho, por la misma razón anterior este principio lógico —no normativo— de razón suficiente sería completamente insensible al contenido jurídico de la sentencia y se aplicaría en ese caso invariablemente, tanto para sentencias de condena como absolutorias⁷⁹.

3095-2019, 4ª Sala, ab. redactor. Misseroni Raddatz, A. 30/12/2019; CHILE, Corte de Apelaciones de Talca, rol 1325-2019, 2ª Sala, min. redactor Muñoz Concha, M. 17/01/2020; CHILE, Corte de Apelaciones de Santiago, rol 6293-2019, 9ª Sala, ab. redactor. Ruz Lártiga, G. 24/01/2020; CHILE, Corte de Apelaciones de Santiago, rol 329-2020, 9ª Sala, min. redactora. Gallardo García, P. 24/02/2020; CHILE, Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 176-2020, 2ª Sala, ab. redactor. Castillo Val, I. 28/02/2020; CHILE, Corte de Apelaciones de Santiago, rol 424-2020, 9ª Sala, min. redactora. Durán Madina, I. 09/03/2020; CHILE, Corte de Apelaciones de Santiago, rol 505-2020, 9ª Sala, min. redactora. Gallardo García, P. 16/03/2020; CHILE, Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 372-2020, 1ª Sala, min. redactora. Díaz Zamora, M. 23/03/2020; CHILE, Corte de Apelaciones de Santiago, rol 947-2020, 5ª Sala, min. redactor. Moya Cuadra, J. 30/03/2020; CHILE, Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 625-2020, 2ª Sala, min. redactora. Pizarro Soto, M. 27/04/2020; CHILE, Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 588-2020, 1ª Sala, min. redactor. Díaz Zamora, M. 25/05/2020; CHILE, Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 878-2020, 1ª Sala, min. redactora. Sottovia Giménez, A. 02/06/2020.

⁷⁷ Remitimos a las consideraciones y citas precedentes en apartado 5.

⁷⁸ Deben tenerse en cuenta las matizaciones que hace BENFELD, Johann. La sana crítica en materia penal, laboral y de derecho de familia. Variaciones normativo-institucionales, pp. 65-97, y las observaciones que hemos formulado a esas matizaciones, realizadas en el apartado 5.

⁷⁹ Con matices, MATURANA, Javier. Sana crítica. Un sistema de valoración racional de la prueba, pp. 385-388, que descarta la aplicación del principio de

Tercera consecuencia: de lo anterior se acabaría consumando un grave extravío procesal, cuyo resultado podría llegar a ser contrario a texto expreso de ley, y en primer lugar contrario al art. 340, y terminaría lesionando de manera irreversible la presunción de inocencia.

La jurisprudencia en más de un caso ha incurrido en este problema. Se presenta la situación ante recursos de nulidad interpuestos contra sentencias absolutorias por haber acogido una hipótesis absolutoria sin haber cumplido con el deber de corroboración, que les vendría impuesto por el principio de razón suficiente, en tanto este supondría la comprobación de los hechos que se fijan en la sentencia —positivos o negativos—, y que impone incluso la exclusión de otros posibles que se opongan a aquella.

Es decir, la recurrente denuncia la valoración viciada de la prueba mediante el motivo del art. 374 e), en relación a los arts. 342 c) y 297, porque considera que la sentencia absolutoria establece la hipótesis absolutoria como probada, incurriendo en *infracción al principio de razón suficiente*, porque en esa sentencia no habría comprobación suficiente del juicio absolutorio que se declara, que además excluya hechos posibles que se opongan a él, como mandaría ese principio lógico⁸⁰.

Esta situación puede consultarse en Sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago, de 24 de enero de 2020⁸¹, en donde se llega a invalidar la sentencia absolutoria porque los hechos que tiene por

razón suficiente como estándar, aunque discrepamos de la solución que sugiere cuando busca un acomodo innecesario y a nuestro juicio improcedente, que es intentar hacer calzar este principio lógico (o epistemológico) con la garantía de la mínima actividad de cargo, que en toda la doctrina que la desarrolla se hace descansar en la garantía de la presunción de inocencia y en la regla probatoria que deriva de aquella, como expusimos.

⁸⁰ El fenómeno tiene antecedentes incluso en los primeros años de la reforma. CHILE, Corte de Apelaciones de Puerto Montt, rol 8-2007, 1ª Sala, min redactora. Mora Torres, T. 12/02/2007. Este caso es interesante porque además se presenta bajo la fórmula de una incorrecta aplicación del Derecho del art. 373 letra b), en particular del art. 340, al «aplicar incorrectamente» la regla de juicio ante la duda razonable, haciendo del asunto un problema de vicio o error *in iudicando*, y no un problema probatorio en el marco del artículo 374 letra e), como suele suceder en estos casos.

⁸¹ CHILE, Corte de Apelaciones de Santiago, rol 6293-2019, 9ª Sala, ab. redactor. Ruz Lártiga, G. 24/01/2020.

probados no están debidamente corroborados, dado que la sentencia no se haría cargo de demostrar que su conclusión absolutoria sea la única conclusión posible, de modo que no superaría el umbral de corroboración que exigiría este principio lógico⁸²⁻⁸³.

A este tipo de problemas puede conducir el denominado principio de razón suficiente, si se erige como una regla de exigencia de corroboración o comprobación dentro de la sana crítica⁸⁴.

Por último, tampoco se puede acoger la idea que intenta encontrarle⁸⁵ a este principio un aprovechamiento jurídico como si fuera el presunto fundamento de lo que es la garantía de la mínima actividad de cargo. Como hemos explicado, este concepto desarrollado en la dogmática encuentra su sustento en lo que se denomina regla probatoria derivada de la presunción de inocencia. No parece necesario, ni procedente apelar a un principio no jurídico, cuando este encuentra amparo en normas claras y en principios estrictamente jurídicos.

⁸² Es cierto que una interpretación judicial tan errónea podría explicarse por la gravedad y naturaleza de los hechos del caso específico. Esto, claro está, en un plano práctico, pero no dogmático.

⁸³ Algo semejante puede encontrarse en otra Sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago: CHILE, Corte de Apelaciones de Santiago, rol 947-2020, 5ª Sala, min. redactor. Moya Cuadra, J. 30/03/2020, que acoge el recurso del MP contra la sentencia absolutoria. La decisión de la Corte en este caso es confusa. No queda claro si esgrime el principio de razón suficiente como un deber de motivación sobre los hechos y la prueba, o derechamente como un deber de entera comprobación del juicio absolutorio como contracara del art. 340 CPP.

⁸⁴ Hay un pronunciamiento de la Corte de Apelaciones de Santiago que ha advertido la confusión y la necesidad de mantener la distinción entre razonamiento probatorio (valoración) y, por otra parte, la cuestión de la convicción (del estándar), al punto que tal cosa tiene en el Código una regulación claramente separada, como se encarga de reiterar: CHILE, Corte de Apelaciones de Santiago, rol 942-2020, 9ª Sala, ab. redactor. Carvajal Ramírez, P. 24/03/2020.

⁸⁵ MATURANA, Javier. Sana crítica. Un sistema de valoración racional de la prueba, pp. 387-390.

CONCLUSIONES

La teoría del principio de razón suficiente acogida en parte de la doctrina y la jurisprudencia, como se ha explicado, oscila entre considerarlo una suerte de exigencia vinculada al deber de motivación o bien comprender en él una exigencia de entera corroboración de los hechos declarados en el juicio fáctico.

Más allá del buen propósito que ha animado a esta teoría (hacer más eficiente el control sobre el juicio fáctico por parte de las cortes de apelaciones), la misma debe ser descartada en cualquiera de sus variantes por innecesaria y por errónea.

Innecesaria, porque el deber de motivación está normativamente configurado en nuestro Derecho de forma precisa e inequívoca, como se ha demostrado en este trabajo, de modo que el llamado (invocación) al principio de razón suficiente no reporta rendimiento jurídico alguno, sino más bien confusión conceptual.

Errónea, porque con su uso se desplaza el asunto de la motivación a sede de valoración, como si fuera un problema de infracción de principios orientadores de la ponderación racional que ordena la ley, cuando son cosas distintas entre sí.

Por otra parte, si con el principio de razón suficiente se pretende hacer referencia a un deber de corroboración específico, como hace una parte de la jurisprudencia y de la doctrina —que llegan a afirmar que en función de este principio el razonamiento probatorio (la prueba) fundante de la conclusión (juicio de hecho) deba ser de tal entidad que sea excluyente de cualquier otra conclusión— también cabe calificar esta concepción como una utilización errónea que deriva en distorsiones jurídicas graves. Confunde de forma patente lo que son los criterios de ponderación crítica de la prueba con lo que es la aplicación de un estándar de prueba o de corroboración probatoria, con las consecuencias a que aquello puede llevar.

En suma, se debe prescindir de la utilización del denominado principio de razón suficiente en cualquiera de sus acepciones, porque su aplicación se traduce en los errores descritos, y además porque pretende resolver problemas que ya tienen tratamiento y solución normativa en el CPP, como se ha comprobado en el desarrollo del texto.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ACCATINO, Daniela. El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad. In: ACCATINO, Daniela (edit.). *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*. Santiago de Chile: Legal Publishing, 2010, pp. 119-143.

ACCATINO, Daniela. Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal. *Revista de Derecho de la PUCV*, Valparaíso, XXXVII, pp. 483-511, 2011. <https://doi.org/10.4067/s0718-68512011000200012>

ACCATINO, Daniela. Sana crítica: Algunas clarificaciones. In: BENFELD ESCOBAR, Johann y LARROUCAU TORRES, Jorge (dirs.). *La sana crítica bajo sospecha*. Valparaíso: Publicaciones de la Escuela de Derecho PUCV, 2018, pp. 199-207.

AGÜERO SAN JUAN, Claudio. La 'sana crítica' como cláusula general. In: BENFELD ESCOBAR, Johann; LARROUCAU TORRES, Jorge (dirs.). *La sana crítica bajo sospecha*. Valparaíso: Publicaciones de la Escuela de Derecho PUCV, 2018, pp. 199-207.

BENFELD ESCOBAR, Johann. Sobre la formalización de las reglas de la sana crítica. Puntos de contacto y de diferencia entre el sistema de ponderación libre de J. Bentham y el sistema de prueba tasada bajo medieval de las siete partidas y sus textos herederos. In: BENFELD ESCOBAR, Johann y LARROUCAU TORRES, Jorge (dirs.). *La sana crítica bajo sospecha*. Valparaíso: Publicaciones de la Escuela de Derecho PUCV, 2018, pp. 93-113.

BENFELD ESCOBAR, Johann. La sana crítica en materia penal, laboral y de derecho de familia. Variaciones normativo-institucionales. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, LV, pp. 65-97, 2020. <https://doi.org/10.4067/s0718-68512020000200065>

BOFILL GENZSCH, Jorge. La prueba en el proceso penal. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Santiago de Chile, Tomo XCI, n. 1, 1994.

BRICHETTI, Giovanni. *La 'evidencia' en el derecho procesal penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1973.

CARBONELL BELLOLIO, Flavia. Sana crítica y razonamiento judicial. In: BENFELD ESCOBAR, Johann; LARROUCAU TORRES, Jorge (dirs.). *La sana crítica bajo sospecha*. Valparaíso: Publicaciones de la Escuela de Derecho PUCV, 2018, pp. 35-47.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria generale del reato*. Padova: Cedam, 1933.

CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo. *Valoración de la prueba: Sana crítica*. Santiago: Librotecnia, 2008.

CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo. La formalización de los parámetros de racionalidad en la valoración probatoria conforme a la sana crítica. Una visión desde la práctica. In: BENFELD ESCOBAR, Johann; LARROUCAU TORRES, Jorge (dirs.). *La sana crítica bajo sospecha*. Valparaíso: Publicaciones de la Escuela de Derecho PUCV, 2018, pp. 49-66.

COLOMA CORREA, Rodrigo. Más allá de las reglas mínimas de sana crítica. In: BENFELD ESCOBAR, Johann; LARROUCAU TORRES, Jorge (dirs.). *La sana crítica bajo sospecha*. Valparaíso: Publicaciones de la Escuela de Derecho PUCV, 2018, pp. 139-150.

CONTRERAS ROJAS, Cristián. *La valoración de la prueba de interrogatorio*. Madrid: Marcial Pons, 2015.

CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo. *El recurso de nulidad*. Santiago de Chile: LexisNexis, 2006.

COUTURE, Eduardo J. *Estudio de Derecho procesal civil*, v. 2. Argentina: Thomson Reuters-PuntoLex, 2010.

DEL RÍO FERRETTI, Carlos. *Los poderes de decisión del juez penal: Principio acusatorio y determinadas garantías procesales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2009.

DEL RÍO FERRETTI, Carlos. Tres apuntes sobre el recurso de nulidad y el enjuiciamiento fáctico a propósito de tres fallos de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, Antofagasta, año 17, n. 1, pp. 131-146, 2010. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532010000100006>

DEL RÍO FERRETTI, Carlos. Estudio sobre el derecho al recurso en el proceso penal. *Revista de Estudios Constitucionales*, Santiago de Chile, Año 10, n. 1, pp. 245-288, 2012. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002012000100007>

DEL RÍO FERRETTI, Carlos. *El derecho al recurso y el recurso de nulidad penal*. Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2014.

DEL RÍO FERRETTI, Carlos. El principio de trascendencia en relación con el motivo de recurso de nulidad del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal chileno. *Revista Política criminal*, vol. 13, n. 25, pp. 322-349, 2018. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992018000100322>

DEL RÍO FERRETTI, Carlos. El recurso de nulidad penal y la tipología de sus motivos (errores). *Política Criminal* (edición abierta), vol. 17 n° 33, pp 1-25. <http://politicrim.com/wp-content/uploads/2022/05/Vol17N33A1.pdf>

DUCE JULIO, Mauricio y RIEGO RAMÍREZ, Cristián. *El proceso penal*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007.

FASSONE, Elvio. Dalla certezza all'ipotesi preferibile: un metodo per la valutazione. *Rivista italiana di Diritto e Procedura penale*, Milano, Giuffrè, pp. 1104-1131, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Trad. Andrés Ibáñez; Miguel Ruiz; Mohíno Bayón; Basoco Terradillos; Bandrés Cantarero. Madrid: Trotta, 1995.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2007.

FURNO, Carlo. *Teoría de la prueba legal*. Trad. Sergio González. Madrid: Revista de Derecho privado, 1954.

GANDULFO RAMÍREZ, Eduardo. El quinto pilar de la sana crítica. La cuestión del método y la metodología. In: BENFELD ESCOBAR, Johann; LARROUCAU TORRES, Jorge (dirs.). *La sana crítica bajo sospecha*. Valparaíso: Publicaciones de la Escuela de Derecho PUCV, 2018, pp. 163-195.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. Bases argumentales de la prueba. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 1999.

GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1935.

GÓMEZ ORBANEJA, Emilio. *Comentarios a la ley de enjuiciamiento criminal*, tomo I. Barcelona: Bosch, 1947.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Distinciones, estipulaciones y sospechas sobre los criterios de valoración y los estándares de prueba. In: BENFELD ESCOBAR, Johann; LARROUCAU TORRES, Jorge (dirs.). *La sana crítica bajo sospecha*. Valparaíso, Publicaciones de la Escuela de Derecho PUCV) 2018, pp. 15-32.

HAACK, Susan. The Embedded Epistemologist: Dispatches from the Legal Front. *Ratio Juris*, 25-2, pp. 206-235, 2012. <https://doi.org/10.1111/j.1467-9337.2012.00510.x>

HORVITZ, María Inés; LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho procesal penal chileno*, Tomo II. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2005.

IACOVIELLO, Francesco Mauro. Ricorso per cassazione. In: CASSESE (dir.). *Dizionario di diritto pubblico*, vol. V. Milano: Giuffrè, 2006, pp. 5264-5292.

IACOVIELLO, Francesco Mauro. Lo standard probatorio dell'al di là di ogni ragionevole dubbio e il suo controllo in cassazione. *Cassazione Penale*, vol. 46, n. 11, pp. 3869-3884, 2006.

LARROUCAU TORRES, Jorge. Las *Federal Rules of Evidence* norteamericanas y la codificación de las leyes reguladoras de la prueba. In: BENFELD ESCOBAR, Johann; LARROUCAU TORRES, Jorge (dirs.). *La sana crítica bajo sospecha*. Valparaíso: Publicaciones de la Escuela de Derecho PUCV, 2018, pp.115-137.

LETELIER LOYOLA, Enrique. *El derecho fundamental al recurso en el proceso penal*. Barcelona: Atelier, 2013.

MATURANA BAEZA, Javier. *Sana crítica. Un sistema de valoración racional de la prueba*. Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2014.

MATURANA BAEZA, Javier. En busca de la sana crítica. In: BENFELD ESCOBAR, Johann; LARROUCAU TORRES, Jorge (dirs.). *La sana crítica bajo sospecha*. Valparaíso: Publicaciones de la Escuela de Derecho PUCV, 2018, pp. 67-89.

MONTAÑÉS PARDO, Miguel Ángel. *La presunción de inocencia*. Pamplona: Aranzadi, 1999.

MONTERO AROCA, Juan. *Principios del proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*. 5º edición. Madrid: Thomson-Civitas, 2007.

NAPPI, Aniello. *Il sindacato di legittimità nei giudizi civili e penali di cassazione*. Torino: Giappichelli, 2006.

NIEVA FENOLL, Jordi. *El hecho y el derecho en la casación penal*. Barcelona: Bosch, 2000.

NIEVA FENOLL, Jordi. *El recurso de casación civil*. Barcelona: Ariel, 2003.

ORTELLS RAMOS, Manuel; MONTERO, Juan ; GOMEZ, Juan Luis. *Derecho Jurisdiccional, III*. 7º edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

ORTELLS RAMOS, Manuel (ed.). *Derecho procesal civil*. Cizur Menor: decimotercera edición, Aranzadi, 2014.

PALOMO VÉLEZ, Diego; BORDALÍ, Andrés; CORTEZ, Gonzalo. *Proceso civil: El juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar*. Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2014.

PINO REYES, Octavio. Principio lógico de la razón suficiente. *Revista de Ciencias Penales*, sexta época, vol. XLVII, pp. 321-344, 2020.

POLI, Roberto. Standard of Proof in Italy. In: TICHÝ, Luboš (edit.). *Standard of proof in Europe*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019, pp. 197-246.

RIEGO RAMÍREZ, Cristián; DUCE JULIO, Mauricio. *El proceso penal*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007.

ROJAS AGUIRRE, Luis. Sobre el contenido de injusto de la prevaricación judicial. *Revista chilena de Derecho*, vol. 48, n. 2, pp. 53-78, 2021. <https://doi.org/10.7764/R.482.3>

SENTÍS MELENDO, Santiago. *La prueba*. Buenos Aires: EJE, 1979.

STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Trad. Andrés De La Oliva Santos. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1973.

TARUFFO, Michele. *Vértice ambiguo*. Ensayos sobre la casación civil. Trad. Juan Monroy Palacios; Juan Monroy Gálvez. Lima: Palestra, 2005.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Trad. Jordi Ferrer. Madrid: Trotta, 2005.

TARUFFO, Michele. *La prueba*. Trad. Laura Manríquez; Jordi Ferrer. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2008.

TICHÝ, Luboš. Standard of Proof. Fundamental Problems Through The Perspective of Comparative Analysis. In: TICHÝ, Luboš (edit.). *Standard of proof in Europe*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019, pp. 287-316.

TONINI, Paolo. *Lineamenti di Diritto Processuale Penale*. Milano: Giuffrè, 2005.

TUZET, Giovanni. Assessment criteria or standards of proof? An effort in clarification. *Artificial intelligence and Law*, n. 28, pp. 91-109, 2020. <https://doi.org/10.1007/s10506-018-9233-1>

VASCONCELLOS, Vinicius G. A prova no processo penal: a importância da valoração do lastro probatório e de seu controle por meio recursal, *Revista eletrônica do curso de direito*, v. 13, n° 2, pp. 695-721, 2018. <http://doi.org/10.5902/1981369430012>

VASCONCELLOS, Vinicius G. Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro, *Revista Direito GV*, v. 16, n° 2, pp. 1-26, 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201961>

VEGAS TORRES, Jaime. *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*. Madrid: La Ley, 1993.

WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*. Trad. Tomás Banzhaf. Bogotá: Temis, 1985.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Meaning and Truth in judicial decision*. Helsinki: Jurídica, 1979.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. *The Judicial Application of Law*. Dordrecht/Boston/London: Kluwer, 1992.

Authorship information

Carlos del Río Ferretti. Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia. Profesor de Derecho procesal de la Universidad Andres Bello, Chile. carlos.delrio@unab.cl

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Acknowledgement: Agradecimiento a Rodrigo Nakada Castro, egresado de Derecho Universidad Andrés Bello, por colaboración en trabajo de edición de este texto, especialmente en el ajuste formal de pies de página y bibliografía citada.

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

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

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

Editorial process dates

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

- Submission: 03/02/2022
- Desk review and plagiarism check: 15/02/2022
- Review 1: 28/02/2022
- Review 2: 28/02/2022
- Preliminary editorial decision: 15/05/2022
- Correction round return: 16/07/2022
- Final editorial decision: 06/08/2022

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Reviewers: 2

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

DEL RÍO FERRETTI, Carlos. Las condiciones normativas del juicio de hecho y el denominado principio de razón suficiente, a propósito del recurso de nulidad en el proceso penal chileno. Una crítica procesal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8, n. 2, p. 823-867, mai./ago. 2022. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i2.688>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.

A Comparative Analysis of the Case Law of the European Court of Human Rights on the Right against Self-Incrimination

Un análisis comparado de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho a no autoincriminarse

Javier Escobar Veas¹

Universidad Austral de Chile – Valdivia, Chile

javier.escobar@mail.udp.cl

 <https://orcid.org/0000-0001-9266-0396>

ABSTRACT: The right against self-incrimination can be understood as the right of all persons to remain silent and not to be forced to collaborate with an investigation against them. Despite of its fundamental importance, the right against self-incrimination raises several theoretical and practical discussions. Can defendants refuse to produce documentary evidence? Does this right apply to administrative and civil proceedings? What degree of coercion is necessary to trigger the application of this right? This article aims to analyse the evolution and current state of the case law of the European Court of Human Rights in order to elucidate how the European court has resolved the questions posed above.

KEYWORDS: Right against self-incrimination; right to remain silent; incriminatory evidence.

RESUMEN: *El derecho a no autoincriminarse puede ser entendido como el derecho de todas las personas a permanecer en silencio y a no ser forzadas a colaborar con una investigación dirigida en su contra. A pesar de su fundamental importancia, el derecho a no autoincriminarse continúa planteando diversas discusiones, tanto a nivel teórico como práctico. ¿Pueden las personas imputadas rehusarse a entregar*

¹ PhD in Legal Studies, Università Luigi Bocconi; LLM in Criminal Law and Criminal Procedure, Universidad Diego Portales; Professor of Criminal Law and Criminal Procedure, Universidad Austral de Chile.

evidencia documental? ¿Puede este derecho aplicarse en procedimientos administrativos y civiles? ¿Cuál es el grado exigido de coacción para entender que este derecho ha sido infringido? Este artículo tiene por objeto analizar la evolución y el estado actual de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a fin de dilucidar cómo este tribunal ha resuelto las interrogantes planteadas anteriormente.

PALABRAS-CLAVE: *Derecho a no autoincriminarse; derecho a permanecer en silencio; evidencia inculpativa.*

INTRODUCTION

In a broad sense, the right against self-incrimination can be understood as the right to remain silent and not to contribute to incriminating oneself.²

The importance of the right against self-incrimination has been universally recognised. For instance, the European Court of Human Rights (hereinafter ECtHR) has ruled that the right against self-incrimination is a generally accepted international standard which lies at the heart of the notion of a fair proceeding.³ Similarly, the United States Supreme Court has stated that the right against self-incrimination “registers an important advance in the development of our liberty—one of the great landmarks in man’s struggle to make himself civilized”.⁴

It has also been stated that the right against self-incrimination is one of the most well-known constitutional rights in criminal proceedings,

² ECtHR, *O’Halloran and Francis v. United Kingdom*, nos. 15809/02 and 25624/02, § 45 (2007).

³ ECtHR, *John Murray v. United Kingdom*, no. 18731/91, § 45 (1996).

⁴ United States Supreme Court, *Ullmann v. United States*, 350 US 422, 426 (1956). The recognition of the right against self-incrimination has been characterised as a landmark event in the history of Anglo-American criminal procedure. LANGBEIN, John H. *The Historical Origins of the Privilege Against Self-Incrimination at Common Law*, *Michigan Law Review*, v. 92, n. 5, p. 1047-1085, 1994, p. 1047.

to the point that the phrase “plead the Fifth” has entered common usage and can be heard regularly in conversations in the United States.⁵

Despite its fundamental relevance and the apparent simplicity of its definition, the right against self-incrimination raises several theoretical and practical discussions. The right against self-incrimination has been characterised as one of the most complex guarantees in the entire body of fundamental rights applicable in the context of criminal proceedings⁶. Some authors have affirmed that the self-incrimination clause of the Fifth Amendment to the United States Constitution “is an unsolved riddle of vast proportions, a Gordian knot in the middle of our Bill of Rights”.⁷

What is the rationale of the right against self-incrimination? What degree of coercion is needed to trigger the application of this right? Does the right against self-incrimination apply to administrative and civil proceedings? Can defendants refuse to produce documentary evidence? The relevance of all these questions has increased notably in recent decades, due to the growing number of authorities with the power to subpoena people to answer questions and compel them to produce documentary evidence. Moreover, those who do not comply with such requests may be sanctioned by either the same authority or a court.

The significance of the above problems can be exemplified with the following case: The tax authority has instituted a tax evasion proceeding against the owner of a company for having repeatedly failed to report income. In this context, the tax authority requests the defendant to submit all the documents which she had concerning her company. The owner of the company refuses to submit the requested documents, and the tax authority fines her €5.000. Has the imposition of such a fine violated the defendant’s right against self-incrimination? Would the

⁵ TRACZ, Eliot T. Doctrinal Evolution and the Right against Self-Incrimination, *University of New Hampshire Law Review*, v. 18, n. 1, p. 109-142, 2019, p. 110.

⁶ TRECHSEL, Stefan. *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford University Press, 2005, p. 341. Similarly, HIGGINS, Georganne R. Business Records and the Fifth Amendment Right against Self-Incrimination, *Ohio State Law Journal*, v. 38, n. 2, p. 351-378, 1977, p. 351.

⁷ AMAR, Akhil Reed and LETTOW, Renee B. Fifth Amendment, First Principles: The Self-Incrimination Clause, *Michigan Law Review*, v. 93, n. 5, p. 857-928, 1995, p. 857.

situation change if, in parallel to the administrative proceeding, the public prosecutor initiated a criminal investigation based on the same facts?

This article aims to analyse the evolution and current state of the case law of the ECtHR on the right against self-incrimination in order to elucidate how the European court has resolved the questions posed above and to identify the main aspects of its case law. Specifically, the article will review the recognition of the right against self-incrimination, the rationale and scope of application of this right, and the problem of compelled production of documentary evidence, four subjects that the ECtHR has addressed in its case law.

The case law of the ECtHR will be analysed from a comparative perspective, since it will be compared with the case law of the Court of Justice of the European Union (hereinafter, CJEU) and the United States Supreme Court. The American case law is especially relevant for the purposes of reviewing the last of the four subjects that will be addressed, which is the problem of compelled production of documentary evidence.

The hypothesis of the article is that the ECtHR has been able to develop a convincing case law regarding the right against self-incrimination, which has prevented authorities from using evidence obtained by coercion in criminal proceedings, thereby protecting both defendants and witnesses. Moreover, by comparing the case law of the ECtHR with that of the United States Supreme Court and the CJEU, it will be proved, firstly, that the ECtHR has developed a more protective approach of the right against self-incrimination than the American Supreme Court, and secondly, that the ECtHR has influenced EU Law, since the CJEU has almost completely adopted the Strasbourg approach.

1. RECOGNISING THE RIGHT AGAINST SELF-INCRIMINATION.

Currently, the right against self-incrimination enjoys explicit recognition in Article 7 of EU Directive 2016/343, which obliges EU Member States to ensure the right to remain silent and not to self-incriminate. However, this was not always the case.

Unlike other international instruments, which expressly recognise the right against self-incrimination, such as the International Covenant

on Civil and Political Rights⁸ and the American Convention on Human Rights,⁹ the European Convention on Human Rights does not explicitly recognise the right against self-incrimination.¹⁰

The right against self-incrimination was not incorporated in any of the protocols to the European Convention either. However, it has been argued that the omission of a corresponding provision in the Protocols, particularly in number 7, cannot be characterised as an oversight, since there was a general understanding that the right against self-incrimination formed part of the general notion of a fair proceeding under Article 6 of the European Convention.¹¹

The ECtHR recognised the existence of the right against self-incrimination in *Funke v. France*, decided in 1993.¹² The ECtHR did not address in *Funke* the rationale of the right against self-incrimination, its scope of application, or its origins, a circumstance that has led some authors to characterise the decision as “brief and Delphic”¹³.

Three years later, in *John Murray v. United Kingdom*, the ECtHR attempted to give a fuller explanation of its reasons for including the right against self-incrimination into the right to a fair trial.¹⁴ In this case, the ECtHR characterised the right against self-incrimination

⁸ Article 14.3 (g).

⁹ Article 8.2 (g).

¹⁰ BALSAMO, Antonio. The Content of Fundamental Rights. In: KOSTORIS, Roberto E. (ed), *Handbook of European Criminal Procedure*, Springer, p. 99-170, 2018, p. 117; RODRIGUES, Paulo. The Development of the Guarantee Against Self-Incrimination in the Brazilian Constitutional System: Different Views on a Common Legal and Political Institute. *Comparative Law Review*, v. 23, pp. 187-205, 2017, p. 189.

¹¹ TRECHSEL, Stefan. *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford University Press, 2005, p. 340.

¹² BERGER, Mark. Self-Incrimination and the European Court of Human Rights: Procedural Issues in the Enforcement of the Right to Silence, *European Human Rights Law Review*, v. 5, p. 514-533, 2007, p. 516.

¹³ ASHWORTH, Andrew. Self-Incrimination in European Human Rights Law. A Pregnant Pragmatism, *Cardozo Law Review*, v. 30, n. 3, p. 751-774, 2008, p. 753.

¹⁴ BERGER, Mark. Self-Incrimination and the European Court of Human Rights: Procedural Issues in the Enforcement of the Right to Silence, *European Human Rights Law Review*, v. 5, p. 514-533, 2007, p. 516.

as a recognised international standard which lies at the heart of the notion of a fair procedure. Therefore, it must be understood that the right against self-incrimination is part of the general right to a fair trial provided for in Article 6 of the European Convention.¹⁵ This is the current standpoint of the ECtHR.¹⁶

The CJEU has ruled in the same sense. The right against self-incrimination first made an appearance in EU competition law in *Orkem v Commission*, decided in 1989. In this case, the defendant challenged a Commission decision requesting information, arguing that it infringed upon her right against self-incrimination. The CJEU noted that such a right was not included in the European Convention on Human Rights. However, the CJEU held that the Community law prevented the Commission from undermining the right of defence of the defendant.¹⁷ Therefore, the CJEU ruled that the Commission “may not compel an undertaking to provide it with answers which might involve an admission on its part of the existence of an infringement which it is incumbent on the Commission to prove”.¹⁸

Over the years, the CJEU’s standpoint became more and more similar to that of the ECtHR. In *DB v Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)*, the CJEU deliberately aligned its interpretation of Articles 47 and 48 of the European Union Charter of Fundamental Rights with the case law of the ECtHR on Article 6.¹⁹ Firstly, the CJEU restated that Articles 47 and 48 of the Charter, which recognise the right to a

¹⁵ ECtHR, *John Murray v. United Kingdom*, no. 18731/91, § 45 (1996).

¹⁶ ECtHR, *Bajić v. North Macedonia*, no. 2833/13, § 64 (2021); *Chambaz v. Switzerland*, no. 11663/04, § 52 (2012); *Gäfgen v. Germany*, no. 22978/0, § 168 (2010); *Brusco v. France*, no. 1466/07, § 44 (2010); *Bykov v. Russia*, no. 4378/02, § 92 (2009); *Weh v. Austria*, no. 38544/97, § 39 (2004); *Allan v. United Kingdom*, no. 48539/99, § 50 (2002); *Heaney and McGuinness v. Ireland*, no. 34720/97, § 40 (2000).

¹⁷ CJEU, *Orkem v Commission of the European Communities*, 374/87, § 34 (1989).

¹⁸ CJEU, *Orkem v Commission of the European Communities*, 374/87, § 35 (1989); BALSAMO, Antonio. The Content of Fundamental Rights. In: KOSTORIS, Roberto E. (ed), *Handbook of European Criminal Procedure*, Springer, p. 99-170, 2018, p. 117-118.

¹⁹ HANCOX, Emily. The Right to Remain Silent in EU Law, *Cambridge Law Journal*, v. 80, n. 2, p. 228-231, 2021, p. 231.

fair trial and other procedural guarantees, are equivalent to Article 6 of the European Convention on Human Rights providing for a right to a fair trial. Secondly, the CJEU noted that while Article 6 of the European Convention does not refer to the right against self-incrimination, it is “a generally recognised international standard which lies at the heart of the notion of a fair trial” and has long been recognized under the case law of the ECtHR. Given that, according to Article 52 of the European Union Charter, the rights set forth therein shall have the same meaning as the rights set forth in the European Convention on Human Rights, the CJEU found that Article 47 and 48 of the Charter must be construed as including the right against self-incrimination.²⁰

The thesis of the ECtHR that the right against self-incrimination is part of the right to a fair trial finds support in the case law of the United States Supreme Court. In *Boyd v. United States*, decided in 1886, the Supreme Court stated that “any compulsory discovery by extorting the party’s oath, or compelling the production of his private books and papers, to convict him of crime, or to forfeit his property, is contrary to the principles of a free government. It is abhorrent to the instincts of an Englishman; it is abhorrent to the instincts of an American. It may suit the purposes of despotic power; but it cannot abide the pure atmosphere of political liberty and personal freedom”.²¹ Subsequently, in *Malloy v. Hogan*, decided in 1964, the Supreme Court ruled that the right against self-incrimination was directly applicable to the States through the Fourteenth Amendment because this right is part of the due process clause.²²

Recognising the right against self-incrimination as an element of the right to a fair trial is a reasonable interpretation. Indeed, a proceeding where the authority forces the defendant to incriminate herself could not be seriously considered to be fair from the human rights perspective. Consequently, States cannot deny the existence of the right against self-incrimination under the pretext that it has not been explicitly recognised by

²⁰ CJEU, *DB v Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)*, 481/19, § 37-38 (2021).

²¹ United States Supreme Court, *Boyd v. United States*, 116 US 616, 631-632 (1886).

²² United States Supreme Court, *Malloy v. Hogan*, 378 US 1, 3-6 (1964).

national legislation. In the same vein, States cannot restrict the application of the right in question arguing that national legislation has not recognised the right in question as a part of the right to a fair trial, but with a more limited scope of application.

2. RATIONALE OF THE RIGHT AGAINST SELF-INCRIMINATION.

The basis of the right against self-incrimination has been the source of considerable debate. This is demonstrated by the many different approaches that have been developed in this regard.

Firstly, it has been argued that the right against self-incrimination aims to protect innocent people. Given the asymmetry of power between the prosecution and the people charged in criminal proceedings, the system must prevent the authority from abusing its superiority. One of the possible abuses would be the exercise of coercion against the defendant, so that he or she confesses or cooperates with the investigation. From this point of view, the right against self-incrimination stands as a limit to the power of the state, prohibiting any use of coercion against the accused, thus avoiding possible coerced confessions.²³ Indeed, when coercion is employed to obtain a confession from a suspect, “there can be no assurance that the suspect is testifying truthfully on the basis of his knowledge, and not falsely, out of fear of his accuser”.²⁴

A second approach holds that purpose of the right against self-incrimination does not exclusively relate to protecting the innocent from conviction, but rather to preserving the integrity of a judicial system since even guilty people have the right not to be forced to incriminate themselves.²⁵ According to this second approach, a judicial system that allows authorities to force people to incriminate themselves would not be acceptable from a moral point of view.

²³ GRISWOLD, Erwin N. *The Fifth Amendment Today*, Harvard University Press, 1995, p. 10-19.

²⁴ GEYH, Charles Gardner. The testimonial component of the right against self-incrimination, *Catholic University Law Review*, v. 36, n. 3, p. 611-642, 1987, p. 616.

²⁵ United States Supreme Court, *Tehan v. Shott*, 382 U.S. 406, 415 (1966).

Finally, a third approach has stated that the rationale of the right under study is to be found in the concern for the extreme situation of conflict in which the person forced to incriminate herself is placed. The right against self-incrimination aims to prevent the authority from placing the accused in the cruel trilemma of choosing between contributing to his or her own conviction, lying (which in some systems means committing perjury), or remaining silent (and incurring liability for contempt).²⁶

What has been the position of the ECtHR on this matter? According to the ECtHR, the right against self-incrimination aims to protect people against improper compulsion by the authorities, thereby contributing to the avoidance of miscarriages of justice and to the fulfilment of the aims of the right to a fair trial.²⁷ Since the right against self-incrimination prevents the authority from using evidence obtained by coercion, the ECtHR has further added that the right in question is closely linked to the presumption of innocence.²⁸

By underlying that the right in question contributes to avoid miscarriages of justice, as well as linking it to the presumption of innocence, the ECtHR seems to support the first approach described above as the rationale of the right against self-incrimination. The European approach differs on this point from the standpoint adopted by the American courts, including the Supreme Court,²⁹ which have generally supported the “cruel trilemma” interpretation.³⁰

²⁶ United States Supreme Court, *Murphy v. Waterfront Comm’n*, 378 U.S. 52, 55 (1964).

²⁷ ECtHR, *Bajić v. North Macedonia*, no. 2833/13, § 64 (2021); *Aleksandr Zaichenko v. Russia*, no. 39660/02, § 38 (2010); *Bykov v. Russia*, no. 4378/02, § 92 (2009); *Saunders v. United Kingdom*, no. 19187/91, § 68-69 (1996); *John Murray v. United Kingdom*, no. 18731/91, § 45 (1996).

²⁸ ECtHR, *Aleksandr Zaichenko v. Russia*, no. 39660/02, § 38 (2010); *Saunders v. United Kingdom*, no. 19187/91, § 68 (1996); *Weh v. Austria*, no. 38544/97, § 39 (2004); BALSAMO, Antonio. The Content of Fundamental Rights. In: KOSTORIS, Roberto (ed), *Handbook of European Criminal Procedure*, Springer, p. 99-170, 2018, p. 118 (2018).

²⁹ United States Supreme Court, *Murphy v. Waterfront Comm’n*, 378 U.S. 52, 55 (1964).

³⁰ GREEN, Michael S. The Privilege’s Last Stand: The Privilege Against Self-Incrimination and the Right to Rebel Against the State, *Brooklyn Law Review*, v. 65, n. 3, p. 627-716, 1999, p. 630-631; DOLINKO, David. Is There a Rationale

3. SCOPE OF APPLICATION OF THE RIGHT AGAINST SELF-INCRIMINATION.

The right against self-incrimination applies to all criminal proceedings, no matter the seriousness of the criminal offence the defendant is charged with.³¹

However, it is important to note that self-incrimination may adopt different forms. For example, there are voluntary and knowledgeable self-incrimination (for example, a defendant may want to confess to have committed a criminal offence), inadvertent self-incrimination (for example, by answering a question posed by the authority, a person may incriminate herself without noticing it), and self-incrimination compelled by the authority (the most brutal case is that of a confession obtained by torture).³²

In this regard, it must be highlighted that the right against self-incrimination does not protect people against incriminating themselves per se. Rather, it only protects people against the obtaining of evidence by coercion.³³ Therefore, what is contrary to the right against self-incrimination is the use of coercion. This is evident, since people may freely waive their right to remain silent.³⁴

The ECtHR has identified three situations that represent a clear risk from the point of view of the right against self-incrimination. Firstly, where a defendant is compelled to testify under threat of sanctions.

for the Privilege against Self-Incrimination?, *UCLA Law Review*, v. 33, n. 4, p. 1063-1148, 1985, p. 1090-1091.

³¹ ECtHR, *Saunders v. United Kingdom*, no. 19187/91, § 74 (1996).

³² MOYLAND JR., Charles E. and SONSTENG, John. Privilege against Compelled Self-Incrimination, *William Mitchell Law Review*, v. 16, n. 1, p. 249-308, 1990, p. 267.

³³ ECtHR, *Ibrahim and Others v. United Kingdom*, nos. 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09, § 267 (2016); MOYLAND JR., Charles E. and SONSTENG, John. Privilege against Compelled Self-Incrimination, *William Mitchell Law Review*, v. 16, n. 1, p. 249-308, 1990, p. 267; AMAR, Akhil Reed and LETTOW, Renee B. Fifth Amendment, First Principles: The Self-Incrimination Clause, *Michigan Law Review*, v. 93, n. 5, p. 857-928, 1995, p. 865.

³⁴ ECtHR *Ibrahim and Others v. United Kingdom*, nos. 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09, § 267 (2016).

Secondly, where the authority applies physical or psychological pressure against the defendant to obtain evidence. Finally, where the authorities use subterfuge to obtain information.³⁵

To what type of proceedings does the right against self-incrimination apply? According to the ECtHR, the right against self-incrimination is not limited to directly incriminating statements produced in criminal proceedings since evidence obtained in other proceedings may later be deployed in criminal proceedings in support of the prosecution case. Therefore, “what is of the essence in this context is the use to which evidence obtained under compulsion is put in the course of the criminal trial”.³⁶

In similar terms, the United States Supreme Court has ruled that the right against self-incrimination is not confined to confessions made by the accused in criminal proceedings. On the contrary, the right in question aims to ensure that a defendant, regardless of her status and the proceedings involved, is not compelled to criminally incriminate herself.³⁷

Therefore, the relevant issue is not the specific type of proceeding in which the evidence was obtained through coercion, but its criminal relevance. This is the question that courts should address in order to determine whether there has been a violation of the right against self-incrimination. Consequently, a person summoned to testify in a civil, labour, or administrative proceeding may refuse to answer a question asked in such a proceeding if the answer to it could criminally incriminate her.

The above interpretation is more than reasonable since, otherwise, the authority could circumvent the right against self-incrimination by simply compelling individuals to testify in a civil or administrative

³⁵ ECtHR, *Ibrahim and Others v. United Kingdom*, nos. 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09, § 267 (2016).

³⁶ ECtHR, *Saunders v. United Kingdom*, no. 19187/91, § 71 (1996). See also *Ibrahim and Others v. United Kingdom*, nos. 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09, § 268 (2016).

³⁷ United States Supreme Court, *Counselman v. Hitchcock*, 142 U.S. 547, 562 (1891); *MOYLAND JR., Charles E. and SONSTENG, John. Privilege against Compelled Self-Incrimination*, *William Mitchell Law Review*, v. 16, n. 1, p. 249-308, 1990, p. 279-280.

proceeding and then using the information thus obtained in a subsequent criminal proceeding against them.³⁸

This was exactly the case in *Saunders v. United Kingdom*. The applicant, who was a director of Guinness, was suspected of acting unlawfully during a takeover bid. The administrative authority initiated an investigation against the applicant, who was summoned to testify under a legal obligation to answer the questions. A refusal by the applicant to answer the questions could have led to the imposition of a fine or imprisonment for up to two years. In parallel to the administrative proceedings, a criminal investigation against the applicant was initiated. The transcripts of the applicant's answers and other documents obtained by the administrative authority were used by the prosecution and read to the jury during the criminal trial. The transcripts were used to prove the applicant's knowledge and to refute evidence given by him to the jury.³⁹

Considering the way in which the prosecution had used the transcripts of the applicant's answers, the ECtHR concluded that they were used in the criminal proceeding in a manner which incriminated the applicant. Moreover, the ECtHR noted that the defendant had answered the questions put to him by the administrative authority because of the threat of sanctions. Therefore, the ECtHR found a violation of Article 6.⁴⁰ The ECtHR adopted the same reasoning in *I.J.L. v. United Kingdom*.⁴¹

In conclusion, it is not the procedure in which the evidence was obtained that is relevant. So long as the evidence was obtained

³⁸ ESCOBAR, Javier. Aplicación del derecho a no autoincriminarse en procedimientos administrativos sancionatorios: Análisis comparado de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional chileno, *Revista de Derecho Administrativo Económico*, n. 34, p. 39-68, 2021, p. 49.

³⁹ ECtHR, *Saunders v. United Kingdom*, no. 19187/91, § 70-72 (1996); ASHWORTH, Andrew. Self-Incrimination in European Human Rights Law. A Pregnant Pragmatism, *Cardozo Law Review*, v. 30, n. 3, p. 751-774, 2008, p. 755.

⁴⁰ ECtHR, *Saunders v. United Kingdom*, no. 19187/91, § 72-76 (1996).

⁴¹ ECtHR, *I.J.L. and Others v. United Kingdom*, nos. 29522/95, 30056/96 and 30574/96, § 79-83 (2000).

under compulsion, it should not be used against the defendant in a criminal proceeding.⁴²

3.1. AUTONOMOUS CONCEPT OF CRIMINAL OFFENCE

The approach of the ECtHR regarding the scope of application of the right against self-incrimination cannot be fully understood without having into consideration its case law regarding the autonomous concept of criminal offence.

The ECtHR has repeatedly held that the label of the offence under national law cannot be the only criterion to determine its nature.⁴³ Otherwise, the application of the criminal guarantees would be left to the discretion of the legislature.⁴⁴

Therefore, the concept of criminal proceeding must be interpreted in the light of the autonomous concept of criminal offence developed by the ECtHR in relation to Articles 6 and 7 of the European Convention.⁴⁵

To ascertain the actual nature of the offence, the ECtHR applies three criteria set out in *Engel v. Netherlands*, decided 1976. The three criteria, commonly referred to as the “Engel criteria”, are (i) the legal classification of the offence under national law; (ii) the very nature of the offence; and (iii) the severity of the penalty that the person concerned risks incurring.⁴⁶

⁴² ASHWORTH, Andrew. Self-Incrimination in European Human Rights Law. A Pregnant Pragmatism, *Cardozo Law Review*, v. 30, n. 3, p. 751-774, 2008, p. 755.

⁴³ ECtHR, *Mihalache v. Romania*, no. 54012/10, § 53 (2019); *Serazin v. Croatia*, no. 19120/15, § 64 (2018); *Šimkus v. Lithuania*, no. 41788/11, § 41 (2017); *Palmén v. Sweden*, no. 38292/15, § 20 (2016).

⁴⁴ ECtHR, *Serazin v. Croatia*, no. 19120/15, § 64 (2018); *Kadusic v. Switzerland*, no. 43977/13, § 82 (2018); *Glantz v. Finland*, no. 37394/11, § 48 (2014).

⁴⁵ ECtHR, *Timofeyev and Postupkin v. Russia*, no. 45431/14 and 22769/15, § 86 (2021); *Korneyeva v. Russia*, no. 72051/17, § 48 (2019).

⁴⁶ ECtHR, *Engel and Others v. Netherlands*, no. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, § 81-83 (1976). See also *Velkov v. Bulgaria*, no. 34503/10, § 45 (2020); *Orlen Lietuva Ltd. v. Lithuania*, no. 45849/13, § 60 (2019); *A and B v. Norway*, nos. 24130/11 and 29758/11, § 105-107 (2016); *Žaja v. Croatia*, no. 37462/09, § 86 (2016).

By applying the Engel criteria, the ECtHR has developed a broad concept of criminal offence, that covers not only criminal sanctions *stricto sensu*, but also all other civil sanctions with a punitive effect.⁴⁷ For instance, the ECtHR has considered as criminal in nature the following administrative sanctions: the withdrawal of the driving license for eighteen months,⁴⁸ a 10% tax surcharge,⁴⁹ a fine of 720 Finnish marks⁵⁰ and a fine of 60 Deutsche marks,⁵¹ among others.⁵²

The decision in *J.B. v. Switzerland* shows clearly how the reasoning of the ECtHR works. In this case, the tax authority instituted tax-evasion proceeding against the applicant. He was requested to submit all the documents which he had concerning these companies, but he refused to produce the documents. Based on his refusal, the tax authority fined the applicant, who argued that such a sanction violated his right against self-incrimination.⁵³ The government argued that the right against self-incrimination was not applicable to the present case because the relevant proceeding was not criminal in nature.⁵⁴ In this regard, the ECtHR reiterated that the concept of “criminal charge” is an autonomous one, which must be determined on the basis of the three Engel criteria. By applying these criteria, the ECtHR characterized the tax proceeding as criminal in nature, since one of its purposes was to sanction the defendant

⁴⁷ BÖSE, Martin. The Consecutive Application of Different Types of Sanctions and the Principle of Ne Bis in Idem: The EU and the US on Different Tracks? In: LIGETI, Katalin and FRANSSEN, Vanessa (eds.), *Challenges in the Field of Economic and Financial Crime in Europe and the US.*, Hart Publishing, p. 211-222, 2017, p. 216; LASAGNI, Giulia. Prendendo sul serio il diritto al silenzio: commento a Corte cost., ord. 10 maggio 2019, n. 117, *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 2, pp. 135-162, 2020, p. 136.

⁴⁸ ECtHR, Nilsson v. Sweden, no. 73661/01 (2005).

⁴⁹ ECtHR, Jussila v. Finland, no. 73053/01, § 37-38 (2006).

⁵⁰ ECtHR, Ruotsalainen v. Finland, no. 13079/03, § 47 (2009).

⁵¹ ECtHR, Öztürk v. Germany, no. 8544/79, § 50-54 (1984).

⁵² ESCOBAR VEAS, Javier. Ne bis in idem y sistemas sancionatorios de vía múltiple: análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. In: CÁRDENAS, Claudia, GUZMÁN, José Luis, and VARGAS, Tatiana (eds.), *XVI Jornadas chilenas de Derecho Penal y Ciencias Penales. En homenaje a sus fundadores*, Tirant lo Blanch, p. 201-218, 2021, p. 208-210.

⁵³ ECtHR, J.B. v. Switzerland, no. 31827/96, § 52 (2001).

⁵⁴ ECtHR, J.B. v. Switzerland, no. 31827/96, § 43 (2001).

and impose a fine on him. Therefore, the defendant was entitled to the right against self-incrimination.⁵⁵

Although the autonomous concept of criminal offence developed by the ECtHR has been criticised,⁵⁶ what is relevant here is to show that this autonomous concept has allowed the application of criminal guarantees to be extended beyond the confines of the criminal justice system. Indeed, even though, according to the ECtHR, the right against self-incrimination only protects people charged in criminal proceedings, or who may be charged in such proceedings, the application of the Engel criteria has resulted in a substantive extension of the scope of application of criminal safeguards, including the right against self-incrimination. Consequently, this right is not confined to the criminal justice system, but also applies to administrative proceedings of a punitive nature.

The approach developed by the ECtHR has been followed by the CJEU in *DB v Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)*. In this case, the administrative authority sanctioned the defendant for an administrative offence of insider trading. It also imposed on him a fine of €50,000 for violating his duty to cooperate with the authority by systematically postponing the hearing and refusing to answer the questions posed.⁵⁷

⁵⁵ ECtHR, *J.B. v. Switzerland*, no. 31827/96, § 44-50 (2001); BERGER, Mark. Europeanizing Self-Incrimination: The Right to Remain Silent in the European Court of Human Rights, *Columbia Journal of European Law*, v. 12, n. 2, p. 339-382, 2006, p. 349.

⁵⁶ ESCOBAR VEAS, Javier. Ne bis in idem y sistemas sancionatorios de vía múltiple: análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. In: CÁRDENAS, Claudia, GUZMÁN, José Luis, and VARGAS, Tatiana (eds.), *XVI Jornadas chilenas de Derecho Penal y Ciencias Penales. En homenaje a sus fundadores*, Tirant lo Blanch, p. 201-218, 2021, p. 208-210; BACHMAIER, Lorena. New Crime Control Scenarios and the Guarantees in Non-Criminal Sanctions: Presumption of Innocence, Fair Trial Rights, and the Protection of Property. In: SIEBER, Ulrich (ed.), *Prevention, Investigation, and Sanctioning of Economic Crime. Alternative Control Regimes and Human Rights Limitations*, Maklu, p. 299-334, 2019, p. 307; LASAGNI, Giulia. Prendendo sul serio il diritto al silenzio: commento a Corte cost., ord. 10 maggio 2019, n. 117, *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 2, pp. 135-162, 2020, p. 136-137.

⁵⁷ CJEU, *DB v Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)*, C-481/19, § 14-15 (2021).

Firstly, the CJEU held that the safeguards afforded by Articles 47 and 48 of the European Union Charter include, inter alia, the right to silence of natural persons charged with a “criminal offence”, a concept to be determined on the basis of the three Engel criteria. Secondly, the CJEU stated that the right against self-incrimination precludes, inter alia, “penalties being imposed on such persons for refusing to provide the competent authority under Directive 2003/6 or Regulation No 596/2014 with answers which might establish their liability for an offence that is punishable by administrative sanctions of a criminal nature, or their criminal liability.”⁵⁸

3.2. *IS THE RIGHT AGAINST SELF-INCRIMINATION ABSOLUTE OR RELATIVE?*

The ECtHR has stated that the right against self-incrimination is not absolute.⁵⁹ Rather, the right in question will be violated only when the degree of compulsion destroys its very essence.⁶⁰

In determining whether a proceeding has extinguished the very essence of the right against self-incrimination, the ECtHR analyses, in particular, the nature and degree of the compulsion employed, the existence of any relevant safeguards in the proceedings, and the use made by the authority of the coercively obtained evidence.⁶¹

In *John Murray v. United Kingdom*, the defendant was found by the police in a house where a person kidnapped by the IRA was held prisoner. The applicant neither answered the questions of the authority nor gave

⁵⁸ CJEU, *DB v Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)*, C-481/19, § 42-45 (2021).

⁵⁹ BALSAMO, Antonio. The Content of Fundamental Rights. In: KOSTORIS, Roberto (ed), *Handbook of European Criminal Procedure*, Springer, p. 99-170, 2018, p. 118.

⁶⁰ ECtHR, *Ibrahim and Others v. United Kingdom*, nos. 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09, § 269 (2016); LASAGNI, Giulia. *Prendendo sul serio il diritto al silenzio: commento a Corte cost., ord. 10 maggio 2019, n. 117, Diritto Penale Contemporaneo*, n. 2, pp. 135-162, 2020, p. 141.

⁶¹ ECtHR, *Bykov v. Russia*, no. 4378/02, § 104 (2009); *O'Halloran and Francis v. United Kingdom*, nos. 15809/02 and 25624/02, § 55 (2007); *Jalloh v. Germany*, no. 54810/00, § 101 (2006); *Allan v. United Kingdom*, no. 48539/99, § 44 (2002).

evidence in support of his defence. The trial judge drew strong inferences against the applicant by reason of his failure to give an account of his presence in the house and his refusal to give evidence in his own defence.⁶²

Regarding the question of whether drawing adverse inferences from an accused's silence is contrary to the right against self-incrimination, the ECtHR stated that the right against self-incrimination cannot prevent the court from considering the defendant's silence in assessing the evidence adduced by the prosecution.⁶³ However, it is incompatible with the right in question to base a conviction mainly on the defendant's silence. Therefore, the lawfulness of drawing adverse inferences from an accused's silence is a matter that must be determined in the light of all the circumstances of the case.⁶⁴

As can be seen, to affirm that the right against self-incrimination is not absolute does not mean that in certain cases the right does not apply at all. Rather, to state that the right against self-incrimination is relative means that "it is impossible to draw sharp borders. How much pressure on a suspect is acceptable? It is hardly possible to dictate that the accused be put under no pressure at all".⁶⁵

4. RIGHT AGAINST SELF-INCRIMINATION AND COMPELLED PRODUCTION OF DOCUMENTARY EVIDENCE.

Does the right against self-incrimination prohibit the compelled production of documentary evidence? Can the authority request a person, under threat of sanctions, to hand over incriminatory documentary evidence?

⁶² ECtHR, *John Murray v. United Kingdom*, no. 18731/91, § 25 (1996).

⁶³ RODRIGUES, Heloisa. Fundamento central do direito à não autoincriminação, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 4, n. 2, pp. 731-765, 2018, p. 737.

⁶⁴ ECtHR, *John Murray v. United Kingdom*, no. 18731/91, § 47 (1996); SUMMERS, Sarah. *Fair Trials*, Hart Publishing, 2007, p. 158.

⁶⁵ TRECHSEL, Stefan. *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford University Press, 2005, p. 346.

The practical relevance of this problem is evident, due to the importance and significance of documentary evidence for the justice system, as well as the fact that there are currently authorities with broad powers to seize documentary evidence, such as the tax authority or the competition authority. Unfortunately, the case law of the ECtHR on this issue has not been perspicuous.

4.1. *FUNKE v. FRANCE.*

The ECtHR addressed this matter in *Funke v. France*. In this case, the customs authority issued an order requiring the defendant to produce bank statements from his foreign accounts. The defendant refused to produce such documents, and he was then sanctioned for failing to produce the documents. The sentence was a fine that increased for each day that he continued to refuse to supply the evidence. The ECtHR noted that the customs authority had sanctioned the defendant with the intention of obtaining certain documents that it believed existed, although it was not sure of this. These documents allegedly contained information about possible crimes committed by the defendant. Therefore, unable to obtain them by other means, the authority attempted to force the defendant to hand over the documents. The ECtHR held that such a use of coercion was contrary to the right against self-incrimination.⁶⁶

From the decision in *Funke*, it may be concluded that the right against self-incrimination applies to cases of compelled production of documentary evidence. Indeed, if the right in question were confined to purely testimonial evidence, the ECtHR would not have found a violation of Article 6.⁶⁷

⁶⁶ ECtHR, *Funke v. France*, § 44 (1993); BALSAMO, Antonio. The Content of Fundamental Rights. In: KOSTORIS, Roberto (ed), *Handbook of European Criminal Procedure*, Springer, p. 99-170, 2018, p. 118; LOCK, Tobias. Article 48 CFR. In: KELLERBAUER, Manuel, KLAMERT, Marcus and TOMKIN, Jonathan (eds.), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford University Press, p. 2227-2230, 2019, p. 2229.

⁶⁷ ASHWORTH, Andrew. Self-Incrimination in European Human Rights Law. A Pregnant Pragmatism, *Cardozo Law Review*, v. 30, n. 3, p. 751-774, 2008, p. 753.

4.2. SAUNDERS V. UNITED KINGDOM. DID SAUNDERS OVERRULE FUNKE?

In *Saunders v. United Kingdom*, the ECtHR partially modified its standpoint, drawing a distinction between the compelled provision of “real evidence” and the provision of “testimonial evidence”.⁶⁸ The ECtHR held that the right against self-incrimination is primarily concerned with respecting the will of an accused person to remain silent. Therefore, it does not extend to evidence “which may be obtained from the accused through the use of compulsory powers but which has an existence independent of the will of the suspect such as, inter alia, documents acquired pursuant to a warrant, breath, blood and urine samples and bodily tissue for the purpose of DNA testing”.⁶⁹

The distinction drawn in *Saunders* might seem clear. In fact, it was literally transposed into Article 7(3) of Directive EU 2016/343,⁷⁰ according to which the exercise of the right against self-incrimination shall not prevent the authorities from gathering evidence that can be lawfully obtained through coercive methods and that has an existence independently of the will of the persons charged.⁷¹

Notwithstanding, the concrete implications of the decision in *Saunders* regarding compelled production of evidence are not straightforward. Indeed, the reference to evidence that exists independently of the will of the suspect might suggest that the ECtHR

⁶⁸ ASHWORTH, Andrew. Self-Incrimination in European Human Rights Law. A Pregnant Pragmatism, *Cardozo Law Review*, v. 30, n. 3, p. 751-774, 2008, p. 758.

⁶⁹ ECtHR, *Saunders v. United Kingdom*, no. 19187/91, § 69 (1996); BALSAMO, Antonio. The Content of Fundamental Rights. In: KOSTORIS, Roberto (ed), *Handbook of European Criminal Procedure*, Springer, p. 99-170, 2018, p. 118.

⁷⁰ LASAGNI, Giulia. *Banking Supervision and Criminal Investigation. Comparing the EU and US Experiences*, Springer, 2019, p. 251.

⁷¹ KLIP, André. Fair Trial Rights in the European Union: Reconciling Accused and Victims’ Rights. In: RAFARACI, Tommaso and BELFIORE, Rosanna (eds.), *EU Criminal Justice Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor’s Office*, Springer, p. 3-25, 2019, p. 14; LAMBERIGTS, Stijn. The Privilege against Self-Incrimination: A Chameleon of Criminal Procedure, *New Journal of European Criminal Law*, v. 7, n. 4, p. 418-438, 2016, p. 429.

was overruling its decision in *Funke*.⁷² However, *Funke* and *Saunders* can be read compatibly, in the sense that the decisive question to determine is whether the government is compelling a person to actively cooperate with an investigation against herself, either ongoing or eventual.⁷³ Trechsel has proposed a similar interpretation, suggesting that the right against self-incrimination “only covers assistance from the suspect which could not be substituted by employing direct force”.⁷⁴

On this view, since bodily samples can be obtained without the active cooperation of the defendant (for example, by using force to take them), this would not violate the right against self-incrimination.⁷⁵ The same is true when the government, by means of an entry and search warrant, seizes documents or evidence from the home of the defendant, from whom active cooperation is not required. On the contrary, when the government requests a person to hand over documentary evidence in his possession, threatening her with the imposition of sanctions if she refuses to comply with the request, then the government is demanding of her an active cooperation with the investigation, which is contrary to the right against self-incrimination. This was exactly what happened in *Funke*, which would explain why the ECtHR found a violation of the right under consideration on that occasion.

The alternative reading of *Funke* and *Saunders* expounded here was confirmed by the ECtHR in *J.B. v. Switzerland*, decided in 2001, and *Chambaz v. Switzerland*, decided in 2012.

In *J.B. v. Switzerland*, the tax authority sanctioned the defendant in an administrative procedure for refusing to hand over documents and information relating to his income. The applicant contended that

⁷² ASHWORTH, Andrew. Self-Incrimination in European Human Rights Law. A Pregnant Pragmatism, *Cardozo Law Review*, v. 30, n. 3, p. 751-774, 2008, p. 759.

⁷³ REDMAYNE, Mike. Rethinking the privilege against self-incrimination, *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 27, n. 2, 209-232, 2007, p. 214-215.

⁷⁴ TRECHSEL, Stefan. *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford University Press, 2005, p. 341.

⁷⁵ ASHWORTH, Andrew. Self-Incrimination in European Human Rights Law. A Pregnant Pragmatism, *Cardozo Law Review*, v. 30, n. 3, p. 751-774, 2008, p. 759.

the imposition of such sanctions was contrary to his right against self-incrimination.⁷⁶ Regarding the defendant's argument, the ECtHR observed that the authorities were attempting to compel him to produce evidence against himself.⁷⁷ The ECtHR concluded that the authorities had indeed compelled the defendant to incriminate himself, therefore finding a violation of the right against self-incrimination.⁷⁸ It must be underlined that the ECtHR explicitly affirmed that the present case did not involve evidence whose existence was independent of the will of the suspect.⁷⁹

A decade after, the ECtHR handed down its decision in *Chambaz v. Switzerland*. In this case, the tax authority assessed the applicant's taxable income for the 1989-1990 tax year, finding that he had not declared all of his income because the growth of his assets was disproportionate to his stated income. During the proceeding, the applicant was asked to produce evidence, but he refused. Because of this, the tax authority sanctioned him. The ECtHR observed that by fining the applicant for refusing to produce all the items requested, the authorities had compelled him to submit documents which would have provided information on his income and assets for tax assessment purposes, thereby forcing him to incriminate himself. Once again, the ECtHR found a violation of the right against self-incrimination in a case of compelled production of documentary evidence.⁸⁰

4.3. COMPARISON BETWEEN THE EUROPEAN AND THE AMERICAN APPROACH.

The approach of the ECtHR on compelled production of documentary evidence is decisively more protective of the right

⁷⁶ ECtHR, *J.B. v. Switzerland*, no. 31827/96, § 52 (2001).

⁷⁷ ECtHR, *J.B. v. Switzerland*, no. 31827/96, § 66 (2001).

⁷⁸ ECtHR, *J.B. v. Switzerland*, no. 31827/96, § 71 (2001); RODRIGUES, Heloisa. Fundamento central do direito à não autoincriminação, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 4, n. 2, pp. 731-765, 2018, p. 737.

⁷⁹ ECtHR, *J.B. v. Switzerland*, no. 31827/96, § 68 (2001).

⁸⁰ ECtHR, *Chambaz v. Switzerland*, no. 11663/04, § 53-58 (2012); LAMBERIGTS, Stijn. The Privilege against Self-Incrimination: A Chameleon of Criminal Procedure, *New Journal of European Criminal Law*, v. 7, n. 4, p. 418-438, 2016, p. 431.

against self-incrimination than the one developed by the United States Supreme Court.

The Fifth Amendment to the United States Constitution declares: “No person (...) shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself (...)”.

According to the United States Supreme Court, the word “witness” in the wording of the Fifth Amendment limits the protection to testimonial evidence.⁸¹ This element has been the source of most of the theoretical problems.⁸²

In *Holt v. United States*, decided in 1910, the Supreme Court held that “the prohibition of compelling a man in a criminal court to be witness against himself is a prohibition of the use of physical or moral compulsion to extort communications from him, not an exclusion of his body as evidence when it may be material”.⁸³

In *Schmerber v. California*, decided in 1964, the Supreme Court tried to define the parameters of “testimony”, distinguishing between testimonial and real evidence. In this case, the defendant appealed his conviction for driving under the influence of alcohol arguing that his right against self-incrimination was violated when a blood sample was extracted from him at the hospital despite his refusal to consent.

The Supreme Court affirmed the conviction, holding that “the privilege protects an accused only from being compelled to testify against himself, or otherwise provide the State with evidence of a testimonial or communicative nature, and that the withdrawal of blood and use of the analysis in question in this case did not involve compulsion to these ends”.⁸⁴ The Supreme Court acknowledged that courts have usually found no violation of the right against self-incrimination when the defendant is compelled “to submit to fingerprinting, photographing, or measurements, to write or speak for identification, to appear in court, to stand, to assume a

⁸¹ United States Supreme Court, *United States v. Hubbell*, 530 U.S. 27, 34 (2000).

⁸² ALLEN, Ronald J. and MACE, M. Kristin. The Self-Incrimination Clause Explained and Its Future Predicted, *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 94, n. 2, p. 243-293, 2004, p. 259.

⁸³ United States Supreme Court, *Holt v. United States*, 218 U.S. 245, 252-253 (1910).

⁸⁴ United States Supreme Court, *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757, 761 (1966).

stance, to walk, or to make a particular gesture”. In conclusion, the privilege is a bar against compelling “communications”, but compulsion which makes a suspect or accused the source of “real evidence” does not violate it.⁸⁵

After *Schmerber*, the Supreme Court decided a series of cases allowing a defendant to be compelled to stand in a line-up,⁸⁶ to give handwriting exemplars,⁸⁷ to give voiceprints,⁸⁸ and to take sobriety tests measuring mental acuity and physical coordination.⁸⁹

Regarding the specific case of compelled production of documents, the current approach of the Supreme Court was set out in *Fisher v. United States*, decided in 1976. In *Fisher*, the Supreme Court shifted the focus of the analysis from the content of requested documents to the testimonial component of the act of producing those records.⁹⁰

According to *Fisher*, the content of documentary evidence voluntarily created no longer enjoy any protection under the privilege against self-incrimination.⁹¹ Nevertheless, the Court recognised that the act of producing evidence in response to a subpoena has communicative aspects of its own. Indeed, compliance with the subpoena tacitly concedes the existence of the papers demanded and their possession or control by the person involved, as well as the person’s belief that the documents are those described in the subpoena.⁹² However, compulsion of these implied admissions alone does not warrant Fifth Amendment protection with respect to the act of production,⁹³ since the right against self-incrimination

⁸⁵ United States Supreme Court, *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757, 764 (1966).

⁸⁶ United States Supreme Court, *United States v. Wade*, 388 U.S. 218, 221-223 (1967).

⁸⁷ United States Supreme Court, *Gilbert v. California*, 388 U.S. 263, 266-267 (1967).

⁸⁸ United States Supreme Court, *United States v. Dionisio*, 410 U.S. 1, 7 (1973).

⁸⁹ United States Supreme Court, *Pennsylvania v. Muniz*, 496 U.S. 582, 592 (1990).

⁹⁰ ANDRITSAKIS, Katherine K. Corporate Record-Keepers and the Right against Self-Incrimination: An Equitable Approach to Fifth Amendment Analysis, *Santa Clara Law Review*, v. 27, n. 2, p. 411-442, 1987, p. 426.

⁹¹ ALITO JR., Samuel A. Documents and the Privilege against Self-Incrimination, *University of Pittsburgh Law Review*, v. 48, n. 1, p. 27-82, 1986, p. 64-65.

⁹² United States Supreme Court, *Fisher v. United States*, 425 U.S. 391, 410 (1976).

⁹³ ANDRITSAKIS, Katherine K. Corporate Record-Keepers and the Right against Self-Incrimination: An Equitable Approach to Fifth Amendment Analysis, *Santa Clara Law Review*, v. 27, n. 2, p. 411-442, 1987, p. 426.

“only applies when the accused is compelled to make a testimonial communication that is incriminating”.⁹⁴

Therefore, the Fisher test consists of three elements: (i) compulsion; (ii) a testimonial communication which may take the form of either oral testimony, authentication of the contents of documents, or an assertive act; and (iii) incrimination, which results when the documents produced are an important evidentiary link in the government’s case.⁹⁵ If any one of the three elements is lacking, the right is unavailable.⁹⁶

One could think that the approaches of the ECtHR and the United States Supreme Court offer similar protection against compelled production of documentary evidence and that the Fisher test has the same extent as the interpretation set out in *Saunders* by the ECtHR. However, this is not the case. Rather, the American approach offers less protection against compelled production of documentary evidence than the European one. For example, under the Fisher test the government can compel a defendant to hand over documents when the existence and location of the evidence are a foregone conclusion, and the defendant adds little or nothing to the government’s information by conceding that she in fact has the documents.

This was exactly the case in *Fisher*. On that occasion, the Supreme Court held that however incriminating the documents were, the act of producing them did not amount to testimonial self-incrimination because the existence and location of the papers were a foregone conclusion, finding therefore no violation of the right against self-incrimination⁹⁷

⁹⁴ United States Supreme Court, *Fisher v. United States*, 425 U.S. 391, 408 (1976); ALLEN, Ronald J. and MACE, M. Kristin. The Self-Incrimination Clause Explained and Its Future Predicted, *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 94, n. 2, p. 243-293, 2004, p. 246.

⁹⁵ ANDRITSAKIS, Katherine K. Corporate Record-Keepers and the Right against Self-Incrimination: An Equitable Approach to Fifth Amendment Analysis, *Santa Clara Law Review*, v. 27, n. 2, p. 411-442, 1987, p. 426.

⁹⁶ HIGGINS, Georganne R. Business Records and the Fifth Amendment Right against Self-Incrimination, *Ohio State Law Journal*, v. 38, n. 2, p. 351-378, 1977, p. 361.

⁹⁷ United States Supreme Court, *Fisher v. United States*, 425 U.S. 391, 411 (1976); GEYH, Charles Gardner. The testimonial component of the right

Another example of the limits of the American approach is *Doe v. United States*, decided in 1988. In this case, the defendant was asked to produce records of transactions in accounts at three foreign banks. The defendant produced some bank records and testified that no additional records were in his possession. When asked about the existence of additional records, the defendant refused to answer, invoking the right against self-incrimination. The government asked the court for an order directing the petitioner to sign a consent directive, without acknowledging the existence of any account, authorizing the banks to disclose records of all his accounts.

The Supreme Court reaffirmed that the right against self-incrimination protects a person only against “being incriminated by his own compelled testimonial communications”.⁹⁸ Regarding the present case, the Supreme Court noted that the consent directive neither acknowledged the existence of an account in a foreign bank nor identified any relevant bank. Moreover, given the consent directive’s phraseology, the Court held that petitioner’s compelled act of executing the form has no testimonial significance either. Moreover, by filling out the form the defendant was not admitting the authenticity of any eventual record produced by foreign financial institutions.⁹⁹ The Supreme Court concluded that there was no violation of the defendant’s right against self-incrimination.¹⁰⁰

The decisions of the United States Supreme Court in *Fisher* and *Doe* show how the current American approach works, as well as confirm that the approach developed by the ECtHR offers more protection against compelled production of documentary evidence. Indeed, considering the decisions adopted by the ECtHR in *J.B.* and *Chambaz*, it is reasonable to imagine that if the European court had addressed the cases *Fisher* and *Doe*, it would have probably found a violation of the right against self-incrimination.

against self-incrimination, *Catholic University Law Review*, v. 36, n. 3, p. 611-642, 1987, p. 634.

⁹⁸ United States Supreme Court, *Doe v. United States*, 487 U.S. 201, 207 (1988).

⁹⁹ United States Supreme Court, *Doe v. United States*, 487 U.S. 201, 216-217 (1988).

¹⁰⁰ United States Supreme Court, *Doe v. United States*, 487 U.S. 201, 219 (1988).

CONCLUSIONS

Even though the European Convention on Human Rights does not expressly provide for the right against self-incrimination, the ECtHR has been able to develop a convincing case law regarding the right against self-incrimination, which has prevented authorities from using evidence obtained by coercion in criminal proceedings, thereby protecting both defendants and witnesses.

The development of the case law on self-incrimination has been marked by the ECtHR's recognition that the task requires the balancing of different interests involved. Indeed, the ECtHR has recognised that the right against self-incrimination prevents the state from compelling a person to incriminate herself, but, at the same time, has accepted the possibility of the state to obtain real evidence.

Over this article, the case law of the ECtHR was compared with that of the United States Supreme Court and the CJEU, comparison that proved, firstly, that the ECtHR has developed a more protective approach of the right against self-incrimination than the American Supreme Court, and secondly, that the ECtHR has influenced EU Law, since the CJEU has almost completely adopted the Strasbourg approach.

With respect to the scope of application of the right against self-incrimination, the ECtHR has affirmed that it is not reasonable to limit the right against self-incrimination to statements of admission of wrongdoing or to directly incriminating remarks produced in criminal proceedings, since evidence obtained under compulsion which appears on its face to be of a non-incriminating nature may later be deployed in criminal proceedings in support of the prosecution's case. Therefore, what is of the essence in this context is the use to which evidence obtained under compulsion is put in the course of the criminal trial.

There is no doubt that the most complex issue regarding the application of the right against self-incrimination is related to cases of compelled production of documentary evidence. The ECtHR addressed this matter in *Saunders v. United Kingdom*, drawing a distinction between testimonial and real evidence.

According to what has been stated here, *Saunders* must be read in the sense that the decisive question to determine is whether the government

is compelling a person to actively cooperate with an investigation against herself, either ongoing or eventual. If the authority does this, there will be a violation of the right against self-incrimination. This interpretation was confirmed in *J.B. v. Switzerland* and *Chambaz v. Switzerland*, two cases in which the ECtHR found a violation because the authority had sanctioned the defendant for refusing to submit incriminating evidence.

As stated above, the approach of the ECtHR on compelled production of documentary evidence is decisively more protective of the right against self-incrimination than the one developed by the United States Supreme Court.

According to the Supreme Court, the right against self-incrimination only applies when the defendant is forced to make an incriminating testimonial communication. Therefore, in order to find a violation of the right against self-incrimination three elements must be met: (i) compulsion; (ii) a testimonial communication; and (iii) incrimination. If any one of the three elements is lacking, the right is unavailable. Consequently, where the production of incriminating evidence is not testimonial, compelled production of such evidence will not be contrary to the right against self-incrimination.

BIBLIOGRAPHY

ALITO JR., Samuel A. Documents and the Privilege against Self-Incrimination, *University of Pittsburgh Law Review*, v. 48, n. 1, p. 27-82, 1986.

AMAR, Akhil Reed and LETTOW, Renee B. Fifth Amendment, First Principles: The Self-Incrimination Clause, *Michigan Law Review*, v. 93, n. 5, p. 857-928, 1995. <https://doi.org/10.2307/1289986>

ANDRITSAKIS, Katherine K. Corporate Record-Keeper and the Right against Self-Incrimination: An Equitable Approach to Fifth Amendment Analysis, *Santa Clara Law Review*, v. 27, n. 2, p. 411-442, 1987, p. 426.

ASHWORTH, Andrew. Self-Incrimination in European Human Rights Law. A Pregnant Pragmatism, *Cardozo Law Review*, v. 30, n. 3, p. 751-774, 2008.

BACHMAIER, Lorena. New Crime Control Scenarios and the Guarantees in Non-Criminal Sanctions: Presumption of Innocence, Fair Trial Rights, and the Protection of Property. In: SIEBER, Ulrich (ed.), *Prevention, Investigation, and*

Sanctioning of Economic Crime. Alternative Control Regimes and Human Rights Limitations, Maklu, p. 299-334, 2019, p. 307.

BALSAMO, Antonio. The Content of Fundamental Rights. In: KOSTORIS, Roberto (ed), *Handbook of European Criminal Procedure*, Springer, p. 99-170, 2018. https://doi.org/10.1007/978-3-319-72462-1_3

BERGER, Mark. Europeanizing Self-Incrimination: The Right to Remain Silent in the European Court of Human Rights, *Columbia Journal of European Law*, v. 12, n. 2, p. 339-382, 2006.

BERGER, Mark. Self-Incrimination and the European Court of Human Rights: Procedural Issues in the Enforcement of the Right to Silence, *European Human Rights Law Review*, v. 5, p. 514-533, 2007.

BÖSE, Martin. The Consecutive Application of Different Types of Sanctions and the Principle of Ne Bis in Idem: The EU and the US on Different Tracks? In: LIGETI, Katalin and FRANSSSEN, Vanessa (eds.), *Challenges in the Field of Economic and Financial Crime in Europe and the US.*, Hart Publishing, p. 211-222, 2017. <https://doi.org/10.5040/9781509908066.ch-010>

DOLINKO, David. Is There a Rationale for the Privilege against Self-Incrimination?, *UCLA Law Review*, v. 33, n. 4, p. 1063-1148, 1985.

ESCOBAR VEAS, Javier. Ne bis in idem y sistemas sancionatorios de vía múltiple: análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. In: CÁRDENAS, Claudia, GUZMÁN, José Luis, and VARGAS, Tatiana (eds.), *XVI Jornadas chilenas de Derecho Penal y Ciencias Penales. En homenaje a sus fundadores*, Tirant lo Blanch, p. 201-218, 2021.

ESCOBAR, Javier. Aplicación del derecho a no autoincriminarse en procedimientos administrativos sancionatorios: Análisis comparado de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional chileno, *Revista de Derecho Administrativo Económico*, n. 34, p. 39-68, 2021. <https://doi.org/10.7764/redae.34.2>

GEYH, Charles Gardner. The testimonial component of the right against self-incrimination, *Catholic University Law Review*, v. 36, n. 3, p. 611-642, 1987.

GREEN, Michael S. The Privilege's Last Stand: The Privilege Against Self-Incrimination and the Right to Rebel Against the State, *Brooklyn Law Review*, v. 65, n. 3, p. 627-716, 1999.

GRISWOLD, Erwin N. *The Fifth Amendment Today*, Harvard University Press, 1995.

HANCOX, Emily. The Right to Remain Silent in EU Law, *Cambridge Law Journal*, v. 80, n. 2, p. 228-231, 2021. <https://doi.org/10.1017/s0008197321000362>

HIGGINS, Georganne R. Business Records and the Fifth Amendment Right against Self-Incrimination, *Ohio State Law Journal*, v. 38, n. 2, p. 351-378, 1977.

KLIP, André. Fair Trial Rights in the European Union: Reconciling Accused and Victims' Rights. In: RAFARACI, Tommaso and BELFIORE, Rosanna (eds.), *EU Criminal Justice Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor's Office*, Springer, p. 3-25, 2019. https://doi.org/10.1007/978-3-319-97319-7_1

LAMBERIGTS, Stijn. The Privilege against Self-Incrimination: A Chameleon of Criminal Procedure, *New Journal of European Criminal Law*, v. 7, n. 4, p. 418-438, 2016, p. 429. <https://doi.org/10.1177/203228441600700404>

LANGBEIN, John H. The Historical Origins of the Privilege Against Self-Incrimination at Common Law, *Michigan Law Review*, v. 92, n. 5, p. 1047-1085, 1994. <https://doi.org/10.2307/1289628>

LASAGNI, Giulia. *Banking Supervision and Criminal Investigation. Comparing the EU and US Experiences*, Springer, 2019.

LASAGNI, Giulia. Prendendo sul serio il diritto al silenzio: commento a Corte cost., ord. 10 maggio 2019, n. 117, *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 2, pp. 135-162, 2020.

LOCK, Tobias. Article 48 CFR. In: KELLERBAUER, Manuel, KLAMERT, Marcus and TOMKIN, Jonathan (eds.), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford University Press, p. 2227-2230, 2019.

MOYLAND JR., Charles E. and SONSTENG, John. Privilege against Compelled Self-Incrimination, *William Mitchell Law Review*, v. 16, n. 1, p. 249-308, 1990.

REDMAYNE, Mike. Rethinking the privilege against self-incrimination, *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 27, n. 2, 209-232, 2007. <https://doi.org/10.1093/ojls/gql001>

RODRIGUES, Heloisa. Fundamento central do direito à não autoincriminação, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 4, n. 2, pp. 731-765, 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i2.134>

RODRIGUES, Paulo. The Development of the Guarantee Against Self-Incrimination in the Brazilian Constitutional System: Different Views on a Common Legal and Political Institute. *Comparative Law Review*, v. 23, pp. 187-205, 2017. <http://dx.doi.org/10.12775/CLR.2017.008>

SUMMERS, Sarah. *Fair Trials*, Hart Publishing, 2007.

TRACZ, Eliot T. Doctrinal Evolution and the Right against Self-Incrimination, *University of New Hampshire Law Review*, v. 18, n. 1, p. 109-142, 2019.

TRECHSEL, Stefan. *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford University Press, 2005.

TABLE OF CASES

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Engel and Others v. Netherlands, no. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72 (1976).

Öztürk v. Germany, no. 8544/79 (1984).

John Murray v. United Kingdom, no. 18731/91 (1996).

Saunders v. United Kingdom, no. 19187/91 (1996).

Heaney and McGuinness v. Ireland, no. 34720/97, § 40 (2000).

I.J.L. and Others v. United Kingdom, nos. 29522/95, 30056/96 and 30574/96 (2000).

J.B. v. Switzerland, no. 31827/96 (2001).

Allan v. United Kingdom, no. 48539/99 (2002).

Weh v. Austria, no. 38544/97 (2004).

Nilsson v. Sweden, no. 73661/01 (2005).

Jussila v. Finland, no. 73053/01 (2006).

Jalloh v. Germany, no. 54810/00 (2006).

O'Halloran and Francis v. United Kingdom, nos. 15809/02 and 25624/02 (2007).

Bykov v. Russia, no. 4378/02 (2009).

ECtHR, Ruotsalainen v. Finland, no. 13079/03 (2009).

Gäfgen v. Germany, no. 22978/0 (2010).

Brusco v. France, no. 1466/07 (2010).

Aleksandr Zaichenko v. Russia, no. 39660/02 (2010).

Chambaz v. Switzerland, no. 11663/04 (2012).

Glantz v. Finland, no. 37394/11 (2014).

Ibrahim and Others v. United Kingdom, nos. 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09 (2016).

Palmén v. Sweden, no. 38292/15 (2016).

A and B v. Norway, nos. 24130/11 and 29758/11 (2016).

Žaja v. Croatia, no. 37462/09 (2016).

Šimkus v. Lithuania, no. 41788/11 (2017).

Serazin v. Croatia, no. 19120/15 (2018).

Kadusic v. Switzerland, no. 43977/13 (2018).
Orlen Lietuva Ltd. v. Lithuania, no. 45849/13 (2019).
Mihalache v. Romania, no. 54012/10 (2019).
Korneyeva v. Russia, no. 72051/17 (2019).
Velkov v. Bulgaria, no. 34503/10 (2020).
Bajić v. North Macedonia, no. 2833/13 (2021).
Timofeyev and Postupkin v. Russia, no. 45431/14 and 22769/15 (2021).

UNITED STATES SUPREME COURT

Boyd v. United States, 116 US 616 (1886).
Counselman v. Hitchcock, 142 U.S. 547 (1892).
Holt v. United States, 218 U.S. 245 (1910).
Ullmann v. United States, 350 US 422 (1956).
Malloy v. Hogan, 378 US 1 (1964).
Murphy v. Waterfront Comm'n, 378 U.S. 52 (1964).
Tehan v. Shott, 382 U.S. 406 (1966).
Schmerber v. California, 384 U.S. 757 (1966).
United States v. Wade, 388 U.S. 218 (1967).
Gilbert v. California, 388 U.S. 263 (1967).
United States v. Dionisio, 410 U.S. 1 (1973).
Fisher v. United States, 425 U.S. 391 (1976).
Doe v. United States, 487 U.S. 201 (1988).
Pennsylvania v. Muniz, 496 U.S. 582 (1990).
United States v. Hubbell, 530 U.S. 27 (2000).

EUROPEAN UNION COURT OF JUSTICE

Orkem v Commission of the European Communities, 374/87 (1989).
DB v Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob), 481/19 (2021).

Authorship information

Javier Escobar Veas. PhD in Legal Studies, Università Luigi Bocconi; LLM in Criminal Law and Criminal Procedure, Universidad Diego Portales; Professor of Criminal Law and Criminal Procedure, Universidad Austral de Chile. javier.escobar@mail.udp.cl

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

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

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

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

Editorial process dates

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

- Submission: 13/01/2022
- Desk review and plagiarism check: 13/02/2022
- Correction round return 1: 19/02/2022
- Review 1: 07/05/2022
- Review 2: 19/05/2022
- Review 3: 22/05/2022
- Preliminary editorial decision: 05/06/2022
- Correction round return: 06/06/2022
- Final editorial decision: 05/08/2022

Editorial team

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

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

ESCOBAR VEAS, Javier. A Comparative Analysis of the Case Law of the European Court of Human Rights on the Right against Self-Incrimination. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8, n. 2, p. 869-901, mai./ago. 2022. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i2.675>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.

A prisão administrativa de militares por indisciplina e sua (in)compatibilidade com o regime democrático

The administrative prison of military for indiscipline and its (in)compatibility with the democratic regime

Bruno Cavalcante Leitão Santos¹

Centro de Estudos Superiores de Maceió – Maceió/AL, Brasil

brunoleitao.adv@hotmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/9699629460607799>

 <https://orcid.org/0000-0001-7556-2348>

Francisco de Assis de França Júnior²

Centro de Estudos Superiores de Maceió – Maceió/AL, Brasil

francajuniordireito@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/2739102277898461>

 <https://orcid.org/0000-0002-6958-920X>

RESUMO: O principal objetivo do presente artigo é diagnosticar e refletir criticamente sobre o descompasso da previsão constitucional da prisão administrativa de militares com as demais previsões da Constituição de 1988. Como problemática central tem-se o questionamento sobre se esse tipo de prisão, realizada por uma autoridade militar sem o crivo prévio do judiciário, seria compatível com o regime democrático?

¹ Doutor em Direito pela PUCRS. Mestre em Direito Público pela UFAL. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela UCDB. Professor de Direito Penal no Centro Universitário CESMAC – Maceió/AL. Líder do Grupo de Pesquisa “Sistema Penal, Democracia e Direitos Humanos” e pesquisador do Grupo de Pesquisa “Direito, contemporaneidade e transformações sociais”. Advogado.

² Doutorando e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. Professor de Direito Penal e Criminologia no Centro Universitário CESMAC – Maceió/AL. Líder do Grupo de Pesquisa “Sistema Penal, Democracia e Direitos Humanos” e pesquisador do Grupo de Pesquisa “Direito, contemporaneidade e transformações sociais”. Advogado.

Como hipótese principal, apresenta-se o argumento de que não há compatibilidade entre esse tipo de prisão disciplinar e um regime democrático, assim como também não há relação de causalidade sustentável coerentemente entre essa ameaça de prisão e a manutenção da hierarquia e da disciplina militares, no que classificamos os argumentos de seus defensores como falaciosos. Por fim, para cumprir o objetivo proposto, utilizamos o método hipotético-dedutivo, em uma abordagem essencialmente qualitativa, bem como a técnica da revisão de literatura (doutrinária e legislativa), com referenciais teóricos entre as doutrinas constitucional, antropológica, criminológica e processual penal.

PALAVRAS-CHAVE: Prisão administrativa; Militares; Hierarquia; Disciplina; Democracia.

ABSTRACT: *The main objective of this article is to diagnose and critically reflect on the mismatch of the constitutional provision of the administrative prison of the military with the other provisions of the 1988 Constitution. of the judiciary, carried out, therefore, by a military authority, would be compatible with the democratic regime? As a main hypothesis, the argument is presented that there is no compatibility between this type of prison and a democratic regime, as well as there is no coherently sustainable causal relationship between this threat of prison and the maintenance of military hierarchy and discipline, in the that we classify the arguments of its defenders as fallacious. Finally, to fulfil the proposed objective, we use the hypothetical-deductive method, in an essentially qualitative approach, as well as the technique of literature review (doctrinal and legislative), with theoretical references between constitutional, anthropological, criminological and criminal procedural doctrines.*

KEYWORDS: *Administrative detention; Military; Hierarchy; Discipline; Democracy.*

SUMÁRIO: Introdução; 1. A previsão constitucional da prisão administrativa de militares por indisciplina e os demais valores democráticos encartados na Constituição brasileira de 1988; 2. A falácia de que o respeito à hierarquia e à disciplina militares estaria condicionado à ameaça de prisão; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

Apesar de existirem reflexões críticas sobre a (in)compatibilidade democrática da previsão de prisão administrativa de militares desde que se constatou sua inserção na Constituição da República em 1988 – CR/88, o tema, embora não seja propriamente novo, é atual e relevante, justificando-se sobretudo pelo fato de se observar a iniciativa legislativa que resultou na entrada em vigência da Lei 13.967/2019, vedando esse tipo de medida administrativa,³ bem como por conta da propositura, contra a mencionada iniciativa, de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (como, p. ex., ADI 6.663-BA⁴ e ADI 6.595-RJ⁵) junto ao Supremo Tribunal Federal – STF,⁶ sob o argumento de uma alegada necessidade de preservação da “hierarquia e da disciplina em que se embasa o regime militar”⁷.

Como se constata, o tema da (im)possibilidade da prisão administrativa de militares por indisciplina tem previsão no art. 5º, inciso LXI, combinado com o art. 142, §2º, ambos da CR/88; no art. 18 do Decreto n. 667/1969 (alterado pela Lei n. 13.967/2019, que vedou esse tipo de

³ Como destaca Jorge César de Assis, “Já de algum tempo que a questão vem sendo suscitada em debates”, sobretudo, na esfera estadual. Para o autor, “A abolição da prisão pretendida é possível de ocorrer para PMs e BMs: o caminho correto SERIA a lei estadual específica”. ASSIS, Jorge César de. A questão da prisão disciplinar dos militares estaduais. *Direito Militar: Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais - AMAJME*, Florianópolis, v. 19, n. 123, mar./abr. 2017. p. 5-11.

⁴ Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6090040>. Acesso em 04.03.2022.

⁵ Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6051995>. Acesso em 04.03.2022.

⁶ O STF, na ADI 6.595-RJ, julgou inconstitucional a Lei 13.967/2019. Como destacado no sítio eletrônico do próprio tribunal: “Em voto seguido por unanimidade, o relator, ministro Ricardo Lewandowski, explicou que compete ao chefe do Poder Executivo federal a iniciativa de projeto de lei sobre o regime jurídico dos integrantes das Forças Armadas, e não ao Poder Legislativo. Por sua vez, quando se trata do regime jurídico de militares estaduais e distritais, a jurisprudência do STF é pacífica ao concluir pela reserva da iniciativa do chefe do Executivo local, por força do princípio da simetria”. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=487619&ori=1>. Acesso em 03.07.2022.

⁷ Página 11, parágrafo 30, da petição inicial da ADI n. 6.663-BA, cujo inteiro teor consta do link já disponibilizado em nota anterior.

prisão,⁸ provocando, portanto, a proposição das ADI's mencionadas); no art. 12, §3º, cumulado, dentre outros, com os art. 24, inciso V, e seu Parágrafo Único (que estabelece o prazo máximo de 30 dias), bem como com art. 29 (que define a prisão a partir da “obrigação” de “permanecer em local próprio e designado para tal”) e com o art. 38 (impondo que “somente pode ser efetuada pelo Comandante do Exército ou comandante, chefe ou diretor de OM [Organizações Militares]”), todos do Decreto n. 4.346/2002 (Regulamento Disciplinar do Exército); além do previsto nos ordenamentos estaduais.⁹

Nesse contexto, o que se apresenta como problemática central é o seguinte: esse tipo de prisão (disciplinar), realizada por uma autoridade militar sem o crivo prévio do Judiciário, seria compatível com o regime democrático? Vale dizer, sendo a prisão, em uma democracia, entendida como medida extrema e excepcional, poderia uma autoridade administrativa, ainda que militar, realizá-la por mera violação de norma disciplinar, sem que tenha existido um crime propriamente? Além do que, permitir a prisão administrativa não se constituiria numa espécie de *burla de etiqueta*, na medida em que se autoriza a pena (administrativa) de prisão sem que tenha existido um devido processo legal (veja-se o art. 5, LIV, da CR/88)? Esse tipo de prisão, caso reconhecida sua incompatibilidade com o regime democrático, afetaria o respeito à hierarquia e/ou à disciplina nos quartéis?

⁸ Apenas para militares estaduais e distritais. Não há nada a respeito dos militares das Forças Armadas.

⁹ O foco de nossa análise é nas previsões instituídas para as Forças Armadas, o Exército em especial, mas sem deixar de perspectivar o reflexo do militarismo dessas forças nas instituições militares estaduais. Como advertido por Antonio Luiz da Silva, “O Exército Brasileiro, a Marinha e a Força Aérea, bem como as forças auxiliares, constituídas pelas polícias e corpos de bombeiros militares do Brasil, guardam similitude em seus regulamentos disciplinares”. SILVA, Antonio Luiz da. A conformidade dos regulamentos disciplinares com a Constituição Federal. *Revista de Estudos & Informações: Justiça Militar do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 26, p. 35-38, nov.. 2009. p. 35. Seria demasiado longo o texto se tivéssemos de analisar cada lei estadual a respeito. Não nos é dado esquecer que as forças estaduais compartilham do ideário de guerra com o qual são mantidas as Forças Armadas. Não é, portanto, por acaso que o art. 144, § 6º, da Constituição Federal, determina que “As polícias militares e os corpos de bombeiros militares, [sejam] forças auxiliares e reserva do Exército”. A interpolação é nossa.

Como hipóteses trabalhadas, o que se argumenta adiante é que não há compatibilidade entre esse tipo de prisão e um regime democrático, assim como também não há uma relação de causalidade sustentável coerentemente entre a ameaça de prisão administrativa e a manutenção da hierarquia e da disciplina nas instituições militares, como, aliás, se argumentou nas ADI's 6.663-BA e 6.595-RJ. Esse tipo de correlação, a propósito, pode muito bem ser classificada como uma falácia argumentativa, na medida em que não há como provar com relativo grau de segurança uma relação de causa (a prisão administrativa) e efeito (obediência hierárquica), especialmente quando sanções salariais, de impedimento de ascensão na carreira, de perda de patente ou da própria condição de militar podem ser mais dissuasivas do que a prisão propriamente.

Assim, o principal objetivo do presente trabalho é diagnosticar e refletir criticamente sobre o descompasso da previsão constitucional da prisão administrativa de militares por indisciplina com as demais previsões do mesmo diploma, que, aliás, nutrem valores essencialmente democráticos, prestando-se à preservação (e otimização) da dignidade e, sobretudo, da liberdade de locomoção. Observa-se rapidamente que não se pretende explorar noções básicas a respeito do tema enfocado, mas partir para o enfrentamento direto das problemáticas propostas.¹⁰ Para tanto, nos utilizaremos do método hipotético-dedutivo, numa abordagem qualitativa, a partir da técnica da revisão de literatura, com referenciais teóricos situados, p. ex., entre as doutrinas constitucional e processual penal.

1. A PREVISÃO CONSTITUCIONAL DA PRISÃO ADMINISTRATIVA DE MILITARES POR INDISCIPLINA E OS DEMAIS VALORES DEMOCRÁTICOS ENCARTADOS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Antes de qualquer outro argumento, não se diga, por exemplo, que o simples fato de a previsão constar do texto constitucional seja o suficiente para que se reconheça a validade da prisão administrativa

¹⁰ Nos termos da crítica de Luciano Oliveira sobre os “manualismos”, em: OLIVEIRA, Luciano. Não fale do código de Hamurábi! A pesquisa sociojurídica na pós-graduação em Direito. OLIVEIRA, Luciano. *Sua Excelência o Comissário e outros ensaios de Sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

de militares por indisciplina. Nesse sentido, aliás, posicionou-se o STF quando julgou a ADI 4277-DF¹¹ e a ADPF 132¹². Na oportunidade, em que se discutia o conceito de família, diante da previsão do art. 226, §3º, da CR/88, advertiu-se que, apesar da literalidade (“o homem e a mulher”), tal deveria ser “interpretado em conjunto com os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana – em sua vertente da proteção da autonomia individual – e da segurança jurídica”¹³.

Nessa linha argumentativa, não se diga ainda que, pelo fato de existir previsão constitucional, estaria inviabilizada uma proibição legal para sua execução, de modo que, a vedação da prisão administrativa por lei, não seria uma aberração, sobretudo porque se trata de iniciativa de otimização da dignidade humana, sendo este, fundamento da democracia brasileira (art. 1º, inciso III, da CR/88).¹⁴ Vale, portanto, destacar, que não seria inovação alguma se o STF admitisse a validade de um diploma legal que veda uma previsão constitucional, tendo em vista, por exemplo, o que se observa da justificação da Súmula Vinculante n. 25, situação na qual contata-se que a Constituição também prevê a possibilidade de prisão civil do depositário infiel (art. 5ª, inciso LXVII), tendo sido considerada esta como inaplicável por conta do Pacto de São José da Costa Rica (Decreto n. 678/1992)¹⁵.

Tendo-se, portanto, por superada uma eventual argumentação de que o texto constitucional teria que ser acriticamente considerado – como se fosse aplicável pela sua mera previsão –, especialmente quando se trata de previsão que interfira diretamente no núcleo de fundamentação de um

¹¹ Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=A-C&docID=628635>. Acesso em 12.3.2022.

¹² Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=A-C&docID=628633>. Acesso em 12.3.2022.

¹³ Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em 12.3.2022. p. 660-661.

¹⁴ “para além de seu enquadramento na condição de princípio e regra (e valor) fundamental, é (são) também fundamento de posições jurídico-subjetivas, isto é, norma(s) definidora(s) de direitos e garantias, mas também de deveres fundamentais”. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 83.

¹⁵ Vejam-se os argumentos da paradigmática decisão do RE 466.343-SP.

sistema democrático,¹⁶ passemos ao nódulo problemático que mais nos interessa desenvolver na sequência, qual seja: a prisão administrativa de militares por indisciplina, sem o crivo prévio do poder judiciário, realizada por uma autoridade militar, seria compatível com o regime democrático?

Antes, porém, como se viu do sucinto enquadramento normativo esboçado na introdução, o texto constitucional não apenas prevê que esse tipo de prisão seja possível (art. 5º, LXI, CR/88), como também veda a utilização da via do *Habeas Corpus* (art. 142, §2º, da CR/88 c/c art. 647 do CPP) para a sua desconstituição, o que denota a grau elevado de invasividade na liberdade ambulatorial de militares diante de uma medida cuja natureza é essencialmente administrativa. A prisão, afinal, se daria por indisciplina, e não pelo cometimento de um crime, assim considerado por lei (art. 5º, XXXIX, da CR/88).

É, entretanto, verdade que o STF tem relativizado tal vedação sob o argumento de que “se a concessão de habeas corpus, impetrado contra punição disciplinar militar, volta-se tão-somente para os pressupostos de sua legalidade, excluindo a apreciação de questões referentes ao mérito”, não haveria “que se falar em violação ao art. 142, §2º” da CR/88.¹⁷

Ocorre que, como se sabe, o sistema normativo em uma democracia, que tem compromisso com a unidade e com a eliminação de

¹⁶ É certo que existem mandados de criminalização e, por consequência, da necessidade de punição no texto constitucional, assim como também deve ser certo que há de ser considerada a ideia de que esses mandamentos não estão imunes ao controle da proporcionalidade, especialmente no que toca à proibição do excesso. Assim, acaso se verifique que a proteção ao bem jurídico possa vir a ser feita sem a utilização do direito penal (ou sem a prisão), por sua própria essência de subsidiariedade, este deve ser preterido. Janaína Conceição Paschoal, por exemplo, em análise crítica de tais mandados, adverte que a punição não há de se dar apenas pela via do direito penal. PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: RT, 2003. Para uma contextualização dos mandamentos constitucionais em matéria penal e a necessidade de utilização da proporcionalidade, por todos, recomenda-se: FELDENS, Luciano. *A constituição penal – a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

¹⁷ Decisão no RE 338.840-RS. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770610/recurso-extraordinario-re-338840-rs>. Acesso em 12.03.2022.

incoerências no seu funcionamento,¹⁸ não se interpreta, nem se articula, por seus dispositivos isoladamente – como se fossem ilhas –, ao contrário, esses dispositivos devem se articular a partir da ideia fundante do sistema, que, no presente caso, será o de proteção da dignidade humana (art. 1º, inciso III, da CR/88). Como na perspectiva de sistema de Kant,¹⁹ no funcionamento do sistema jurídico, o que se espera é que o seu entorno (os subsistemas – administrativo, civil, penal etc.) atue(m) para não permitir que o seu núcleo seja atingido ao ponto de o desnaturar. Decorre desse entendimento a essência do princípio da unidade da Constituição, em que princípios se integram e se limitam ao mesmo tempo,²⁰ sendo considerado pelo Tribunal Constitucional alemão como um princípio norteador da interpretação de normas constitucionais.²¹

A prisão, portanto, como medida extrema, a atingir diretamente a dignidade a partir da privação da liberdade, não pode (e nem deve) ser uma possibilidade por conta de indisciplina militar, antes de ser submetida ao crivo do judiciário, sob argumentos de menor densidade, e com consequências desproporcionais e desarrazoadas como se apresentam outras hipóteses de controle. Logo, haverá de ser medida excepcionalíssima. Compreende-se, por exemplo, a possibilidade da prisão em flagrante (art. 5º, LXI, da CR/88 c/c art. 301 ss do CPP), em que, dadas

¹⁸ De maneira aprofundada, veja-se: NEVES, Antônio Castanheira. A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido. *Separata do Boletim da Faculdade de Direito*. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro, Coimbra, 1979.

¹⁹ KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001. p. 670.

²⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 439.

²¹ “Esta visão corresponde à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, segundo a qual os artigos individuais da Lei Fundamental devem ser interpretados de forma a serem compatíveis com os princípios elementares da Lei Fundamental, em particular os direitos fundamentais, e seu sistema de valores (cf. BVerfGE 1, 14 [32]; 7, 198 [205]). O princípio primordial da interpretação é a unidade da constituição como símbolo lógico-teleológico, pois a essência da constituição consiste em ser uma ordem unificada da vida política e social da comunidade estatal.” Cf. BVerfGE 19, 206 (220). Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrint-Version&Name=bv019206>. Acesso em 13.03.2022.

as circunstâncias, não há espaço para aguardar uma deliberação judicial, ou mesmo as prisões no estado de defesa (art. 136, §3º, da CR/88) ou no estado de sítio (art. 139, II, da CR/88), pelas circunstâncias breves e incomuns institucionalmente, mas uma prisão administrativa de militares a pretexto de se preservar a hierarquia e a disciplina é, como veremos, insustentável.

Pese-se ainda, o fato de que a prisão, nesses casos, não ser cautela, mas punição pura e simples²² (art. 24, V, do Decreto nº 4.346/2002 – Regulamento Disciplinar do Exército), privando-se o sujeito de sua liberdade ambulatorial, sem que de um crime estejamos tratando, mas de uma infração administrativa.²³ É, portanto, na prática, uma espécie de pena de prisão antecipada, sem o devido processo legal (ainda que fosse o administrativo), o que confronta a previsão de que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV, da CR/88), situação que, inegavelmente, sem o crivo prévio do poder judiciário, se constitui em campo fértil para as mais absurdas arbitrariedades sobre a liberdade ambulatorial, sobretudo de militares de baixa patente.

Assim é que, respondendo mais diretamente a questão formulada no início, embora exista a previsão mencionada, esta não se coaduna com os valores democráticos encartados na Constituição brasileira de 1988, que preza, na sua inteireza, pela dignidade e pela regra da liberdade nas suas mais variadas facetas. A possibilidade de prisão por uma autoridade administrativa (especialmente a militar)²⁴, em que os mecanismos inter-

²² “Sanção de natureza fiscal, de profunda penetração no campo do direito penal comum, medida de índole reparadora, sancionadora, de caráter análogo às que são ditadas pelo processo judiciário penal”. LINHARES, Marcello Jardim. *Prisão administrativa: natureza, fins e efeitos*. São Paulo: Sraiva, 1974. p. 25.

²³ Não é de se estranhar, por exemplo, que determinadas infrações disciplinares, para justificar a existência da prisão administrativa, sobretudo nas Forças Armadas, ganhem o reforço argumentativo de que seriam uma questão de “segurança nacional”. Uma expressão tão aberta quanto a clara possibilidade do cometimento de arbitrariedades, o que nos remete a uma estratégia bastante conhecida de agentes estatais para a expansão de seu poder punitivo. Para contextualizar o uso dessas expressões, veja-se: NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

²⁴ Em que se observa uma formação (militarista) normalmente avessa ao contraditório e à possibilidade de crítica, em que se fomenta um “espírito” de submissão mecanizada à ordem superior. Por todos, recomenda-se: CASTRO,

nos de controle são, na generalidade, deficientes,²⁵ sem o crivo prévio do poder judiciário, sob os argumentos de que é necessária para preservar a hierarquia e a disciplina, além de não ser suficiente (porque discutível, como veremos no tópico a seguir) é uma incoerência que merece ser, como foi pela Lei n. 13.967/2019, neutralizada no texto constitucional.

Não é segredo a existência de um *lobby* militar, sobretudo daqueles de alta patente, como ministros, na Constituinte.²⁶ Para Celso Castro e Maria Celina D'Araújo²⁷, após inúmeras idas e vindas, e da preocupação dos militares envolvidos na discussão de que não vingasse um documento revanchista, o saldo foi deveras positivo. Na perspectiva dos autores, “Com seu trabalho junto aos constituintes e com o apoio do Centrão, conseguiram derrotar as propostas que consideravam danosas às Forças Armadas e ao país e neutralizar, ao menos nesse campo, o que consideravam iniciativas revanchistas”.

O militarismo, como se sabe, impõe às pessoas que pretendem ingressar em seus círculos uma dinâmica tradicionalmente opressiva.²⁸ A formação, por exemplo, sob o pretexto de condicionar o futuro militar às situações com as quais terá que conviver, é sempre muito dura, tanto do ponto de vista físico quanto psicológico. Os cursos de ingresso na

Celso. *O espírito militar* – um antropólogo na caserna. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

²⁵ Veja-se a análise, quando existentes, sobre o funcionamento de ouvidorias e corregedorias das polícias no Brasil, em: LEMGRUBER, Julita; MUSUMECI, Leonardo; CANO, Ignacio. *Quem vigia os vigias?* Um estudo sobre controle externo da polícia no Brasil. Rio de Janeiro / São Paulo: Record, 2003.

²⁶ “Na fase final da transição brasileira, o foco central das relações civis-militares era a Assembléia Nacional Constituinte (ANC). O sucesso alcançado pelos assessores militares na ANC reduziu consideravelmente os possíveis pontos de atritos entre civis e militares”. COSTA, Arthur Trindade Maranhão. O lobby militar e as relações civis-militares durante a Assembleia Nacional Constituinte, 1998. *Dissertação de Mestrado em Ciência Política na Universidade de Brasília*, Brasília, 1998. Trecho extraído do resumo da dissertação.

²⁷ CASTRO, Celso; D'ARAUJO, Maria Celina [orgs.]. *Militares e política na Nova República*. Rio de Janeiro: FGV, 2001. p. 18-19.

²⁸ Inclusive com ritos primitivos de passagem. WHITING, John W. M.; KLUCKHOHN, Richard; ANTHONY, Albert. The Military as a “Rite of Passage”. ENDLEMAN, Robert [org.]. *Personality and social life*. New York: Random House, 1966.

carreira militar, embora ostentem disciplinas sobre os direitos humanos, deixam muito a desejar, havendo muito por ser feito para que tanto a carga horária (geralmente irrisória)²⁹ quanto as práticas estejam em níveis democraticamente aceitáveis, em que, como determinado (art. 4º, II, da CR/88),³⁰ de fato, prevaleçam os direitos humanos. Como destacam Carlos Linhares de Albuquerque e Eduardo Paes Machado³¹, não raro, constata-se um “treinamento brutal e perigoso”.

Por fim, ampliar a possibilidade de validar a prisão como medida extrema em uma democracia, a partir de uma ordem administrativa, não nos parece condizente com os valores encartados na Constituição da República de 1988, especialmente quando a dignidade humana é o seu núcleo fundante. O argumento de que seria preciso, na generalidade, manter a hierarquia e a disciplina nos quartéis é demasiadamente expansivo, coletivista³² e carente de comprovação. Segundo a perspectiva de Marcello Jardim Linhares³³, esse tipo de prisão “é medida executiva imposta por interesse social iniludível, confundida em intimidade lógica com o interesse particular do Estado”.

Mesmo que estejamos tratando de militares, vale dizer, de um grupo de servidores que possui o poder de acessar determinados documentos com conteúdo sensível e, especialmente no caso das Forças Armadas, que podem comprometer estruturas de defesa e de guerra do país, isso não seria justificativa suficiente para uma prisão administrativa

²⁹ FRANÇA JÚNIOR, Francisco de Assis de; SANTOS, Bruno Cavalcante Leitão; GOMES, Júlia Santos; SILVA, João Victor da. Direitos humanos e formação policial: uma análise crítica das normas que regem a formação e a atividade policial no Estado de Alagoas. *Revista Entre Aberta*, Revista de Extensão do Centro Universitário Cesmac, Maceió/AL, v. 4, n. 1, 2020. p. 213 ss.

³⁰ Não faria sentido determinar-se assim no âmbito das “relações internacionais” se o país, internamente, na formação de suas forças policiais (militares ou não), de tal modo não tivesse que também proceder.

³¹ ALBUQUERQUE, Carlos Linhares de; MACHADO, Eduardo Paes. O currículo da selva: ensino, militarismo e ethos guerreiro nas academias brasileiras de polícia. *Capítulo criminológico: Revista de las disciplinas del control social*, Maracaibo, v. 29, n. 4, p. 5-33, dez.. 2001. p. 7.

³² No sentido perspectivado em: FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

³³ LINHARES, Marcello Jardim. *Prisão administrativa: natureza, fins e efeitos*. São Paulo: Sraiva, 1974. p. 25.

por indisciplina. Se o comportamento do militar for realmente relevante nesse contexto, é papel do legislativo discutir sua criminalização, o que possibilitará uma prisão dentro das regras do flagrante,³⁴ para a qual, dada a impossibilidade de se esperar a deliberação judicial, não vemos óbice maior. Sendo essa espécie uma exceção mais do que suficiente para a quebra da regra de que a medida extrema da prisão somente ocorra a partir da expedição de um mandado judicial.

Ocorre que, além do flagrante e da prisão por indisciplina como formas constitucionalmente admitidas de prisão sem a necessidade de um mandado judicial, o legislador e alguns outros agentes estatais têm procurado se utilizar de outras, expandindo-se o poder de encarcerar. A previsão do art. 23-A, §5º, da Lei 11.343/2005, com a internação involuntária de dependentes químicos, bem como a do art. 211 do Decreto 9.199/2017, com a prisão administrativa de estrangeiros, utilizada pela polícia federal, são modalidades de prisão quase não discutidas na literatura a respeito.

Como destacado – e bem – por Norberto Bobbio³⁵, “Quanto mais aumentam os poderes dos indivíduos, tanto mais diminuem as liberdades dos mesmos indivíduos”. Segundo o autor, “É preciso desconfiar de quem defende uma concepção antiindividualista da sociedade”, “A concepção individualista da sociedade já conquistou muito espaço”, assim, “o direito das gentes foi transformado em direito das gentes e dos indivíduos”.³⁶

2. A FALÁCIA DE QUE O RESPEITO À HIERARQUIA E À DISCIPLINA MILITARES ESTARIA CONDICIONADO À AMEAÇA DE PRISÃO

Falácia, dito simplificadamente, é o argumento que não se sustenta a partir dos pressupostos que utiliza. Será sempre preciso ter cuidado, por exemplo, com falácias *post hoc*, do tipo, “depois disso, logo, por causa

³⁴ No Código Penal Militar (Decreto-Lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969), tem-se, por exemplo, a partir do art. 228, a Seção IV, que trata “dos crimes contra a inviolabilidade dos segredos de caráter particular”.

³⁵ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 21.

³⁶ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 95-96.

disso”, apontando-se para uma suposta correlação. Não é por acaso que, ao menos no campo científico, há uma busca constante por pressupostos que se apresentem como coerentes com o que se vai sustentar como conclusão e suficientemente seguros depois de terem sido submetidos à prova ou à *falseabilidade*, se quisermos utilizar uma expressão cara à Karl Popper.³⁷

Para irmos direto ao ponto, a ideia de que a neutralização da possibilidade de utilização da prisão administrativa de militares prejudicaria a hierarquia e a disciplina não é sustentável do ponto de vista científico. A conclusão a que chegam, por exemplo, os representantes dos estados da Bahia e do Rio de Janeiro, no bojo das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI 6.663-BA³⁸ e ADI 6.595-RJ³⁹) protocoladas perante o STF contra a Lei n. 13.967/2019, pode (e deve) ser considerada como falaciosa. Vejamos:

Em primeiro lugar, não custa destacar que os atos de indisciplina sempre existiram (e existirão) nas instituições militares, mesmo porque, eventuais desvios nos padrões de comportamento são próprios da natureza (falha) dos seres humanos. Mesmo as máquinas estão suscetíveis a falhas. Assim, embora a punição exerça certo grau de dissuasão⁴⁰ (tanto em humanos quanto em não humanos), seja qual for a ameaça de punição, não se pode nutrir a ilusão de que haverá, um dia, uma instituição militar sem desvios. Logo, não se pode esperar que a alegada necessidade de hierarquia e de disciplina esteja essencialmente vinculada à ameaça de prisão no caso de indisciplinas.⁴¹

³⁷ POPPER, Karl R.. *A lógica da pesquisa científica*. Trad. Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2007.

³⁸ Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6090040>. Acesso em 04.03.2022.

³⁹ Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6051995>. Acesso em 04.03.2022.

⁴⁰ CHRISTIE, Nils. *Limites à dor: o papel da punição na política criminal*. Trad. Gustavo Noronha Ávila, Bruno Silveira Rigon e Isabela Alves. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 47 ss.

⁴¹ “Pela própria estrutura das Forças Armadas, tendo como base a hierarquia e a disciplina (a rt 142, caput), e das Polícias Militares, como forças auxiliares e reserva do Exército (art. 144, § 6 2), seria impensável que a prisão de militar - com fundamento em transgressão ou crime militar - dependesse de ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente. Por tal

Mesmo o ideal retribucionista (ou o castigo), puro e simples, como forma de condicionamento de comportamentos que se espera que sejam padronizados, tem sido questionado por diversos autores contemporâneos. Esses desvelam a demagogia por trás das promessas por mais segurança e mais ordem social, oferecendo ainda perspectivas menos invasivas às liberdades individuais, como, por exemplo, a utilização cada vez mais parcimoniosa do poder punitivo e um olhar mais atencioso para com as supostas vítimas.⁴²

Conquanto, observe-se que, acaso essa relação de causa (ameaça de prisão) e efeito (respeito à hierarquia e disciplina) realmente existisse, já estaríamos experimentando um significativo (e insuportável) aumento de casos de indisciplina militar pelo país, especialmente porque a lei enfocada, até sua declaração de inconstitucionalidade pelo plenário do STF em maio de 2022,⁴³ esteve em plena vigência por conta da decisão do Ministro do STF, Nunes Marques, no bojo do *Habeas Corpus* n. 200.979-RS, em que havia determinado a suspensão “imediata da execução da sanção disciplinar de detenção administrativa aplicada pela Polícia Militar do Estado do Rio Grande do Sul”⁴⁴.

No campo das conjecturas – ou das *crenças*, como aquilo cuja existência independe de prova –, sem comprovação científica, portanto, que é onde situamos a ideia de que a ameaça de prisão garantiria a hierarquia e a disciplina nos quartéis, poderíamos contra-argumentar no sentido de que a ameaça de uma sanção patrimonial poderia ser mais dissuasiva, como com prejuízos financeiros pela impossibilidade de

motivo, inclusive, a Constituição excepciona seus princípios gerais, vedando a concessão da ordem de habeas corpus em relação às punições disciplinares de natureza militar (a rt 142, § 2 2)”. BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (orgs.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 230

⁴² Por todos, recomenda-se: BRAITHWAITE, John; PETTIT, Philip. *No solo su merecido*: por una justicia penal que vaya más allá del castigo. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2015.

⁴³ O voto do Min. Relator, Ricardo Lewandowski pode ser visto, na íntegra, em: www.conjur.com.br/dl/lei-acabou-prisao-disciplinar-militares.pdf. Acesso em 03.07.2022.

⁴⁴ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/nunes-marques-suspende-prisao.pdf>. Acesso em 12.03.2022.

progressão funcional ou mesmo a perda da patente. Perceba-se que, de tão relevante financeiramente, não foi à toa que a Emenda Constitucional n. 101/2019 permitiu, por exemplo, para os militares estaduais e distritais, e dentro das regras constitucionais (art. 37, XVI, da CR/88), “o direito à acumulação de cargos públicos”.⁴⁵

O fato é que, em determinadas situações, pode parecer mais vantajoso ao militar indisciplinado ter que se submeter à prisão administrativa, levando-se em consideração que as condições estruturais dessa não são aquelas (reconhecidamente precárias)⁴⁶ impostas aos estabelecimentos penais convencionais, do que ter que arcar com a perda da função ou do salário, assim como a um motorista profissional pode parecer mais vantajoso cumprir uma pena de prisão breve do que perder a habilitação, sua fonte de renda.

Essa ideia de vantagem se coaduna com a falta de isonomia das sanções, isso pode variar, inclusive, a depender do modo de funcionamento das Corregedorias e do responsável pelas sanções. Há estados que dispõem de um Controlador Geral vinculado diretamente ao Governador do Estado, em outros a Corregedoria se vincula a Secretaria de Segurança ou, até mesmo, diretamente aos comandos gerais de cada força, e assim, o que se observa é que quanto mais próximo aos agentes, mais o controle administrativo e criminal se distancia em relação a rigidez, o que pode criar um ambiente de certa proteção institucional. Nesse contexto, como argumentado por Edi Alves Oliveira Neto, Cristina Maria Zackseski e Felipe da Silva Freitas:

Isso reflete nas possibilidades de punição administrativa, pois “salta” as instâncias decisórias que são normalmente acusadas de proteger demasiadamente seus policiais quando o assunto é violência policial, ao contrário do que se registra quando o assunto são faltas administrativas, que interessam à regularidade dos procedimentos internos das corporações.⁴⁷

⁴⁵ Aos membros das Forças Armadas só é permitida a acumulação com cargo da área de saúde, conforme a previsão do art. 142, §3º, III, da CR/88.

⁴⁶ NUNES, Adeildo. *A realidade das prisões brasileiras*. Recife: Nossa Livraria, 2005.

⁴⁷ OLIVEIRA NETO, Edi Alves; ZACKSESKI, Cristina Maria; FREITAS, Felipe da Silva. Controle interno da atividade policial: um estudo sobre as

Não se perca de vista, portanto, que hierarquia e disciplina, mesmo que previstas expressamente na Constituição de 1988 (arts. 42 e 142) não podem continuar a serem perseguidas a partir dos métodos do passado remoto das instituições militares,⁴⁸ em que a atmosfera de coisificação dos combatentes era uma constante. Já não há espaço, em uma democracia, para que, qualquer que seja a pessoa, mesmo um militar, tenha tal consideração. Segundo Jorge César de Assis⁴⁹, a disciplina, por exemplo, só seria “real e proveitosa quando inspirada pelo sentimento do dever, produzido por cooperação espontânea e não pelo receio de castigos”.

Nesse sentido, o que está em causa no presente artigo não é propriamente a existência da cobrança por hierarquia e disciplina nas instituições militares, mas os métodos utilizados para alcançá-las, com a percepção clara de que a utilização de uma prisão de natureza administrativa é providência que não se coaduna mais com os valores democráticos encartados na Constituição da República de 1988. Uma ameaça de prisão como método para se alcançar tais objetivos, ainda que discutível, dado o grau de abstração existente nos termos utilizados,⁵⁰ até haveria de ser (em tese) admitida, mas submetida ao crivo prévio do judiciário, respeitando-se as regras do devido processo, como, aliás, previsto no art. 255, alínea “e”, do Código de Processo Penal Militar (Decreto-Lei n. 1.002/1969).

Corregedorias Cíveis e Militares do Nordeste brasileiro. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 66-90, ago.-set. 2018, p. 77.

⁴⁸ MELO, Matheus Santos. A importância da evolução histórica da hierarquia e disciplina militares para as garantias fundamentais. *Direito Militar: Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais - AMAJME*, Florianópolis, v. 19, n. 122, p. 23-27, jan./fev.. 2017.

⁴⁹ ASSIS, Jorge César de. *Direito militar: aspectos penais, processuais penais e administrativos*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 101.

⁵⁰ É a mesma crítica que tem sido feita à expressão “ordem pública” como critério para a decretação da prisão preventiva (arts. 312 do CPP e 255 do CPPM). Como assinalado por Fauzi Hassan Choukr, quando dos cinquenta anos de vigência do CPP, “os Tribunais ainda não conseguiram construir linhas valorativas para delimitar a ideia de ordem pública, ficando assim o tema ao sabor do arbítrio e não da discricionariedade”. CHOUKR, Fauzi Hassan. A ordem pública como fundamento da prisão cautelar: uma visão jurisprudencial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 1, n. 4, p. 89-93, out./dez.. 1993. p. 93.

Desse modo, não se nega, como argumentado por Elizabeth Espindola Halpern⁵¹, que “a hierarquia e a disciplina serviram de cimento para dar solidez às bases das Forças Armadas brasileiras e para estreitar os laços de compromisso com seus membros”. Não menosprezamos suas importâncias (longe disso) nesse contexto institucional, portanto.

Mas esses elementos não significarão, sempre, algo propriamente positivo na dinâmica das instituições militares no Brasil. Na sequência, como destacado – e bem – pela autora:

Mais que ser um princípio piramidal estático, a hierarquia é um princípio segmentador que pode ser usado de duas formas: seja para assegurar uma ordem organizada de precedências, por meio da qual uns vêm antes que outros, levando em consideração as diferenças individuais, funcionando como uma “fila indiana”, metáfora empregada por Abreu (1998); seja para rompê-la, ou melhor, para “furar a fila”. Justamente por causa das diferenças individuais, certos mecanismos internos nas organizações militares se curvam às estratégias de inclusão e exclusão que, sem dúvida, não são neutras, colocando a hierarquia e a disciplina a serviço de múltiplos interesses. Assim sendo, o “ínfimo” soldado pode ter mais poder do que revelam as suas magras divisas: as aparências enganam! Portanto, o entendimento que Leirner (1997) e Abreu (1998) têm sobre a hierarquia como princípio capaz de organizar as relações entre os militares para além da cadeia de comando precisaria ser expandido, tendo em vista que, a hierarquia e a disciplina são instrumentos para o exercício do poder e da dominação.⁵²

Como dissemos no início, ainda que exista uma previsão constitucional da prisão administrativa de militares, tal não significa que esta seja automaticamente consentânea dos valores democráticos, nem muito menos que esteja, por si, adequadamente fundamentada nesse mesmo contexto. Como outrora destacado por Thiago Fabres

⁵¹ HALPERN, Elizabeth Espindola. Nas entrelinhas da hierarquia e disciplina: os alicerces da profissão naval. *Revista Crítica Histórica*, ano VII, n. 13, jun., 2016. p. 3-6.

⁵² HALPERN, Elizabeth Espindola. Nas entrelinhas da hierarquia e disciplina: os alicerces da profissão naval. *Revista Crítica Histórica*, ano VII, n. 13, jun., 2016. p. 3-6.

de Carvalho⁵³, quando debruçado sobre o mandado constitucional de criminalização do tráfico de drogas, “ela [a Constituição] termina por assumir uma tomada de posição autoritária e metafísica com relação ao tema”, apontando-se para a possibilidade de serem assumidas “posições alternativas”, “levando-se em conta os direitos fundamentais e os princípios decorrentes da materialidade constitucional, que impõe um tratamento não violento dos conflitos, enquanto fundamento preambular da Constituição”.

Os argumentos que tradicional e historicamente tem sustentado a alegada necessidade de uma prisão administrativa para militares por indisciplina, portanto, aqueles que a fizeram parar justamente na Constituição da República de 1988 – provavelmente mais pelo reconhecido *lobby* dos militares de alta patente do que propriamente pelas provas de sua eficiência no campo prático –, com vistas a “garantir” a hierarquia e a disciplina nos quartéis, não encontram respaldo nem no contexto dos valores democráticos nem (muito menos) em provas empíricas minimamente aceitáveis do ponto de vista científico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dissemos no início que nosso principal objetivo era diagnosticar e refletir criticamente sobre o descompasso da previsão constitucional da prisão administrativa de militares por indisciplina com as demais previsões da Constituição brasileira de 1988, o que acreditamos ter cumprido à risca. Evidentemente que esse não é um artigo com respostas definitivas, ou que tenha nutrido alguma pretensão de esgotar o assunto, mas é, sem dúvida, uma proposta de linha argumentativa que põe em xeque a defesa da prisão como mola propulsora do respeito à hierarquia e à disciplina nas instituições militares no Brasil.

Assim, desvelamos tanto o contexto no qual os princípios (democráticos e) constitucionais eclipsam a previsão (anacrônica) de uma

⁵³ CARVALHO, Thiago Fabres de; DUARTE, Daniel Nascimento. O que é isto - o tráfico de drogas?: crítica hermenêutica da falácia política e ideológica do (conceito de) tráfico de drogas e de seu mandado constitucional expresso de criminalização. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 11, n. 49, p. 95-130, abr./jun. 2013. p. 123-124.

prisão do tipo administrativa, legitimando-se, portanto, a possibilidade de sua neutralização pela atuação legislativa, quanto a falácia de que existiria uma pronta correlação entre a ameaça de prisão e o respeito à hierarquia e à disciplina nos quartéis. Não há, entretanto, como restou claro, qualquer desdém aos valores enfocados, mas um chamamento para que se possa refletir sobre a falácia na qual se constituem os argumentos de suas mais apaixonadas defesas.

O que se vê é que a prisão é um meio que não se sustenta em relação aos fins que sua justificação busca apresentar, tendo em vista que a restrição da liberdade é medida excepcional, e o que se busca atingir, seja pelo respeito, seja pela dissuasão, pode ocorrer por outros meios. Até por critérios de razoabilidade e proporcionalidade, se observa que a violação ética mais se adequa ao não merecimento da ascensão profissional por critérios qualitativos, do que vincular-se a uma reprovação (paternalista) que justifique a restrição da liberdade, o que reforça (pela lesividade da resposta) o devido processo legal.

A cultura policial não apresenta problemas muito diferentes dos vistos em outras culturas, pois possuem um núcleo ético de valores compartilhados, que mudam a depender das características de seus componentes, envolvendo tanto os cargos e espaços de atuação, como características pessoais, como por exemplo, o sexo, e não é raro ver na prisão razões distintas a depender do destinatário, principalmente quando se busca perseguir um militar, focando mais na humilhação e demonstração pessoal de poder, do que a função descrita em suas razões (falaciosas), no caso, a de manter a hierarquia e unidade da corporação.

Se mesmo o âmbito militar judicial, em que os mecanismos de controle (internos e externos), especialmente aqueles atinentes à publicização da motivação e da fundamentação (art. 93, IX, da CR/88), está suscetível a críticas por conta do mau uso do poder punitivo em uma democracia,⁵⁴ com o âmbito militar administrativo não poderia ser diferente, especialmente por sua formação avessa à crítica, o que

⁵⁴ GARRIDO, R. G.; MORELL, A.; AZEVEDO, S. V. Forças Armadas na Segurança Pública e a Competência dos Tribunais Militares: Possível Rompimento Democrático. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, v. 4, n. 3, p. 1249–1274, 2018.

compromete mais significativamente a liberdade ambulatorial daqueles em postos menos graduados.

Por fim, perspectiva-se a contribuição aqui oferecida como, curiosamente, original ao direito processual penal brasileiro, na medida em que, primeiro, não há substancialmente (ainda), na base de dados de revistas que tratem das ciências criminais, reflexões críticas que aprofundem a problemática central proposta, a partir das articulações doutrinárias e legislativas utilizadas, e, segundo, porque o tema, no âmbito militar, é central na dinâmica dos quartéis, objeto das preocupações dos círculos de menor patente, tanto que, além da iniciativa legislativa recente, terá que ser enfrentado (muito em breve) pelo STF.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Carlos Linhares de; MACHADO, Eduardo Paes. O currículo da selva: ensino, militarismo e ethos guerreiro nas academias brasileiras de polícia. *Capítulo criminológico: Revista de las disciplinas del control social*, Maracaibo, v. 29, n. 4, p. 5-33, dez. 2001.
- ASSIS, Jorge César de. A questão da prisão disciplinar dos militares estaduais. *Direito Militar: Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais - AMAJME*, Florianópolis, v. 19, n. 123, p. 5-11, mar./abr. 2017.
- ASSIS, Jorge César de. *Direito militar: aspectos penais, processuais penais e administrativos*. Curitiba: Juruá, 2013.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (orgs.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- BRAITHWAITE, John; PETTIT, Philip. *No solo su merecido*: por una justicia penal que vaya más allá del castigo. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2015.
- CARVALHO, Thiago Fabres de; DUARTE, Daniel Nascimento. O que é isto - o tráfico de drogas?: crítica hermenêutica da falácia política e ideológica do (conceito de) tráfico de drogas e de seu mandado constitucional expresso de criminalização. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 11, n. 49, p. 95-130, abr./jun.. 2013.
- CASTRO, Celso. *O espírito militar – um antropólogo na caserna*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

CASTRO, Celso; D'ARAUJO, Maria Celina [orgs.]. *Militares e política na Nova República*. Rio de Janeiro: FGV, 2001.

CHOUKR, Fauzi Hassan. A ordem pública como fundamento da prisão cautelar: uma visão jurisprudencial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 1, n. 4, p. 89-93, out./dez. 1993.

CHRISTIE, Nils. *Limites à dor: o papel da punição na política criminal*. Trad. Gustavo Noronha Ávila, Bruno Silveira Rigon e Isabela Alves. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

COSTA, Arthur Trindade Maranhão. O lobby militar e as relações civis-militares durante a Assembleia Nacional Constituinte, 1998. *Dissertação de Mestrado em Ciência Política na Universidade de Brasília*, Brasília, 1998.

FELDENS, Luciano. *A constituição penal – a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

FRANÇA JÚNIOR, Francisco de Assis de; SANTOS, Bruno Cavalcante Leitão; GOMES, Júlia Santos; SILVA, João Victor da. Direitos humanos e formação policial: uma análise crítica das normas que regem a formação e a atividade policial no Estado de Alagoas. *Revista Entre Aberta*, Revista de Extensão do Centro Universitário Cesmac, Maceió/AL, v. 4, n. 1, 2020.

GARRIDO, R. G.; MORELL, A.; AZEVEDO, S. V. Forças Armadas na Segurança Pública e a Competência dos Tribunais Militares: Possível Rompimento Democrático. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, v. 4, n. 3, p. 1249–1274, 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i3.167>

HALPERN, Elizabeth Espindola. Nas entrelinhas da hierarquia e disciplina: os alicerces da profissão naval. *Revista Crítica Histórica*, ano VII, n. 13, jun., 2016.

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

LEMGRUBER, Julita; MUSUMECI, Leonardo; CANO, Ignacio. *Quem vigia os vigias? Um estudo sobre controle externo da polícia no Brasil*. Rio de Janeiro / São Paulo: Record, 2003.

LINHARES, Marcello Jardim. *Prisão administrativa: natureza, fins e efeitos*. São Paulo: Sraiva, 1974.

MELO, Matheus Santos. A importância da evolução histórica da hierarquia e disciplina militares para as garantias fundamentais. *Direito Militar: Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais - AMAJME*, Florianópolis, v. 19, n. 122, p. 23-27, jan./fev. 2017.

NEVES, António Castanheira. A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido. *Separata do Boletim da Faculdade de Direito*. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro, Coimbra, 1979.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

NUNES, Adeildo. *A realidade das prisões brasileiras*. Recife: Nossa Livraria, 2005.

OLIVEIRA, Luciano. Não fale do código de Hamurábi! A pesquisa sociojurídica na pós-graduação em Direito. OLIVEIRA, Luciano. *Sua Excelência o Comissário e outros ensaios de Sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

OLIVEIRA NETO, Edi Alves; ZACKESKI, Cristina Maria; FREITAS, Felipe da Silva. Controle interno da atividade policial: um estudo sobre as Corregedorias Cíveis e Militares do Nordeste brasileiro. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 66-90, ago.-set. 2018. <http://doi.org/10.31060/rbsp.2018.v12.n2.828>

PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: RT, 2003.

POPPER, Karl R. *A lógica da pesquisa científica*. Trad. Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

WHITING, John W. M.; KLUCKHOHN, Richard; ANTHONY, Albert. The Military as a “Rite of Passage”. ENDLEMAN, Robert [org.]. *Personality and social life*. New York: Random House, 1966.

Authorship information

Bruno Cavalcante Leitão Santos. Doutor em Direito pela PUCRS. Mestre em Direito Público pela UFAL. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela UCDB. Professor de Direito Penal no Centro Universitário CESMAC – Maceió/AL. Líder do Grupo de Pesquisa “Sistema Penal, Democracia e Direitos Humanos” e pesquisador do Grupo de Pesquisa “Direito, contemporaneidade e transformações sociais”. Advogado. brunoleitao.adv@hotmail.com

Francisco de Assis de França Júnior. Doutorando e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. Professor de Direito Penal e

Criminologia no Centro Universitário CESMAC – Maceió/AL. Líder do Grupo de Pesquisa “Sistema Penal, Democracia e Direitos Humanos” e pesquisador do Grupo de Pesquisa “Direito, contemporaneidade e transformações sociais”. Advogado. francajuniorDireito@gmail.com

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

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

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

- *Bruno Cavalcante Leitão Santos:* investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Francisco de Assis de França Júnior:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.

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

Editorial process dates

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

- Submission: 21/03/2022
- Desk review and plagiarism check: 21/04/2022
- Review 1: 30/04/2022
- Review 2: 03/05/2022
- Review 3: 09/05/2022
- Review 4: 10/05/2022
- Preliminary editorial decision: 25/06/2022
- Correction round return: 09/07/2022
- Final editorial decision: 06/08/2022

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Assistant-editor: 1 (MB)
- Reviewers: 4

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

SANTOS, Bruno Cavalcante Leitão; FRANÇA JÚNIOR, Francisco de Assis de. A prisão administrativa de militares por indisciplina e sua (in)compatibilidade com o regime democrático. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8, n. 2, p. 903-926, mai./ago. 2022. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i2.702>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.

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

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

Achieving Judgment by Means of Forensic Science During the Criminal Proceedings in Romania

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

Delia Magherescu¹

Gorj Bar Association – Targu Jiu, Romania

delia_magherescu@yahoo.com

 <http://orcid.org/0000-0003-0939-1549>

ABSTRACT: Achieving the function of judgment by means of forensic science during the criminal proceedings in Romania has presented a real challenge for the judicial system during the years. This challenge must be integrated within the general framework of justice in criminal matters, based primarily on the traditional principles as well as the European ones, such as due process and solving penal cases in reasonable time. The current paper aims to analyze the function of judgment and its achievement through scientific techniques and methods provided by the forensic sciences. Another aim is to consider the penal procedure imperative which leads to ensuring a fair trial. The current paper is part of a research project conducted on the three functions of penal proceedings - accusation, defense and judgment - and their achievement by means of forensic science. The research results state that regarding the function of judgment, its achievement still creates difficulties for judges in their judicial activity of interpreting scientific evidence gathered and examined by the forensic experts. This aspect indicates that there is a lack of understanding the forensic evidence among judges. Despite this deficiency that exists in the judicial activity of solving penal cases and pronouncing decision based on the forensic evidence, it is useful for judges to take into account the forensic science investigation in an inter-professional approach provided by the forensic science. In this

¹ Doctor in Law since 2005 awarded at the State University of Moldova, Republic of Moldova. Lawyer at Gorj Bar Association – Targu Jiu, Romania.

context, the forensic experts work in close cooperation with other practitioners, such as legal forensic scientists.

KEYWORDS: Criminal proceedings; Forensic science; Forensic examination; Function of judgment; Judicial decision.

RESUMEN: *El ejercicio de la función de juicio por medio de la ciencia forense durante el proceso penal en Rumanía ha supuesto un verdadero desafío para el sistema judicial durante años. Este desafío debe integrarse en el marco general de la justicia en materia penal, basada principalmente en los principios tradicionales y europeos, como el debido proceso y la resolución de casos penales en un tiempo razonable. El presente trabajo tiene como objetivo analizar la función del juicio y su realización a través de técnicas y métodos científicos proporcionados por las ciencias forenses. Otro objetivo es considerar imperativo el procedimiento penal que conduce a garantizar un juicio justo. El presente trabajo forma parte de un proyecto de investigación realizado sobre las tres funciones del proceso penal - acusación, defensa y juicio - y su realización mediante la ciencia forense. Los resultados de la investigación señalan que en cuanto a la función del juicio, su realización aún genera dificultades para los jueces en su actividad judicial de interpretar las pruebas científicas recabadas y examinadas por peritos forenses. Este aspecto indica que existe una falta de comprensión de la prueba forense entre los jueces. A pesar de esta deficiencia que existe en la actividad judicial de resolver casos penales y dictar sentencia con base en la prueba forense, es útil que los jueces tomen en cuenta la investigación de la ciencia forense en un enfoque interprofesional que brinda la ciencia forense. En este contexto, los expertos forenses trabajan en estrecha colaboración con otros profesionales, como los científicos forenses jurídicos.*

PALABRAS CLAVE: Procedimiento penal; Ciencias forenses; Examen forense; Función de enjuiciamiento; Decisión judicial.

SUMMARY: Introduction. – 1. Methodology of research. – 2. Involvement of forensic science. – 3. Discussions on the hypotheses. Conclusions. Bibliography.

INTRODUCTION

Beyond the basic functions of criminal proceedings, which converge on establishing truth in penal cases and solving them legally and substantially, based on pertinent, conclusive and genuine evidence, the main competence of the courts of law is that of evaluating pertinently, completely and objectively the forensic examination reports the forensic experts provide them with. The judge is thus the judicial body which orders forensic examinations during the judgment stage of criminal proceedings, either *ex officio* or at the parties or prosecutor's request, and calls for forensic experts to carry out diverse kinds of forensic examinations.

The determinant role of the court of law is that of being involved in a professional duty of appreciating and improving the forensic examination results to assure establishing truth - *res judicata pro veritate habetur* - in the penal cases it was invested with. Basically, the penal case is solved under the rule of administering evidence, and the scientific evidence is to a certain extent, a scientific one. Although they do not have *ex ante* a procedural established value, the scientific evidence must be corroborated with the other forms of evidence administered in the penal case.

Scientific evidence should have the three classical characteristics for evidence at the criminal proceedings - to be pertinent, conclusive, and useful² - to serve to establishing truth in the penal case and solving it legally. This means that this evidence must be genuine. Otherwise, the court of law would not be able to use it or pronounce a decision based exclusively on such evidence.

Form a theoretical point of view, doctrine emphasizes the issue of the dual feature of balancing expert evidence³ and opinion evidence. The latter type may not meet the three criteria stated above. Opinion evidence is considered as being more a "generalisation of objective facts"⁴,

² A general presentation on administering evidence in criminal cases from a case law perspective is discussed in MOISA, Cristina. *Problele în procesul penal. Practica judiciară adnotată*. Bucharest: Hamangiu, 2017, p. 3.

³ GILSON, Cedric Charles. The Admissibility of Expert Evidence in Criminal Proceedings in England and Wales. *Recapitulation and Review*, n. 2, 2017, pp. 1-10.

⁴ HARVEY, Ian. Applying rules of evidence in administrative proceedings. *Precedent*, v. 150, 2019, pp. 18-25. Available at: <https://search.informit>.

and, for this reason, judges cannot pronounce a legal and justified judicial decision exclusively based on this evidence. Usually, opinion evidence is called interpretable evidence, whose administration and appreciation by the court of law during the deliberation phase are not permitted. This feature makes it inadmissible. In cases in which it is proposed by the parties involved or by the prosecutor, the judge is entitled to reject them. In other words, a judicial decision cannot be pronounced on this kind of evidence. In these circumstances, the issue leans towards the idea of strengthening forensic science and implicitly with strengthening forensic evidence in practice. Evidence-based practice is a concept commonly discussed by doctrine⁵, although it is appreciated differently by the experts in criminal matters, according to the case-law decisions and the application of the principles of criminal proceedings, advancing the general rules also preferred in this matter.

Based on the general overview of the article, certain aims have been established⁶.

- Making recommendations for the purpose of maximizing the use of forensic science means including scientific technologies and techniques in order to solve penal cases, investigate the crimes of homicide with an unidentified corpse and protect the crime victims⁷.

- Identifying potential advanced scientific tools which may help forensic experts in their activity of using forensic science technologies and techniques.

com.au/documentSummary;dn=240371034047366;res=IELHSS. Accessed on: July 23, 2022.

⁵ CRIADO-PEREZ, Christian; COLLINS, Catherine G.; JACKSON, Chris J.; OLDFIELD, Philip; POLLARD, Brett; SANDERS, Karin. Beyond an 'informed opinion': evidence-based practice in the built environment. *Architectural Engineering and Design Management*, v. 16, n. 1, 2020, pp. 23-40.

⁶ As part of the three paper-series, the current article is focused on the main and general overview of the whole purposes of the research project.

⁷ MAGHERESCU, Delia. The victims' rights on the forensic examination during the penal procedure in Romania. In: ANDRASKO, Jozef; HAMULAK, Jiraj; KAHOUNOVA, Michaela (eds.) *Constitutional, Statutory and Criminological Attributes for Crime Victims*. Bratislava: Univerzita Komenského v Bratislave, 2018, pp. 136-142. Available at: https://www.flaw.uniba.sk/fileadmin/praf/Veda/Konferencie_a_podujatia/bpf_2018_new/Zbornik_BPF2018_sekcia_1.pdf. Accessed on: July 24, 2022.

- Disseminating a guide of the best practices, highlighting practical forensic science activity gathering and analyzing forensic evidence with the purpose of establishing truth in penal cases investigated and solved legally based on scientific evidence.

- Studying incidental legal issues related to forensic science which judges may take into account in pronouncing decisions.

All these issues lead to the need to achieve the quality of criminal proceedings, which was defined by doctrine as an imperative requirement. In this matter, it has been emphasized that "Today the quality of criminal proceedings largely depends on the right to fair, open and timely case hearing in the independent and impartial court determined by the law"⁸.

1. METHODOLOGY OF RESEARCH

Despite the general feature of research design which characterizes the entire paper, the current research is conducted within the context of the legal provisions of the criminal procedure law and forensic rules in force in Romania as well as the other rules and regulations, including the European ones, which are compulsory for the Romanian legislator as part of domestic law.

First of all, the paper seeks to examine how judges evaluate the scientific evidence gathered from crime scenes by the investigation bodies, preserved, analyzed and reported by the forensic experts, administered by the judicial bodies as well as evaluated and perceived by themselves, the evidence being also considered forensically powerful and scientifically complicated⁹.

⁸ In accordance with the provisions regulated by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, adopted on 4 November 1950, and entered into force on 3 September 1953. Available at: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c>. Accessed on: June 22, 2022. See in this regard, KAIJA, S. Issues in separation of criminal procedural functions. Society. Health. Welfare, v. 40, 2018, p. 4.

⁹ FINDLAY, Mark. Juror Comprehension and the Hard Case – Making Forensic Evidence Simpler. *International Journal for Law, Crime and Justice*, v. 36, n. 1, 2008, pp. 15-53.

The research study also focuses on the issue of the evaluation of expert opinion by judges. In this judicial context, some pertinent questions must be asked on the following judicial issues.

- Do judges have sufficient professional abilities to understand and evaluate the forensic examination reports on the evidence provided by the forensic experts?
- Could their evaluation be disturbed by the other kinds of evidence also administered in the penal case?
- Could they create confusion of evaluation?

These are common questions and the current research looks for answers in such a way as to delimit the common tendencies in judicial activity from the standardization of forensic activity.

Secondly, in achieving the aims of the research, the qualitative classic methods have been used consisting of a comprehensive evaluation of the legal provisions in force that regulate forensic examinations in criminal matters combined with in-depth research on the most relevant aspects of the jurisprudence references stated by the courts of law in Romania.

2. INVOLVEMENT OF FORENSIC SCIENCE

In disseminating these questions, an inter-professional approach has been taken into account, which consists of setting up mixed teams of forensic investigators¹⁰ who work in close cooperation to gather the forensic evidence in penal cases¹¹. The forensic evidence turns then into expert evidence¹², which helps judges in making decisions in penal cases¹³.

¹⁰ MAGHERESCU, Delia. *Teoria generala a expertizelor criminalistice*. Bucharest: Hamangiu, 2021, p. 18.

¹¹ According to Article 172 of the Code of penal procedure of Romania.

¹² LAUREIRO-MARTINEZ, Daniella; BRUSONI, Stefano. Cognitive flexibility and adaptive decision-making: evidence from a laboratory study of expert decision makers. *Strategic Management Journal*, v. 39, n. 4, 2018, pp. 1031-1058.

¹³ A contrary point of view involves the penal cases in which the judgment focuses around the evidence gathered exclusively in the investigation phase of criminal proceedings. *De iure*, it is the case stated by Article 349 para (2) of Code of criminal procedure of Romania, which supposes that the court of law is entitled to solve the criminal case under the evidence administered

In this respect, multiple specializations can occur. The present study involves legal forensic science, forensic psychiatry and odontology. The research is based on three judicial themes set up on a hypothetical basis, each of them having particular relevance in practice due to the major involvement of the forensic sciences in the judges' activity of evaluating and understanding the forensic evidence.

THEME 1: INVOLVEMENT OF LEGAL FORENSIC SCIENCE

Homicide cases create the judicial framework¹⁴ for judges to decide upon the activity of carrying out forensic examinations, which will provide them with conclusive results.

Once conducting a legal forensic examination has been ordered and the forensic legal expert appointed by the court of law¹⁵, some specialized activities must be outlined. In particular cases, it implies a standardization activity¹⁶, which consists of several multidisciplinary approaches and objectives stated in purpose to achieve the goals proposed.

During the procedure of forensic examination of a corpse, as victim of violent homicide, a series of pre-existing diseases are often discovered. In certain cases, the anatomical diseases or body's infirmities can influence a violent death or can even condition its genesis. For this reason, at the crime scene the forensic investigator will be interested in establishing the entire victim's medical history. Such data, along with the

during the investigation phase, if defendant requires expressly the simplified procedure and admits totally the deeds he was in charge for by prosecutor, as well as if the court of law appreciates that those evidence are enough to find the truth in penal case and solve it legally.

¹⁴ PĂCURARIU, Ioana. Pentru îndeplinirea condițiilor de legalitate a administrării probelor, este necesar ca autopsia medico-legală să fie efectuată de un expert medico-legal oficial? *Revista Universul Juridic*, n. 11, 2018, pp. 50-55; HOUGH, Richard M. The investigation of homicide. *Homicide Studies. An Interdisciplinary and International Journal*, v. 23, n. 2, 2019, pp. 87-92.

¹⁵ According to Article 173 and Article 185 Code of penal procedure of Romania.

¹⁶ MURPHY, Erin. Forensic Evidence. In: LUNA, Erik. (ed.), *Reforming Criminal Justice, Pretrial and Trial Processes*, vol. 3, Phoenix: Arizona State University, 2017, pp. 171-173.

forensic examination results, will help the forensic expert in determining the role of pre-existing diseases in the violent cause of death¹⁷.

In cases of forensic examination of violent death, the forensic experts will respond to several objectives in their specializations based on questions they were assigned by judges. The objectives of forensic examinations refer to the following issues:

- a) the cause of death;
- b) the approximate time of death;
- c) whether the death was violent and the character of influencing factors as well as their particularities;
- d) the number, succession and mechanism of producing lesions;
- e) the causality relation between the bodily lesions ascertained and the death;
- f) whether the lesions ascertained present a vital or a post-mortem feature;
- g) the consumption of alcohol or drugs before death and their quantity.

Other sciences are also involved in achieving the final report of the forensic legal examination including anthropology, odontology or even entomology whose conclusions might be compulsory in certain cases of unidentified, putrefied or decaying corpse¹⁸.

First of all, the situation depends on the category of homicide investigated¹⁹. This means that the situation differs from one case to another. For example, in cases of homicide with an unidentified

¹⁷ PĂCURARIU, Ioana, *op. cit.*, pp. 50-55.

¹⁸ Based on several specializations of forensic examinations, the particular feature of an aggravated murder, in cases with unidentified corpse, is provided by the special means of examination of corpse, and the crime scene as well. For this reason, the complex investigation teams of forensic examination are required. Moreover, in complex cases, an international cooperation will be highly involved in solving such crimes. See a future perspective of the issue in DE KINDER, Jan; PIRÉE, Hugo. The future of the forensic science providers – Time to re-think our structures?. *Forensic Science International*, v. 316, November 2020.

¹⁹ PIZZARO, Jesenia M.; TERRILL, William; LO FASO, Charles A. The impact of investigation strategies and tactics on homicide clearance. *Homicide Studies. An Interdisciplinary and International Journal*, v. 24, n. 1, 2020, pp. 13-22.

corpse, the forensic legal expert is called to express his opinion on the following aspects:

- (i) the cause of death;
- (ii) the victim's age;
- (iii) the victim's gender;
- (iv) the victim's illness history.

In cases of serious homicide, as violent crimes²⁰ or family homicide²¹, a blood examination is necessary in order to gather DNA evidence. This kind of examination will establish the victim's DNA profile as well as that of the perpetrator, if the forensic investigator has drawn samples from the crime scene and provided them to the forensic legal expert. Such samples can consist of saliva, semen, seminal fluid, or any biological material sampled from the victim's corpse.

Victim identification can involve several forensic techniques²². The investigation to identify the corpse depends on the object examined which can consist either of an entire corpse or its separated parts. For the latter situation, the procedure of forensic identification²³ must be preceded by solving the other aspects regarding the following issues:

- the parts of corpse found;

²⁰ LIEM, Marieke; KRUSSELMANN, Katharina; EISNER, Manuel. From murder to imprisonment: Mapping the flow of homicide cases - A systematic review. *Homicide Studies*, v. 24, n. 3, 2020, pp. 220-241.

²¹ IRATZOQUI, Amaia; MCCUTCHEON, James. The influence of domestic violence in homicide cases. *Homicide Studies*, v. 22, n. 2, 2018, pp. 145-160; LETH, Peter Mygind. Homicide by drowning. *Forensic Science, Medicine, and Pathology*, n. 15, 2019, pp. 233-238.

²² EDGAR, Heather J.H. Dental morphological estimation of ancestry in forensic contexts. In: BERG, Gregory E., TA'ALA, Sabrina C. (eds.). *Biological affinity in forensic identification of human skeletal remains*. Boca Raton: CRC Press, Taylor&Francis Group, 2015, pp. 191-208.

²³ The process of identification has been discussed by doctrine as being a "universal method of finding truth" within the process of judicial knowledge of solving any aspect which appears during the criminal investigation and judgment. In this regard, see STOIAN, Maria Georgeta; GALAN, Elena. Relația microurmă/ întreg stabilită prin metode spectrometrice moderne și formularea concluziei expertizelor fizico-chimice criminalistice, p. 111. Available at: http://old.mpublic.ro/jurisprudenta/publicatii/relatia_microuurma_intreg.pdf. Accessed on: June 4, 2022.

- the anthropological conclusion of the corpse parts found as being either of human or non-human;
- the number of victims the corpse parts belong to.

The human parts of a corpse which are not amputated surgically may have different origin. *De facto*, the situation can refer to the cases in which parts were lost by the legal forensic specialists from diverse causes. Other cases can involve corpse parts undiscovered during the initial investigation of the crime scene, but subsequently, especially in cases of road accidents, in explosions, when the human body is fragmented and spread over a large area. Some corpse parts can be moved by animals or the corpse parts are separated intentionally by the perpetrator in order to hide them.

Doctrine has stated the idea of management in the field of crime scene investigation. In this matter, it has been emphasized that "Crime scene management skills are an extremely significant task component of investigation because evidence that originates at the crime scene will provide a picture of events for the court to consider in its deliberation"²⁴. The general environment of the crime scene investigation should thus be organized at high standards in such a manner for the judicial bodies to assure the integrity of the crime scene and achieve the functions of criminal justice properly. Moreover, the crime scene management is an invariable task of understanding how important the forensic activity in the investigation phase of criminal proceedings is. Consequently, the crime scene management is then connected directly to the process of deliberation in criminal cases.

THEME 2: INVOLVEMENT OF FORENSIC PSYCHIATRY

In achieving the judicial objectives stated by the court of law, the forensic legal examinations are also divided into two parts. One of these supposes the exclusive forensic legal examination of the victim's corpse, while another is the forensic psychiatry examination of defendant.

²⁴ GEHL, Rod; PLECAS, Darryl. *Introduction to criminal investigation: Processes, practices and thinking*. New Westminster, BC: Justice Institute of British Columbia, 2016, p. 102.

In cases of serious crimes, the forensic psychiatric examination is compulsory in accordance with Article 184 (1) Code of penal procedure²⁵. These cases refer to:

- murder or any other violent crimes;
- crimes committed by minors between the age of 14-16 years old;
- cases of murdering of a new-born child by mother;
- any other cases in which the judge has a reasonable doubt regarding the defendant’s discernment at the moment of committing crime.

It has been stated that in some cases having defendants who present a level of psychological disturbance, if they would be under criminal liability, some medical or sociological-legal measures are also necessary²⁶.

TABLE 1. The decision of „ten standard marks”

Psychological examination issue	Mark in judgment orientation			
Physical contact/ Gesture/ Posture	Difficult	Poor	Good	Excellent
Perception				
Memory				
Consciousness				
Orientation				
Thinking/ idiolect				
Affectivity/ emotion/ instinct				
Social integration/ adaptability				
Representation				
Current personality				

²⁵ LAW no. 135 of 2010 on the new Code of Criminal procedure, published in the Official Journal of Romania no. 486 of 15 July 2010, into force on 1 February 2014.

²⁶ HECSE, Lazlo; HADAREANU, Viorel. Expertiza medico-legala psihiatrica sau expertiza medico-legala psihiatrica si psihologica? Argumente teoretice si practice. *Dreptul*, n. 11, 1999, pp. 124-131.

The situations identified in Table 1 refer to the category of questions which the forensic psychiatric expert asks defendants when conducting the psychiatric forensic examination. In accordance with the answer provided by them, the appropriate mark of evaluation is stated by the forensic psychiatric expert which will guide them when drawing up the evaluation report on the defendants' discernment in the moment of committing crimes²⁷. Every mark is actually the preliminary statement of evaluation, which will be followed by the final report containing also the recommendation that the forensic psychiatric expert will provide to the court of law²⁸.

The forensic psychiatry examination is not limited to questionnaires, which are complimented by the defendant's other personal elements, such as:

- medical documents on psycho-pathological history;
- information on the defendant's family lifestyle;
- psycho-pedagogical elements during the education process.

The main psychological forensic examination is usually completed by the other clinical or interdisciplinary examinations, such as neurological and electroencephalography ones.

From a penal procedural point of view, the psychiatric forensic expert is called by the courts of law to respond to standardized objectives whose report conclusions will help them in decision making process. Essentially, the psychiatric forensic experts are looking for answers which guide them to one of the defendant's clinical mental illnesses or health²⁹.

²⁷ CRIMINAL DECISION no. 160/A/2021 of 2 June 2021 of the High Court of Cassation and Justice of Romania. Available at: <http://www.scj.ro>. Accessed on: July 11, 2022. See also BOTNARU, Stela. Responsabilitatea redusă în pruncucidere: Implicatii juridico-penale. *Studia Universitatis Moldaviae*, v. 3, n. 73, 2014, pp. 138-141. Available at: <http://dspace.usm.md:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/175/18.-p.138-141.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Accessed on: July 12, 2022.

²⁸ CRIMINAL DECISION no. 532/RC/2021 of 18 November 2021 of the High Court of Cassation and Justice of Romania. Available at: <http://www.scj.ro>. Accessed on: July 11, 2022.

²⁹ CRIMINAL DECISION no. 837/R of 31 May 2012 of the Cluj Court of Law. Available at: <https://legeaz.net/spete-penal-ca-cluj-2012/decizia-penala-837-2012-ca-cluj-qvb>. Accessed on: June 25, 2022; VIDAICU, Mihaela. Expertiza

The psychiatric legal forensic expert will then appreciate the psychiatric state in which the defendant acted when committing the offence. Thus, the final report will conclude on the aspects presented in Table 2.

TABLE 2: APPRECIATING VALUES OF THE DEFENDANT'S ACTION IN COMMITTING CRIMES

Defendant's action in committing crime	Defendant's appreciation of anti-social feature of action
Under the mental alienation	No appreciation
Under the mental debility	No appreciation
Under the state of serious consciousness disturbance	No appreciation
Missing discernment	No appreciation
Psychotic state	Limited appreciation
Mental debility	Limited appreciation
Under the state of consciousness disturbance	Limited appreciation
Pathological psychical state	Full appreciation

In penal cases where the psychiatric examination concludes that the defendants did not have discernment at the time of committing crime, then they will not be charged with that crime³⁰. In these circumstances, the court of law will decide upon applying certain safety measures of medical character. Some may relate to the defendant's isolation, therapy, and penal decision. Nevertheless, these kinds of safety measures are different to those related to the compulsory therapeutic measures which are applied to the psychical mentally sick defendants.

judiciara. Indrumar pentru avocati. Sirius, 2015, pp. 68-72. Available at: https://www.bizlaw.md/wp-content/uploads/2017/02/Expertiza_juridiciara.pdf. Accessed on: June 3, 2022.

³⁰ VIDAICU, Mihaela, *op. cit.*, pp. 68-74.

In practice, the court of law cannot pronounce decision of condemnation against defendants in several circumstances of psychical diagnoses. They refer to schizophrenia, depressive-maniacal psychosis, demential state, trailing reactive psychosis, chronic psychotic state, persistent delirious disturbance.

The Recommendations no. R (87)3 of 1987 of the Council of Ministers to the Member States of the Council of Europe has decreed that in cases with mentally alienated defendants, the courts of law cannot convict them, but they are instead transferred immediately to the appropriate medical establishments for hospitalization³¹.

THEME 3: INVOLVEMENT OF FORENSIC ODONTOLOGY

Regarding the contribution of forensic odontology to solving penal cases, two particular situations are configured in this context.

(1) The first situation refers to the identification of victims.

Several cases involve the forensic investigation of serious crimes, such as homicide with unidentified, putrefied or burnt corpse³² as well as particular cases of trafficking in human beings associated with several cases of crimes³³. Dental identification is successfully used by the forensic

³¹ RECOMMENDATION. Council of Ministers to the Member States on the rules of the European Prison Rules, no. R(87)3, 1987. Available at: <https://rm.coe.int/16804f856c>. Accessed on: July 22, 2022.

³² DE BOER, Hans H.; ROBERTS, Julie; DELABARDE, Tania; MUNDORFF, Amy Z.; BLAU, Soren. Disaster victim identification operations with fragmented, burnt, or commingled remains: experience-based recommendations. *Forensic Science Research*, n. 5, 2020, pp. 191-201; VALENZUELA, A.; MARTIN-DE LAS HERAS S.; MARQUES T.; EXPOSITO N.; BOHOYO J.M. The application of dental methods of identification to human burn victims in a mass disaster. *International Journal of Legal Medicine*, v. 113, n. 4, 2000, pp. 236-239; BERKETA, John William; SIMS, Catherine; RAHMAT, Rabiah Al Adawiyah Binti. The utilization of small amounts of residual endodontic material for dental identification. *Journal of Forensic Odonto-Stomatology*, v. 37, n. 1, 2019, pp. 63-65. Available at: <https://www.iofos.eu/Journals/JFOS%20May19/JFOS-37-1-63.pdf>. Accessed on: July 13, 2022.

³³ It has been appreciated that the areas of forensic odontology as well as the forensic genetics are of the highest value in cases of trafficking in human beings. In this purpose, see LORENTE, Jose A.; SAIZ, Maria; HAARKÖTTER,

investigators in cases requiring the identification of "human remains of air traffic accidents, industrial accidents, natural disasters, terrorist attacks, determination of age, gender and ethnic origin, bite marks analysis particularly in case of child abuse and rape victims"³⁴. Other serious homicide cases are also discussed by doctrine as abstruse crimes³⁵. In these circumstances, a question arises for the judicial bodies, particularly to know the victim's identity³⁶. In this regard, the issue of standardization procedure could be understood by applying a set of means of particular tools, also required for the entire proceedings in criminal cases. Such standardization appears in comparison with the other elements of forensic science, such as those presented in particular feature, related to the above discussed cases of legal forensic and forensic psychiatry. Obviously, in these circumstances a separated approach of these issues cannot be taken into consideration, due to the fact that the criminal proceedings is characterized by an emphasized interdisciplinary feature. Therefore, the objectives stated by the court of law will be obtained through several forensic examinations.

In practice, there are cases in which the judicial bodies call for the forensic odontologists to establish the crime victim's identity by using the technique provided by the forensic odontology³⁷. It consists in identifying the victim through analyzing teeth marks found on the crime scene.

Christian; ROBLES-FERNANDEZ, Inmaculada; ALVAREZ-CUBERO, Maria J.; GALVEZ, Xiomara; MARTINEZ-GONZALEZ, Luis J.; LORENTE-REMON, Begona; ALVAREZ, Juan C. Genetic identification against traffic in human beings. *WIREs Forensic Science*, v. 3, 2021, pp. 1-13.

³⁴ SINGH, Narendra Nath; GOWHAR, Owais; AIN, Tasneem S.; SULTAN, Saima. Exploring trends in forensic odontology. *Journal of Clinical and Diagnostic Research*, v. 8, n. 12, 2014, pp. 28-30.

³⁵ The differences between several kinds of crimes are the key-point in drawing up the methodological recommendations on their forensic examination. See, DORAS, Simion. Clasificarea si caracteristica criminalistica a infractiunilor de omor ca puncte de repere privind directionarea activitatii de urmarire penala. *Revista de Stiinte Penale*, v. II, 2006, pp. 37-41.

³⁶ HIGGINS, Denice; AUSTIN, Jeremy J. Teeth as a source of DNA for forensic identification of human remains: A Review. *Science & Justice*, v. 53, n. 4, 2013, pp. 433-441.

³⁷ FORREST, Alexander Steward; WU, Henry Yuan-Heng. Endodontic imaging as an aid to forensic personal identification. *Australian Endodontic Journal*,

On this topic, doctrine discusses a series of methods for identifying an unknown corpse. They refer to personal description regarding the hair, age³⁸, height, visual identification, medical historical records regarding implants, tattoo, prosthesis, scars, fingerprints, DNA profiling. As a rule, particular attention has been paid to dental identification due to the fact that dental tissues are very preserved³⁹ even if the corpse is fully burnt, dismembered or putrefied. A particular overview arises in these cases to state over the new technologies the specialization of legal forensic odontology was provided with during the last period of time. In this context, the procedure of identifying corpse involves new means of technologies implemented at the institutional level of forensic science and particularly in specialized laboratories. Among them, the current procedure used by the forensic science in the field of odontology involves the computer program which the 3D presentation in scanning the crime scene⁴⁰.

These methods are frequently used by the forensic odontologists to find out the victims' sex, age, and ethnicity⁴¹. In practice, there are no

v. 36, n. 2, 2010, pp. 87-94; SILVA, Rhonan Ferreira; FRANCO, Ademir; MENDES, Solon Diego Santos Carvalho; PICOLI, Fernando Fortes; NUNES, Fernando Gomes; ESTRELA, Carlos. Identifying murder victims with endodontic radiographs. *Journal of Forensic Dental Sciences*, v. 8, n. 3, 2016, pp. 167-170.

³⁸ BLENKIN, Matthew R.B.; EVANS, Wendell. Age estimation from the teeth using a modified Demirjian System. *Journal of Forensic Sciences*, v. 55, n. 6, 2010, pp. 1504-1508; AALDERS, Maurice; LEAH, Wilk. Investigating the Age of Blood Traces: How Close Are We to Finding the Holy Grail of Forensic Science?. In FRANCESE S. (ed). *Emerging Technologies for the Analysis of Forensic Traces. Advanced Sciences and Technologies for Security Applications*. Cham: Springer, 2019, pp. 109-128.

³⁹ HILL, Anthony J.; LAIN, Russell; HEWSON, Ian. Preservation of dental evidence following exposure to high temperatures. *Forensic Science International*, v. 205, n. 1-3, 2011, pp. 40-43.

⁴⁰ Doctrine in criminal matters has advanced five series of hypotheses which comprise, among others, domestic, work-related and accidents issues. See, GALANTE, Nicola; FRANCESCHETTI, Lorenzo; DEL SORDO, Sara; CASALI, Michelangelo Bruno; GENOVESE, Umberto. Explosion-related deaths: An overview on forensic evaluation. *Forensic Science, Medicine and Pathology*, v. 17, 2021, pp. 437-448.

⁴¹ BERKETA, John William. Maximizing postmortem oral-facial data to assist identification following severe incineration. *Forensic Science, Medicine, and Pathology*, v. 10, n. 2, 2014, pp. 208-216.

several errors committed by new tools of technology provided for these cases and, for this reason, the judicial bodies are confident with the results gathered from the crime scene, investigated scientifically by the forensic odontologists and provided in criminal cases they are invested with.

The trend in methods of collecting data and also the forensic technologies used by the forensic odontologists in cases of serious homicide with unidentified corpse⁴² has had a rapid evolution, which were prevalently met during the procedure involving conventional forensic methods, such as dental imaging techniques, bite-mark analysis, and DNA dental tissue analysis⁴³. The same is true in other serious cases of trafficking in human beings, whose victims are part of the human rights violations. Related to this kind of crimes, doctrine has highlighted that "the physical hardness of dental tissue, which is the most resistant tissue in the entire body, makes them ideal for identifying remains, even after long periods of time or after exposure to high temperatures, due to both their hardness and to their small sizes. Dental tissues are highly valuable for human identification and can also be used to identify other human trafficking-related problems, such as child abuse and neglect, violence, and sexual abuse, based on bite mark evidence"⁴⁴.

(2) The second situation regards identification of the perpetrators.

The criterion is analyzed following several indicators of forensic sciences. Perpetrators are typically identified by fingerprint marks, by traces found on the crime scene as well as by biological materials found at the crime scene. The third case contains dental traces the judicial bodies could discover at the crime scene in such a way that their examination results should lead to the perpetrator's identification. A different character

⁴² BERKETA, John William; JAMES, Helen; LAKE, Anthony W. Forensic odontology involvement in disaster victim identification. *Forensic Science, Medicine, and Pathology*, v. 8, n. 2, 2012, pp. 148-156.

⁴³ Some techniques also use sequence of radiographic evidence to compare samples with findings in human identifications. See, SILVA, Rhonan Ferreira; FRANCO, Ademir; MENDES, Solon Diego Santos Carvalho; PICOLI, Fernando Fortes; NUNES, Fernando Gomes; ESTRELA, Carlos. *op. cit.*, pp. 167-170.

⁴⁴ LORENTE, Jose A.; SAIZ, Maria; HAARKÖTTER, Christian; ROBLES-FERNANDEZ, Inmaculada; ALVAREZ-CUBERO, Maria J.; GALVEZ, Xiomara; MARTINEZ-GONZALEZ, Luis J.; LORENTE-REMON, Begona; ALVAREZ, Juan C., *op. cit.*, p. 4.

appears in this case than in the procedure of the identification of victim's corpse, already presented. This means that the situation is well established in the above presented case, while the procedure of identification of perpetrator is more complicated, analyzing from several points of view. One of these involves the examination of evidence gathered from the crime scene by the forensic odontologists, knowing that the only one pertinent evidence is the trace of the perpetrator's teeth, sampled either from the victim's corpse or from foods if presented in the surrounding area. Otherwise, the activity of odontologists is blocked as long as there are no traces to be sampled in order to be examined in laboratory.

The cases of homicide present a particularity due to the fact that both activities of discovering and investigating them are carried out in an uncertain environment in the beginning of the investigation stage because the court of law does not hold enough data for coherent direction of a penal case. In such cases, the judicial bodies seek appropriate investigative ways of clarifying the circumstances the crimes were committed in. In these circumstances, the forensic means of investigation of serious crimes are a key tool in this matter⁴⁵. They will conclude on the identity of the perpetrator who will then be charged with committing the crime.

3. DISCUSSIONS ON THE HYPOTHESES

De facto, all these kinds of forensic examinations are indispensable for judges in the procedure of deliberating and implicitly making judicial individualization of punishment in penal cases. Thus, they must take into account all criteria regulated by the Penal Code regarding the degree of crime and degree of accusation, determined also by the circumstances of committing crime as well as by the perpetrator's personal circumstances. Based on this argument, the court of law is then entitled to state beyond any reasonable doubt that the criminal activity exists, it is a crime and was committed by defendant under appropriate form of guilt stated by the penal law⁴⁶. Referring to the degree of accusation, doctrine has

⁴⁵ DORAS, Simion, *op. cit.*, pp. 37-41.

⁴⁶ For a contrary opinion, see CRIMINAL DECISION no. 40/A/2022 of 28 February 2022 of the High Court of Cassation and Justice of Romania. Available

emphasized that it is "analyzed both at abstract level in accordance with the kind of crime and legal limits of punishment, and at concrete level in accordance with the real circumstances the crime was committed in, as well as with the defendant itself"⁴⁷.

On the one hand, the exemplar feature of punishment has consequences for the defendant's judicial status. On the other hand, the resoluteness feature of punishment determines that it is a deterrence prevention, while its proportion, decided by judges, will reflect the seriousness of the crime and the defendant's degree of guilt⁴⁸.

PRINCIPLES OF EVALUATING SCIENTIFIC EVIDENCE

First of all, the science of criminal procedure law and the activity of forensic examination require that the evidence must be pertinent, conclusive and genuine. In order for the judges to evaluate this kind of evidence and implicitly achieve the proposed judicial goal, a set of principles must be coordinated in a comprehensive manner and in such a way to pronounce the legal decision at the end of criminal proceedings. In these circumstances, they activate the judicial mechanisms provided by forensic science, whose importance is taken into account while proceed to evaluate entire evidence administered by the judicial bodies both in the investigation and judgment phases of criminal proceedings. This is because achieving judgment by means of forensic science must firstly provide the guarantees of due process.

at: <http://www.scj.ro>. Accessed on: July 4, 2022.

⁴⁷ TOCAN, Isabelle. Arestarea preventiva. In: UDROIU, Mihail (ed.), *Codul de procedura penala. Comentariu pe articole*, Third ed. Bucharest: C.H. Beck, 2020, p. 1423.

⁴⁸ CRIMINAL DECISION no. 188/A of 24 October 2011 of the Cluj Court of Law, definitive pronounced by the High Court of Cassation and Justice - Penal Section, Criminal Decision no. 421 of 15 February 2012. Available at: https://www.curteadeapelcluj.ro/cacj_vechi/Jurisprudenta/sectia%20penala/Penal%20trim%20I%202012.pdf. Accessed on: July 23, 2022.

The current research study imposes a limitation between the principle of effectiveness⁴⁹ and the principle of disposition⁵⁰, which characterize the criminal proceedings in Romania. They are reflected in the judges' activity of evaluating the forensic examination reports result as well as in the procedure of pronouncing judicial decisions in penal cases.

The judicial framework is accustomed to respecting general rules of forensic examination reports that the forensic experts provide the courts of law with. Actually, in the procedure of analyzing the forensic examination report, the judge is not limited to observing the forensic experts' conclusions, but it supposes the evaluation of entire elements existed in the penal case.

The research conducted on this topic highlights that the formal analysis of forensic evidence implies both a particular evaluation of the forensic examination report entirely and the scientific character of the methods and means of forensic science used by experts, even if the last part is not necessary to be carried out by judge because any technical aspect regarding the activity of carrying out the forensic examination is a matter for the forensic expert. In other words, this procedure may exclude the judges' competence as long as the forensic experts explain in detail the methodology and forensic methods used in purpose to gather the conclusions provided in the forensic report. This argument could be supported by the fact that the Code of criminal procedure in Romania does not regulate such a procedure, and its missing is equally to applying the principle of *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

The lack of judges' technical forensic knowledge is the real procedural reason of calling for forensic experts as technical specialists in forensic sciences. In these circumstances, the judges cannot exercise their control over the scientific character of the forensic experts' technical means themselves. In this way, doctrine has stated that it is unreasonable to provide the judge with the right of control of forensic examination,

⁴⁹ COMMUNITY-BASED SENTENCING ORDERS. Imprisonment and parole options. Final Report, Brisbane: Queensland Sentencing Advisory Council, 2019, pp. 40-42.

⁵⁰ BANACH-GUTIERREZ, Joanna Beata; HARDING, Christopher. *EU Criminal Law and Policy. Values, Principles and Methods*. London: Routledge, 2016, pp. 111-132.

technically speaking, as long as it has called on forensic experts and required them, because he does not have technical competences in the matter⁵¹.

Secondly, the principle of effectiveness is more connected to the pre-trial judicial bodies' activity being also its consequence. The situation must be viewed in accordance with the particular kind of evidence, as presented in Table 3. Each of them is featured by scientific technologies and means of gathering evidence useful for the court of law's activity of judgment.

TABLE 3: FORENSIC EVIDENCE PATTERN

Experience evidence	Analytical evidence	Digital evidence
fingerprint examination	DNA examination	digital cameras
firearm examination	material	computer network
handwriting/documents	fluid	hard drive
bite mark	drug	electronic evidence
bloodstain pattern	chemical	digital support
hair	fire and explosion	optic support

In the penal proceedings environment, a question could be asked, as follows. Why use forensic evidence in criminal proceedings? The answer is a long-time research activity result and dominated by diverse points of view.

- It firstly helps the judges in the procedure of making decisions in the penal case, beyond any reasonable doubt.
- Forensic evidence helps in the reconstruction of the crime scene, and identifying perpetrators.
- Forensic evidence is useful in finding defendants guilty or not guilty by the court of law as well as understanding the criminal motives for committing crimes.

⁵¹ IONESCU, Lucian; SANDU, Dumitru. *Identificarea Criminalistica*. Bucharest: Editura Stiintifica, 1990, pp. 219-228.

In accordance with the above stated ideas, doctrine has highlighted that "Because of the power of science to persuade, courts are careful to assess the validity of a scientific process before accepting its results"⁵².

The procedure of evaluating scientific evidence usually involves four criteria⁵³:

- (i) the theory or technique has been tested;
- (ii) a level rate of error must be taken into account in respecting the standard in implementing techniques;
- (iii) the theory or technique has been implemented in practice;
- (iv) the theory or technique has been accepted in a forensic professional environment⁵⁴.

Following these criteria, the courts of law are less likely to make misinterpretation errors, which can degenerate into unlawful justice. They reduce the chance of judicial errors in forensic evidence evaluation.

Thirdly, a real dilemma appears when the judge must evaluate the scientific evidence of the DNA examination report results. From this point of view, the Probabilistic Genotype (PG) is relevant - which as a concept is relatively new for justice in criminal matters. The PG is a standardized indicator of evaluating DNA forensic examination results used by forensic and legal forensic experts in their activity of achieving real result. In these circumstances, good knowledge of evaluating DNA forensic examination results by means of PG are required. They also will help the judges to pronounce the legal decision on the defendants and their guilt, established beyond any reasonable doubt.

Usually, the penal procedure of Romania does not necessitate such knowledge among judges, but taking into account the trend of penal procedure in the USA, for example, where the jurors are provided with the PG indicators, it is relevant to consider that this kind of procedure could enhance criminal proceedings in Romania in advantage of criminal justice system.

⁵² EOGHAN, Casey. *Digital Evidence and Computer Crime. Forensic science, Computers and the Internet*, Third ed. Orlando, FL.: Academic Press, 2011, p. 73.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ *Idem*, pp. 73-74.

In this matter, pronouncing decisions unsubstantiated by absolute evidence and condemning defendants based on erroneous evaluation of evidence will be avoided. For this reason, the judges will pronounce decisions exclusively legally and substantially under the fair trial principle.

Considering all these aspects, it could be appreciated that the PG is a key factor for the judges which helps them in solving penal cases. On the one hand, this kind of evaluating factor is specific to the criminal procedure belonging to the common law judicial system, where the jurors are involved in deliberation on finding defendants guilty or not guilty⁵⁵. On the other hand, during the criminal proceedings in Romania, the judges make judicial decisions based on their personal belief on analyzing and evaluating all evidence administered in criminal case by corroborating them pertinently.

Basically, by using the PG technique of evaluating scientific evidence, judicial errors of interpretation will be avoided as much as possible. In these cases, the forensic examination reports will contain remarks regarding the causes of impossibility of formulating individual identity conclusions⁵⁶.

Although the current research was not conducted under the principle of covering criminal proceeding by stages, from a procedural point of view, the most important moment of judgment in penal cases is that of deliberation sessions. The final verdict then depends on whether the judge has adequate abilities and skills to evaluate the scientific evidence of a penal case. Deliberating procedure is of high interest for all actors involved in the penal case. For the defendants who are interested in finding the final judicial decision on their innocence, for the prosecutors who are interested in establishing whether their charge is proved by evidence and, last but not least, for the judge who is interested in solving the penal case through legal evidence including the scientific ones.

Fourthly, for judges, there is a challenge to use the active role that the penal procedure Code provides them with, especially in the courtroom debates while the parties involved in penal case face the

⁵⁵ COBLE, Michael D.; BRIGHT, Jo-Anne. Probabilistic genotyping software: An overview. *Forensic Science International: Genetics*, v. 38, 2019, pp. 219-224.

⁵⁶ STOIAN, Maria Georgeta; GALAN, Elena, *op. cit.*, pp. 109-122.

scientific evidence. It is appreciated that in this phase of judgment, it is very difficult for defendants to combat the scientific evidence - as expert evidence⁵⁷. For this reason, it has been pointed out that usually, there is no evidence in the defendant's hands to combat it⁵⁸.

THE IMPACT OF PSYCHIATRIC LEGAL FORENSIC ON THE JUDICIARY

The configuration of legal framework in the area of forensic science's involvement in criminal cases where the appropriate psychiatric examination is called has a considerable impact upon the entire judicial process achieved by the forensic means. In this respect, it has been emphasized by the legal doctrine that "Different legal frameworks create different legal consequences and, in some cases, hierarchical problems"⁵⁹. This is because the procedural approach of forensic examinations is centered typically on a case-by-case basis⁶⁰.

The main purpose of psychiatric forensic examination is to help the court of law in making a judicial decision in a particular case. The psychiatric forensic examination skills involve:

- (1) establishing the elements of the defendants' mental health or illness;
- (2) diagnosing the defendants' state of non-pathological psychical pressure;
- (3) evaluating the motivational side of defendants' personality;
- (4) evaluating the defendants' capacity for being aware of the importance of their own actions as well as for controlling them⁶¹.

⁵⁷ HARVEY, Ian, *op. cit.*, pp. 18-25.

⁵⁸ In purpose to gather several points of view on the topic of the defendants' ways to defense by means of forensic science, see also MAGHERESCU, Delia. *Achieving defense by means of forensic science during the criminal proceedings in Romania*, RBDPP, vol. 6, no. 1, 2020, pp. 117-146.

⁵⁹ KAIJA, Sandra; KUDEIKINA, Inga; GUTOROVA, Natalya. Medical and procedural-legal aspects of inpatient and outpatient forensic psychiatric examination. *Wiadomosci Lekarskie*, v. LXXIII, n. 7, 2020, p. 1537.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ RIJIKOVA, Svetlana. Impactul expertizei psihologice asupra activitatii sistemului judiciar. *Revista de Stiinte Penale*, v. I, 2005, pp. 144-150.

The psychiatry legal forensic examination report contains the conclusions the psychiatry forensic expert gathered during the examination⁶². They are a conclusive, pertinent and useful form of evidence for the judge who required the forensic examinations. This means that the conclusive report will be annexed to the penal case and will be analyzed and appreciated together with the other evidence administered in the penal case. In this matter, doctrine emphasizes that the court of law analyzes the psychiatry legal forensic examination report from the point of view of its quality, the conclusions' scientific features, as well as their degree of argumentation of answers. Based on these aspects, the judges will decide whether the report will be used in the procedure of making decisions and solving the penal case or whether a counter-examination is needed to be carried out. A new examination should be ordered in cases in which the first report of examination contains contradictory conclusions or indistinct ones as well as there are contradictions between the examination report's content and its conclusions which cannot be rectified in another way (*i.e.*, through hearing the first expert).

ADVANCED METHODS IN ACHIEVING AND EVALUATING FORENSIC EVIDENCE

Beyond the PG standards used in the DNA forensic examination, as it could be observed in cases of analyzing effects of illicit drugs on forensic DNA⁶³, the function of judgment is also characterized by the theory of probabilistic conclusion, which can be admissible even if there are contrary opinions expressed by judges. Some of them do not accept a probabilistic conclusion due to the fact that they consider an uncertainty, even well-argued, does not offer criteria of establishing material truth, does not solve the issue, and does not have a probative value in front of the court of law⁶⁴.

⁶² CRIMINAL DECISION no. 835/2017 of the Court of Law of Craiova. Available at: <http://portal.just.ro>. Accessed on: July 11, 2022.

⁶³ GRIFFIN, Amy; HENRRY, Julianne; KIRKBRIDE, K. Paul; PAINTER, Ben; LINACRE, Arian. A survey of the effects of common illicit drugs on forensic DNA analysis. *Forensic Science International*, v. 336, 2022.

⁶⁴ CRIMINAL DECISION no. 312/A/2018 of 27 November 2018 of the High Court of Cassation and Justice of Romania; CRIMINAL DECISION no. 678 of

Other judges consider that probabilistic conclusions are admissible and useful, but the judicial decision cannot be exclusively based on them. In this context, they are more scientific hypotheses which reach the level of certainty. Despite this feature, taking into account the theory of evidence during the criminal proceedings, the value of probabilistic conclusions is similar to other forms of evidence administered in the penal proceedings.

According to this idea, it has been appreciated that obtaining forensic evidence and the process of evaluation is a real methodological activity of verification by the forensic investigators. Moreover, a complex activity involves the process in which the evidence is expected to be used in the original form as well as an unmodified one.

Beside the general complexity of the penal case, the forensic investigators' particular attention will be paid to protecting evidence as far as possible in order to achieve the useful genuine conclusions of the examination.

As a consequence, the procedure of using forensic evidence in penal cases of serious crimes involves a series of activities, the most common being the following:

- (i) Collecting evidence from the crime scene and administering them;
- (ii) Analyzing the practical situation of the forensic experts' manner in which they testify the forensic evidence in the court of law;
- (iii) Avoiding the causes of misinterpretation of forensic evidence;
- (iv) Using the principles of an adversarial system during the proceedings in criminal matters;
- (v) Avoiding the misuse of forensic evidence;
- (vi) Avoiding vulnerable forensic evidence;
- (vii) Applying the principle of the judges' handling forensic evidence.

13 May 2015 of the High Court of Cassation and Justice of Romania. Available at: <http://www.scj.ro>. Accessed on: September 8, 2021.

CONCLUSIONS

This research study was conducted on the topic of achieving the function of judgment in criminal cases by means of forensic science. The comprehensive analysis of the investigation of crimes and achieving criminal justice support the prominence of forensic examinations and forensic evidence in the judicial bodies' activity of solving penal cases, including complex ones⁶⁵, and pronouncing judicial decisions⁶⁶. Although at the first sight it could be appreciated that the forensic expert is the only one person able to evaluate the forensic evidence resulted from the forensic examinations pursued during the criminal proceedings, the *de iure* situation is featured by the principle of official character of the proceedings and the active role of judge in criminal cases of Romania⁶⁷. The procedure requires a more particular involvement of judge in solving criminal cases⁶⁸, especially in the action of deliberating and pronouncing criminal decision, based on pertinent, conclusive and genuine evidence⁶⁹. As long as the forensic evidence are scientific ones, despite their own character, the judge cannot be deprived of the right to appreciate and evaluate legally the conclusions stated in the forensic examination conclusions.

The research highlighted how judges are faced with the procedure of evaluating the scientific evidence gathered by investigators, analyzed and reported by the forensic experts and administered by themselves during the judgment in penal cases they are invested with.

A further finding highlights how scientific evidence influences the decision making process as the judicial decision is pronounced in the judgment phase based exclusively on pertinent, conclusive and genuine evidence and, from a procedural point of view, the forensic evidence

⁶⁵ FINDLAY, Mark, *op. cit.*, pp. 18-49.

⁶⁶ SESSION PRELIMINARY DECISION of 03 April 2015 of the Court of Appeal of Bucharest. In: MOISA, Cristina, *op. cit.*, pp. 4-6.

⁶⁷ MAGHERESCU, Delia. *Teoria generala a expertizelor criminalistice*. Bucharest: Hamangiu, 2021, pp. 259-263.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ CRIMINAL DECISION no. 143/A/2020 of 9 June 2020 of the High Court of Cassation and Justice of Romania. Available at: <http://www.scj.ro>. Accessed on: September 8, 2021.

meets all these criteria. Otherwise, those forensic evidence, which do not fulfill these conditions should be removed from the criminal case, being thus rejectable for the judicial action conducted by judge⁷⁰.

Last but not least, although the forensic expert's conclusion is based on scientific findings, it is not exclusively tantamount to a scientific decision for the judiciary. In order to be administered during the judgment as a form of evidence, it needs to be appreciated from the point of view of its probative value by the judge - *domini litis* - who cannot become a judge-expert. Nevertheless, the judge can become "the expert of experts" - *peritus peritorum* - being the only judicial body entitled to evaluate the forensic expert's conclusions⁷¹.

As a consequence, the forensic expert's opinion does not oblige the presiding judges, who make the decision in the penal case under their own belief of the entire probative evidence administered in the case. Moreover, the judges are not limited to analyzing only the conclusive part of the forensic examination report, but the entire report in order to observe whether the forensic expert's demonstration is motivated and it justifies the conclusion stated.

Doctrine also refers to the training of lawyers in order to better understand and evaluate the expert evidence⁷². It would be an effective tool in the process of remedying difficulties in comprehending DNA evidence by the entitled person to decide on the defendants' guilt or innocence.

BIBLIOGRAPHY

AALDERS, Maurice; LEAH, Wilk. Investigating the Age of Blood Traces: How Close Are We to Finding the Holy Grail of Forensic Science?. In FRANCESE, S.

⁷⁰ CRIMINAL DECISION no. 112/A/2020 of 14 May 2020 of the High Court of Cassation and Justice of Romania. Available at: <http://www.scj.ro>. Accessed on: September 8, 2021.

⁷¹ IONESCU, Lucian; SANDU, Dumitru, *op. cit.*, pp. 216-228.

⁷² WHEATE, Rhonda Marie. Jury comprehension and use of forensic science. PhD Thesis: University of New South Wales, Australian Defence Force Academy, 2007. <https://doi.org/10.26190/unswworks/17988> Available at: <https://unswworks.unsw.edu.au/entities/publication/15558eb1-17d8-4621-9d9d-a4b7e-383c9a2>. Accessed on July 22, 2022.

(ed). *Emerging Technologies for the Analysis of Forensic Traces. Advanced Sciences and Technologies for Security Applications*. Cham: Springer, 2019. https://doi.org/10.1007/978-3-030-20542-3_7

BANACH-GUTIERREZ, Joanna Beata; HARDING, Christopher. *EU Criminal Law and Policy. Values, Principles and Methods*. London: Routledge, 2016. <https://doi.org/10.4324/9781315690605>

BERKETA, John William; SIMS, Catherine; RAHMAT, Rabiah Al Adawiyah Binti. The utilization of small amounts of residual endodontic material for dental identification. *Journal of Forensic Odonto-Stomatology*, v. 37, n. 1, pp. 63-65, 2019. Available at: <https://www.iofos.eu/Journals/JFOS%20May19/JFOS-37-1-63.pdf>. Accessed on: July 13, 2022.

BERKETA, John William. Maximizing postmortem oral-facial data to assist identification following severe incineration. *Forensic Science, Medicine, and Pathology*, v. 10, n. 2, pp. 208-216, 2014. <https://doi.org/10.1007/s12024-013-9497-4>

BERKETA, John William; JAMES, Helen; LAKE, Anthony W. Forensic odontology involvement in disaster victim identification. *Forensic Science, Medicine, and Pathology*, v. 8, n. 2, pp. 148-156, 2012. <https://doi.org/10.1007/s12024-011-9279-9>

BLENKIN, Matthew R.B.; EVANS, Wendell. Age estimation from the teeth using a modified Demirjian System. *Journal of Forensic Sciences*, v. 55, n. 6, pp. 1504-1508, 2010. <https://doi.org/10.1111/j.1556-4029.2010.01491.x>

BOTNARU, Stela. Responsabilitatea redua in pruncucidere: Implicatii juridico-penale. *Studia Universitatis Moldaviae*, v. 3, n. 73, pp. 138-141, 2014. Available at: <http://dspace.usm.md:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/175/18.-p.138-141.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Accessed on: July 12, 2022.

COBLE, Michael D.; BRIGHT, Jo-Anne. Probabilistic genotyping software: An overview. *Forensic Science International: Genetics*, v. 38, pp. 219-224, 2019. <https://doi.org/10.1016/j.fsigen.2018.11.009>

COMMUNITY-BASED SENTENCING ORDERS. Imprisonment and parole options. Final Report, Brisbane: Queensland Sentencing Advisory Council, 2019.

CRiado-Perez, Christian; COLLINS, Catherine G.; JACKSON, Chris J.; OLDFIELD, Philip; POLLARD, Brett; SANDERS, Karin. Beyond an 'informed opinion': evidence-based practice in the built environment. *Architectural Engineering and Design Management*, v. 16, n. 1, pp. 23-40, 2020. <https://doi.org/10.1080/17452007.2019.1617670>

CRIMINAL DECISION no. 40/A/2022 of 28 February 2022 of the High Court of Cassation and Justice of Romania. Available at: <http://www.scj.ro>. Accessed on: July 4, 2022.

CRIMINAL DECISION no. 532/RC/2021 of 18 November 2021 of the High Court of Cassation and Justice of Romania. Available at: <http://www.scj.ro>. Accessed on: July 11, 2022.

CRIMINAL DECISION no. 160/A/2021 of 2 June 2021 of the High Court of Cassation and Justice of Romania. Available at: <http://www.scj.ro>. Accessed on: July 11, 2022.

CRIMINAL DECISION no. 143/A/2020 of 9 June 2020 of the High Court of Cassation and Justice of Romania. Available at: <http://www.scj.ro>. Accessed on: September 8, 2021.

CRIMINAL DECISION no. 112/A/2020 of 14 May 2020 of the High Court of Cassation and Justice of Romania. Available at: <http://www.scj.ro>. Accessed on: September 8, 2021.

CRIMINAL DECISION no. 312/A/2018 of 27 November 2018 of the High Court of Cassation and Justice of Romania. Available at: <http://www.scj.ro>. Accessed on: September 8, 2021.

CRIMINAL DECISION no. 835/2017 of the Court of Law of Craiova. Available at: <http://portal.just.ro>. Accessed on: July 11, 2022.

CRIMINAL DECISION no. 678 of 13 May 2015 of the High Court of Cassation and Justice of Romania. Available at: <http://www.scj.ro>. Accessed on: September 8, 2021.

CRIMINAL DECISION no. 837/R of 31 May 2012 of the Cluj Court of Law. Available at: <https://legeaz.net/spete-penal-ca-cluj-2012/decizia-penala-837-2012-ca-cluj-qvb>. Accessed on: June 25, 2022.

CRIMINAL DECISION no. 188/A of 24 October 2011 of the Cluj Court of Law, definitive pronounced by the High Court of Cassation and Justice - Penal Section, Criminal Decision no. 421 of 15 February 2012. Available at: https://www.curteadeapelcluj.ro/cacj_vechi/Jurisprudenta/sectia%20penala/Penal%20trim%20I%202012.pdf. Accessed on: July 23, 2022.

DE BOER, Hans H.; ROBERTS, Julie; DELABARDE, Tania; MUNDORFF, Amy Z.; BLAU, Soren. Disaster victim identification operations with fragmented, burnt, or commingled remains: experience-based recommendations. *Forensic Science Research*, n. 5, pp. 191-201, 2020. <https://doi.org/10.1080/20961790.2020.1751385>

DE KINDER, Jan; PIRÉE, Hugo. The future of the forensic science providers – Time to re-think our structures?. *Forensic Science International*, v. 316, November 2020. <https://doi.org/10.1016/j.forsciint.2020.110471>

DORAS, Simion. Clasificarea si caracteristica criminalistica a infractiunilor de omor ca puncte de repere privind directionarea activitatii de urmarire penala. *Revista de Stiinte Penale*, v. II, pp. 37-41, 2006.

EDGAR, Heather J.H. Dental morphological estimation of ancestry in forensic contexts. In: BERG, Gregory E., TA'ALA, Sabrina C. (eds.). *Biological affinity in forensic identification of human skeletal remains*. Boca Raton: CRC Press, Taylor&Francis Group, 2015.

EOGHAN, Casey. *Digital Evidence and Computer Crime. Forensic science, Computers and the Internet*, Third ed. Orlando, FL.: Academic Press, 2011.

EUROPEAN CONVENTION FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS, adopted on 4 November 1950, and entered into force on 3 September 1953. Available at: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c>. Accessed on: June 22, 2022.

FINDLAY, Mark. Juror Comprehension and the Hard Case – Making Forensic Evidence Simpler. *International Journal for Law, Crime and Justice*, v. 36, n. 1, pp. 15-53, 2008. <https://doi.org/10.1016/j.ijsl.2007.07.001>

FORREST, Alexander Steward; WU, Henry Yuan-Heng. Endodontic imaging as an aid to forensic personal identification. *Australian Endodontic Journal*, v. 36, n. 2, pp. 87-94, 2010. <https://doi.org/10.1111/j.1747-4477.2010.00242.x>

GALANTE, Nicola; FRANCESCHETTI, Lorenzo; DEL SORDO, Sara; CASALI, Michelangelo Bruno; GENOVESE, Umberto. Explosion-related deaths: An overview on forensic evaluation. *Forensic Science, Medicine and Pathology*, v. 17, pp. 437-448, 2021. <https://doi.org/10.1007/s12024-021-00383-z>

GEHL, Rod; PLECAS, Darryl. *Introduction to criminal investigation: Processes, practices and thinking*. New Westminster, BC: Justice Institute of British Columbia, 2016.

GILSON, Cedric Charles. The Admissibility of Expert Evidence in Criminal Proceedings in England and Wales. *Recapitulation and Review*, n. 2, pp. 1-10, 2017. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2955049>

GRIFFIN, Amy; HENRRY, Julianne; KIRKBRIDE, K. Paul; PAINTER, Ben; LINACRE, Arian. A survey of the effects of common illicit drugs on forensic DNA analysis. *Forensic Science International*, v. 336, 2022.

HARVEY, Ian. Applying rules of evidence in administrative proceedings. *Precedent*, v. 150, 2019. Available at: <https://search.informit.com.au/documentSummary;dn=240371034047366;res=IELHSS>. Accessed on: July 23, 2022.

HECSER, Lazlo.; HADAREANU, Viorel. Expertiza medico-legala psihiatrca sau expertiza medico-legala psihiatrca și psihologica? Argumente teoretice si practice. *Dreptul*, n. 11, pp. 124-131, 1999.

HIGGINS, Denice; AUSTIN, Jeremy J. Teeth as a source of DNA for forensic identification of human remains: A Review. *Science & Justice*, v. 53, n. 4, pp. 433-441, 2013. <https://doi.org/10.1016/j.scijus.2013.06.001>

HILL, Anthony J.; LAIN, Russell; HEWSON, Ian. Preservation of dental evidence following exposure to high temperatures. *Forensic Science International*, v. 205, n. 1-3, pp. 40-43, 2011. <https://doi.org/10.1016/j.forsciint.2010.08.011>

HOUGH, Richard M. The investigation of homicide. *Homicide Studies. An Interdisciplinary and International Journal*, v. 23, n. 2, pp. 87-92, 2019. <https://doi.org/10.1177/1088767919827348>

IONESCU, Lucian; SANDU, Dumitru. *Identificarea Criminalistica*. Bucharest: Editura Stiintifica, 1990.

IRATZOQUI, Amaia; MCCUTCHEON, James. The influence of domestic violence in homicide cases. *Homicide Studies*, v. 22, n. 2, pp. 145-160, 2018. <https://doi.org/10.1177/1088767917751673>

KAIJA, Sandra; KUDEIKINA, Inga; GUTOROVA, Natalya. Medical and procedural-legal aspects of impatient and outpatient forensic psychiatric examination. *Wiadomosci Lekarskie*, v. LXXIII, n. 7, pp. 1533-1538, 2020. <https://doi.org/10.36740/wlek202007141>

KAIJA, Sandra. Issues in separation of criminal procedural functions. *Society. Health. Welfare*, v. 40, pp. 1-10, 2018. <https://doi.org/10.1051/shsconf/20184001010>

LAUREIRO-MARTINEZ, Daniella; BRUSONI, Stefano. Cognitive frexibility and adaptive decision-making: evidence from a laboratory study of expert decision makers. *Strategic Management Journal*, v. 39, n. 4, pp. 1031-1058, 2018. <https://doi.org/10.1002/smj.2774>

LAW no. 135 of 2010 on the new Code of Criminal procedure, published in the Official Journal of Romania no. 486 of 15 July 2010, into force on 1 February 2014.

LETH, Peter Mygind. Homicide by drowning. *Forensic Science, Medicine, and Pathology*, n. 15, pp. 233-238, 2019. <https://doi.org/10.1007/s12024-018-0065-9>

LIEM, Marieke; KRUSSELMANN, Katharina; EISNER, Manuel. From murder to imprisonment: Mapping the flow of homicide cases - A systematic review. *Homicide Studies*, v. 24, n. 3, pp. 220-241, 2020. <https://doi.org/10.1177/1088767920924447>

LORENTE, Jose A.; SAIZ, Maria; HAARKÖTTER, Christian; ROBLES-FERNANDEZ, Inmaculada; ALVAREZ-CUBERO, Maria J.; GALVEZ, Xiomara; MARTINEZ-GONZALEZ, Luis J.; LORENTE-REMON, Begona; ALVAREZ, Juan C. Genetic identification against traffic in human beings. *WIREs Forensic Science*, v. 3, pp. 1-13, 2021. <https://doi.org/10.1002/wfs2.1392>

MAGHERESCU, Delia. *Teoria generala a expertizelor criminalistice*. Bucharest: Hamangiu, 2021.

MAGHERESCU, Delia. *Achieving defense by means of forensic science during the criminal proceedings in Romania*, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 6, no. 1, pp. 117-146, 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.302>

MAGHERESCU, Delia. The victims' rights on the forensic examination during the penal procedure in Romania. In: ANDRASKO, Jozef; HAMULAK, Jiraj; KAHOUNOVA, Michaela (eds.) *Constitutional, Statutory and Criminological Attributes for Crime Victims*. Bratislava: Univerzita Komenského v Bratislave, pp. 136-142, 2018. Available at: https://www.flaw.uniba.sk/fileadmin/praf/Veda/Konferencie_a_podujatia/bpf_2018_new/Zbornik_BPF2018_sekcia_1.pdf. Accessed on: July 24, 2022.

MOISA, Cristina. *Problele in procesul penal. Practica judiciara adnotata*. Bucharest: Hamangiu, 2017.

MURPHY, Erin. Forensic Evidence. In: LUNA, Erik. (ed.), *Reforming Criminal Justice, Pretrial and Trial Processes*, v. 3, Phoenix: Arizona State University, 2017.

PĂCURARIU, Ioana. Pentru îndeplinirea condițiilor de legalitate a administrării probelor, este necesar ca autopsia medico-legală să fie efectuată de un expert medico-legal oficial? *Revista Universul Juridic*, n. 11, pp. 50-55, 2018.

PIZZARO, Jesenia M.; TERRILL, William; LO FASO, Charles A. The impact of investigation strategies and tactics on homicide clearance. *Homicide Studies. An Interdisciplinary and International Journal*, v. 24, n. 1, pp. 13-22, 2020. <https://doi.org/10.1177/1088767918816741>

RECOMMENDATION. Council of Ministers to the Member States on the rules of the European Prison Rules, no. R(87)3, 1987. Available at: <https://rm.coe.int/16804f856c>. Accessed on: July 22, 2022.

RIJIKOVA, Svetlana. Impactul expertizei psihologice asupra activitatii sistemului judiciar. *Revista de Stiinte Penale*, v. I, pp. 144-150, 2005.

SESSION PRELIMINARY Decision of 03 April 2015 of the Court of Appeal of Bucharest.

SILVA, Rhonan Ferreira; FRANCO, Ademir; MENDES, Solon Diego Santos Carvalho; PICOLI, Fernando Fortes; NUNES, Fernando Gomes; ESTRELA, Carlos. Identifying murder victims with endodontic radiographs. *Journal of Forensic Dental Sciences*, v. 8, n. 3, pp. 167-170, 2016. <https://doi.org/10.4103/0975-1475.195112>

SINGH, Narendra Nath; GOWHAR, Owais; AIN, Tasneem S.; SULTAN, Saima. Exploring trends in forensic odontology. *Journal of Clinical and Diagnostic Research*, v. 8, n. 12, 2014. <https://doi.org/10.7860/jcdr/2014/9976.5273>

STOIAN, Maria Georgeta; GALAN, Elena. Relația microurmă/ întreg stabilită prin metode spectrometrice moderne și formularea concluziei expertizelor fizico-chimice criminalistice. Available at: http://old.mpublic.ro/jurisprudenta/publicatii/relatia_microuрма_intreg.pdf. Accessed on: June 4, 2022.

TOCAN, Isabelle. Arestarea preventiva. In: UDROIU, Mihail (ed.), *Codul de procedura penala. Comentariu pe articole*, Third ed. Bucharest: C.H. Beck, 2020.

VALENZUELA, A.; MARTIN-DE LAS HERAS S.; MARQUES T.; EXPOSITO N.; BOHOYO, J.M. The application of dental methods of identification to human burn victims in a mass disaster. *International Journal of Legal Medicine*, v. 113, n. 4, pp. 236-239, 2000. <https://doi.org/10.1007/s004149900099>

VIDAICU, Mihaela. *Expertiza judiciara. Indrumar pentru avocati*. Sirius, 2015. Available at: https://www.bizlaw.md/wp-content/uploads/2017/02/Expertiza_juridiciara.pdf. Accessed on: June 3, 2022.

WHEATE, Rhonda Marie. Jury comprehension and use of forensic science. PhD Thesis: University of New South Wales, Australian Defence Force Academy, 2007. Available at: <https://unsworks.unsw.edu.au/entities/publication/15558eb1-17d8-4621-9d9d-a4b7e383c9a2>. Accessed on: July 22, 2022.

Author information

Delia Magherescu. Doctor in Law since 2005 awarded at the State University of Moldova, Republic of Moldova. Lawyer at Gorj Bar Association – Targu Jiu, Romania. delia_magherescu@yahoo.com

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

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

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

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

Dados do processo editorial

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

- Submission: 09/01/2022
 - Desk review and plagiarism check: 02/04/2022
 - Review 1: 27/04/2022
 - Review 2: 30/04/2022
 - Review 3: 05/05/2022
 - Preliminary editorial decision: 17/05/2022
 - Correction round return 1: 25/07/2022
 - Preliminary editorial decision 2: 06/08/2022
 - Correction round return 2: 08/08/2022
 - Final editorial decision: 09/08/2022
- Equipe editorial envolvida
 - Editor-chefe: 1 (VGV)
 - Revisores: 3

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

MAGHERESCU, Delia. Achieving Judgment by Means of Forensic Science During the Criminal Proceedings in Romania. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 8, n. 2, p. 929-964, mai./ago. 2022. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i2.672>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.

Teoria da Prova Penal

Criminal evidence theory

A gravação ambiental feita pela vítima de crime: análise da continuidade de sua licitude após a Lei n. 13.964/2019

Environmental recordings by the victim of crime: analysis of its legality persistence after Law n. 13,964/2019

Charles Martins¹

Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

charlesemi@hotmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/7026566605587409>

 <https://orcid.org/0000-0001-8772-1588>

Thiago Pierobom de Ávila²

Centro Universitário de Brasília - Brasília/DF, Brasil

thiago.pierobom@hotmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/0140889347238140>

 <https://orcid.org/0000-0001-8163-5806>

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo analisar o alcance interpretativo do art. 8º-A, § 4º, da Lei n. 9.296/1996, introduzido pela Lei n. 13.964/2019, que estabelece que apenas poderão ser utilizadas no processo penal as gravações ambientais feitas por um dos interlocutores sem o consentimento do outro “em matéria de defesa”. Indagou-se: são lícitas as gravações ambientais realizadas por vítima de crime? Quanto à metodologia, utiliza-se do raciocínio indutivo com uso de

¹ Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa, Mestre em Direito Público pela Universidade de Santa Cruz do Sul, Professor convidado da FMP, Promotor de Justiça do MPRS.

² Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa, com estágio de pós-doutorado em Criminologia pela Monash University, Professor Associado do PPG Direito do UniCEUB, Investigador afiliado do Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais da Universidade de Lisboa e do Gender and Family Violence Prevention Centre da Monash University, Promotor de Justiça do MPDFT.

revisão bibliográfica nacional e estrangeira e de decisões judiciais sobre o tema, especialmente dos EUA, Alemanha, Portugal, cortes europeia e interamericana de direitos humanos e do STF. Conclui-se que as gravações ambientais possuem uma tipicidade de violação dos direitos fundamentais à imagem e voz, bem como o direito ao auditório. Tal tipicidade é indicativa de ilicitude. Todavia, o princípio da proporcionalidade funciona como causa excludente da ilicitude. Assim, a situação de legítima defesa probatória pela vítima de crime pode justificar o uso de gravações clandestinas, sempre que o direito a ser protegido tiver valor superior à expectativa de privacidade e de proteção à voz e à imagem do autor de crime. Conclui-se com a necessidade de uma interpretação conforme à Constituição, para se entender o que a cláusula significa “em matéria de defesa de direitos fundamentais”.

PALAVRAS CHAVES: Gravação ambiental; Pacote Anticrime; Colisão de direitos fundamentais; Proporcionalidade.

ABSTRACT: *This paper aims to analyze the interpretative scope of art. 8-A, § 4, of Law No. 9.296/1996, introduced by Law No. 13.964/2019, which establishes that only environmental recordings made by one of the interlocutors without the consent of the other may be used in criminal proceedings “in matters of defense”. It was inquired: are legal the environmental recordings made by the crime victims? As for the methodology, it uses inductive reasoning with the use of national and foreign literature review and judicial decisions on the subject, especially from the USA, Germany, Portugal, European and Inter-American human rights courts and the Brazilian Supreme Court (STF). It is concluded that environmental recordings have a typicality of violation of the fundamental rights to image and voice, as well as the right to a hearing. Such typicality is indicative of illegality. However, the principle of proportionality works as an excluding cause of illegality. Thus, the situation of probative self-defense by the crime victim can justify the use of clandestine recordings, whenever the right to be protected has a higher value than the expectation of privacy and protection to the voice and image of the perpetrator of a crime. We conclude with the need for an interpretation in conformity with the Constitution, in order to understand that the clause means “in matters of defense of fundamental rights”.*

KEYWORDS: *Environment recording; Anti-Crime package; Collision of fundamental rights; Proportionality.*

INTRODUÇÃO

A crescente popularização do uso de instrumentos de gravação de voz e imagem, por meio das tecnologias cada vez mais acessíveis e frequentes no cotidiano (tais como câmeras de videovigilância, *smartphones*, *drones* etc.), vem multiplicando as possibilidades de comprovação, por vítimas de crime e particulares em geral, de vários ilícitos penais, desde aqueles mais leves e triviais, até graves crimes praticados contra bens jurídicos transindividuais, contra interesses da administração pública ou até mesmo aqueles envolvendo graves violações de direitos humanos.

Nessa conjuntura, tem-se que o Supremo Tribunal Federal (STF), por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n. 583.937, em 19 de novembro de 2009, em rito de “repercussão geral”, decidiu, de forma ampla e genérica, pela validade probatória da gravação de áudio e/ou vídeo feita de forma oculta, por particular, sem conhecimento do outro interlocutor. Essa “abertura” concedida pela excelsa Corte, aliada ao dinâmico progresso científico e ao exponencial uso da tecnologia, traz o risco de comprimir diversos direitos fundamentais, nomeadamente o direito à imagem e o direito à palavra falada, podendo comprometer a lealdade comunicativa nas relações humanas.

Recentemente, contudo, este tema foi regulamentado de modo diverso pelo denominado “Pacote anticrime” (Lei n. 13.964/2019), que alterou a lei das interceptações telefônicas para estabelecer que, apesar de a gravação ambiental ser diligência investigatória possível, mediante prévia decisão judicial, “A captação ambiental feita por um dos interlocutores sem o prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público poderá ser utilizada, em matéria de defesa, quando demonstrada a integridade da gravação” (Lei n. 9.296/1996, art. 8º-A, § 4º)³.

Uma leitura mais ligeira do novo dispositivo pode trazer a impressão de que a permissão do uso de gravação clandestina “em matéria de defesa” seria somente *pro reo*, contradizendo abertamente a anterior jurisprudência do STF. O presente artigo tem por objetivo, portanto,

³ Este dispositivo chegou a ser vetado pela Presidência, todavia o congresso o manteve, derrubando o veto. Ver: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2178170>

interpretar o alcance da nova regulamentação legal, relacionada à admissibilidade da prova obtida por particulares mediante violação aos direitos à imagem e à palavra, no contexto da gravação “clandestina” de conversa ambiental pela vítima de crime (como extorsão, coação, ameaças etc.), ou por terceiro legitimamente interessado em seu esclarecimento. Assim, busca-se responder à pergunta: são lícitas as gravações ambientais realizadas por vítima de crime? Parte-se da hipótese de que a permissão legal para uso desse tipo de gravação “em matéria de defesa” também abrange a legítima defesa dos direitos fundamentais da vítima de crime, devendo a supracitada regra processual ser interpretada à luz do princípio da proporcionalidade.

Quanto à metodologia, utilizamos do raciocínio indutivo com uso de revisão bibliográfica nacional e estrangeira e de decisões judiciais sobre o tema. O trabalho se iniciará com uma visão panorâmica do tratamento das gravações ambientais feitas por particulares no direito estrangeiro, com foco nos ordenamentos jurídicos dos EUA, Alemanha, Portugal, e referências pontuais a julgamentos do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). Essa escolha se justifica pela relevância da influência desses países na doutrina jurídico-criminal brasileira e pela compreensão de que a jurisprudência dos Tribunais internacionais de direitos humanos deve ser utilizada como parâmetro para as decisões do STF a respeito da interpretação dos direitos fundamentais (nesta quadra, sinteticamente entendidos como direitos humanos positivados)⁴.

Em seguida, analisaremos o modo como o tema era abordado na jurisprudência do STF antes do “Pacote anticrime”, sinalizando-se a fase inicial restritiva e a posterior admissibilidade ampla da gravação clandestina. O estudo do direito estrangeiro e da jurisprudência pátria iluminarão uma análise crítica quanto à possível concretização da violação aos direitos à imagem e voz nas gravações ambientais clandestinas, bem como ao denominado “direito ao auditório” do emissor (direito de decidir o círculo de pessoas que receberá sua palavra), decorrente dessas gravações.

⁴ Uma visão decolonial do processo penal deveria avançar com a análise da doutrina e jurisprudência de outros países latino-americanos. Não o fazemos aqui pela limitação de extensão deste trabalho.

Na sequência, veremos que essa violação de direitos poderá ter sua ilicitude excluída, à luz do princípio da proporcionalidade, quando se verificar a presença de um interesse prevalente, como é o caso de legítima defesa de direitos fundamentais, tanto pelo réu inocente, quanto pela vítima de crime. Por óbvio, não nos escapa o fato de que o processo legislativo que resultou na elaboração da norma em análise aparentemente relegou ao olvido a faceta dos interesses da vítima na problemática ora apresentada. Nada obstante, para além do argumento de autoridade que invoca a “vontade do legislador”, é essencial analisar a conformação constitucional da disposição à luz dos demais interesses em causa. De qualquer modo, como alerta Hassemer, a “qualidade objetiva da norma” nem sempre representa a “vontade do legislador”, pois, na maioria das vezes, em virtude de acordos políticos entre lideranças ou por falta de conhecimentos aprofundados sobre a matéria que está sob sua apreciação, nem mesmo o parlamentar tem clareza do resultado do seu voto (HASSEMER, 2008, p. 219). Esperamos, dessa forma, contribuir com o esclarecimento do alcance hermenêutico do art. 8º-A, § 4º, da Lei n. 9.296/1996, assegurando sua compatibilidade com as diretrizes constitucionais.

1. O TRATAMENTO DA PROIBIÇÃO DE GRAVAÇÕES AMBIENTAIS POR VÍTIMAS DE CRIME NO DIREITO ESTRANGEIRO

Nos EUA, como é inerente a um país do sistema *Common Law*, as denominadas *exclusionary rules* são concebidas como remédios contra violações constitucionais desenvolvidos pela Suprema Corte em julgamentos de casos de direito (*case law*) sobre a validade de provas em face das seguintes Emendas Constitucionais: IV (garantia contra buscas e apreensões arbitrárias contra buscas e apreensões arbitrárias), V (devido processo legal), VI (garantia de assistência de advogado, e *confrontation clause*) e XIV (extensão aos Estados das garantias constitucionais) (KLOTTER, 2002, p. 228 e ss.). Pode ser citada, nesse contexto, uma série de precedentes emblemáticos, tais como os casos *Weeks v. EUA* (1914), *Miranda v. Arizona* (1966), *Gideon v. Wainwright* (1963), e *Wolf v. Colorado* (1949).

A plena extensão das *exclusionary rules* a todos os procedimentos penais existentes nos EUA, independentemente de as investigações serem presididas ou executadas por agentes estaduais ou federais, somente veio

a ocorrer em *Mapp v. Ohio*, de 1961. Foi nessa fase, conhecida como de *judicial activism*, que a Suprema Corte, por maioria, derogou o aludido precedente *Weeks*, que dava liberdade para os Estados federados estabelecerem seus próprios remédios contra violações de direitos. Nesse diapasão, proclamou que as *exclusionary rules* eram mais do que apenas regras de direito probatório, elevando-as ao nível de normas constitucionais, ao afirmar que, em sendo o direito à privacidade de base constitucional, nele residia uma garantia contra invasões graves por agentes do Estado. Logo, não se poderia mais permitir que tal direito permanecesse uma promessa vazia (KAMISAR, 2002, p. 113).

Posteriormente, houve uma nova alteração nessa compreensão, entendendo atualmente a Suprema Corte que as *exclusionary rules* são regras de procedimento probatório, cujo principal objetivo é dissuadir as autoridades de persecução criminal de violações à constituição (*deterrence effect*), de forma a afiançar ao povo que não será admitido que o Estado se beneficie de suas condutas ilegais. Assim, em *EUA v. Calandra*, de 1974, e depois em *EUA v. Jacobsen*, de 1984, a Suprema Corte consolidou o entendimento de que as *exclusionary rules* não se aplicam aos particulares, quando estes produzem a prova ilícita, pois essa limitação está ligada à imposição de limites à atuação de agentes estatais, em prol de liberdades individuais. No entanto, quando os particulares agem sob ordem e direção dos órgãos policiais, as provas por eles obtidas estão sujeitas às *exclusionary rules*, conforme decidido em *EUA v. Henry*, de 1980 (WAYNE, 2000, p. 110 *et seq.*).

Na Alemanha, a compreensão de que existem “proibições probatórias” (*Beweisverbote*) advém de precursor trabalho de Ernst Beling, em 1903. Como a Lei Fundamental alemã (*Grundgesetz* – GG), de 1949, não possui uma regra expressa inadmitindo as provas obtidas por meio ilícito, a matéria é tratada no âmbito do regramento dos direitos fundamentais, especialmente no que diz respeito à proteção da inviolabilidade da dignidade humana (art. 1º) e da proteção ao direito do livre desenvolvimento da personalidade (art. 2º), bem como dos consectários decorrentes do princípio do Estado de Direito (art. 20º) (AMBOS, 2009, p. 61).

Em termos infraconstitucionais, o CPP alemão (*Strafprozessordnung* – StPO), conquanto estabeleça uma regulação mínima de garantias contra violações às liberdades individuais, designadamente do que

dispõe o seu § 136.a (que trata dos métodos proibidos de interrogatório), igualmente não apresenta uma regra genérica proibindo a utilização de provas ilícitas. Dessa forma, o entendimento germânico a respeito da matéria é fruto do hercúleo trabalho da doutrina e da jurisprudência para o fortalecimento do direito material por meios processuais, criando teorias que reconhecem proibições da prova com fundamento direto na GG (ANDRADE, 1992, p. 90).

Nessa esteira, o Tribunal Federal de Justiça (*Bundesgerichtshof* – BGH) e o Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht* – BVerfGE), durante alguns anos, trabalharam com a denominada “teoria das esferas jurídicas” (*Rechtskreistheorie*). Desde a década de 1990, todavia, prepondera na jurisprudência a aplicação da “teoria da ponderação” (*Abwägungslehre*), fulcrada no princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsgrundsatz*), a qual orienta que se devem sopesar os interesses de uma administração da justiça funcional e o peso da garantia constitucional. Assim, o juízo de admissibilidade das provas deve ser proporcional à gravidade do crime e ao nível de suspeita do arguido, almejando a utilização do meio menos gravoso para elucidação dos fatos (GÖSSEL, 1992, p. 397).

Importante sublinharmos que a doutrina alemã dominante reconhece uma clara diferenciação no conceito geral de “proibições probatórias” entre as “proibições de produção de prova” (*Beweiserhebungsverbote*) e as “proibições de valoração da prova” (*Beweisverwertungsverbote*). As primeiras são extraídas de normas que limitam a obtenção de provas; as segundas regulam o uso judicial das provas obtidas, podendo estar dispostas em lei ou derivar de fundamentação teórica. Tal distinção é importante porque permite que, eventualmente, uma violação de proibição de produção não gere, forçosamente, uma proibição de valoração, da mesma forma que a não violação à regra de produção probatória também não gera, automaticamente, a necessária permissão de sua valoração (AMBOS, 2009, p. 64 *et seq.*).

Ao contrário do que acontece nos EUA, precedentes antigos dos tribunais alemães reconhecem a possibilidade de o particular ser alcançado pelas proibições de prova. A aplicação da teoria nesse contexto, entretanto, é menos incisiva, pois, segundo a doutrina majoritária, as regras de proibição de produção de prova se destinam primeiramente às

instâncias formais de controle e de persecução criminal. Assim, os tribunais germânicos têm entendido como “valoráveis” as provas ilicitamente obtidas por particulares, exceto quando em casos de grave violação de direitos humanos fundamentais ou quando atuam como *longa manus* das autoridades responsáveis pela persecução criminal (ROXIN, 2019, p. 306).

A jurisprudência do BVerfGE, desde o primeiro “Caso *Lebach*” e depois no segundo “Caso do gravador”, ambos de 1973, reconhece que os direitos à imagem e à palavra falada afloram do direito fundamental ao pleno desenvolvimento da personalidade, previsto no art. 2º, § 1, da GG. Por isso, a gravação e a utilização da imagem e da palavra exigem autorização do titular do direito (ANDRADE, 2013, p. 169). Na Alemanha, assim como em outros países europeus, é crime a gravação clandestina da palavra, feita por um particular, sem consentimento do outro interlocutor, nos termos § 201, do Código Penal alemão (StGB). Apesar dessa regra, em diversos precedentes o BVerfGE tem realizado a admissão de gravações ambientais produzidas por particulares realizando a ponderação de interesses, em casos de legítima defesa probatória ou equiparáveis a ela, para o esclarecimento de crimes especialmente graves, para descobrir a autoria de chantagens ou difamações anônimas, bem como para comprovar a inocência de uma pessoa (ANDRADE, 1999, p. 819).

Diante desse contexto legal, doutrinário e jurisprudencial germânico, é possível concluirmos que as denominadas “gravações clandestinas”, a princípio, são consideradas proibidas. Porém, em determinadas situações, elas podem ser genericamente valoradas, dentro de uma análise casuística feita à luz do método da ponderação, avaliando se havia uma justa causa para a realização da gravação ambiental e sua utilização em juízo. A situação de a vítima de crime realizar gravação ambiental é uma das situações aceitas como legítimas nessa ponderação de interesses.

Já em Portugal, o referencial normativo para as proibições de prova parte do que dispõe o art. 32, n. 8, da Constituição da República Portuguesa (CRP), o qual estabelece um regime que distingue duas grandes espécies de proibições, consoante os métodos atinjam a integridade física e moral ou atinjam a privacidade da pessoa humana. Na primeira espécie, há um quadro de interdição absoluta e, na segunda, um quadro de interdição relativa dos métodos de prova, que poderá ser afastada pelo consentimento do titular do direito ou pelas restrições

constitucionais desses direitos, nos termos do art. 34, n. 2, 3 e 4, da CRP (MENDES, 2014, p. 180).

No âmbito infraconstitucional, sob a epígrafe de “métodos proibidos de prova”, o art. 126 do CPP português regulamenta, de forma ampla, a proibição de obtenção e de valoração dos meios de prova, repetindo a distinção constitucional entre proibições absolutas e proibições relativas. Nas hipóteses do art. 126, n. 1 e 2, que tratam das violações à integridade física ou moral das pessoas, vigora uma proibição absoluta; no caso do n. 3, que trata da proteção à vida privada, a proibição pode ser removida pelo consentimento do titular dos direitos em causa ou afastada por mandados expedidos na forma da lei (ALBUQUERQUE, 2011, p. 335).

A doutrina portuguesa discute se o preceito do art. 126 do CPP dirige-se apenas às autoridades de persecução criminal e aos particulares que agem sob a determinação ou orientação delas, na linha da jurisprudência americana sobre as *exclusionary rules* e de parcela da doutrina germânica a respeito da *Beweiserhebungsverbote*, ou, pelo contrário, se essa norma alcança também todos os particulares. De um lado, há uma corrente no sentido de que as proibições de produção de prova não se dirigem aos particulares, pois não estão vinculados a essa norma processual, entendendo que, caso um particular venha a obter uma prova proibida, a questão ficará na esfera da valoração da prova, impondo-se aos órgãos de aplicação da lei penal a renúncia à sua utilização, sempre que a sua obtenção implique um atentado intolerável a direitos humanos (MENDES, 2014, p. 181). A outra corrente sustenta que o direito português privilegia a dimensão substantiva da matéria de proibições de prova, como instrumento de garantia dos direitos fundamentais do sujeito passivo da persecução penal, sendo uma das implicações dessa compreensão a extensão das proibições de prova aos particulares. Essa última corrente apresenta um argumento racional-teleológico, ao afirmar que seria contraditório o legislador precluir a valoração de meio de prova obtido por particulares mediante violação à palavra e à imagem, mas, ao mesmo tempo, admitir as provas logradas por particulares à custa de violações tão ou mais intoleráveis a bens jurídicos pessoais, previstos no referido art. 126 do CPP (ANDRADE, 1992, p. 196).

Apesar dessa divergência sobre a extensão do art. 126 do CPP, todas as regras sobre proibições de prova, embora representem limites

à descoberta da verdade, constituem meios processuais para tutela de direitos materiais, garantindo a integridade de bens jurídicos prevalentemente individuais. Contudo, nem todas as violações de proibições de prova constituem crime (v.g. art. 355 do CPP), e nem todas as provas criminalmente ilícitas são processualmente proibidas, pois poderão, por exemplo, ser valoradas se o titular do direito autorizar (ALBUQUERQUE, 2011, p. 463).

Nesse toar, o direito à palavra e o direito à imagem são direitos fundamentais expressamente consagrados no art. 26, n. 1, da CRP e, portanto, autônomos em relação aos direitos à intimidade e à privacidade (CANOTILHO, 1998, p. 362). Em Portugal, a proteção desses direitos tem dignidade penal, sendo crime a gravação de voz e de imagem sem consentimento do visado (art. 199 do CP). No âmbito processual, há regramentos específicos. O CPP regulamenta a realização da escuta telefônica (arts. 187 e 188) e da escuta ambiental (art. 189), proliferando diversos regimes na legislação avulsa, como, por exemplo, o que prevê o regime aplicável ao crime organizado (Lei n. 5/2002), o que regulamenta a utilização de câmeras de vídeo pelas forças e serviços de segurança em locais públicos (Lei n. 1/2005), existindo, inclusive, uma lei sobre os circuitos internos de videovigilância utilizados por entidades privadas (DL n. 35/2004). São características gerais desses regimes avulsos a prévia permissão legal, a proporcionalidade, a lealdade (colocação de avisos) e o controle pela autoridade administrativa (CAIRES, 2014, p. 286).

Em Portugal, portanto, a gravação ambiental clandestina feita por particulares é ilícita, como regra geral, sendo fato penalmente típico. Todavia, há divergência sobre a possibilidade de se relativizar esse quadro legal e admitir a valoração dessa prova quando houver uma justa causa, como, v.g., situações de legítima defesa probatória pela vítima de crime. Para alguns, é necessária a busca de um equilíbrio virtuoso entre os diversos interesses envolvidos, de modo que nenhum seja excessivamente prejudicado, pois, embora o Estado não deva se beneficiar de ações ilícitas levadas a efeito por particulares, devido à sua tarefa constitucional de proteção dos direitos fundamentais, também não se pode desconhecer o seu dever igualmente constitucional de tutela penal efetiva (COSTA, 2013, p. 304). Já para outros, o regime legal da prova ilícita

do CPP já é um juízo de ponderação feito pelo legislador, e o julgador não se encontra constitucionalmente legitimado a ultrapassar a opção legislativa, pois isso amplificaria a insegurança jurídica e contribuiria para enfraquecer a importante função preventiva existente no regime legal da proibição da prova (MORÃO, 2006, p. 602).

O Supremo Tribunal de Justiça português, por sua vez, no Processo n. 22/09.6YGLSB.S2, de 28 de setembro de 2011, consolidou o entendimento de que o direito à palavra e o direito à imagem não devem ser sacralizados de tal forma que se sobreponham a todo e qualquer tipo de ponderação com outros valores, assentando que o princípio da proporcionalidade deve estabelecer quais interesses não de prevalecer. Assim, há casos em que a utilização da gravação oculta e/ou não autorizada dependerá da posição jurídica de quem a faz. Especificamente na situação de a vítima de um delito realizar a gravação com a finalidade de facilitar a perseguição desses crimes, reconheceu-se que há um estado de legítima defesa ou mesmo de outras dirimentes que excluem a ilicitude dessas gravações, pois há uma prevalência do interesse de quem faz a gravação (vítima), sobre o de quem invoca o sigilo (ofensor). Consoante proclamou o Relator, o direito à segurança, embora não seja um direito absoluto, é um direito constitucional que, qualitativamente, está num nível equiparável a outros direitos fundamentais, os quais não deixam de estar sujeitos a um necessário juízo de ponderação de valores.

Em síntese, do arcabouço legal, doutrinário e jurisprudencial lusitano depreendemos que as gravações ocultas de áudio e/ou vídeo, sem consentimento do visado, são a princípio processualmente inadmissíveis e materialmente configuram fato típico criminal. Todavia, pela via da hermenêutica, reconhece-se uma “legítima defesa” ou “direito de necessidade justificante” (equivalente ao nosso “estado de necessidade”), alargando-se o uso de uma ponderação global e concreta do conflito de interesses em jogo, inerente ao princípio da proporcionalidade, que se consubstanciará em princípio reitor da matéria. Trata-se, enfim, de uma abordagem convergente com o sistema alemão, em que a proteção à palavra e à imagem cessa quando aquilo que se deseja proteger transforma-se em meio para a prática de crime.

Em arremate, é importante levarmos em consideração a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), uma vez

que as suas decisões são utilizadas como parâmetros para as decisões legislativas e judiciais de vários países no âmbito europeu, bem como influenciam a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), o que, por sua vez, reflete no direito brasileiro (MAZZUOLI, 2014, p. 1007).

Considerando que o TEDH trabalha com a análise de ordenamentos jurídicos díspares, sua jurisprudência busca construir um arcabouço de padrões mínimos de respeito aos direitos humanos. Há tendência pelo uso da técnica da ponderação, considerando-se que a Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) indica a necessidade de que se sopesa a proteção dos direitos humanos individuais em face da proteção dos interesses públicos inerentes ao processo penal. Assim, no que diz respeito à admissibilidade de provas ilícitas em processo penal, a jurisprudência do TEDH vem assentando que não há um direito fundamental à exclusão da prova ilicitamente obtida. Nesse toar, proclamando que a questão é de mera valoração probatória, afirma que os parâmetros de admissibilidade de provas, em tese ilícitas, são matéria afeta aos sistemas jurídicos internos de cada país, e que as suas decisões se limitam à apreciação da compatibilidade entre o procedimento adotado pelo Estado e os parâmetros do processo justo, exigido pela CEDH (art. 6º), de forma a garantir os direitos ao contraditório, à paridade de armas, à audiência e ao reexame das decisões judiciais, entre outros. Dessarte, o TEDH entende que a concessão de oportunidades processuais para a discussão sobre a validade da prova é suficiente para conferir ao processo a qualidade de justo, como se pode ver em *Khan v. Reino Unido*, de 2000. O TEDH entende que não é sua função corrigir eventuais erros de interpretação dos tribunais nacionais, a menos que tenha ocorrido grave violação à essência dos direitos humanos previstos na CEDH, de forma que a exclusão da prova tem sido aplicada apenas em casos extremos (MOURA, 2010, p. 169 e p. 317 *et seq.*).

Para o objetivo central deste trabalho, o precedente mais relevante do Tribunal de Estrasburgo é o famoso *Schenk v. Suíça*, de 1988, caso em que um particular gravou clandestinamente uma conversa telefônica com o investigado. Tal como na Alemanha e em Portugal, o artigo 179 do CP suíço tipifica essa gravação clandestina como crime, portanto ela

era ilícita e não poderia, em princípio, ser admitida no processo⁵. No entanto, devido à gravidade do crime, os tribunais suíços admitiram a valoração da prova produzida ilicitamente pelo particular. A defesa de Schenk recorreu ao TEDH, argumentando que o entendimento sufragado pela justiça suíça violava a CEDH, pois ofendia o direito a um processo e julgamento justos e o direito à presunção de inocência (art. 6º, n. 1 e 2, da CEDH). Entretanto, o TEDH aceitou o juízo de ponderação feito pelos tribunais suíços, ao deliberar que a admissão ou não de determinada prova proibida é algo que diz respeito primordialmente à jurisdição interna de cada país. Ademais, o processo deve ser considerado no seu conjunto, incluindo a forma como as provas são tratadas, tudo de modo a satisfazer as exigências de um processo justo, no sentido do art. 6º, n. 1, da CEDH, pelo que a condenação de Schenk não mereceria ser alterada.

No entanto, no caso *A. v. França*, de 1993, o TEDH decidiu que foi violado o direito ao respeito da “correspondência” (art. 8º da CEDH) em um caso no qual uma médica de Paris foi acusada de envolvimento numa tentativa de homicídio. Entre as provas obtidas para a condenação estava a gravação de uma conversa telefônica dela com outro suspeito que se tornara colaborador da polícia e havia consentido em fazê-la de modo clandestino. Esse precedente alinha-se à doutrina estrangeira, acima citada, no sentido de que o particular não pode ser convertido num *longa manus* das instâncias formais de persecução criminal, no escopo de produzir provas ilícitas.

No âmbito interamericano, o controle da observância à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) é feito pela Corte IDH. Segundo a doutrina, somente no final da década de 1990, por pressão da Comissão IDH, a Corte IDH começou a implementar o denominado “controle contencioso de convencionalidade” (MAZZUOLI, 2011, p. 84), ordenando a modificação das regras de direito interno, bem como novos

⁵ Nesse caso, um cidadão, visando à morte da esposa, contratou os serviços de um ex-militar. Entretanto o contratado relatou à esposa do contratante a intenção deste, tendo ambos levado o caso às autoridades policiais. Sucedeu-se que durante o período das investigações, de modo autônomo, o ex-militar gravou clandestinamente uma incriminadora conversação telefônica mantida com o contratante, a qual foi utilizada de forma decisiva em seu julgamento, que resultou em condenação pelo crime de indução ao homicídio.

julgamentos por um Estado parte, o que ficou consolidado no caso *Castillo Petruzzi e outros v. Peru*, de 1999 (PELLEGRINI, 2010, p. 82 *et seq.*).

De lá para cá, não há registro de nenhum precedente que esteja especificamente ligado ao objeto deste nosso estudo. Todavia, segundo a doutrina, igualmente em matéria de prova proibida, a Corte IDH segue, em grande parte, a jurisprudência desenvolvida pelo TEDH somente determinando a exclusão da prova em casos de grave violação dos direitos humanos, como se verificou em *Cabrera García y Montiel Flores v. México*, de 2010, relacionado à confissão obtida por meios cruéis e desumanos. Esse precedente estabelece um limite claro à proporcionalidade na avaliação de provas ilícitas: a intangibilidade absoluta da integridade física e moral da pessoa humana (SANTALLA VARGAS, 2010, p. 234).

Assim, transpondo a jurisprudência do TEDH e da Corte IDH para o problema em pauta, verificamos que essas Cortes dificilmente reconheceriam como absolutamente ilícita a prova obtida por meio da “gravação clandestina” feita pela vítima de crime, seja por não considerarem a “gravação clandestina” um caso grave de violação de direitos humanos, seja porque tais cortes aceitam o juízo de ponderação feito pelos tribunais dos Estados partes, metodologia que elas próprias adotam, ao analisar a matéria de proibições de prova.

2. O TEMA DA GRAVAÇÃO AMBIENTAL PELA VÍTIMA DE CRIME NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO ANTES DA LEI N. 13.964/2019

O direito à prova no processo penal tem dignidade constitucional, pois é a garantia de efetivação das cláusulas do contraditório e da ampla defesa, bem como do devido processo legal (art. 5º, LV e LIV, da Constituição Federal – CF). Tal direito está fundado numa lógica civilizada e racional para a resolução judicial dos conflitos (GOMES FILHO, 1997, p. 13 e 61).

Assim como todos os direitos fundamentais, o direito à prova não é absoluto, devendo ser interpretado em harmonia com os demais direitos fundamentais protegidos pelo ordenamento jurídico. Nesse toar, a CF proclama que são inadmissíveis no processo as provas obtidas por

meio ilícito (art. 5º, LVI). Portanto, a proibição da prova ilícita no Brasil ostenta a dignidade de garantia de um processo justo (LIMA, 2014, p. 564).

Entre nós, é usual a distinção, dentro do “gênero” prova proibida, entre prova *ilícita* e *ilegítima*, o que vem a ser fruto, sobretudo, do magistério de Ada Pellegrini Grinover calcado, por sua vez, nos ensinamentos do jurista italiano Pietro Nuvolone. Nessa linha, ilegítimos são os meios de provas realizados em contrariedade às leis processuais; já as provas ilícitas (*rectius*, fontes ilícitas de prova) são aquelas produzidas em afronta às leis de direito material (penal e constitucional). Dessa forma, enquanto na prova ilegítima a ilegalidade ocorre no momento de sua produção dentro do processo, a prova ilícita pressupõe uma ilegalidade na sua fonte, que em geral existe num momento anterior ao processo, mas sempre externamente a este, cujo exemplo clássico é a proscrição absoluta da tortura (GRINOVER, 1982, p. 96).

As provas ilegítimas podem gerar nulidade absoluta ou relativa, ou ainda mera irregularidade, nos termos do art. 563 e seguintes do CPP brasileiro. Já a prova ilícita, à partida, não deve ser admitida no processo, porquanto proibida pela CF, mas, se indevidamente o for, ela deverá ser desentranhada, ou seja, excluída e destruída (art. 157, § 3º, do CPP), não havendo que se falar em nulidade, até mesmo porque o vício é exterior ao processo. Logo, o regime da inadmissibilidade não se confunde com o da nulidade (GOMES FILHO, 1997, p. 95).

Em relação à denominada gravação clandestina, o ordenamento jurídico brasileiro - até o advento do denominado “Pacote anticrime” - apenas regravava os atos de investigação levados a efeito pelas instâncias formais de persecução criminal, de tal sorte que poderia ser classificada como um meio de obtenção de prova “atípico”, porquanto não catalogado em lei. Nesse contexto, como diligências investigatórias mais invasivas aos direitos à intimidade, à privacidade, à imagem e à palavra falada, a legislação brasileira até então somente regulamentava a “interceptação telefônica” e a “captação ambiental” nas Leis n. 9.296/1996 e n. 12.850/2013, exigindo prévia decisão judicial e avaliação da gravidade do crime, conforme catálogo legal taxativo. Com o advento da Lei n. 13.964/2019, o legislador passou a utilizar a expressão captação ambiental para se referir a toda e qualquer captação e registro de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos. A doutrina pátria, porém, sempre

fez distinção entre a “interceptação” como sendo a captura do diálogo feita por terceiro, sem o conhecimento de nenhum dos interlocutores; a “escuta” como sendo a captação feita por terceiro com o conhecimento de um dos interlocutores; e a “gravação clandestina” como a captação feita por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro participante no diálogo (AVOLIO, 2010, p. 118).

A doutrina reconhece que o regramento legal restritivo da captação ambiental de sinais acústicos refere-se à coleta e ao registro de comunicação entre pessoas, por um terceiro, em operação oculta e simultânea à comunicação, sem o conhecimento dos interlocutores ou com o conhecimento de somente parte deles, e não à gravação realizada pelo próprio interlocutor (MALAN, 2017, p. 59). A maioria da doutrina debruça-se sobre a discussão da ilicitude das interceptações e escutas que, quando realizadas pelas autoridades de persecução penal, tecem críticas ao regramento legal (ARANTES FILHO, 2013; MALAN, 2017; ABREU, SMANIO, 2020). O presente trabalho é restrito ao âmbito da gravação ambiental sem o consentimento do visado, discutindo o alcance da ilicitude dessa prova produzida por particular, quando age sem conhecimento das agências estatais de controle do crime.

A doutrina e a jurisprudência no Brasil usualmente não fazem a supracitada distinção entre “proibição de *produção* de prova” e “proibição de *valoração* da prova”, preferindo-se falar apenas em “inadmissibilidade da prova ilícita”. Nesse diapasão, ainda que sem confrontar essa diferenciação entre “produção” e “valoração”, Ada Grinover está entre os autores que, de forma precursora, trataram da questão em debate nesta quadra laborativa. No entender da autora, é irrelevante indagar se o ilícito foi cometido por agente público ou por particular, porque, em ambos os casos, a prova será obtida com violação aos princípios constitucionais, devendo sempre ser repudiada, não se revelando cabível a utilização da proporcionalidade do direito germânico ou da razoabilidade da jurisprudência norte-americana (GRINOVER, 1982, p. 15 e 62).

Doutra banda, acolhendo a perspectiva norte-americana da problemática em tela, segmento minoritário na doutrina brasileira aceita a prova obtida ilicitamente por particulares, ao afirmar que a vedação da prova ilícita é uma garantia do indivíduo contra o Estado, ou seja, o art. 5º, LVI, da CF, tem uma função pedagógica reservada aos agentes

estatais, como fator inibitório e intimidatório de eventuais práticas ilegais perpetradas por policiais e outros órgãos responsáveis pela produção da prova (OLIVEIRA, 2009, p. 330). Aliás, a própria Ada Grinover, em obra conjunta posterior, admite a prova ilícita a favor do arguido em nome da proporcionalidade, um avanço com relação ao seu posicionamento inicial pela inadmissibilidade absoluta (GRINOVER et al., 2009, p. 116).

Já no âmbito da jurisprudência do STF, é possível distinguir dois momentos: um inicial de proscrição das gravações clandestinas, e um segundo momento de admissibilidade, especialmente quando se trata de gravação feita pela vítima de crime.

A orientação inicial da jurisprudência do STF foi no sentido de que gravações clandestinas são *ilícitas*, diante da violação da privacidade e da “moralidade dos meios probatórios”. Um dos primeiros precedentes nesse sentido é de 1977 (RE n. 85.439/RJ), quando se entendeu inadmissível a pretensão do marido de fazer uso de gravação clandestina de conversa telefônica da esposa em ação de desquite, considerando-se que houve uma violação do direito à privacidade e a inadmissibilidade de sua utilização em processo judicial.

Após esse julgamento, no mesmo sentido seguiram-se outras decisões, em casos cíveis e penais⁶. Esse entendimento foi referendado, já na égide da atual ordem constitucional, pela composição plena da excelsa Corte por ocasião do famoso “Caso Collor”, oportunidade em que também se adotou a doutrina da inadmissibilidade da gravação clandestina, ao proclamar o reconhecimento constitucional à privacidade⁷.

⁶ Respectivamente: RE n. 100094/PR, Primeira Turma, de 1984, e RHC n. 63834/SP, Segunda Turma, de 1986.

⁷ Ação Penal (AP) n. 307/DF, Pleno, de 13/12/1994. O tema voltou a ser apreciado no RE n. 251.445, de 2000, oportunidade em que o Ministro-Relator, em decisão monocrática, indeferiu o seguimento do apelo extremo, entendendo que a prova ilícita obtida por particular também é alcançada pela inadmissibilidade prevista na Constituição, porque sempre lesará direitos da personalidade elevados a direitos fundamentais. O caso tratava de um odontólogo investigado por abusar sexualmente de pacientes menores de idade. Um terceiro entrou no consultório dele e furtou documentos que o incriminavam, com a finalidade de extorqui-lo. Não obtendo êxito nesse intento, entregou-os à polícia. O então Min. Celso de Mello considerou essa documentação inadmissível como fonte de prova. Interessante destacar que, nas decisões do ex-ministro, existe a mesma contradição que verificamos na doutrina de

Todavia, em um segundo momento, a jurisprudência do STF progressivamente passou a entender que a orientação de total imprestabilidade das gravações clandestinas produzidas por particulares conduzia a situações de intolerável injustiça. Nessa senda, passou a admitir a validade dessa prova nos casos em que houvesse uma excludente da ilicitude, a ser utilizada em proveito do autor da gravação para a defesa da legitimidade do seu ato⁸.

Essa sucessão de decisões acabou progredindo para o entendimento registrado na ementa do RE n. 402.035/SP, julgado em 2003, no sentido de que “A gravação feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, nada tem de ilicitude, principalmente quando destinada a documentá-la em caso de negativa”. Tal decisão marca o início de uma série de outros precedentes que ensejarão o *overruling* da jurisprudência anterior⁹. A consolidação deste novo entendimento foi alcançada com o julgamento de caso submetido ao rito da repercussão geral, nos seguintes termos:

Ação penal. Prova. Gravação ambiental. Realização por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Validade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário provido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro.

(STF, RE n. 583937, rel. Min. Cezar Peluso, Pleno, j. 19/11/2009)

Ada Grinover, pois ambos invocam as *exclusionary rules* para sustentar seus posicionamentos a respeito da prova proibida. Todavia o entendimento deles a respeito da possibilidade de particular produzir prova ilícita é contraditório com a jurisprudência norte-americana, na medida em que ela está consolidada em se aplicar somente às autoridades policiais e não aos particulares, conforme acima visto.

⁸ Nesse sentido: HC n. 75261/MG, de 1997, HC n. 74678-1/SP, de 1997 e HC n. 75.338/RJ, de 1998.

⁹ No HC n. 84.203/RS, em 2004, veio a ser admitida a gravação de imagens feitas no *box* de uma garagem particular por uma vítima do crime de dano. No Agravo de Instrumento (AI) n. 503617/PR, em 2005, o Ministro-Relator afirmou genericamente que a “jurisprudência do Supremo Tribunal Federal orienta-se no sentido da litude da gravação de conversa entre dois interlocutores, gravação realizada por um deles”.

Esse caso tratava de prova ilícita realizada pelo próprio acusado, destinada a provar sua inocência, apesar de o verbete sumulado ter alcance muito além desta hipótese específica, entendendo que toda a gravação ambiental feita por um dos interlocutores não é ilícita. Nessa oportunidade, o Ministro relator argumentou que a jurisprudência do STF distingue a “gravação clandestina” da “interceptação clandestina”, porque a primeira não viola o disposto no art. 5º, XII, da CF, que protege o sigilo de comunicações telefônicas. Na visão do Relator, acompanhada pela maioria, a situação comunicativa é considerada como algo *proprium* dos interlocutores. Assim, não haveria em regra violação ao sigilo da comunicação se o próprio sujeito participante do diálogo revelar seu teor a terceiros, exceto em situações limitadas de obrigação legal ou contratual de sigilo. E, se o interlocutor pode revelar o teor do diálogo, pode registrar o conteúdo do diálogo para comprovar o que vier a revelar.

3. GRAVAÇÕES CLANDESTINAS: ENTRE OS DIREITOS À IMAGEM E VOZ E A LEGÍTIMA DEFESA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.

A Lei n. 13.964/2019 introduziu na Lei n. 9.296/1996 um art. 8º-A para regulamentar a “captação de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos”, para fins de investigação ou instrução criminais. Exige-se prévia autorização judicial e uma concretização do princípio da proporcionalidade, especialmente a inexistência de outro meio menos gravoso (necessidade), indícios da participação em crime (adequação) com pena superior a 4 anos (proporcionalidade em sentido estrito). Em seu art. 10-A, há a criação do crime de captação ambiental sem ordem judicial, todavia o § 1º desse dispositivo expressamente dispõe: “Não há crime se a captação é realizada por um dos interlocutores”.

Ademais, o novo art. 8º-A, § 4º, determina: “A captação ambiental feita por um dos interlocutores sem o prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público poderá ser utilizada, em matéria de defesa, quando demonstrada a integridade da gravação”. O novo regramento legal indica maior rigidez na admissibilidade da gravação ambiental em processo penal. Uma leitura apressada desse dispositivo indicaria que apenas em temas *pro reo* é que seria possível a utilização de gravação ambiental clandestina. Entendemos que este não é o melhor entendimento.

A adequada hermenêutica da nova legislação, à luz das diretrizes constitucionais protetoras dos direitos fundamentais, deve passar por duas análises: (i) o reconhecimento da restrição dos direitos à voz e imagem nas gravações clandestinas; e (ii) o reconhecimento da possibilidade de uma legítima defesa ou mesmo de um estado de necessidade probatório, como dirimentes dessa ilicitude, guiadas pelo princípio da proporcionalidade, em casos de graves violações a direitos fundamentais.

Como acima dito, nos EUA o tema das gravações ambientais feitas por particulares não é alcançada pelas *exclusionary rules*, tidas como uma proibição direcionada às autoridades policiais. Tanto na Alemanha quanto em Portugal, considera-se que a gravação clandestina traz em si uma violação dos direitos à imagem e à palavra falada que enseja, a princípio, a sua não admissibilidade como meio de prova. Porém, a jurisprudência desses países consagra exceções relacionadas à legítima defesa de direitos fundamentais, como é tanto o caso do réu inocente, como o caso da vítima que se defende da prática de crime.

No Brasil, os precedentes recentes do STF têm genericamente validado o uso das gravações clandestinas como meio de prova, sem levar em consideração se houve ou não justa causa para a sua realização. Nesta linha, a nova regulamentação do crime de captação ambiental expressamente excluiu da incidência típica as gravações feitas pelo próprio interlocutor (Lei n. 9.296/1996, art. 10-A, § 1º).

Esta não nos parece ser a melhor solução, à luz do art. 5º, X, da CF, que elevou o direito à imagem ao estatuto de direito fundamental autônomo em face dos direitos à intimidade e à privacidade. Já o direito à palavra, que em geral não recebe maior atenção pela doutrina penal ou processual penal brasileira, contém uma tutela reflexa no âmbito dos direitos à intimidade e ao sigilo e à privacidade das comunicações (MORAES, 2013, p.68). Contudo, deve-se considerar que o conteúdo essencial dos direitos à imagem e à palavra refere-se a todas as captações possíveis da aparência física e da voz da pessoa (GONÇALVES, 2009, p. 230).

Conforme antes visto, a doutrina lusitana apresenta uma conformação mais ampla e robusta a respeito do conteúdo desses direitos. Protege-se a “confiança na volatilidade da palavra”, representada na conexão das palavras entre si e a respectiva atmosfera em que foram proferidas, havendo um verdadeiro “direito à transitoriedade da palavra” que não

pode, ao arrepio do seu emissor, ser perpetuada e descontextualizada do momento em que é proferida para ser posteriormente invocada contra ele próprio (ANDRADE, 1999, p. 819 *et seq.*). Sustenta-se, igualmente, a existência de um direito à voz, sendo ilícito, sem consentimento da pessoa, registrar e divulgar a sua voz, expressão do “direito à autenticidade”, que garante o rigor da reprodução das palavras, sem manipulações, e o “direito ao auditório”, ou seja, a decidir o círculo de pessoas a quem é transmitida a imagem e a palavra (CANOTILHO, MOREIRA, 2007, p. 467).

Com base nessa doutrina, podemos concluir que a avaliação da legitimidade da gravação feita de modo clandestino ou sem o consentimento do visado, em termos constitucionais, envolve a consideração dos direitos à imagem e à palavra falada, para além dos direitos à privacidade e à intimidade, conforme já usualmente reconhecido pela doutrina brasileira (ABREU, SMANIO, p. 1461 *et seq.*). A princípio, deve ser entendida como violadora de direitos e, portanto, a conduta feita com a finalidade de violá-los deve ensejar a sua inadmissibilidade probatória. Aqui, cabe uma comparação com o uso de correspondência violada como meio de prova, sem permissão do autor, que requer expressamente que haja justa causa a lhe retirar a ilicitude, ou seja, “para a defesa de seu direito” (art. 233, parágrafo único, do CPP).

A resolução do problema necessariamente deverá ser buscada no caso concreto, passando pela análise de tipicidade, quanto a situações em que sequer há violação de direitos fundamentais (ou haveria lesão insignificante), e outras de ilicitude, analisando-se a eventual justa causa para a violação (ANDRADE, 1992, p. 255). Poderemos ter a “redução teleológica do tipo de sentido vitimodogmático”, cujo exemplo pode ser a gravação audiovisual por sistema mecânico colocado em local público, visando à proteção da vida, da integridade física e do patrimônio, a qual, a princípio, deve considerar-se desprovida de afronta aos bens jurídicos tutelados pela incriminação. Outro exemplo é a situação em que o titular do direito vinha autorizando de forma sistemática gravações ostensivas da sua palavra e/ou imagem, e venha, posteriormente, a ser alvo de uma gravação não ostensiva no mesmo contexto, o que pode levar o agente a um erro sobre o consentimento do titular (ANDRADE, 1999, p. 835).

Nesses casos em que é possível se reconhecer a exclusão da tipicidade, segmento da doutrina entende que, pelo fato de as gravações sequer

chegarem ao âmbito da ilicitude penal, por ausência de dolo, poderá haver uma maior abertura aos interesses que reclamam sua valoração como prova no processo, devendo ser admitidas designadamente em casos de crimes graves (BARIN, 2013, p. 255). Sem embargo, como refere Costa Andrade, a maioria da doutrina europeia prefere tratar essa temática no âmbito das causas de exclusão da ilicitude, ainda que com diferentes construções dogmáticas, com posições doutrinárias que trabalham com as tradicionais dirimentes da legítima defesa e do estado de necessidade, enquanto outros preferem falar em “prossecação de interesse legítimos” ou “situação-de-quase-legítima-defesa” entre outras “novas causas de justificação” (ANDRADE, 1992, p. 258 e ss).

Nessa linha de raciocínio, é possível considerarmos a presença de uma espécie de “*legítima defesa probatória*”, quando o autor da gravação clandestina pretende colher provas para obviar práticas delitivas de que esteja sendo vítima, designadamente aquelas mais graves, tais como a extorsão, a violência doméstica, as propostas de corrupção ou o incitamento à prática de outros comportamentos criminosos ou altamente censuráveis. Por outro lado, também é possível vislumbrar uma situação semelhante ao “*estado de necessidade probatório*”, que ocorre, por exemplo, quando o autor realiza a gravação clandestina de conversa mantida com testemunha do crime, a qual, por fundamentado receio de represálias, se recusa a depor perante as autoridades das agências formais de persecução criminal (ANDRADE, 1999, p. 836)¹⁰.

¹⁰ De antemão, é imaginável a crítica dessa solução dogmática com o argumento de que tanto a legítima defesa como o estado de necessidade exigem que a agressão seja atual ou iminente e que no curso do processo já seria uma agressão pretérita, o que tornaria sem fundamento o reconhecimento dessas excludentes. No entanto, a doutrina destaca a diferença entre “meios de obtenção de prova” e “meios de prova”. Os meios de obtenção de prova constituem uma forma de aquisição, em regra extraprocessual, de uma prova contemporânea ao tempo do crime. Como exemplos frisantes temos a escuta telefônica, a gravação ambiental, a busca e a apreensão. Já os meios de prova formam-se no momento da sua própria produção no processo, visando à “reprodução” do fato e, nessa medida, são uma forma de introdução no processo de uma prova posterior ao crime. (GOMES FILHO, p. 308-309). A força probatória de ambas as categorias é a mesma. Contudo, as fronteiras entre uma e outra não são fáceis de traçar, e o exemplo mais evidente disso reside na distinção entre a perícia e o seu laudo (ALBUQUERQUE, 2011, p. 331).

De se lembrar que esse entendimento já foi acolhido pelo STF no julgamento do HC n. 74678-1/SP, em 1997. Naquela oportunidade, o Ministro Moreira Alves, após invocar a doutrina germânica e a sua disciplina legal específica, decidiu por afastar a ilicitude da conduta de uma vítima que, “por legítima defesa”, gravou e divulgou a conversa da pessoa que a extorquia. Por via de consequência, o STF concluiu que tal gravação não pode ser considerada prova ilícita.

A gravação feita pelo particular, entretanto, não pode ser utilizada como uma forma de “interrogatório por ardid”, sendo feita mediante a condução de diálogo para se obterem as respostas incriminatórias desejadas, sem prévia advertência quanto ao direito ao silêncio (GOMES, 2005, p. 427). Nesse ponto, a proscrição do uso dessa prova tem relevância no âmbito da atuação das autoridades policiais, oficialmente encarregadas do interrogatório; caso necessitem recorrer a esse artifício, com a técnica investigativa do agente infiltrado, será necessário o prévio controle jurisdicional, conforme determina a Lei n. 12.850/2013 (art. 10). No âmbito da atuação de particulares, esse argumento perde sua relevância, especialmente quando se objetiva defender outros direitos fundamentais de maior quilate e/ou não haja viabilidade fática de prévio acionamento das autoridades públicas para se obter autorização para a gravação, como amiúde ocorre na chamada “corrupção de rua”.

Todas essas situações de justificação comportam uma restrição dos direitos à voz e à imagem com a finalidade de promover outros direitos fundamentais em colisão no caso concreto. Portanto, a solução desse impasse é realizada com o recurso ao princípio da proporcionalidade, como racionalidade subjacente às tradicionais estruturas dogmáticas das ciências jurídico-penais (ANDRADE, 1984, p. 558). A seguir aprofundaremos esta análise.

4. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO BALIZA PARA A ADMISSIBILIDADE DAS GRAVAÇÕES CLANDESTINAS PRODUZIDAS POR VÍTIMA DE CRIME

A proporcionalidade é amplamente reconhecida pela jurisprudência brasileira como um princípio constitucional implícito. Assenta-se no pressuposto de que qualquer medida estatal que implique restrição

de direitos fundamentais para alcançar um determinado fim de interesse público deverá respeitar os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (CANOTILHO, 1998, p. 428 e 634). Este princípio se consagrou no Direito Administrativo, como uma evolução do princípio da legalidade, mas seu início está ligado ao Direito Penal (BARROS, 1996, p. 35).

Enquanto a proporcionalidade está confinada aos domínios da proibição de excesso pelo Estado (*Übermassverbot*), não lhe são lançadas maiores objeções. Nesse campo, a restrição ao direito fundamental A para realizar o direito fundamental B será legítima, sempre que for meio adequado à realização de B (adequação), não houver outro meio menos gravoso para a realização de B (necessidade) e B tiver um valor superior a A, conforme as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto (proporcionalidade em sentido estrito) (v. BARROS, 1996). No âmbito deste estudo, seria a situação de utilização da prova ilícita *pro reo*, para comprovar a inocência da pessoa acusada (GOMES FILHO, 1997, p. 13 e 106). Controvertida é a utilização da proporcionalidade para proteção contra omissões estatais diante de agressões contra direitos individuais oriundas de terceiros, ou seja, a chamada proibição de insuficiência (*Untermassverbot*) no campo jurídico-penal (FELDENS, 2005, p. 108). Critica-se que o uso de provas ilícitas *pro societate* ou *pro victima* seria manipulável e utilizaria a proporcionalidade contra o seu ideário garantístico central para justificar a restrição de direitos individuais com base na prevalência do interesse público (LOPES JR., 2013, p. 595).

O ponto central da discussão no tema das gravações clandestinas é que elas são produzidas por particulares. Se, por um lado, o Estado investigador não pode realizar um interrogatório mediante ardil, por outro lado o Estado não pode retirar dos cidadãos seu legítimo direito de se defenderem diretamente contra violações de seus direitos fundamentais. Em sendo tal conduta do particular vítima de crime legitimada pela defesa de direitos, devemos enfatizar que a ponderação não é feita em termos do interesse público na eficácia da persecução em contraposição aos interesses individuais da pessoa investigada, mas, sim, entre esses e, de outro lado, os bens jurídicos individuais violados pelo crime e o objetivo processual perseguido com a valoração da prova ilícita. Aliás, a eventual proibição de legítima defesa probatória pelo particular vítima

de crime tem o potencial de trazer o sério risco de reações de violência muito mais intensas contra o criminoso, contrariando a lógica garantística do sistema criminal.

A hermenêutica não deve se restringir à análise isolada de uma fatia da norma infraconstitucional, mas à integridade da solução à luz sistemática do ordenamento jurídico. Assim, é imperioso que o intérprete se entregue ao esforço de descobrir os sentidos que se encontram por detrás do texto normativo e, entre as suas significações possíveis, eleger aquela que coincidirá com aqueles valores que o legislador sempre deve ter em mente: a ética e a justiça ideal (MAXIMILIANO, 2011, p. 65).

Nesse contexto, há que se ter em mente que, ao conformar os direitos à imagem e à palavra em nível infraconstitucional, o art. 20 do Código Civil permite a sua restrição, quando isso for necessário “à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública”, o que implica a necessidade de um juízo de ponderação entre esses direitos fundamentais do investigado e o restante dos valores albergados pelo ordenamento jurídico (MARTINS, 2014, p. 51 *et seq.*). Nesse passo, como verificamos na análise de ordenamentos jurídicos estrangeiros, os direitos à imagem e à palavra não estão no núcleo duro dos direitos da personalidade (direito à vida e à integridade), que refogem a qualquer juízo de ponderação, conforme proclama a jurisprudência dos tribunais da Alemanha, de Portugal, do TEDH e da Corte IDH.

Significativo segmento doutrinário nacional aceita o uso da proporcionalidade para legitimar o uso de provas que, do ponto de vista da tipicidade, formalmente violam direitos, mas que materialmente, à luz dos valores do ordenamento jurídico, estão legitimadas pela proteção de outros interesses mais relevantes, tendo, portanto, sua ilicitude excluída (FERNANDES, 2005, p. 82; OLIVEIRA, 2009, p. 330; AVOLIO, 2010, p. 181; NERY JR., 2013, p. 275). Também na jurisprudência do STJ a proporcionalidade é usualmente invocada para a análise de eventual ilicitude probatória¹¹.

¹¹ Há diversos precedentes do STJ nesse sentido. Apenas para ilustrar: REsp n. 1113734/SP, DJ 06/12/2010; HC n. 210.498/PR, DJ 15/03/2012. Conquanto declaradamente avesso ao manejo da proporcionalidade na análise de prova ilícita (cf. STF, HC n. 79512/RJ, DJU 16/05/2003), o próprio STF já teve que recorrer a um juízo de “ponderação”. Isso ocorreu na RCL n. 2.040/DF,

Dessa maneira, primeiramente deve-se avaliar se efetivamente há um conflito entre direitos fundamentais, observando-se que o mero interesse comunitário em contar com uma administração da justiça funcional e eficiente, quer em matéria penal como civil, não é, isoladamente, motivo suficiente para relativizar garantias fundamentais. Porém, em determinados contextos, há um receio legítimo por vítimas de crimes em denunciar às autoridades públicas as investidas criminosas. Por exemplo, na corrupção, a influência do poder político e econômico do infrator gera na vítima o sentimento de impotência. Na violência doméstica há o precedente receio pela mulher de que venha ser desacreditada e revitimizada no seu tratamento pelas autoridades de persecução penal. Nos crimes praticados por policiais, há uma desconfiança da capacidade de a própria polícia investigar seus desvios éticos.

Nesses contextos, a vítima muitas vezes pressente que precisa se precaver antes de denunciar o crime. Assim, tornou-se comum valer-se da gravação clandestina para evitar que seja futuramente acusada de denúncia caluniosa ou que venha a ter represálias em outras esferas do Direito. Da mesma forma, se uma pessoa está sendo vítima de extorsão, há o receio de que, ao denunciar, haja uma escalada da violência. Assim, há um interesse legítimo em comprovar cabalmente o crime, para poder viabilizar eventuais medidas de proteção estatal (como as medidas cautelares criminais). Especialmente no caso de atos de achesques praticados por funcionários públicos, ainda que o particular não seja, em sentido estrito, o “ofendido” pela corrupção (titular ou portador do bem jurídico tutelado pela incriminação), o bem jurídico coletivo subjacente o torna um terceiro com interesse jurídico legítimo para denunciar o ato

DJ 21/02/2002, que tratou de caso envolvendo uma artista presa que alegou ter sido estuprada nas dependências de uma cela da Polícia Federal. O STF deferiu o exame de DNA na sua placenta, mesmo diante da sua oposição, com fundamento numa necessária ponderação entre bens jurídicos constitucionais, tais como a “moralidade administrativa” e o direito fundamental à honra dos policiais acusados em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade. O mesmo já tinha corrido quando a Corte admitiu que é possível proceder à interceptação da correspondência remetida por preso, pois a cláusula da inviolabilidade não se constitui em salvaguarda para crimes (HC n. 70814, DJ 01/03/1994).

de corrupção, e igualmente para se precaver de represálias, mediante a gravação clandestina¹².

Apesar de as proibições de provas serem institutos processuais, sua finalidade de proteção de direitos gera inevitável aproximação com os institutos de direito substantivo, “o que explica a comunicabilidade com a dogmática do direito penal material e o apelo cada vez mais frequente aos seus modelos de impositação e categorias” (ANDRADE, 1992, p. 107). O estado de necessidade considera a presença de um “perigo atual” (CP, art. 24). O risco de revitimização pela descrença no depoimento é uma violação de direitos grave que, infelizmente, é realidade atual no sistema processual, de forma que a gravação clandestina visa a resguardar o legítimo interesse da vítima em comprovar a veracidade de seu depoimento. A legítima defesa exige repelir “injunta agressão, atual ou iminente” (CP, art. 25). Quando o ofensor pratica crime contra a vítima, muitas vezes no crime há um estado permanente de violação de direitos (ciclo de violência doméstica, continuidade de extorsões), de sorte que, quando a gravação é realizada, ela é a forma de se defender do delito. Trata-se de meio de produção de prova realizado em momento de agressão atual ou iminente, preordenado a produzir efeitos futuros (em juízo). O risco de vitimização pelo processo expande o *momentum* do perigo ou agressão aos direitos da vítima. Há, portanto, um direito da vítima de se proteger da revitimização institucional e assegurar a credibilidade de seu depoimento, bem como de fazer cessar práticas ilícitas contra sua pessoa, colaborando com o sucesso da persecução penal.

Então, é possível reconhecermos na gravação clandestina feita pela vítima do crime uma situação de legítima defesa probatória (ou estado de necessidade, se tal prova é obtida por uma testemunha). Assim, caso se avalie que a gravação clandestina era apta a provar o crime (adequação), que não havia outra forma menos gravosa de obter a informação, dentro das representações razoáveis a uma pessoa que está sofrendo a investida

¹² O STJ, todavia, já julgou que, na referida espécie delitiva, o sujeito ativo é somente o funcionário público, sendo o sujeito passivo primário o Estado (“administração pública”) e, secundariamente, a pessoa constrangida pelo agente público, desde que não esteja a praticar o crime de corrupção ativa. Logo, o estatuto jurídico dessa pessoa, afirma o julgado, não é de mera testemunha, mas de “vítima” (REsp 1689365/RR, DJe 18/12/2017).

criminosa (necessidade) e que se tratava de crime de razoável gravidade (proporcionalidade em sentido estrito), o princípio da proporcionalidade autoriza o uso probatório de gravações clandestinas produzidas. Nesse contexto, a eficaz proteção à vítima do crime tem um valor constitucional mais intenso do que a proteção da imagem ou palavras do ofensor.

Ademais, no contexto de atos de particulares, apesar de a eficácia horizontal dos direitos fundamentais sinalizar com a necessidade de se protegerem outras violações semelhantes, há uma evidente diferença de intensidade da garantia constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas em relação aos atos de agentes públicos. Para os particulares a garantia existe, mas tem menor intensidade, exatamente por se dissociar de sua finalidade originária de evitar a reiteração de outras violações semelhantes por autoridades encarregadas diuturnamente de realizar investigações criminais, de forma a se assegurar a eticidade do processo (ÁVILA, 2007, p. 234).

Aliás, o TEDH já decidiu que a efetiva salvaguarda dos direitos das vítimas no processo penal pode ser compreendida como a contraface do dever das autoridades públicas de prevenir e elucidar práticas criminosas quando coloquem em causa os bens fundamentais reconhecidos pelas convenções de direitos humanos (*O’Keeffe v. Irlanda*, de 2014)¹³.

¹³ Foge aos objetivos deste trabalho fazermos uma abordagem percuciente a respeito da jurisprudência do TEDH sobre os direitos da vítima de crime. Porém, é oportuno anotarmos que a aceitação dessa dupla dimensão dos direitos fundamentais no processo penal conduziu o Tribunal de Estrasburgo ao reconhecimento dos direitos de transparência, de intervenção e mesmo de participação na persecução criminal, na medida necessária, às vítimas e/ou às pessoas diretamente interessadas no esclarecimento dos delitos. O direito de participação, porém, não significa a necessidade de o Estado-membro conformar o processo penal de modo a contemplar efetiva intervenção processual da vítima ao longo da sua dinâmica, tampouco de assegurar ao ofendido o direito de propor a ação penal. Dessa forma, ele independe da natureza do crime, se de ação pública ou privada, ou se a vítima intervém no processo como sujeito processual acessório. O que a jurisprudência do TEDH costuma enfatizar é a importância de as autoridades ouvirem adequadamente as declarações das pessoas ofendidas pelo crime, levando em conta suas versões e as provas legítimas que apresentam. Afinal, “os princípios de um julgamento justo também exigem que, em casos apropriados, os interesses da defesa sejam equilibrados com os das vítimas ou testemunhas chamadas a depor” (*Doorson v. Holanda*, de 1996).

A Corte IDH, por sua vez, já decidiu que o devido processo legal é um direito fundamental que deve ser garantido a todas as pessoas envolvidas no processo, independentemente de sua condição como parte acusadora, ou acusada, ou mesmo de um terceiro interveniente dentro da estrutura de um determinado processo penal (*Genie Lacayo v. Nicarágua*, de 1997). Nesse mesmo norte, a Corte IDH estabelece que os Estados-membros devem assegurar que as vítimas possam apresentar seus argumentos, fornecer provas, receber informações e, em síntese, defender seus interesses de modo a contribuir para uma persecução criminal efetiva (*Radilla-Pacheco v. Mexico*, de 2009).

A jurisprudência desses tribunais propõe-nos que a visão tradicional do sistema penal seja transformada: de instrumento voltado para a defesa da sociedade organizada em Estado, mas potencialmente capaz de comprometer os direitos humanos do arguido (e, portanto, cercado de proteção e garantias específicas), hoje ele deve ser compreendido, sobretudo, como instrumento de proteção dos direitos humanos de todas as pessoas “de carne e osso” envolvidas no drama criminal. De acordo com essa abordagem, os direitos fundamentais deixam de ser vistos apenas como um limite ao poder punitivo do Estado, o qual encontra sua maior expressão no Direito Penal e no Direito Processual Penal. Os direitos fundamentais tornaram-se, igualmente, o objeto e o embasamento da proteção criminal (FISCHER, PEREIRA, 2019, p. 109). Isso deve significar que a vítima do crime, apesar de não ser formalmente parte nas ações penais públicas, manifesta um interesse jurídico relevante em participar do processo, o que justifica a atribuição de legitimidade à vítima para a descoberta de fontes de prova (ARANTES FILHO, 2013, p. 521).

Com essas derradeiras e breves considerações sobre a atual hermenêutica dos direitos humanos da vítima de crime, encaminhamo-nos para a conclusão de que a exegese do novo art. 8º-A, § 4º, da Lei n. 9.296/1996, exige uma interpretação conforme à Constituição, para se entender que a locução “em matéria de defesa” deve ser interpretada como “em matéria de defesa de direitos fundamentais”. Ou seja, abrange tanto a defesa daquele que é injustamente acusado da prática de um crime, da mesma forma que permite a legítima defesa probatória da vítima de investidas criminosas. Isso porque a eventual interpretação que viesse a excluir a possibilidade de a vítima de crime se defender seria claramente inconstitucional, por

determinar de antemão o sacrifício dos direitos fundamentais do inocente, e criminógena, por proteger e incentivar quem se esconde atrás das garantias fundamentais para abusivamente praticar crime.

Por outro lado, se o particular que realiza a gravação não tem justa causa para fazê-la e/ou divulgá-la, então ela não deve ser aceita como prova. Seria o caso, por exemplo, de um terceiro que grava a confissão do crime com a finalidade de realizar extorsão e posteriormente, diante do não pagamento, encaminha a prova à polícia.

Enfim, a jurisprudência do STF a respeito da admissibilidade genérica das gravações clandestinas peca por excesso, assim como a recente posição do legislador brasileiro no sentido da (aparente) inadmissibilidade irrestrita peca por insuficiência, sendo preciso interpretar a nova legislação de modo condizente com as diretrizes constitucionais. De qualquer modo, ainda que se reconheça a admissibilidade da prova de gravação clandestina, sua valoração sempre estará condicionada à avaliação de integridade do conteúdo, conforme regra do art. 8º-A, § 4º, da Lei n. 9.296/1996¹⁴. Nesse sentido, ao ocaso, merece referência decisão do STJ, posterior ao Pacote Anticrime, quando se entendeu que “a Lei n. 9.296, de 24/7/1996, mesmo com as inovações trazidas pela Lei n. 13.964/2019, não dispôs sobre a necessidade de autorização judicial para a gravação de diálogo por um dos seus comunicadores”¹⁵.

¹⁴ A avaliação de integridade não é uma etapa concomitante à produção da gravação, mas posterior à entrega da gravação pela vítima às autoridades de persecução penal. Portanto, entre a gravação e a entrega às autoridades policiais, não há que se falar em cadeia de custódia, pois este é um dever das autoridades policiais. Integridade corresponde à fidelidade do registro, ou seja, à não edição ou recorte da gravação. Exigirá uma inquirição à vítima sobre onde, quando e como a prova foi produzida e poderá ser realizada mediante exame pericial que avalie a ausência de indícios de edição na gravação, de recorte de trechos, bem como o reconhecimento de voz dos envolvidos na gravação. É ônus da acusação comprovar a integridade da gravação. Pode ser realizado de ofício pelas autoridades policiais ou ainda em juízo, em caso de impugnação pela defesa. Aqui, aplica-se exatamente o mesmo procedimento que haveria se o próprio investigado realizasse a gravação para comprovar sua inocência.

¹⁵ STJ, HC 512.290/RJ, 6ª T., rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 18 ago. 2020.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise de direito estrangeiro sinaliza um tratamento dispar em relação às gravações clandestinas. Nos EUA, as *exclusionary rules* não se aplicam às provas obtidas por particulares, apenas às autoridades de persecução penal. Na Alemanha e em Portugal, as gravações clandestinas são consideradas crime e, portanto, prova proibida, contudo a jurisprudência aplica as excludentes da ilicitude para justificarem tais provas quando produzidas pela vítima de crime.

No Brasil, num primeiro momento a jurisprudência do STF inclinou-se pela inadmissibilidade irrestrita, e posteriormente direcionou-se no sentido oposto, de admissibilidade ampla. O denominado “Pacote Anticrime” incluiu o art. 8º-A na Lei n. 9.296/1996, para disciplinar as interceptações ambientais, tendo previsto, em seu § 4º, a regra de que as gravações feitas por um dos interlocutores poderão ser utilizadas “em matéria de defesa”.

A gravação ambiental de áudio e/ou vídeo sem conhecimento e/ou autorização do autor da expressão viola o direito à palavra falada e o direito à imagem. No Brasil, observamos que o direito à imagem tem dignidade constitucional autônoma, já o direito à palavra é protegido ao manto dos direitos constitucionais à privacidade e à intimidade. Trata-se, pois, de direitos de personalidade elevados ao nível de direito fundamental.

Nesse estudo, concluímos que a “captação ambiental” feita pela vítima de crime poderá conduzir a uma colisão de direitos fundamentais, especialmente quando o direito à prova do interessado alinhar-se com a promoção de um bem jurídico de estatura superior que os direitos à voz e à imagem e a associada garantia de proteção contra violações, que representa a inadmissibilidade constitucional das provas obtidas por meios ilícitos. Há um interesse legítimo pela vítima do crime em participar do processo, o que lhe assegura legitimidade para produzir prova. O fim de proteção das proibições de prova aproxima sua dogmática à de institutos de direito penal material, permitindo o reconhecimento de situações de “legítima defesa probatória” ou “estado de necessidade probatório” pela vítima do crime, que não podem ser afastados pela lei, sob pena de inconstitucionalidade. Assim, procuramos demonstrar que a supracitada cláusula legal exige uma interpretação conforme a Constituição, de

modo a se entender que ela contempla a admissibilidade da gravação “em matéria de defesa de direitos fundamentais”, o que legitima tanto a gravação feita para provar a inocência do réu (*pro reo*), como também a feita pela vítima de crime que se encontre em situação de legítima defesa probatória (*pro victima*).

Respondendo à questão inicialmente colocada, é lícito à vítima de crime realizar gravação ambiental com a finalidade de comprovar o delito que está sofrendo, de forma a assegurar a credibilidade de seu depoimento, protegendo-se de acusações levianas de denúncia caluniosa e colaborando com o sucesso da persecução penal. Dessa forma, a ilicitude probatória decorrente do denominado “Pacote anticrime” deve ser interpretada em conformidade como o art. 20 do Código Civil, tendo ainda como paradigma o art. 233, parágrafo único, do CPP, sendo excluída quando a gravação ambiental feita pela vítima de crime for meio de prova necessário aos propósitos do processo justo, mediante o respeito dos direitos fundamentais do réu, da vítima e da sociedade. A notória incapacidade de as regras probatórias seguirem os avanços dos novos meios tecnológicos aumenta a responsabilidade dos intérpretes do Direito, exigindo que o sistema legal seja concretizado de acordo com as exigências éticas do seu tempo e espaço.

REFERÊNCIAS

ABREU, Jacqueline de Souza; SMANIO, Gianluca Martins. Compatibilizando o uso de tecnologia em investigações com direitos fundamentais: o caso das interceptações ambientais. *Revista brasileira de direito processual penal*, v. 5, n. 3, 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i3.262>

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia Direitos do Homem*. 4ª ed., Lisboa: Univ. Católica, 2011.

AMBOS, Kai. Las prohibiciones de prueba como límite a la averiguación de la verdad en el proceso penal. In: *Las prohibiciones probatorias*. Bogotá: Editorial Temis, 2009, pp. 59-145.

ANDRADE, José Carlos Viera de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Comentário Conimbricense do Código Penal*. Tomo I. Coimbra: Ed. Coimbra, 1999.

ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre a valoração, como meio de prova em processo penal, das gravações produzidas por particulares. In: *Boletim da Faculdade de Direito, Estudos em homenagem ao professor Doutor Eduardo Correia*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1984, pp. 545 - 622.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1992.

ANDRADE, Manuel da Costa. A tutela penal da imagem na Alemanha e em Portugal: esboço comparatístico, em busca de um novo paradigma normativo. In: *Direito Penal: Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais: Homenagem ao Prof. Peter Hünnerfeld*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2013, pp. 735-785.

ARANTES FILHO, Marcio Geraldo Britto. *A interceptação de comunicação entre pessoas presentes*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas Ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônica, ambientais e gravações clandestinas*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BARIN, Catiuce Ribas. A valoração das gravações de áudio produzidas por particulares como prova no processo penal. *Revista da Concorrência e Regulação*. Lisboa, n. 16, 2013, pp. 245-294.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Jurídica, 1996.

CAIRES, João Gouveia de. O registo de som e imagem e as escutas ambientais. In: PALMA, Maria Fernanda *et alli* (Org.). *Direito da investigação criminal e da prova*. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 273-298.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2ª ed., Coimbra: Almedina, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Volume I. 4ª ed., Coimbra: Ed. Coimbra, 2007.

CORREIA, João Conde. *Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1999.

COSTA, José Neves da. Do Aproveitamento em Processo Penal das Provas Ilicitamente Obtidas por Particulares. *Revista da Concorrência e Regulação*. Lisboa, n. 16, 2013, pp. 295-344.

FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FIGUEIREDO DIAS. *Direito processual penal*. v. 1. Coimbra: Ed. Coimbra, 1984.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanozi-de (coord.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, pp. 303-318.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas: Lei 11.690, de 9.6.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Org.). *As reformas no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 246-297.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches (Coord.). *Legislação criminal especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Parte Geral. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

GÖSSEL, Karl-Heinz. As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*. Coimbra, v. 2, n. 3, 1992, pp. 397-441.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães, FERNANDES, Antonio Scarance. *As Nulidades no Processo Penal*. 11ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

HASSEMER, Winfried. *Direito Penal: fundamentos, estrutura, política*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2008.

KAMISAR, Yale; LA FAVE, Wayne R.; ISRAEL, Jerold; KING, Nancy. *Modern criminal procedure: cases, comments & questions*. 10ª ed., St. Paul: West Publishing Company, 2002.

KLOTTER, John C.; KANOVITZ, Jacqueline R.; KANOVITZ, Michael I. *Constitutional Law*. 9ª ed., Cincinnati: Anderson Publishing Co. 2002.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 2ª ed., Salvador: Jus Po-dium, 2014.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

MALAN, Diogo. Da Captação Ambiental de Sinais Eletromagnéticos, Óticos, ou Acústicos e os Limites Relativos à Privacidade. AMBOS, Kai; ROMERO, Eneas (Coord.). *Crime Organizado: Análise da Lei 12. 850/2013*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 51-81.

MARTINS, Milene Viegas. *A admissibilidade de valoração de imagens captadas por particulares como prova no processo penal*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2014.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 8ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MENDES, Paulo de Sousa. *Lições de Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 2014.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 30ª ed., São Paulo: Atlas, 2013.

MORÃO, Helena. O efeito-à-distância das proibições de prova no direito processual penal português. *Revista portuguesa de ciência criminal – RPCC*, v.16, n. 4, 2006, pp. 575-620.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; MONTECONRADO, Fabiola Girão. Provas ilícitas e o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. In: ELSNER, Gisela *et al.* (Org.). *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. v. 1. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2010, pp. 313-337.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 11ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

PELLEGRINI, Lisandro. El incumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: ELSNER, Gisela *et alii* (Org.). *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2010, pp. 81-102.

FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. *As Obrigações Processuais Penais Positivas – Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. 29ª ed. Buenos Aires: Didot., 2019.

SANTALLA VARGAS, Elizabeth. La múltiple faceta de la tortura y otros tratos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de los Tribunales Penales Internacionales. In: ELSNER, Gisela *et alii* (Org.). *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2010, pp. 229-262.

WAYNE, R. La Fave; JEROLD, H. Israel; NANCY J. King. *Criminal Procedure*. 3ª ed. St. Paul: West Group, 2000.

REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS:

ALEMANHA. BVerfGE 106, 28, de 9 out. 2002.

ALEMANHA. BVerfGE, 35, 202; de 5 de jun. de 1973 (Lebach).

ALEMANHA. BVerfGE, 34, 238, de 31 de jan. de 1973 (Gravador).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 210.498/PR, DJ 15/03/2012

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.1689365/RR, DJ 18/12/2017

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1113734/SP, DJ 06/12/2010;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP n. 307/DF, DJ 13/10/1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI n. 503.617/PR, DJ 4/3/2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 70814, DJ 01/03/1994

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 75.261/MG, DJ de 22/08/1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 75.338/RJ, DJ 25.09.1998

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 79512/RJ, DJ 16/05/2003

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 84.203/RS, 2004, DJ 26/9/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RCL n. 2.040/DF, DJ 21/02/2002

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 251.445, DJ 03/08/2000

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 402.035/SP, DJ 6/2/2004

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 583.937, DJ 19/11/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 583.937/RJ, DJ 18/12/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 85.439/RJ, DJ 02/12/1977.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC n. 63.834/SP, DJ 05/06/1987.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 74678-1/SP, DJ 15/08/1997.

- CORTE IDH. *Cabrera García y Montiel Flores v. México*, 2010.
- CORTE IDH. *Genie Lacayo v. Nicaragua*, 1997.
- CORTE IDH. *Radilla-Pacheco v. Mexico*, 2009.
- EUA. Corte Suprema. *EUA v. Henry*, 1980.
- EUA. Corte Suprema. *EUA v. Jacobsen*, 1984.
- EUA. Corte Suprema. *Gideon v. Wainwright*, 1963.
- EUA. Corte Suprema. *Mapp v. Ohio*, 1961.
- EUA. Corte Suprema. *Miranda v. Arizona*, 1966.
- EUA. Corte Suprema. *Weeks v. EUA*, 1914.
- EUA. Corte Suprema. *Wolf v. Colorado*, 1949.
- EUA. Corte Suprema. *United States v. Calandra*, 1974.
- PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo n. 22/09.6YGLSB.S2, j. 28 set. 2011.
- TEDH, A. v. *França*, 1993.
- TEDH, *Khan v. Reino Unido*, 2000.
- TEDH. *Schenk v. Suíça*, 1988.
- TEDH. *O’Keeffe v. Irlanda*, 2014.
- TEDH. *Doorson v. Holanda*, 1996.

Authorship information

Charles Martins. Doctoral candidate in Criminal Sciences at the University of Lisbon, Master in Public Law at the University of Santa Cruz do Sul, Guest Professor at the FMP, Senior Prosecutor in Rio Grande do Sul, Brazil (MPRS).
charleseuil@hotmail.com

Thiago Pierobom de Ávila. PhD in Criminal Sciences from the University of Lisbon, with postdoctoral fellowship in Criminology at Monash University, Associate Professor at the Juris Doctor program at UniCEUB, Affiliate Researcher at the Institute of Criminal Law and Sciences at the University of Lisbon and at Gender and Family Violence Prevention Center at Monash University, Senior Prosecutor in the Federal District of Brazil (MPDFT). thiago.pierobom@hotmail.com

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Acknowledgement: authors acknowledge Isadora Rey Moura for methodological discussion and Irene Katter Hack for language review, as well as the contributions from the blind peer review.

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

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

- *Charles Martins:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Thiago Pierobom de Ávila:* conceptualization, methodology, investigation, writing – validation, writing – review and editing, final version approval.

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

Editorial process dates

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

- Submission: 11/03/2022
- Desk review and plagiarism check: 01/04/2022
- Review 1: 18/04/2022
- Review 2: 18/04/2022
- Review 3: 27/04/2022
- Review 4: 01/05/2022
- Preliminary editorial decision: 18/05/2022
- Correction round return: 12/06/2022
- Final editorial decision: 06/08/2022

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Reviewers: 4

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

MARTINS, Charles; ÁVILA, Thiago Pierobom de. A gravação ambiental feita pela vítima de crime: análise da continuidade de sua licitude após a Lei n. 13.964/2019. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8, n. 2, p. 967-1005, mai./ago. 2022. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i2.696>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.

O *standard* de prova para condenação por crimes sexuais: é viável e eficaz a flexibilização da exigência de corroboração probatória em crimes dessa espécie com o objetivo de redução da impunidade?

The standard of proof for convictions for rape crimes: Is it feasible and effective to weaken the requirement for corroboration of evidence in crimes of this kind with the aim of reducing impunity?

André Szesz¹

Universidade Federal do Paraná – Curitiba/PR, Brasil

aszesz@yahoo.com.br

 <http://lattes.cnpq.br/2217377339221959>

 <https://orcid.org/0000-0002-2243-9685>

RESUMO: Os crimes sexuais fazem parte do grupo dos delitos difíceis de provar e as estatísticas de impunidades relacionadas a eles são altas. Nesse contexto, a jurisprudência nacional tem seguido o caminho da flexibilização do *standard probatório*, considerando a palavra da vítima suficiente para condenação. O presente estudo analisa o seguinte problema: é constitucionalmente viável e é eficaz, pela perspectiva de política criminal, um rebaixamento de *standard* com o objetivo de reduzir a impunidade? Argumentou-se que a atenção especial conferida à palavra da vítima deve significar a compreensão do contexto de dificuldade de obtenção de provas, o esforço para se verificar a *coerência externa* a partir dos elementos fáticos que efetivamente podem ser obtidos em cada caso e uma avaliação desprovida de estereótipos de gênero. Mas uma condenação deve pressupor confirmação sólida da hipótese acusatória por elementos independentes. A adoção de uma presunção de veracidade não é compatível com a presunção de inocência e implica uma politicamente problemática conformação com condenações equi-

¹ Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra (2012).

vocadas, além de sequer impactar positivamente nas estatísticas de incidência do crime. Há espaço para se melhorar a qualidade da prestação jurisdicional, mas o foco das políticas públicas deve estar sobretudo na prevenção e no combate aos fatores sociais e estruturais que estão na raiz do problema.

PALAVRAS-CHAVE: Processo penal; *Standards* probatórios; Crimes sexuais; Palavra da vítima; Presunção de inocência.

ABSTRACT: *Rape crimes are part of the group of crimes that are difficult to prove and the impunity statistics related to them are high. In this context, Brazilian case law has followed the path of flexibilization of the evidentiary standard, considering enough for conviction the victim's testimonial. This study analyzes the following problem: Is it constitutionally feasible and, from the perspective of criminal policy, is it effective to lower the standard of proof, with the aim of reducing impunity? It is argued that the special attention given to the victim's word must mean understanding the context of difficulty in obtaining evidence, the effort to verify external coherence from the factual elements that can effectively be obtained in each case and an assessment devoid of gender stereotypes. However, a conviction presupposes solid confirmation of the accusatory hypothesis by independent elements. The adoption of a presumption of veracity is not compatible with the presumption of innocence and implies a politically problematic tolerance for mistaken convictions, apart from the fact that it does not have a positive impact on crime incidence statistics. There is room to improve the quality of judicial provision, but the focus of public policies should be mainly on preventing and combating the social and structural factors that are at the root of the problem.*

KEYWORDS: *Criminal procedure; Standards of proof; Rape crimes; Victim's testimony; Presumption of innocence.*

SUMÁRIO: Introdução; 1. O *standard* de prova para julgamento do mérito da acusação no processo penal; 2. A tendência à flexibilização do *standard* de prova para a “nova criminalidade” e seu provável impacto na “velha criminalidade”; 3. A problemática da prova nos crimes sexuais; Considerações finais; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

A delimitação dos contornos do *standard* da prova é um tema relevante dentro de um processo penal que, do ponto de vista epistemológico, está comprometido com a produção de decisões com o menor número de erros possível e que, do ponto de vista político, considera a condenação de um inocente um erro mais grave do que a absolvição de um culpado. Trata-se de especificar o nível de robustez exigido de um conjunto probatório para se fundamentar a corroboração necessária para que se possa considerar procedente a hipótese acusatória dentro de um processo penal concreto e, com base nessa corroboração, submeter um cidadão ao exercício do poder punitivo estatal.

O tema ganhou atenção recente não apenas pelo notório desenvolvimento dos estudos da prova no processo jurídico nas últimas décadas, mas também porque o conceito de *standard* probatório tem se mostrado controverso. Se há quem o defenda como uma sofisticação na técnica da valoração da prova, há também aqueles que lançam dúvidas sobre a efetiva funcionalidade do importado “*beyond a reasonable doubt*” na prática judiciária nacional.

O problema específico que motiva o presente estudo pode ser condensado na seguinte pergunta: é constitucionalmente viável e é eficaz, pela perspectiva de política criminal, um rebaixamento de *standard*, como aquele já realizado na jurisprudência nacional, com o objetivo de evitar a impunidade para os crimes sexuais? Assim, pretende-se discutir o estabelecimento de um *standard* probatório para o julgamento dos crimes dessa espécie e o dilema a ele associado. Por um lado, os crimes sexuais fazem parte do grupo dos delitos difíceis de provar - essa dificuldade está principalmente relacionada ao seu usual *modus operandi*, que frequentemente não deixa qualquer vestígio ou testemunha - e as estatísticas de impunidades relacionadas a eles são altas. Por outro lado, uma redução dos níveis de prova exigidos como suficientes para uma condenação, como já ocorre na jurisprudência nacional, leva a um conflito com a presunção de inocência e com as pretensões epistêmicas do processo penal, o que aumenta o risco de condenações equivocadas.

O presente estudo apresenta uma reflexão sobre essa questão. Para tanto, expõe-se, em primeiro lugar, uma breve introdução do problema do

standard da prova para o julgamento de mérito da acusação no processo penal. Em segundo lugar, discorre-se sobre as novas tendências no direito penal e no processo penal, que caminham no sentido da flexibilização de seus núcleos duros. Por fim, em terceiro lugar, expõe-se as dificuldades inerentes à prova nos crimes sexuais e se apresenta uma crítica aos caminhos tomados pela jurisprudência brasileira. A abordagem teórica se dá a partir da revisão bibliográfica de estudos sobre *standard* probatório e sobre a prova nos crimes sexuais, bem como a partir da análise da jurisprudência sedimentada dos tribunais superiores sobre esses temas. O foco é a identificação dos problemas políticos e constitucionais dos consensos jurisprudenciais sobre a valoração da palavra da vítima nos crimes sexuais.

1. O STANDARD DE PROVA PARA JULGAMENTO DO MÉRITO DA ACUSAÇÃO NO PROCESSO PENAL

Standards probatórios, ou “padrões de prova”, dizem respeito ao problema da valoração de fatos juridicamente relevantes e são, em última instância, um problema epistemológico da verdade². Por *standard* probatório, pode-se compreender um critério que estabelece o grau de confirmação probatória necessária para que, dentro de um processo concreto, um juiz(a) ou uma câmara de juízes(as) possa considerar provado determinado enunciado fático³.

O art. 93, IX, da CF exige que o convencimento do juiz ou da juíza, no que diz respeito aos enunciados fáticos, seja motivado e centrado nas provas produzidas nos autos. Em coerência com essa exigência, os *standards* podem servir como critérios que limitam o princípio do livre convencimento e buscam o submeter ao controle de racionalidade⁴. Os

² MARANHÃO, Clayton. Standards de prova no processo civil brasileiro. *Revista Judiciária do Paraná*, Curitiba, n. 17, Curitiba, maio 2019, p. 221.

³ BADARÓ, Gustavo. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, jan. /abr. 2018, p. 70-71.

⁴ KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 18.

fundamentos apresentados na decisão, assim, em tese permitem um esforço para o controle da qualidade do raciocínio apresentado pelo(a) juiz(a) na valoração dos elementos probatórios e na justificação de que determinada hipótese fática pode ser tida como provada⁵.

Identifica-se, em geral, a existência de vários tipos de *standards* probatórios, sendo três os principais: um modelo mais rígido, que exige prova apta a produzir um convencimento que supere qualquer dúvida razoável; um modelo menos rígido, que exige material probatório claro e convincente para que se considere verdadeira uma hipótese fática; e um modelo de probabilidade preponderante, ainda menos rígido, que aceita como provada a hipótese “mais provável que não”⁶.

A decisão sobre qual é o *standard* mais adequado para cada tipo de processo e para cada momento processual é política e deve ser guiada pela busca do critério que maximiza os acertos e minimiza os erros no juízo de fato⁷, levando em conta a intensidade com que devem ser garantidos os direitos ou interesses afetados pelos erros possíveis. Os dois principais erros possíveis são “*considerar provado um fato que é falso*” (erro 1) e “*considerar não provado um fato que é verdadeiro*” (erro 2). Se os interesses afetados pelo erro 1 merecem mais proteção do que os afetados pelo erro 2, o *standard* deverá ser mais exigente⁸. E quanto mais exigente o *standard*, mais racional será a decisão⁹.

Dentro do processo penal, especificamente quando se discute o nível de exigência de prova para se considerar provados fatos que correspondem a crimes, prevalece o entendimento de que um *standard* adequado deve ser especialmente rígido¹⁰. A razão é que a condenação criminal legítima aquela que, em tese, é a mais dura intervenção que o Estado é capaz de fazer na esfera de direitos de um cidadão: a pena privativa de

⁵ BADARÓ, *op. cit.*, p. 75.

⁶ E.g. MARANHÃO, *op. cit.*, p. 224. KNIJNIK, *op. cit.*, p. 37-45.

⁷ BADARÓ, *op. cit.*, p. 71.

⁸ GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. DOXA, *Cuadernos de Filosofía de Derecho*, 2005, p. 130. Também KNIJNIK, *op. cit.*, p. 45.

⁹ GASCON ABELLAN, *op. cit.*, p. 130.

¹⁰ BADARÓ, *op. cit.*, p. 71-72. MARANHÃO, *op. cit.*, p. 224; GASCÓN ABELLAN (*op. cit.*, p.136-137).

liberdade. A aplicação de penas dessa natureza, além de afetar direitos fundamentais, é também capaz de gerar consequências bastante graves e traumáticas na vida do apenado, prejudicando sua vida social, seus laços afetivos, sua carreira profissional, seus potenciais projetos de vida, etc., além de ter um caráter estigmatizante¹¹ como efeito colateral. Além disso, e apesar do disposto no art. 5º, XLV, da CF¹², a pena, em certa medida, também afeta terceiros, uma vez que familiares e demais pessoas do ciclo social a que pertence o apenado também sofrem os impactos indiretos da pena. Por isso, a condenação de um inocente é, de fato, um erro bastante grave, que produz prejuízos individuais e sociais irreversíveis.

No horizonte de se evitar os prejuízos da aplicação das penas, e em coerência com o princípio da intervenção mínima, está estabelecido o princípio da presunção de inocência, que funciona como um importante norte dentro do processo penal. Dentre as funcionalidades desse princípio, a que mais interessa a este estudo é a de se constituir como uma regra de juízo fático e de avaliação probatória da sentença (*in dubio pro reo*)¹³. Essa regra incide justamente no momento de se valorar a prova produzida e de se indicar se as exigências do *standard* foram ou não atingidas. Uma vez que se conclui que as provas existentes não são suficientes para afastar a dúvida sobre determinado enunciado fático,

¹¹ Conferir, por exemplo, COMBESSIE, Philippe. Definindo a fronteira carcerária: estigma penal na longa sombra da prisão. *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, n. 13, 2004, p. 131-146.

¹² “Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

¹³ Conforme a interpretação majoritária dos papéis da presunção de inocência, ela também funciona como um referencial valorativo que informa todo o processo e como uma regra de tratamento da pessoa acusada. (E.g. PUJADAS TORTOSA, Virginia. *Teoría general de medidas cautelares penales*. Madri/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2008, p. 357). Uma abordagem crítica sobre essa interpretação pode ser encontrada em FERRER BELTRÁN, Jordi. Uma concepção minimalista e garantista da presunção de inocência. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4., nº 1, jan./abr. 2018, p. 156-175. Acerca do tema, recomenda-se também a leitura de MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 424-481.

essa incerteza deve pender em favor do réu ou da ré. Ou seja, a hipótese acusatória deve ser considerada não provada. O artigo 386, VII, do CPP, estabelece, inclusive, que a(o) ré(u) deve ser absolvido se “*não existir prova suficiente para a condenação*”. Isto é, se a prova produzida nos autos não confirma a hipótese acusatória no grau exigido pelo *standard*, deve-se absolver, porque o prejuízo por uma condenação injusta é maior do que o prejuízo por uma absolvição injusta.

No processo penal há, por isso, uma relação direta entre a presunção de inocência e o *standard* probatório¹⁴: parece claro que apenas um *standard* bastante rígido é compatível com esse princípio, pois a predileção pela liberdade é a escolha política que guia o processo penal democrático. Assim, no gerenciamento dos erros, deve-se pretender que haja mais culpados absolvidos do que inocentes condenados¹⁵.

Todavia, a viabilidade da adoção do *standard* “*para além de qualquer dúvida razoável*” no Brasil é controversa. Para Matida e Vieira¹⁶, esse *standard* não cumpre a sua esperada função de dificultar condenações e de racionalizar as decisões judiciais porque em vez de colocar ênfase na prova, coloca-a naquilo que o(a) juiz(a) deve ter em mente no momento da decisão (certeza moral e ausência de dúvidas razoáveis). Assim, conforme os autores, o *standard*, além de não ajudar em nada no estabelecimento de critérios para se considerar provada determinada hipótese fática, permite que disfarçadamente se profiram decisões subjetivistas com base na íntima convicção. E, de fato, tribunais brasileiros vêm se utilizando desse *standard* para flexibilizar, em vez de aumentar, a exigência de prova¹⁷.

¹⁴ BADARÓ, *op. cit.*, p. 71.

¹⁵ *Ibidem*, p. 72.

¹⁶ MATIDA, Janaina Roland; VIEIRA, Antonio. Para Além do BARD: uma crítica à crescente adoção do *standard* de prova “para além da dúvida razoável” no processo penal brasileiro. *RBCCRIM*, São Paulo, vol. 156, jun. 2019, p. 232-233.

¹⁷ Os autores destacam decisões judiciais em que o apelo a esse *standard* se deu como forma de reduzir a exigência de provas (*Ibidem*, p. 233-237). Destaca-se, e.g., o seguinte trecho do acórdão ACR 5050568-73.2016.4.04.7000 (TRF4, 8ª Turma, Relator João Pedro Gebran Neto, juntado aos autos em 24/11/2021): “Não é demais repetir que o conjunto de indícios permite que se conclua acerca da responsabilidade criminal do réu. Não se exige prova

Também Lucchesi¹⁸ chama a atenção para o uso indevido desse *standard* por autores que o transplantam de forma acrítica para o direito brasileiro, sem compreender de fato seu papel no ordenamento jurídico nativo, e o defendem como um mecanismo que serve para facilitar, em vez de dificultar, o cumprimento da carga probatória atribuída à acusação¹⁹.

Sem dúvida remanescem dificuldades relativas à definição do que significa exatamente “*para além de qualquer dúvida razoável*”, pois o *standard* não confere critérios precisos para a decisão. Com efeito, enquanto a tarefa da valoração das provas consiste em conferir a determinado enunciado fático maior ou menor suporte, que pode ser genericamente medido em graus de probabilidade, o *standard* apenas indica o tamanho da rigidez da

cabal da participação do apelante nos crimes a ele imputados, sendo bastante, para a condenação, a existência de prova acima de qualquer dúvida razoável”.

¹⁸ LUCCHESI, Guilherme Brenner. O necessário desenvolvimento de standards probatórios compatíveis com o direito processual penal brasileiro. *RBCCRIM*, São Paulo, vol. 156, jun. 2019, p. 168-169 e 175-176. No mesmo sentido, Rafael Zottis (*Standards de prova e dúvida razoável no processo penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022, p. 155): “(...) há, indiscutivelmente, razões para entender que este critério (modelo de constatação da prova além da dúvida razoável) não é aplicado conforme o que preconiza a essência desse instituto originado no direito anglo-saxão, e a prova disso são algumas decisões, especialmente do STJ, que subvertem o sentido lógico do *satandard* (sic) e o utilizam em desfavor do acusado”.

¹⁹ O seguinte trecho condensa bem a crítica do autor ao uso indevido do “para além de qualquer dúvida razoável” no Brasil: “Causa espanto o fato de um *standard* probatório desenvolvido para ser uma forma rígida de evitar condenações indevidas seja defendida como um meio de mitigar o controle sobre a atividade de valoração de provas no Brasil. O quadro se agrava diante da inexistência de citação de decisões que supostamente estariam absolvendo com base em alguma mera dúvida, que pudesse ser reputada como não razoável. Aparentemente, está-se diante de uma instância de uso da falácia informal do ‘espantalho’, segundo a qual um argumento contrário é criado ou distorcido para dar razão ao argumento defendido. Diante da construção histórica do processo penal brasileiro, que privilegiou o sistema de ‘livre convencimento’, liberando o juiz de quaisquer regras de interpretação ou de valoração de provas no momento da decisão, é necessário um modelo que efetivamente aumente o grau de controle sobre a atividade judicial. Ao que parece, o recurso à expressão ‘prova para além de dúvida razoável’ tem sido utilizado como simples adorno retórico da decisão, sem que esteja cumprindo alguma efetiva função de controle” (*op. cit.*, p. 177).

exigência, ou seja, qual o grau de probabilidade ou certeza é requerido²⁰. Nesse sentido, a expressão “*mais além de qualquer dúvida razoável*” não seria nada além de um indicativo de que o “*honesto reconhecimento da invariável falibilidade abstrata do juízo não deve impedir a condenação*”²¹.

Há autores que realizam um esforço para viabilizar a aplicação desse *standard* e evitar seu mau uso. É o caso, por exemplo, de Vinicius Vasconcellos. O autor reconhece a imprecisão desse *standard* e o risco de que ele se torne um mero argumento retórico em sua aplicação prática²². Reconhece, também, a necessidade de se afastar uma visão subjetivista, que justifica a comprovação dos fatos no convencimento pessoal do julgador. No entanto, o autor investe na possibilidade de aprimorar esse padrão de prova de forma a superar sua imprecisão, em vez de o descartar, considerando a vantagem de que a noção de “prova além da dúvida razoável” já está consolidada internacionalmente²³. Assim, busca reduzir ao máximo possível a margem de subjetivismo, especialmente a partir da controlabilidade da decisão²⁴. Em suma, o autor propõe, em primeiro lugar, a exigência de que a acusação seja capaz de “explicar de modo coerente e íntegro os fatos comprovados no processo com a apresentação de critérios confirmatórios disponíveis”²⁵. Em segundo lugar, que essa explicação seja capaz de afastar quaisquer eventuais explicações alternativas aos fatos provados. Vasconcellos estabelece critérios para definir o que é a “dúvida razoável”, compreendendo-a como “a hipótese alternativa à tese incriminatória que se mostra logicamente possível e amparada pelo lastro probatório do processo”²⁶. Sugere, enfim, a adição de artigos ao CPP de forma a esclarecer a aplicabilidade do *standard*²⁷.

²⁰ GASCÓN ABELLÁN, *op. cit.*, p. 129.

²¹ BADARÓ, *op. cit.*, p. 73.

²² VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 16, n. 2, maio/ago. 2020, e1961, p. 13 e 26.

²³ *Idem*, p. 15.

²⁴ *Idem*, p. 16.

²⁵ *Idem*, p. 20.

²⁶ *Idem*.

²⁷ *Idem*, p. 18-19.

Dentro desse cenário, e independentemente da adoção desse *standard* específico, entende-se essencial o estabelecimento de um horizonte: a) de que o nível de exigência de comprovação para que determinado enunciado fático possa ser considerado verdadeiro deve ser alto; b) de enfoque no material probatório dos autos, em vez de na mera convicção subjetiva do julgador, de forma a exigir que o juízo justifique sua decisão com base na prova, não em sua certeza moral; e c) de exigência de argumentação racional que apresente a relação, com critérios objetivos e uma conexão dedutiva sólida, entre os enunciados fáticos considerados verdadeiros e as provas produzidas nos autos.

Partindo dessa perspectiva, o horizonte estabelecido deve produzir impacto em ao menos três momentos. Em primeiro lugar, na relação entre verdade e prova. Em especial, na definição do significado do termo “verdadeiro”, quando atribuído a determinado enunciado fático dentro do processo²⁸. Em segundo lugar, na distribuição da carga probatória. O processo penal parte de um estado de presumida inocência da pessoa acusada. Pelas razões de política criminal já indicadas anteriormente, esse estado deve ser protegido e não pode ser desconstituído facilmente. Por isso²⁹, deve recair sobre a acusação todo o ônus da sua desconstituição³⁰.

Em terceiro lugar, especificamente em relação ao grau de confirmação, o processo penal deve exigir - levando-se em conta as limitações de um *standard* probatório - um guia para o julgamento que seja centrado

²⁸ Para uma visão ampla do problema da verdade no processo penal, em especial da relação entre verdade e prova, conferir SZESZ, André. *O juízo de periculosidade na prisão preventiva*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p.17-45.

²⁹ É válido mencionar a posição crítica de Ferrer Beltrán, que refuta a relação específica entre presunção de inocência e ônus da prova. Para o autor, “(...) em um processo penal o ônus da prova, entendido como regra que determina quem é prejudicado pela falta de prova, recai sobre a acusação. Mas isso não é consequência da presunção de inocência em si mesma, senão do *standard* de prova” (*op. cit.*, p. 175-176).

³⁰ Há controvérsia doutrinária sobre se esse ônus se limita à comprovação da tipicidade do fato ou se também inclui a prova da inexistência de causas de exclusão de antijuricidade ou de culpabilidade. Conferir NOGUEIRA, Rafael Fecury. Ônus da prova das excludentes de ilicitude no processo penal e a necessidade de rompimento com a sua matriz civilista. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, nº 1, jan. /abr. 2018, p. 243-275.

na prova dos autos³¹. Mostra-se factível a exigência de que apenas pode haver condenação se o enunciado fático (aqui chamado também de “hipótese”) acerca da culpabilidade do(a) acusado(a) não tenha sido refutado e, ao contrário, esteja solidamente confirmado. A condenação pressupõe que o enunciado fático que afirma a inocência da pessoa acusada não tenha sido confirmado ou tenha sido confirmado apenas de forma débil. A confirmação será sólida se as provas, consideradas em conjunto, só encontram explicação se a hipótese acusatória for verdadeira e são incompatíveis com a hipótese de inocência. A confirmação será débil se as provas podem ser explicadas se a hipótese acusatória for verdadeira, mas são também passíveis de serem explicadas se hipótese de inocência for verdadeira³². Para a absolvição, não há necessidade de confirmação sólida da hipótese defensiva - em verdade, é a versão apresentada na denúncia que está sendo verificada -, mas tão somente de uma refutação da solidez da hipótese acusatória³³.

A centralização do julgamento na valoração da prova dos autos implica consideração cuidadosa sobre a força de corroboração atribuída a

³¹ Em suma, “o que se deve mensurar não é o convencimento do julgador sobre a hipótese fática, mas o grau de suporte que as provas dão à hipótese fática posta em julgamento” (BADARÓ, Gustavo H. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 261).

³² Uma discussão aprofundada sobre um *standard* probatório com contornos semelhantes pode ser encontrada em LAUDAN, Larry. Por qué um estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es um estándar. DOXA, *Cuadernos de Filosofía de Derecho*, vol. 28, 2005, p. 95-113; GASCÓN ABELLÁN, Sobre la posibilidad..., p. 135 e ss; Conferir também BADARÓ, *Epistemologia jurídica e...*, p. 249-261) e VASCONCELLOS, *op. cit.*, p. 13-19.

³³ Importante ressaltar que, nas palavras de Perfecto Andrés Ibañez, “para que a hipótese acusatória possa considerar-se válida, precisa-se de uma pluralidade de confirmações” e que “é preciso assim mesmo que a hipótese (acusatória) seja resistente às contraprovas apresentadas pela defesa. Uma só contraprova eficaz basta para derrubar uma hipótese: se o álibi é verdadeiro a hipótese é falsa.” (*Valoração da Prova e Sentença Penal*. Org.: Lédio Rosa de Andrade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 97). Conforme Gustavo Badaró (*Epistemologia jurídica e...*, p. 257), “uma hipótese defensiva que encontre confirmação em um segmento da prova, ainda que em menor intensidade que o aval dado pelas provas diversas em favor da hipótese da acusação, deve ser suficiente para levar ao reconhecimento de que a imputação não está provada e, havendo dúvida, o acusado será absolvido.”

procedimentos probatórios³⁴ como provas indiretas³⁵ e presunções, bem como sobre o grau de tolerância com o uso de máximas de experiência³⁶. De fato, não há incompatibilidade de um *standard* rigoroso com provas indiretas³⁷. A rigidez do *standard* probatório é, todavia, proporcional à qualidade das premissas utilizadas para o raciocínio inferencial que conclui como verdadeira a hipótese acusatória³⁸. As premissas utilizadas como base do raciocínio inferencial, por isso, devem ser apresentadas nas razões de decidir, para que se justifique a coerência da lógica utilizada. A qualidade dos argumentos de confirmação³⁹ é também essencial, já que há inúmeras variáveis circunstanciais que pesam para se considerar

³⁴ Aqui compreendidos no sentido empregado por GASCÓN ABELLÁN (*Los hechos en el Derecho*. Madri/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2010, p. 78).

³⁵ Aqui se adota a conceituação proposta por GASCÓN ABELLÁN (*Los hechos en...*, p. 84-85): “1. Prueba directa: procedimiento de conocimiento de hechos (o de verificación de enunciados fácticos) basados en la observación del próprio sujeto juzgador. 2. Prueba deductiva: procedimiento de conocimiento de hechos (o de verificación de enunciados) basado em uma inferência deductiva a partir de otras aserciones verificadas. 3. Prueba indirecta o inductiva: procedimiento de conocimiento de hecho (o de verificación de enunciados) basados em inferencias de carácter inductivo a partir de otras aserciones verificadas.”

A diferenciação entre provas diretas e indiretas, todavia, é controversa (conferir abordagem apresentada por GASCÓN ABELLÁN em *Los hechos en...*, p. 76-88).

³⁶ Máximas de experiência são “definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral, desligados dos fatos concretos que se apreciam no processo, procedentes da experiência, mas independentes dos casos particulares de cuja observação foram induzidas e que, além desses casos, pretendem ter validade para outros que venham a ocorrer.” (STEIN, Frierich. El conocimiento privado del juez. *Apud* FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Fatos notórios e máximas de experiência. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 376, 2004, p. 6.

³⁷ As provas indiretas são admitidas pelo CPP em seu artigo 239 (“Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”).

³⁸ Como bem destaca Perfecto Andrés Ibañez, “quanto maior for a distância e portanto maior o número de inferências que foram necessárias para derivar dos fatos probatórios o *thema probandi*, menor será o grau de probabilidade da indução probatória” (Op. cit., p. 97).

³⁹ GASCÓN ABELLÁN, Sobre a posibilidad..., p. 138.

uma hipótese solidamente confirmada em determinado caso (a exemplo do número e da variedade provas, do número de passos inferenciais que separam a prova da hipótese fática, etc.).

Em síntese, em um *standard* rigoroso, como deve ser o do processo penal, a uma, o julgamento deve estar centrado na relação de confirmação entre a prova e os enunciados fáticos; a duas, as inferências são admissíveis, mas dependem da qualidade das premissas adotadas; e a três, é essencial a argumentação racional que discorra sobre os motivos pelos quais determinado quadro probatório permite a conclusão de que a hipótese acusatória pode ou não ser considerada verdadeira.

2. A TENDÊNCIA À FLEXIBILIZAÇÃO DO STANDARD DE PROVA PARA O JULGAMENTO DA “NOVA CRIMINALIDADE” E SEU PROVÁVEL IMPACTO NA “VELHA CRIMINALIDADE”

Apesar do consenso de que no processo penal devem ser altos os níveis de exigência do grau de corroboração que as provas devem ser capazes de promover para fins de que se considerem provados determinados enunciados fáticos, há uma tendência no sentido de sua flexibilização em relação a certos tipos de crimes. Em termos simples, essa problemática pode ser resumida no embate entre a defesa de garantias clássicas do processo penal, entre as quais se incluem o alto rigor do *standard* probatório, e a pretensão de que os órgãos de investigação sejam eficazes na identificação e comprovação da ocorrência dos delitos considerados difíceis de provar.

A discussão usualmente ocorre com relação aos delitos que constituem a chamada nova criminalidade: especialmente a partir das décadas de 70 e 80 do século passado houve uma onda de novas criminalizações que expandiu o direito penal, levando o poder punitivo a campos onde ele tradicionalmente não se encontrava, com a criminalização de ofensas ao sistema financeiro, ordem tributária, meio ambiente, lavagem de dinheiro etc. Uma excelente descrição do fenômeno e reflexão sobre suas causas pode ser encontrada na obra de Silva Sánchez intitulada “La expansión del Derecho Penal⁴⁰”.

⁴⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La Expansión del Derecho Penal*. Madrid: Civitas, 2001.

Há significativas diferenças entre esses novos delitos e os crimes clássicos. Trata-se de criminalizações que pretendem a tutela de bens jurídicos supraindividuais, e que, assim, caracterizam-se como crimes sem vítima. São recorrentes as criminalizações através de tipos de perigo abstrato, de tipos de mera conduta, do uso de normas penais em branco, etc. As condutas criminalizadas são mais complexas, frequentemente envolvendo conhecimentos técnicos ou especializados e hierarquias empresariais. Todas essas características tornam, em regra, muito mais difícil a investigação e a produção de prova de fatos que atestem os novos crimes, se comparado com os crimes clássicos. O quadro se mostra ainda mais problemático ao se constatar que mesmo em relação aos crimes clássicos, em tese mais fáceis de investigar, a cifra oculta é enorme, devido à baixa capacidade operativa do sistema penal. Essa defasagem leva à seletividade do poder punitivo, que em regra termina por conseguir alcançar apenas as obras de mais fácil detecção, porque praticadas de forma mais tosca⁴¹. Essa cifra oculta provavelmente é muito maior em relação à nova criminalidade.

A maior dificuldade na investigação e produção de prova gera, por consequência, uma maior dificuldade em se produzir condenações pelos caminhos tradicionais com relação a crimes dessa natureza. Especificamente no que diz respeito à prova, as dificuldades descritas levaram à tendência ao excesso da utilização de meios de prova invasivos, que afetam direitos fundamentais, como quebras de sigilo bancário, fiscal e telemático, além de interceptações telefônicas. A quebra de sigilo bancário, por exemplo, que figura como um meio de prova excepcional para crimes comuns, passou a ser a regra no caso da lavagem de dinheiro. Houve, também, uma elevação da importância do papel das colaborações premiadas, que frequentemente aparecem não apenas como o ponto de partida, mas com um papel central em investigações sobre corrupção e lavagem de dinheiro. E, finalmente, essa flexibilização também atingiu o *standard* probatório, especificamente com a maior tolerância com condenações baseadas em confirmações frágeis das hipóteses fáticas acusatórias. O

⁴¹ Sobre a seletividade do poder punitivo e as “obras toscas” da criminalidade, conferir ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR. *Direito Penal Brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 44-51.

nível de exigência com a qualidade das premissas que baseiam as inferências utilizadas para se concluir por verdadeiro o enunciado fático tem diminuído⁴², especialmente no que diz respeito à comprovação do dolo.

Há autores que buscam racionalizar essa tendência geral de flexibilização de garantias clássicas, com teses que propõem a criação de um sub-ramo dentro do Direito Penal⁴³ ou a criação de um ramo intermediário entre o Direito Penal e o Direito Administrativo⁴⁴ como forma de resguardar o núcleo duro com relação aos crimes clássicos - tema que não será abordado neste estudo. Especificamente quanto ao problema do *standard* probatório, destaca-se a tese de Dallagnol⁴⁵, que apresenta uma proposta de solução especificamente para o dilema da especial dificuldade em se investigar determinados crimes. O autor considera que um nível de exigência probatória muito alto, que alcance 95% de certeza, poderia ser adequado para a condenação por um crime como o homicídio, mas geraria ampla impunidade para um crime de alta complexidade como a lavagem de dinheiro. Deste modo, em síntese, Dallagnol propõe uma relação de proporcionalidade entre o nível de exigência probatória e a dificuldade de produção de provas com relação a determinado crime. Esse rebaixamento do *standard* poderia ocorrer em crimes como aqueles praticados por organizações criminosas, lavagem de dinheiro e corrupção, desde que o fato concretamente investigado efetivamente seja difícil de provar, que os órgãos de investigação tenham esgotados os meios exigíveis para elucidação dos fatos e que seja mais elevado o rigor da motivação judicial quanto à valoração da prova. Quanto aos possíveis erros judiciais que decorram do *standard* rebaixado, o autor os considera um efeito colateral lamentável, mas inevitável se se quer a punição de culpados.

A tese é criticada por Malan e Mirza⁴⁶. Estes apontam que Dallagnol estaria desconsiderando o papel da presunção de inocência na conforma-

⁴² Vide notas de rodapé 17 e 53.

⁴³ E.g. SILVA SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 159-162.

⁴⁴ E.g. HASSEMER, Winfried. Características e Crises do Moderno Direito Penal. *Revista de Estudos Criminais*, Rio de Janeiro, nº 8, 2003, p. 54-68.

⁴⁵ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas do processo*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2018, p. 253-259.

⁴⁶ MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio. Criminalidade econômico-financeira complexa, presunção de inocência e standard de prova. *RBCCRIM*, São Paulo, vol.

ção do *standard*, ao desrespeitar a escolha política já feita pelo legislador na ponderação dos custos sociais dos erros referentes à falsa absolvição e à falsa condenação. Os autores apontam, ainda, que a tese de Dallagnol implicaria violação à garantia de igualdade perante a lei processual e levaria ao paradoxo de que os acusados e as acusadas por crimes menos graves, sujeitos a penas mais leves, só poderiam ser condenados com base em um *standard* probatório rígido, enquanto aqueles que mais precisam dessa proteção poderiam ser condenados com o *standard* rebaixado.

Apesar da pertinência das críticas, a flexibilização defendida por Dallagnol tem se revelado a realidade da jurisprudência nacional nos últimos anos e se mostra uma tendência global⁴⁷. É preciso levar em consideração que tendências como essa, apesar de se estabelecerem a partir do pretexto do combate de certos tipos de crimes, costumam se estender e modificar todo o direito penal e o processo penal⁴⁸. Por exemplo, as propostas de reformas legislativas intituladas “10 medidas contra a corrupção”, não obstante terem por pretexto o combate especificamente da corrupção, pretendiam redução de direitos de defesa dos(as) acusados(as) em relação a crimes de todas as naturezas⁴⁹.

É em razão dessa vagueza dos discursos de combate a emergências que a referida tendência se encontra com o problema específico dos crimes sexuais. Em primeiro lugar, porque são crimes em geral difíceis de provar⁵⁰, não sendo necessário grande esforço retórico para se justificar o rebaixamento de *standard* probatório a pretexto de analogia com delitos que integram a referida “nova criminalidade”. Em segundo lugar, porque

185, nov. 2021, p. 220-231. Os autores apresentam uma extensa crítica à tese de Dallagnol, porém aqui se destacou apenas aquelas que mais se relacionam com o foco do presente estudo.

⁴⁷ Conferir obra citada de Silva Sánchez.

⁴⁸ Acerca da falibilidade dos discursos e propostas que pretendem flexibilizar direitos fundamentais de um único “alvo” e acerca da tendência de que essas flexibilizações contaminem todo o Estado de Direito, conferir ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 155-167.

⁴⁹ A esse respeito, conferir SZESZ, André. O discurso de combate à corrupção: análise por uma perspectiva dos estudos de Eugenio Raúl Zaffaroni. *RBC-CRIM*, São Paulo, vol. 184, out. 2021, p. 217-243.

⁵⁰ O tema será detalhadamente tratado no próximo tópico.

na prática judicial já se constata esse rebaixamento de *standard*⁵¹, mas carente de um discurso que a legitime. É curioso observar, paradoxalmente, que no voto proferido no julgamento da APN 470, a Ministra Rosa Weber⁵² realizou analogia inversa, justificando o rebaixamento de *standard* para “delitos de poder” com o pretexto de que isso já seria autorizado nos crimes sexuais. Esse cenário nebuloso é indicativo de que o tema merece atenção, tanto no sentido de se clarificar a discussão, quanto no de se encontrar respostas factíveis, conectadas com a realidade judicial e compatíveis com as garantias constitucionais.

3. A PROBLEMÁTICA DA PROVA NOS CRIMES SEXUAIS

Dentro do contexto apresentado nos tópicos anteriores, emerge o problema de prova especificamente nos crimes sexuais: em delitos dessa natureza seria possível se falar em atenuação na rigidez da valoração da prova? Haveria efetivamente alguma diferença no que diz respeito ao *standard* probatório? O que significa dizer que a palavra da vítima possui especial valor probatório? Por crimes sexuais, aqui se entende

⁵¹ *Idem.*

⁵² “No processo criminal, tem prevalecido certa elasticidade na admissão da prova acusatória, com a valorização, por exemplo, do depoimento da vítima nos delitos contra os costumes, especialmente o estupro. São os crimes da intimidade. A lógica autorizada pelo senso comum faz concluir que, em tal espécie de criminalidade, a consumação sempre se dá longe do sistema de vigilância. No estupro, em regra, é quase impossível uma prova testemunhal. Isso determina que se atenua a rigidez da valoração, possibilitando-se a condenação da pessoa acusada com base na versão da vítima sobre os fatos confrontada com os indícios e circunstâncias que venham a confortá-la. Nos delitos de poder não pode ser diferente. Quanto maior o poder ostentado pelo criminoso, maior a facilidade de esconder o ilícito, pela elaboração de esquemas velados, destruição de documentos, aliciamento de testemunhas etc. Também aqui a clareza que inspira o senso comum autoriza a conclusão (presunções, indícios e lógica na interpretação dos fatos). Daí a maior elasticidade na admissão da prova de acusação, o que em absoluto se confunde com flexibilização das garantias legais, dos cânones processuais e dos meios probatórios e sua avaliação.” (STF, APN 470, Relator Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2012, Dje de 22/04/2013, fls. 52709-52710)

especificamente os crimes de estupro (art. 213⁵³ do CP) e de estupro de vulnerável (art. 217-A⁵⁴ do CP).

O estupro é um relevante *problema social*, há décadas discutido no âmbito acadêmico, mas que especialmente nos últimos anos vem tendo seu interesse jornalístico aumentado e vem ganhando mais espaço nos debates públicos. Várias pesquisas recentes têm demonstrado a dimensão social do estupro, que, por um lado, está inserido num contexto de violência física, psicológica e simbólica de gênero⁵⁵, com grandes consequências sociais, mas, por outro lado, é legitimado pela cultura machista presente na sociedade⁵⁶, inclusive nas práticas judiciais⁵⁷. A alta incidência de crimes dessa natureza no país, somada à grande impunidade, coloca o estupro também como um grande problema de segurança pública⁵⁸.

Pela perspectiva da dogmática do Direito Penal, as recentes mudanças de comportamento sexual na sociedade, em especial a redução da tolerância com comportamentos invasivos masculinos, impactaram no aumento da envergadura daquilo que se compreende por ato libidinoso para fins do crime de estupro. Se na época em que o Código Penal

⁵³ “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”.

⁵⁴ “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos”.

⁵⁵ E.g. estudo sobre as consequências emocionais do estupro na vida de mulheres adultas: SOUZA, Flávia Bello Costa de. *Consequências emocionais de um episódio de estupro na vida de mulheres adultas*. Dissertação (Mestrado em Psicologia). PUC-SP, São Paulo, 2013.

⁵⁶ E.g. Estudo realizado por meio de entrevistas, através do qual se percebeu adesão dos participantes a mitos sexistas sobre estupro, que atribuem à mulher responsabilidade sobre o fato. ANDRADE, Ewelyne dos Santos. *A culpa do estupro é da mulher? Uma análise do processo de legitimação do estupro*. Dissertação (Mestrado em Psicologia). UNIFOR, Fortaleza, 2018.

⁵⁷ E.g. Estudo sobre os estereótipos que dificultam o acesso das mulheres à justiça em caso de estupro: ALMEIDA, Gabriela Perissinotto de. *Estereótipos de gênero sobre mulheres vítimas de estupro: uma abordagem a partir do viés de gênero e dos estudos de teóricas feministas do direito*. Dissertação (Mestrado em Direito). USP, Ribeirão Preto, 2017.

⁵⁸ Conforme o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (disponível em <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v-1-interativo.pdf>, acesso em 10 dez 2021), no primeiro semestre de 2020 ocorreram em média 140 estupros por dia no Brasil.

entrou em vigência compreendia-se como agressão sexual apenas a conjunção carnal e os atos análogos, hoje a jurisprudência já aceita como estupro ações bem menos invasivas, mas que também são praticadas com a pretensão de satisfação da lascívia⁵⁹. Há precedentes, inclusive, que dispensam o contato físico do agressor com a vítima para se considerar consumado o estupro⁶⁰.

Essa atenção recente, somada à tendência descrita no tópico anterior, reanima a discussão sobre aspectos penais e processuais relativos aos crimes sexuais. No que diz respeito ao *standard* probatório, que é o foco deste estudo, o estupro tradicionalmente apresenta algumas dificuldades especiais. Apesar de figurarem dentro do rol dos crimes clássicos, já há muito é amplamente reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência que crimes dessa natureza são usualmente difíceis de serem provados, uma vez que são costumeiramente praticados longe de testemunhas, em locais onde não costuma haver vigilância de nenhuma natureza, frequentemente por pessoas que integram o ciclo social da vítima e se valem de uma

⁵⁹ Por exemplos, toques e “beijos lascivos” (e.g. “4. O beijo lascivo ingressa no rol dos atos libidinosos e, se obtido mediante violência ou grave ameaça, importa na configuração do crime de estupro. Evidentemente, não são lascivos os beijos rápidos lançados na face ou mesmo nos lábios, sendo preciso haver *beijos prolongados e invasivos, com resistência da pessoa beijada*, ou então dos *beijos eróticos lançados em partes impudicas do corpo da vítima*. Por conseguinte, verificar-se-á estupro mediante violência caso a conduta do beijo invasivo busque a satisfação da lascívia, desde que haja intuito de subjugar, humilhar, submeter a vítima à força do agente, consciente de sua superioridade física.” (grifos ausentes no original) (STJ, RHC 93.906/PA, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 21/03/2019, DJe 26/03/2019).

⁶⁰ E.g. “O delito imputado ao recorrente se encontra em capítulo inserto no Título VI do CP, que tutela a dignidade sexual. Cuidando-se de vítima de dez anos de idade, conduzida, ao menos em tese, a motel e obrigada a despir-se diante de adulto que efetuara pagamento para contemplar a menor em sua nudez, parece dispensável a ocorrência de efetivo contato físico para que se tenha por consumado o ato lascivo que configura ofensa à dignidade sexual da menor. Com efeito, a dignidade sexual não se ofende somente com lesões de natureza física. A maior ou menor gravidade do ato libidinoso praticado, em decorrência a adição de lesões físicas ao transtorno psíquico que a conduta supostamente praticada enseja na vítima, constitui matéria afeta à dosimetria da pena, na hipótese de eventual procedência da ação penal.” (grifos ausentes no original) (STJ, RHC 70.976/MS, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 02/08/2016, DJe 10/08/2016)

relação de confiança. Outra dificuldade é que frequentemente estupros não deixam vestígios⁶¹. Isso pode acontecer por diversas razões. Por exemplo, porque a vítima, em razão de coação, física ou psicológica, ou por um estado de embriaguez, não ofereceu resistência física. Ou porque o *modus operandi* não foi fisicamente violento. Ou ainda porque o tipo de conduta praticada não deixa vestígios, como nos casos em que o agressor apenas toca superficialmente ou oralmente a genitália da vítima ou esta é forçada a tocar a genitália do agressor. Desse modo, frequentemente a única prova que atesta o fato diretamente é a palavra da vítima⁶².

Mas o depoimento da vítima também é, por si só, rodeado de obstáculos. Além da dificuldade de reunir elementos que atestem a ocorrência do fato, vítimas também sofrem eventualmente com o descrédito das demais pessoas, inclusive de familiares e de representantes de órgãos de investigação. A vítima constantemente é tão julgada quanto a pessoa acusada. Esta, pela prática do crime, e aquela, pelo seu comportamento sexual, pela forma como reagiu à agressão e pela sua vida pregressa⁶³. Desse modo, frequentemente “a vítima se vê obrigada a provar que não contribuiu, de forma alguma, para a ocorrência do fato e que vive de acordo com papel determinado pelos padrões sociais pré-estabelecidos⁶⁴”. É comum que a própria vítima se sinta culpada pelo fato e a dúvida sobre sua palavra contribui para aumentar essa sensação. Essas circunstâncias tornam mais penoso noticiar crimes dessa natureza. A dificuldade é ainda maior quando o crime em questão é o estupro de uma criança. Isso porque há inúmeros óbices inerentes ao depoimento de menores de 14 anos de idade, que não têm a mesma desenvoltura que uma pessoa adulta

⁶¹ Se houver vestígios, deve haver exame de corpo de delito, por meio do qual se buscará provas do ato libidinoso, como a existência de esperma, a ruptura do hímen ou lesões corporais. Mas mesmo se presentes, esses vestígios frequentemente não bastam para se comprovar o crime (CRUZ, Rúbia Abs da. A prova material nos crimes sexuais. *Revista do Ministério Público*, nº 53. Porto Alegre, 2004, p. 187).

⁶² Ainda, é possível que mesmo se o crime deixar vestígios, a perícia não seja feita porque exames dessa natureza não estejam disponíveis na comarca por falta de equipamentos ou por falta de peritos (*Ibidem*, p. 187).

⁶³ *Ibidem*, p. 188.

⁶⁴ *Idem*.

para identificar que estão sendo vítimas de um crime sexual e são mais vulneráveis a coações por parte do agressor.

Esses obstáculos pesam em desfavor das vítimas e dos órgãos de acusação, que constantemente não conseguem formar um quadro probatório apto a dar suporte à afirmação de que o fato criminoso aconteceu. A falta de provas é causa comum de absolvições. A falta de perspectiva de conseguir comprovar os fatos é também um fator que inibe muitas vítimas a noticiar o crime às autoridades competentes.

Diante desse contexto, a seguinte questão poderia ser colocada: a pretensão da eficácia na punição de autores de crimes dessa natureza justificaria a redução do rigor exigido pelo *standard* probatório em matéria penal? Mas o termo eficácia, nessa pergunta, está direcionado tão somente à perspectiva de êxito em punir agressores, ou seja, à perspectiva de segurança pública. Porém, eficácia, em matéria processual penal, implica respeito a direitos e garantias fundamentais e o norte político está estabelecido no sentido de se evitar condenações equivocadas. A solução não poderia ser tão simplista.

A questão deve ser refletida especialmente em relação à valoração da palavra da vítima, nos contextos probatórios em que não há outra prova direta para a condenação. Esse depoimento merece, de fato, uma *atenção especial*. Mas esta não poderia significar uma presunção de veracidade. Em primeiro lugar, porque haveria uma inversão do ônus da prova, que no processo penal brasileiro está claramente colocado sobre a acusação, por força do artigo 156 do CPP⁶⁵. Em segundo lugar, porque isso facilitaria o êxito de denúncias caluniosas, sobretudo considerando a dificuldade, e eventual impossibilidade, da prova negativa de um fato. Especialmente em relação aos estupros de menores de 14 anos, ainda haveria o problema das falsas memórias⁶⁶, dos depoimentos colhidos ou valorados de forma

⁶⁵ “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (...)”.

⁶⁶ Conferir VIANA, Caroline Navas. A falibilidade da memória nos relatos testemunhais: implicações das falsas memórias no contexto dos crimes contra a dignidade sexual. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, nº 2, 2018, p. 1035-1056.

metodologicamente equivocada⁶⁷, da mentira que deriva de alienação parental ou que decorre de imaturidade e de ausência de compreensão das consequências da acusação⁶⁸.

Enfim, essa presunção de veracidade implicaria efetivamente uma alteração no *standard* probatório, com a tolerância do aumento do número de condenações equivocadas a pretexto de se aumentar as condenações corretas. Aqui se aplicariam as mesmas críticas à tese de Dallagnol quanto ao rebaixamento do *standard* em relação a crimes complexos: por um lado, isso é incompatível com o princípio da presunção de inocência e desrespeita as escolhas políticas do legislador quanto à preponderância de se evitar condenações equivocadas; por outro lado, implica desigualdade perante a lei processual e leva ao paradoxo de flexibilizar as exigências de prova justamente com relação a crimes classificados como hediondos, com penas em geral bastante altas. Além disso, mesmo do ponto de vista da segurança pública essa flexibilização seria questionável, já que, por um lado, devido à baixa capacidade operativa do sistema penal e à vasta cifra oculta, o aumento de condenações mesmo em tese não seria significativo a ponto de impactar as estatísticas, e, por outro lado, seria uma solução extremamente simplista para um problema social tão complexo como a violência de gênero⁶⁹.

⁶⁷ Conferir BRITO, Leila Maria Torracca de; PEREIRA, Joyce Barros. Depoimentos de crianças: um divisor de águas nos processos judiciais? *Psico-USF*, Bragança Paulista, n. 17, 2012, p. 285-293.

⁶⁸ O já citado estudo de BRITO e PEREIRA identificou na jurisprudência do TJ/SP situações de *presunção de veracidade* do depoimento de uma criança, com o argumento de que o testemunho seria crível e a criança supostamente não teria razões para incriminar o réu. Ao se conferir esse peso aos depoimentos, pode-se estar “atribuindo responsabilidade jurídica às crianças que, no lugar de pequenos depoentes, selam destinos de seus familiares, muitas vezes sem ter ideia do alcance e da reverberação das palavras proferidas no contexto jurídico, relatos que parecem se tornar, agora, um divisor de águas em decisões judiciais. Nesse cenário, recaí sobre seus ombros o peso da condenação de familiares, com os inúmeros desdobramentos que a situação acarreta.” (*Ibidem*, p. 291).

⁶⁹ Diversos estudos demonstram a violência de gênero como um fenômeno cultural e estrutural (e.g. SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani; ALMEIDA, Suely Souza de. *Violência de gênero: poder e impotência*. Rio de Janeiro: Revinter, 1995). Como historicamente o poder punitivo se mostra ineficaz na solução de problemas sociais (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Origen y evolución del*

Considerando essas circunstâncias, seria possível se admitir uma condenação por crime sexual apenas com base no depoimento da vítima? Costuma se dizer na jurisprudência de alguns tribunais europeus, como os espanhóis, que o princípio do “testis unus testis nullus” (testemunho único, testemunho sem valor) é obsoleto, por se tratar de um resquício do sistema de prova tarifada⁷⁰. Ramírez Ortiz sustenta, todavia, que esse princípio pode ser compreendido dentro do movimento revolucionário e racionalista da defesa da “livre valoração”. O princípio foi defendido por iluministas como Beccaria⁷¹. O significado a ele atribuído era que um único testemunho seria insuficiente para a condenação, apesar de que a existência de dois testemunhos não obrigaria o(a) juiz(a) a condenar⁷². Tratava-se de uma espécie de prova legal negativa estabelecida como garantia contra uma convicção arbitrária de culpabilidade motivada pela “livre convicção” num contexto judicial em que não havia uma cultura de motivar as decisões⁷³. Com a versão racionalista do livre convencimento, o princípio restou superado e a questão da credibilidade do depoimento da vítima passou a ser colocada. No final dos anos 80, a Corte Suprema espanhola estabeleceu três critérios para verificação dessa credibilidade⁷⁴: i) a análise da credibilidade subjetiva, que consiste na avaliação das características psíquicas da vítima (idade ou alguma incapacidade), das relações emocionais com o(a) acusado(a) (ódio, ressentimento, vingança

discurso crítico em el derecho penal. Buenos Aires: Ediar, 2004, p. 28.), parece não haver nenhum indicativo minimamente confiável de que uma simples redução do *standard* probatório seja capaz de causar qualquer impacto significativo no combate a essa violência.

⁷⁰ RAMÍREZ ORTIZ, José Luis. El testimonio único de la víctima em el proceso penal desde la perspectiva de género. Em *Quaestio Facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, Madri, nº 1, 2020, p. 204.

⁷¹ “Uma só testemunha não é suficiente porque, se o acusado nega o que a testemunha afirma, nada resta de certo e a justiça então tem de respeitar o direito que cada qual tem de se considerar inocente.” (BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 31)

⁷² RAMÍREZ ORTIZ, op. cit., p. 207.

⁷³ Conferir *Ibidem*, p. 204-207.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 211. Sobre esses critérios, conferir também MATIDA, Janaina Roland. A determinação dos fatos nos crimes de gênero. *Violência de Gênero*. André Nicolitt; Cristiane Brandão Augusto (org.). Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 103-106.

ou inimizade) ou a existência de interesses de outras naturezas (como a intenção de proteger terceiros); ii) a análise da verissimilitude, que consiste na avaliação coerência interna (lógica e plausibilidade) e externa (coerência dos dados objetivos externos) do relato; e iii) a análise na persistência no depoimento, que consiste na avaliação da coerência entre os vários depoimentos dessa mesma pessoa (ausência de modificações essenciais, de nebulosidades e de contradições). Essa pauta serve apenas como referência para o grau de fiabilidade, pois a existência de defeitos no depoimento não significa que ele seja imprestável. O depoimento isolado da vítima é, todavia, insuficiente, porque a simples convicção íntima de quem acusa jamais poderia sustentar uma condenação.

O ponto central é a presença de elementos externos de corroboração⁷⁵. Com eles, evita-se uma valoração do depoimento da vítima que se centra em sua performance (confiança e convicção demonstrada pela vítima, grau de persuasão e riqueza de detalhes de sua versão), a qual pode induzir o julgador a erro⁷⁶, e, assim, evita-se condenações com base em narrativas falsas, porém convincentes. Foca-se, por outro lado, na busca da constatação de que a declaração efetivamente reflete a realidade e corresponde aos fatos tais como descritos pela acusação. Assim, tudo aquilo que é dito pela parte e que é passível de comprovação deve ser comprovado por fontes independentes. Além disso, o depoimento da vítima deve ser colhido de forma técnica, evitando fatores que a intimidam, que prejudicam a sua memória ou que a induzem a determinada narrativa⁷⁷, para que se possa obter o relato com a maior qualidade possível.

⁷⁵ “En resumen: el testimonio único, sea el de la víctima, sea el de un tercero, em sentido estricto (no corroborado) es prueba insuficiente para acreditar la hipótesis acusatoria como paso previo a la condena. La declaración de un solo testigo solo es apta a tal efecto si algunos de los datos probatorios relevantes que de ella resulten encuentran respaldo en otras fuentes de prueba. Ello, como es obvio, no exime al juzgador de la obligación de hacer un juicio crítico del dato corroborante. Pero, además, indica al investigador el camino que ha de transitar si quiere asegurar el éxito del juicio oral: obtener de la declaración de la víctima todos los datos relevantes para buscarles respaldo en otras fuentes de prueba.” (RAMÍREZ ORTIZ, op. cit., p. 219)

⁷⁶ Há pesquisas indicando que o grau de certeza que a vítima tem não é proporcional ao grau de confiabilidade de sua versão. Conferir MATIDA, A determinação dos..., p. 99.

⁷⁷ Conferir *Ibidem*, p. 93-105.

Com base nesses parâmetros, pode-se delimitar em que deve consistir especificamente a *atenção especial* a ser dedicada aos depoimentos das vítimas. Sua valoração implica, em primeiro lugar, a compreensão do contexto de dificuldade de obtenção de provas, ou seja, de que a ausência de outros depoimentos e de outras provas não é indicativo de que o fato não aconteceu. Assim, deve-se analisar cada caso para se avaliar quais provas são passíveis de serem produzidas e quais são provas impossíveis. Por exemplo, se a versão acusatória aduz que a vítima teria sofrido abuso sexual de um familiar sempre longe do olhar de terceiros, a ausência de testemunhas presenciais não pode ser considerada circunstância que indica a inocorrência do fato. É certo que eventualmente as circunstâncias de um caso podem reduzir bastante o número de provas possíveis. Mesmo assim, a comprovação da versão da vítima deve se dar apenas considerando o que é possível, sem exigir provas impossíveis da acusação, mas, ao mesmo tempo, sem dispensar a produção de provas de corroboração.

Em segundo lugar, a valoração implica o esforço para se verificar a *coerência externa* a partir dos elementos fáticos que efetivamente podem ser obtidos em cada caso. Nesse sentido, por exemplo, o ponto de trabalho indicando a hora de saída, os vídeos de segurança das câmeras que registraram por onde a vítima passou e os depoimentos daqueles que testemunharam seu trajeto são importantes elementos de prova se a acusação indica que o estupro ocorreu em uma rua não movimentada após uma perseguição furtiva do agressor⁷⁸. Ainda, se conforme a versão acusatória a vítima em idade escolar estaria sofrendo abusos em casa que estariam impactando seu comportamento na escola, com agressividade

⁷⁸ Esse exemplo é citado por MATIDA (*Ibidem*, p. 105): “Logo, se a vítima declara ter saído do trabalho a uma determinada hora, e que depois foi abordada por um sujeito quando voltava para casa, será corroboração objetiva e externa à sua declaração a integração do ponto de trabalho (indicando a hora de saída), o vídeo de segurança da calçada do restaurante (que registra que por lá passou, atordoada, dando sinais de que sentia-se seguida), a testemunha que subiu de elevador com ela, o laudo pericial etc. No contexto de crimes realizados na clandestinidade, mesmo que não existam elementos probatórios que corroborem exatamente a ocorrência da conduta típica, é importante cercar ao máximo a narrativa apresentada de elementos confirmatórios, realizando assim, tantas quantas inferências probatórias quanto possíveis e que denotem a soma de uma à outra, a maior plausibilidade da hipótese de acusação diante de tantas e tantas corroborações.”

direcionada a colegas e notas que passaram a ser baixas a partir do início dos fatos, o boletim escolar, bem como o depoimento de professores(as), são provas passíveis de serem produzidas. Se a acusação aduz que a criança, após o início dos abusos, passou a publicamente tentar evitar contato com o familiar acusado, é possível obter testemunhos que atestem se havia, de fato, essa tentativa de repulsa. Se a versão acusatória indica que a vítima recebia ligações diárias com ameaças para não denunciar o fato e o acusado nega ter feito esses telefonemas, o registro de ligações telefônicas é elemento probatório passível de ser produzido. Essas provas são relevantes porque podem corroborar ou infirmar a coerência de vários aspectos da acusação. Deste modo, é possível que a versão da vítima seja considerada verdadeira sem provas diretas do fato, desde que se comprove os elementos circunstanciais passíveis de serem provados e que, se somados, mostrem-se premissas fáticas suficientes para se inferir a ocorrência do crime sem saltos lógicos ou presunções de veracidade. É importante frisar que esses elementos devem ser independentes, ou seja, que não podem ser derivados da palavra da vítima. Por exemplo, uma testemunha de ouvir dizer, que apenas repete o que a vítima lhe relatou, não é uma prova independente.

Em terceiro lugar, a valoração deve estar desprovida de estereótipos de gênero⁷⁹ e de juízos morais. Por isso, para se considerar que o fato é verdadeiro ou falso, não se deve levar em conta, por exemplo, a vida sexual pregressa da vítima, seus hábitos, suas vestes, sua orientação sexual e sua classe social. Isso significa que é irrelevante o comportamento moral ou sexual da vítima se ela não consentiu com a prática da relação sexual.

Acrescenta-se, por fim, que também deve haver um cuidado especial na motivação da decisão, que deve expor todo o raciocínio utilizado para concluir que o depoimento é ou não confiável ou se está ou não confirmado pelas demais provas.

Esses parâmetros não representam um rebaixamento do *standard* probatório. Deve remanescer a exigência de confirmação sólida da hipótese acusatória para que haja condenação. A diferença é que, como já afirmado, a valoração da palavra da vítima deve receber a *atenção especial* descrita acima.

⁷⁹ RAMÍREZ ORTIZ, *op. cit.*, p. 229-241.

A jurisprudência brasileira, todavia, não segue esses parâmetros. Em que pese haver inúmeros precedentes no Superior Tribunal de Justiça que manifestam o entendimento de que a palavra da vítima precisa de corroboração por outros elementos⁸⁰, não há exigência de que sejam elementos externos e independentes. Há uma centralização do julgamento na valoração palavra da vítima - frequentemente afirmada como suficiente⁸¹ ou preponderante⁸² e medida pela performance de quem depõe⁸³ - e uma redução da relevância dos elementos de corroboração, bem como do rigor

⁸⁰ No STJ, precedentes nesse sentido podem ser encontrados já em julgamentos que datam a segunda metade da década de 1990. E.g.: “Não obstante os laudos periciais atestarem a inexistência de atos libidinosos, de conjunção carnal e de lesões corporais, a palavra da vítima, de crucial importância nesses delitos, corroborada por prova testemunhal harmônica, autoriza a condenação que, para ser elidida, demanda inegável revolvimento fático-probatório, não condizente com a via angusta do writ.” (STJ, HC 8.564/DF, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Sexta Turma, julgado em 08/06/1999, DJ 28/06/1999, p. 154). No STF: HC 95540, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 18/11/2008, DJe de 06-02-2009; RHC 79788, Relator(a): Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, julgado em 02/05/2000, DJ de 17-08-2001).

⁸¹ E. g. “4. Assim, a palavra da vítima mostra-se *suficiente* para amparar um decreto condenatório por delito contra a dignidade sexual, desde que harmônica e coerente com os demais elementos de prova carreados aos autos e não identificado, no caso concreto, o propósito de prejudicar o acusado com a falsa imputação de crime.” (STJ, AgRg no AREsp 1211243/CE, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 24/04/2018, DJe 11/05/2018)

⁸² “5. O afastamento da Súmula 7/STJ em relação ao estupro com lesão grave (empalamento) levou em conta as considerações do acórdão recorrido, que admite a lesão anal grave e irreversível, a ausência de explicação para o fato, a circunstância de ter sido desprezada a prova judicial, a conclusão da sentença em sentido contrário, *além da jurisprudência desta Corte que dá preponderância à palavra da vítima* quando acompanhada de elementos que a tornam verossímeis.” (STJ, AgRg no REsp 1557577/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 12/06/2018, DJe 20/06/2018); “O entendimento adotado pelo acórdão objurgado está em harmonia com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual em crimes contra o patrimônio, em especial o roubo, cometidos na clandestinidade, a palavra da vítima tem especial importância e *prepondera*, especialmente quando descreve, com firmeza, a cena criminoso.” (STJ, AgRg no AREsp 1577702/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 18/08/2020, DJe 01/09/2020)

⁸³ Por exemplo, “Não corporifica ilegalidade a condenação que, além de mencionar elementos colhidos em procedimento da Corregedoria da Polícia Civil, ainda se lastreia em provas judicializadas: insegurança da versão do réu, no interrogatório judicial, e a *firmeza da palavra da vítima*, colhida sob o pálio do

com a qualidade destes, não raras vezes com a tolerância a depoimentos de ouvir dizer. Portanto, na prática há, sim, flexibilização do *standard* probatório⁸⁴, como inclusive foi expressamente reconhecido pela Ministra Rosa Weber no já citado voto proferido no julgamento da APN 470.

Além dos inconvenientes jurídicos já apontados acima, é questionável que essa flexibilização seja o melhor caminho para se lidar com o problema social dos crimes sexuais. É certo que a punição criminal desempenha um papel relevante no trato dessa questão, porém historicamente as políticas penais se mostram decepcionantes na contribuição para solução efetiva de problemas sociais⁸⁵. Dentro das limitações da atuação dos órgãos de investigação e do Poder Judiciário, como bem aponta Matida⁸⁶, o que se pode fazer é melhorar a qualidade das investigações (frequentemente sequer se investiga e a palavra da vítima acaba se tornando o ponto de partida e o ponto de chegada do caso) e a qualidade da prova produzida (especialmente dos depoimentos orais). Porém, repete-se, é preciso ter ciência de que o poder punitivo não é capaz de oferecer uma solução verdadeira ao problema social.

Há que se considerar também que a cifra oculta é gigante, pois segundo estimativa do Ipea⁸⁷, apenas 10% dos estupros consumados chegam ao conhecimento das autoridades policiais. Por analogia a estudos⁸⁸

contraditório. (STJ, HC 292.756/SP, Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 04/12/2014, DJe 17/12/2014)

⁸⁴ Conferir MATIDA, a determinação dos..., p. 103. DALLAGNOL (op. cit. p. 258) e ZOTTIS (op. cit., p. 153) também reconhecem esse rebaixamento de *standard* como uma realidade na jurisprudência brasileira. Vide também nota de rodapé nº 68 supra.

⁸⁵ Vide nota de rodapé nº 69.

⁸⁶ IMPROVÁVEL Ep. 30 – O valor probatório da palavra da vítima nos crimes sexuais. *Improvável Podcast*. MATIDA, Janaina, 2020, disponível em <https://soundcloud.com/improvavel-podcast/improvavel-ep-30-o-valor-probatório-da-palavra-da-vitima-nos-crimes-sexuais>, acesso em 06 dez 2021.

⁸⁷ CERQUEIRA, Daniel Ricardo de Castro; COELHO, Danilo Santa Cruz. *Nota Técnica n. 11 (Diest): Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da Saúde (versão preliminar)*, 2014, p. 6. Disponível em http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5780/1/NT_n11_Estupro-Brasil-radiografia_Diest-t_2014-mar.pdf, acesso em 24 mai. 2022.

⁸⁸ Conferir THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos?*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 1 -20; CAETANO, Fábio Masaúd; RIBEIRO, Felipe Garcia;

de cifra oculta já realizados com relação a outros tipos de crime, é possível afirmar que desses 10%, apenas uma fração chega a ter investigação instaurada e uma parcela ainda menor chega ao resultado de se ter uma denúncia oferecida. As intervenções penais, por isso, são casuísticas, e a simples facilitação de condenações em casos duvidosos não se mostra capaz, nem mesmo em tese, de causar impacto relevante nem com relação às estatísticas de impunidade, nem com relação às de incidência de novos casos, e ainda produz o efeito colateral de se aumentar as chances de condenações equivocadas.

Diante desse cenário, entende-se que a jurisprudência dos tribunais superiores quanto a esse tema merece ser repensada. Propõe-se a adoção dos critérios acima mencionados para se definir mais claramente o que é a especial atenção a ser conferida à palavra da vítima nos crimes sexuais. Sabe-se que a concretização desses critérios não é fácil, mas eles podem contribuir para racionalização do uso do poder punitivo para se lidar com os crimes sexuais. Ainda assim, é preciso ter ciência de que por mais próxima que a atividade jurisdicional esteja de um modelo ideal, sua capacidade de impacto no problema social em questão continuará sendo baixa. Por isso, propõe-se também a adoção do horizonte político de que o foco das políticas públicas, em vez de estar na facilitação de condenações em casos duvidosos, deve estar na prevenção e no combate aos fatores sociais e estruturais que estão na raiz da questão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Standards probatórios são critérios que definem o grau de exigência de comprovação que a prova existente no processo deve ser capaz de produzir para que se possa tomar por verdadeiro determinado enunciado fático. Em processo penal, em razão da proporcionalidade com a gravidade das sanções que podem ser impostas, e em coerência com o norte político estabelecido pelo princípio da presunção de inocência, o padrão estabelecido deve ser o mais rigoroso possível. A

YEUNG, Luciana; GHIGGI, Marina Portella. Determinantes da cifra oculta do crime no Brasil: uma análise utilizando os dados da PNAD 2009. *Estud. Econ.*, São Paulo, vol. 50, n° 4, p. 647-670.

hipótese fática acerca da culpabilidade dos agentes só pode ser considerada verdadeira se houver confirmação sólida, não compatível com a hipótese de inocência. A solidez da confirmação pode se dar por meio de provas indiretas (ou indutivas), desde que as premissas que sustentam o raciocínio inferencial sejam robustas e estejam expressamente indicadas nas razões de decidir.

Há sinais de que jurisprudência nacional está caminhando no sentido da flexibilização desse *standard* no processo penal, com a redução do rigor de exigência de confirmação probatória para se tomar por verdadeira uma hipótese acusatória. A razão é a dificuldade de detecção e investigação de delitos que compõe a chamada “nova criminalidade”, os quais, pelo seu *modus operandi*, a produção de provas é especialmente difícil. A demanda pela redução dos níveis de exigência probatória tem como pretexto a maior eficácia no combate desses crimes. Há dificuldade teórica em conciliar essa tendência com a garantia constitucional da presunção de inocência e com as pretensões epistêmicas do processo penal. Há, também, o risco de que, com uma retórica de combate a emergências, essas flexibilizações se estendam a todo o processo penal.

Em relação aos crimes sexuais, há tempos se consolidou o entendimento de que a palavra da vítima merece uma atenção especial. Porém, é necessário especificar no que exatamente essa atenção consiste. Esta deve ser compreendida como um respeito à técnica de sua colheita e uma valoração desprovida de estereótipos de gênero que leva em conta o contexto de dificuldade de produção de provas de crimes dessa natureza e, desse modo, busca encontrar uma coerência com elementos externos, a partir dos elementos fáticos passíveis de serem conhecidos em cada caso. Essa é a condição para a fiabilidade da prova e mantém intacto o *standard* probatório no processo penal. O rebaixamento do *standard* para viabilizar a condenação com base apenas na palavra da vítima e em elementos derivados desta, em que pese ser realidade na jurisprudência dos tribunais superiores, é incompatível com a presunção de inocência, facilita a condenação de inocentes e é medida incapaz de impactar positivamente nas estatísticas de impunidade e de ocorrência de novos crimes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Gabriela Perissinotto de. *Estereótipos de gênero sobre mulheres vítimas de estupro: uma abordagem a partir do viés de gênero e dos estudos de teóricas feministas do direito*. Dissertação (Mestrado em Direito). USP, Ribeirão Preto, 2017.

ANDRADE, Ewelyne dos Santos. *A culpa do estupro é da mulher? Uma análise do processo de legitimação do estupro*. Dissertação (Mestrado em Psicologia). UNIFOR, Fortaleza, 2018.

ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto. *Valoração da Prova e Sentença Penal*. Lédio Rosa de Andrade (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BADARÓ, Gustavo H. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 43-80, jan./abr. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.138>

BADARÓ, Gustavo H. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BRITO, Leila Maria Torraca de; PEREIRA, Joyce Barros. Depoimentos de crianças: um divisor de águas nos processos judiciais?. *Psico-USF*, Bragança Paulista, n° 17, 2012. <https://doi.org/10.1590/s1413-82712012000200012>

CAETANO, Fábio Masaú; RIBEIRO, Felipe Garcia; YEUNG, Luciana; GHIGGI, Marina Portella. Determinantes da cifra oculta do crime no Brasil: uma análise utilizando os dados da PNAD 2009. *Estud. Econ.*, São Paulo, vol. 50, n° 4, p. 647-670, 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/0101-41615043fflm>

CERQUEIRA, Daniel Ricardo de Castro; COELHO, Danilo Santa Cruz. *Nota Técnica n. 11 (Diest): Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da Saúde (versão preliminar)*, 2014. Disponível em http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5780/1/NT_n11_Estupro-Brasil-radiografia_Diest_2014-mar.pdf, acesso em 24 mai. 2022.

COMBESSIE, Philippe. Definindo a fronteira carcerária: estigma penal na longa sombra da prisão. *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, n. 13, p. 131-146, 2004.

CRUZ, Rúbia Abs da. A prova material nos crimes sexuais. *Revista do Ministério Público*, Porto Alegre, n° 53, p. 185-203, 2004.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas do processo*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2018.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Fatos notórios e máximas de experiência. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 376, p. 3-10, 2004.

FERRER BELTRÁN, Jordi. Uma concepção minimalista e garantista da presunção de inocência. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, nº 1, p. 149-182, jan./abr. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.131>

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el Derecho*. Madri/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2010.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *DOXA, Cuadernos de Filosofía de Derecho*, p. 127-139, vol. 28, 2005. <https://doi.org/10.14198/doxa2005.28.10>

HASSEMER, Winfried. Características e Crises do Moderno Direito Penal. *Revista de Estudos Criminais*, Rio de Janeiro, n. 8, p. 54-68, 2003.

IMPROVÁVEL Ep. 30 – O valor probatório da palavra da vítima nos crimes sexuais. *Improvável Podcast*. MATIDA, Janaina, 2020, disponível em <https://soundcloud.com/improvavel-podcast/improvavel-ep-30-o-valor-probatorio-da-palavra-da-vitima-nos-crimes-sexuais>, acesso em 06 dez 2021.

KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LAUDAN, Larry. Por qué um estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es um estándar. *DOXA, Cuadernos de Filosofía de Derecho*, vol. 28, p. 95-113, 2005. <https://doi.org/10.14198/doxa2005.28.08>

LUCCHESI, Guilherme Brenner. O necessário desenvolvimento de standards probatórios compatíveis com o direito processual penal brasileiro. *RBCCRIM*, São Paulo, vol. 156, p. 165-188, jun. 2019.

MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio. Criminalidade econômico-financeira complexa, presunção de inocência e standard de prova. *RBCCRIM*, São Paulo, vol. 185, p. 201-236, nov. 2021.

MARANHÃO, Clayton. Standards de prova no processo civil brasileiro. *Revista Judiciária do Paraná*, Curitiba, n. 17, Curitiba, p. 221-258, maio 2019.

MATIDA, Janaina Roland. A determinação dos fatos nos crimes de gênero. Em *Violência de Gênero*. André Nicolitt; Cristiane Brandão Augusto (org.). Belo Horizonte: D'Plácido, p. 103-106, 2019.

MATIDA, Janaina Roland; VIEIRA, Antonio. Para Além do BARD: uma crítica à crescente adoção do standard de prova “para” além da dúvida razoável” no processo penal brasileiro. *RBCCRIM*, São Paulo, vol. 156, p. 221-248, jun. 2019.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NOGUEIRA, Rafael Fecury. Ônus da prova das excludentes de ilicitude no processo penal e a necessidade de rompimento com a sua matriz civilista. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, nº 1, p. 243-275, jan./abr. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.124>

PUJADAS TORTOSA, Virginia. *Teoría general de medidas cautelares penales*. Madri/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2008.

RAMÍREZ ORTIZ, José Luís. El testimonio único de la víctima em el processo penal desde la perspectiva de género. *Quaestio Facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, Madri, nº 1, p. 201-245, 2020. https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i0.22288

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani; ALMEIDA, Suely Souza de. *Violência de gênero: poder e impotência*. Rio de Janeiro: Revinter, 1995.

SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho Penal*. Madri: Civitas, 2001.

SOUZA, Flávia Bello Costa de. *Consequências emocionais de um episódio de estupro na vida de mulheres adultas*. Dissertação (Mestrado em Psicologia). PUC-SP, São Paulo, 2013.

SZESZ, André. O discurso de combate à corrupção: análise por uma perspectiva dos estudos de Eugenio Raúl Zaffaroni. *RBCCRIM*, São Paulo, vol. 184, p. 217-243, 2021.

SZESZ, André. *O juízo de periculosidade na prisão preventiva*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos?*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 16, n. 2, maio/ago. 2020, e1961. <https://doi.org/10.1590/2317-6172201961>

VIANA, Caroline Navas. A falibilidade da memória nos relatos testemunhais: implicações das falsas memórias no contexto dos crimes contra a dignidade sexual. Em *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, nº 2, p. 1035-1056, 2018. <https://doi.org/10.5102/rbpp.v8i2.5318>

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Origen y evolución del discurso crítico em el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZOTTIS, Rafael. *Standards de prova e dúvida razoável no processo penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022.

Authorship information

André Szesz. Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra (2012). aszesz@yahoo.com.br

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

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

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

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

Dados do processo editorial

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

- Recebido em: 11/04/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 16/04/2022
- Avaliação 1: 19/04/2022
- Avaliação 2: 29/04/2022
- Avaliação 3: 01/05/2022
- Decisão editorial preliminar: 18/05/2022
- Retorno rodada de correções: 28/05/2022
- Decisão editorial final: 06/08/2022

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-assistente: 1 (FDL)
- Revisores: 3

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

SZESZ, André. O standard de prova para condenação por crimes sexuais: é viável e eficaz a flexibilização da exigência de corroboração probatória em crimes dessa espécie com o objetivo de redução da impunidade? *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8, n. 2, p. 1007-1041, mai./ago. 2022. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i2.705>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.

Crítica científica

Scientific Criticism (reader's letter)

Scientific criticism of “Unlawful prosecution regarding forest ecosystem destruction”

Crítica científica de “Unlawful prosecution regarding forest ecosystem destruction”

Rodrigo Grazinoli Garrido¹

Universidade Católica de Petrópolis - Petrópolis/RJ, Brasil

Universidade Federal do Rio de Janeiro - Rio de Janeiro/RJ, Brasil

grazinoli.garrido@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/4027138006793482>

 <https://orcid.org/0000-0002-6666-4008>

ABSTRACT: This scientific criticism was based on what was proposed in the article “Unlawful prosecution regarding forest ecosystem destruction,” aiming to expand its discussion, especially from a comparison between the Polish and the Brazilian reality. For this purpose, exploratory, documentary, and bibliographic research was carried out, allowing the recognition that the similarities in the prosecution of environmental crimes bring both countries closer together than they are further apart despite clear distinctions of environmental reality and criminal procedural diversity, especially concerning evidence.

KEYWORDS: Scientific criticism; environmental crimes; forensics; criminal procedure.

RESUMO: Esta crítica científica partiu do que foi proposto pelo artigo “Unlawful prosecution regarding forest ecosystem destruction”, com o objetivo de ampliar a discussão trazida pelo artigo, em especial, a partir de uma comparação entre a realidade polonesa e brasileira. Para tanto, realizou-se pesquisa exploratória, documental e bibliográfica, de onde foi possível reconhecer que, apesar das claras

¹ Pós-Doutor em Genética pela UFRJ; Mestre e Doutor em Ciências pela UFRJ e UFRRJ, respectivamente; Professor Adjunto FND-UFRJ e do PPGD-UCP; Perito Criminal PRPTC-Petrópolis/DGPTC/SEPOL.

distinções da realidade ambiental, bem como, da diversidade processual penal, em especial no que se refere à prova, a maior conquista do artigo foi demonstrar que, na persecução dos crimes ambientais, as semelhanças aproximam mais do que se distanciam os dois países.

PALAVRAS-CHAVE: crítica científica; crime ambiental; perícia criminal; processo penal.

INTRODUCTION

The analyzed text deals with the current material and procedural legislation regarding environmental crimes in Poland and, by extension, in Europe. It typifies the conduct considered environmental crimes and introduces a problem: the use of subjective terms, such as “substantial damages”. “Thus, criminal investigators, prosecutors and criminal judges have broad discretionary powers considering this key element of environmental crimes”. Generally:

This results in the situation where part of the Member states considers the financial value of the resulting environmental damage based on the financial benefits for the offenders, environmental remediation costs and the value of the damaged assets. Others focus on the ecological impact of the environmental damage, considering its duration and irreversibility. Nonetheless, these differences are acceptable despite inevitable diversity in the interpretation of criminal damage.

The text informs that the member states of the European Union were obliged to introduce more severe sanctions against these crimes, but it did not bring practical results. Furthermore, interestingly, judges do not use all available sentences where sanctions have been aggravated, for instance, arrests are made but suspended or not carried out in full.

After this reasoning about environmental crimes, the text presents a related case typified by Article 187 of the Polish Penal Code, i.e., the destruction or essential reduction of natural areas and objects. In this case, the defendant was accused of having destroyed an area of vegetation

covering approximately 9 hectares and was eventually acquitted. However, the article considers that “if the investigators had adequate knowledge of the methodology of the environmental crime investigations and reflected on foreseeable defence, the result might have been favourable to the prosecution.” Thus, the analyzed text sought to bring up possible solutions to increase the efficiency of the police response in these cases.

In turn, our criticism aimed to show distinctions and similarities between the criminal prosecution of environmental crimes in Poland and Brazil but specifically regarding the production and use of technical evidence. It was performed through exploratory research, developed from documentary research of legislation and bibliographic research of books and articles, expanding the academic dialogue, especially among those interested in comparative law.

1. TECHNICAL EVIDENCE IN ENVIRONMENTAL CRIMES IN POLAND AND BRAZIL: MORE SIMILARITIES THAN DIFFERENCES

The work “Unlawful prosecution regarding forest ecosystem destruction” addresses the reality of Poland but, unfortunately, has had repercussions in Brazil, due to limited environmental crime investigations and respective effects on criminal prosecution. Many of these issues are directly related to the production of technical evidence because, in crime against the environment, suitable and extensive expertise is essential to establish all pivotal elements². In such cases, the role of environmental forensic agencies has proved to be fundamental for the materialization of criminal intent against the environment, with courts prioritizing expert opinions³. As the text points “In practice, criminal investigative authorities rely heavily on expert opinions in determining the size of environmental damage.”.

² GARRIDO, R.G.; ARARIPE, I. Y. D. S. ; MENDES, M. C. Desencontros nas Perícias Ambientais. *Revista Magister de Direito ambiental e Urbanístico*. 100, p. 110-127, 2022

³ SOLODOV, D.; ZEBEK, E. Environmental forensic inquiries in investigating environmental crimes in Poland and Russia, *Environmental Forensics*, v. 22, p. 315-324, 2020.

However, it is worth noting that there are significant procedural differences in the production of technical evidence in that country. Unlike our obligation to carry out a forensic examination in all infractions that leave a trace (art. 158, CPP), crime scene investigations are not considered mandatory in all cases by Polish law, leaving it to the discretion of the authorities, who appoint experts for the specific case. Also, regarding technical assistants, our law (art. 159, § 3 and 4) does not limit the recognition of the work produced by the expert indicated by the parties as evidence provided that his or her performance has been admitted by the judge. In Poland, “the opinions of partisan experts are treated as the information about evidence (potential evidence), not as self-sufficient pieces of evidence.” In the same sense, we take the position that “there are no a priori reasons to disregard the characteristic of technical evidence from the technical opinion at the same epistemic level of the expert report.”⁴.

The article also surprised us when it finds that, in contradiction to the Brazilian procedural rule (art. 159, § 6), it makes available to the Technical Assistants the evidentiary material that served as the basis for the expertise. In order to guarantee the chain of custody, in Poland “Private forensic experts are also facing some considerable methodological challenges. Even if the defense hires such an expert, he or she won’t have direct and full excess to the case materials, including crime scene documentation and material evidence.” It seems to us to be an evident affront to the constitutional principles of contradictory and full defense⁵.

With regard to the technique, often, as approached by the author of the work analyzed, exams are limited by the unavailability of equipment, expert knowledge or simply dynamics in nature. Fast environment transformation time, even if it is not enough to completely return to its original conditions, ends up making transitory traces or modifying them to the point of hindering the determination of the previous state. As a result, the search for evidence becomes more difficult and applying the five principles of criminalistics (transfer, identification, individualization,

⁴ LEITE, H. M.; LEITE, J. S. de S.; GARRIDO, R. G.. O valor probatório da assistência técnica. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, n. 38, 2018, p. 277.

⁵ *Ibidem*.

association between source and destination, and reconstruction) is insufficient, and even considering division⁶, that is, the perception that matter is transformed by the criminal event itself, before being transferred, hinders a conclusion.

Furthermore, the lack of a unified methodology for environmental forensic examinations is a reality in Poland and Brazil. It is therefore important to go beyond expert inherent limitations, there is also a lack of structure of forensic agencies and analytical methods and parameters, besides time-lag between the fact and its examination, as proposed in the text. It should be added the non-definition of clear objectives for exams and the lack of requirements established by the requesting authority⁷.

Added to this is the difficulty both in valuing environmental damage economically and defining vague expressions such as “substantial damage”, as questioned in the text. Economic environmental damage valuation has been widely discussed, but it will hardly reach a common denominator. This is because such valuation is related to the potential uses, social perceptions of the preserved environment, or even due to the natural resources that are extracted therefrom⁸.

Another major point addressed by the text on environmental crime investigation is the poorly coordinated relationship between criminal prosecution and environmental defence institutions. Again, an issue that has been an obstacle also in Brazil. Disorganization and non-cooperation, besides delaying the investigation, can more harmfully generate ambiguous reports that make the clarification of facts difficult⁹.

In practice, the expert is often confronted during on-site examinations of the probable environmental damage with documents presented by the owner that show sparse permissions from environmental agencies and the position of the competent entity. This ends up being

⁶ INMAN, K e RUDIN, N. The origin of evidence. *Forensic Science International*. 126, 1, p. 11-16, 2002.

⁷ GARRIDO, R.G.; ARARIPE, I. Y. D. S. ; MENDES, M. C. Desencontros nas Perícias Ambientais. *Revista Magister de Direito ambiental e Urnanístico*. 100, p. 110-127, 2022

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*.

reflected in other moments of criminal prosecution and, somehow, it also happened in the presented case, as shown in the excerpt: “The fact that the defendant was permitted by the local authorities to cut down several dozen trees in the same forest meant that those trees had no natural value – the fact that, in the court opinion, threw additional doubts on the expert’s findings.”.

However, despite the delay in reporting environmental crimes to authorities compared to crimes against life as reported by the author studied, this time lag has decreased dramatically. For some time, people have been more concerned with the environment. In the USA, for example, the perception of environmental crimes to be more serious than other crimes, such as drug use, crimes against property, and income tax evasion, has already been reported¹⁰. Thus, civil society and individual citizens are more attentive to aggressions and willing to denounce them, increasing the number of reports to government programs such as “Linha Verde” through a hotline (Disque-denúncia, in Portuguese) in the State of Rio de Janeiro¹¹.

Even with environmental agencies still uncoordinated with the police, they have modernized and performed more effectively. Moreover, criminal prosecution institutions themselves have specialized and created bodies especially focused on such action. There are also proposals such as that of White¹², which it is suggested the establishment of specialized environmental courts, as another institutional mechanism to effectively respond to these crimes, such as the Land and Environment Court in New South Wales, Australia.

¹⁰ SHELLEY, T. O’C.; CHIRICOS, T.; GERTZ, M. What about the environment? Assessing the perceived seriousness of environmental crime, *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*, 35:4, p. 307-325, 2011.

¹¹ LINHA VERDE. O Disque Denúncia do Meio Ambiente. Disponível em: <https://www.disquedenuncia.org.br/programas/Linha-Verde>. Acesso em 22 mai 2022.

¹² WHITE, R. Environmental Crime, Ecological Expertise and Specialist Environment Courts. In: Gacek, J., Jochelson, R. (eds) *Green Criminology and the Law*. Palgrave Studies in Green Criminology. Palgrave Macmillan, Cham. 2022.

FINAL CONSIDERATIONS

Thus, reading the article “Unlawful prosecution regarding forest ecosystem destruction” allowed noticing differences between Brazil and Poland regarding ecosystems and a pro-environmental attitude and nature value perceptions by their populations¹³, in addition to procedural institutes related to expertise quite restrictive in the European country. However, the environmental criminal prosecution issues are quite similar. In general, the text proves to be interesting for scholars in the pursuit of national and foreign environmental crimes, mainly because it allows for the understanding of similarities.

REFERENCES

- INMAN, K.; RUDIN, N. The origin of evidence. *Forensic Science International*, v. 126, n. 1, p. 11-16, 2002.
- GARRIDO, R.G.; ARARIPE, I. Y. D. S.; MENDES, M. C. . Desencontros nas Perícias Ambientais. *Revista Magister de Direito ambiental e Urbanístico*, v. 100, p. 110-127, 2022.
- LATAWIEC, A. E.; PENNA-FIRME, R.; PENA, I.A.B. et al. Perception-Based Study on the Value of Nature to People and Land Sparing for Nature in Brazil and Poland. *Sustainability*, v. 12, 8860, 2020. <https://doi.org/10.3390/su12218860>
- LEITE, H. M.; LEITE, J. S. de S.; GARRIDO, R. G.. O valor probatório da assistência técnica. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 38, p. 277-289, 2018.
- LINHA VERDE. O Disque Denúncia do Meio Ambiente. Disponível em: <https://www.disquedenuncia.org.br/programas/Linha-Verde>. Acesso em 22 mai 2022.
- SHELLEY, T. O’C.; CHIRICOS, T.; GERTZ, M. What about the environment? Assessing the perceived seriousness of environmental crime. *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*, v. 35, n. 4, p. 307-325, 2011. <https://doi.org/10.1080/01924036.2011.625234>
- SOLODOV, D.; ZEBEK, E. Environmental forensic inquiries in investigating environmental crimes in Poland and Russia. *Environmental Forensics*, v. 22, p. 315-324, 2020. <https://doi.org/10.1080/15275922.2020.1850563>

¹³ LATAWIEC, A. E.; PENNA-FIRME, R.; PENA, I.A.B. et al. Perception-Based Study on the Value of Nature to People and Land Sparing for Nature in Brazil and Poland. *Sustainability*, v. 12, 8860, 2020.

WHITE, R. Environmental Crime, Ecological Expertise and Specialist Environment Courts. In: Gacek, J., Jochelson, R. (eds). *Green Criminology and the Law*. Palgrave Studies in Green Criminology. Palgrave Macmillan, Cham. 2022. https://doi.org/10.1007/978-3-030-82412-9_4

Authorship information

Rodrigo Grazinoli Garrido. Biomédico; Graduado em Segurança Pública e em Filosofia; Mestre e Doutor em Ciências; Pós-Doutor em Genética pela UFRJ; Perito Criminal - PRPTC-Petrópolis/SEPOL; Professor Adjunto FND/UFRJ; Professor Adjunto PPGD/UCP. email: grazinoli.garrido@gmail.com

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

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

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

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

Dados do processo editorial – crítica científica

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

- Recebido em: 26/07/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 06/08/2022
- Decisão editorial final: 07/08/2022

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

GARRIDO, Rodrigo G. Scientific criticism of “Unlawful prosecution regarding forest ecosystem destruction”. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8, n. 2, p. 1045-1053, mai./ago. 2022.
<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i2.745>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.